



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Pierfrancesco Arces

**Osservazioni sulla scrittura
e sul metodo di lavoro di Gellio e Gaio:
la trattazione di *adoptio* e *adrogatio*
nelle *Notti Attiche* e nelle *Istituzioni***

Numero XIII Anno 2020
www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciuglio (Univ. Torino)

Redazione

P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Salerno), N. Donadio (Univ. Milano), P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, S. Papillo

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Inscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

Osservazioni sulla scrittura e sul metodo di lavoro di Gellio e Gaio: la trattazione di *adoptio* e *adrogatio* nelle *Notti Attiche* e nelle *Istituzioni*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L'esposizione di Gellio (*noct. Att.* 5.19.1-9) – 3. (Segue). Sabino probabile fonte comune a Gellio (*noct. Att.* 5.19.10) e Ulpiano 1 *ad Sab.* D. 28.1.20.6-7 e D. 50.17.2 – 4. (Segue). L'esposizione di Gellio (*noct. Att.* 5.19.10-16) – 5. L'esposizione nel primo commentario delle *Istituzioni* di Gaio – 6. Ulteriori profili di disciplina nel secondo e nel terzo commentario delle *Istituzioni* – 7. Osservazioni conclusive

1. Premessa

Lo studio della rappresentazione del diritto romano nelle fonti non giuridiche ha subito negli ultimi decenni un rinnovamento nel metodo, che sembra preludere a risultati di un certo interesse. I testi della letteratura latina vengono riletti e ristudiati con una più marcata attenzione a cogliere la dimensione giuridica in essi presente, consentendo, da un lato, l'articolazione di differenti interpretazioni dei testi medesimi, e contribuendo, dall'altro, ad apportare novità nel campo della ricerca storico-giuridica¹.

¹ I termini del rinnovamento degli studi nel senso indicato nel testo sono illustrati da O. DILIBERTO, *La giurisprudenza romana nelle opere letterarie*, in *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis agli Scriptores iuris Romani*, a cura di A. Schiavone, Torino, 2017, 141 ss. Si tratta di un vero e proprio «manifesto programmatico» che si inserisce in maniera innovativa nel solco di una tradizione di studi consolidata, il cui nuovo corso è descritto dall'Autore con indicazione di prospettive ed auspicati sviluppi. Interessanti esempi di studi con una forte vocazione interdisciplinare, con

La riconsiderazione di Aulo Gellio e della sua opera rientra a pieno titolo in questa nuova stagione di studi. L'ampia messe di informazioni desumibili dalle *Noctes Atticae* non era ovviamente sconosciuta agli studiosi – e in particolare agli studiosi di diritto romano – almeno a far data dal lavoro di Heinrich Eduard Dirksen² espressamente dedicato ai passi giurisprudenziali presenti nell'opera gelliana. È tuttavia indubitabile che su di essa, e sulla sua stessa utilizzazione nella ricerca giusromanistica, abbiano pesato certi giudizi neanche troppo velatamente negativi sul «mondo» culturale di cui sarebbe espressione³. In effetti, anche per quanto riguarda l'esposizione di temi e questioni di

riguardo al rapporto tra retorica e diritto, possono leggersi in M. LENTANO, *Retorica e diritto. Per una lettura giuridica della declamazione latina*, Lecce, 2014, *passim*, G. RIZZELLI, *Modelli di 'follia' nella cultura dei giuristi romani*, Lecce, 2014, 7 ss., 15 ss., ID., *Padri romani. Discorsi, modelli, norme*, Lecce, 2017, 7 ss., 17 ss. Nel quadro di un dialogo tra storici e giuristi, P. BUONGIORNO, *Appunti sulla dialettica normativa in materia matrimoniale nel primo principato*, in *BIDR*, 91, 2017, 299 ss., pone in luce alcuni aspetti della dialettica tra senato e comizi in materia di diritto e legislazione matrimoniale in età augustea.

² *Die Auszüge aus den Schriften der römischen Rechtsgelehrten in den Noctes Atticae des A. Gellius*, Berlin, 1852, ora in ID., *Hinterlassene Schriften*, I, hrsg. F.D. Sanio (Leipzig, 1871), Frankfurt, 1973, 21 ss.

³ Pur nella diversità di sfumature e accenti, cfr. A. LA PENNA, *La cultura letteraria latina nel secolo degli Antonini*, in *Storia di Roma*, a cura di A. Schiavone e E. Gabba, II.3, *La cultura e l'impero*, Torino, 1992, 491, 557 ss., L. GAMBERALE, *La riscoperta dell'arcaico*, in *Lo spazio letterario di Roma antica*², III, *La ricezione del testo*, Roma, 1993, 575 ss., M.L. ASTARITA, *La cultura nelle «Noctes Atticae»*, Catania, 1993, 35 ss., G. ANDERSON, 'Aulus Gellius': *A Miscellanist and his World*, in *ANRW*, II, 34.2, Berlin-New York, 1994, 1834 ss., D.W.T. VESSEY, 'Aulus Gellius' and the *Cult of the Past*, ivi, 1863 ss., M.M. HENRY, *On the Aims and Purposes of Aulus Gellius' «Noctes Atticae»*, ivi, 1918 ss., A.J. STEVENSON, *Gellius and the Roman antiquarian tradition*, in *The Worlds of Aulus Gellius* (eds. L. Holford-Strevens and A. Vardi), Oxford, 2004, 118 ss., L. HOLFORD-STREVEN, 'Aulus Gellius'. *An Antonine Scholar and his Achievement, Revised edition*, Oxford, 2005, 48 ss., 157 ss., E. GUNDERSON, *Nox Philologiae. 'Aulus Gellius' and the fantasy of the Roman library*, Madison (Wisconsin), 2009, 5 ss., 18 ss.: quella di Gunderson è un'opera assolutamente peculiare, e andrebbe considerata nella sua interezza, J.A. HOWLEY, *Why Read the Jurists? Aulus Gellius on Reading Across Disciplines*, in *New Frontiers. Law and Society in the Roman World*, ed. P.J. du Plessis, Edinburgh, 2013, 9 ss., ID., 'Aulus Gellius' and the Roman Reading Culture. *Text, Presence and Imperial Knowledge in the Noctes Atticae*, Cambridge, 2018, 2 ss., 8 ss., 14 ss., 66 ss., 157 ss.

diritto, a fronte del riconoscimento dell'importanza, tutt'altro che ancillare, delle *Noctes Atticae*⁴, permane comunque un atteggiamento (se non proprio di svalutazione, quantomeno) di cauta prudenza nei confronti delle conoscenze e del metodo di lavoro dell'erudito, ancora di recente liquidato come «un dilettante» in questioni giuridiche⁵.

Eppure, è proprio Gellio a renderci edotti della sua alta considerazione nei confronti dei *prudentes* e, più in generale, della conoscenza e dello studio del diritto. Grazie alla sua spiccata propensione alla ricerca antiquaria, abbiamo una visione della giurisprudenza e di molti istituti del diritto romano più antico decisamente meno opaca di quanto sarebbe stata se non avessimo

⁴ Cfr. C.ST. TOMULESCU, *An aristocratic Roman interpretation at 'Aulus Gellius'*, in *RIDA*, 17, 1970, 313 ss., D. NÖRR, *Der Jurist im Kreis der Intellektuellen: Mitspieler oder Aussenseiter? 'Gellius', 'Noctes Atticae' 16.10*, in *Festschrift M. Kaser*, Hrsg. D. Medicus und H.H. Seiler, München, 1976, 57 ss., F. CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, Napoli, 1980, 79 ss., M.T. SCETTINO, *Aulo Gellio e l'annalistica*, in *Latomus*, 46, 1987, 123 ss., O. DILIBERTO, *Materiali per la palingenesi delle XII Tavole*, Cagliari, 1992, 121 ss., 129 ss., G. ZECCHINI, *Osservazioni preliminari sulla fortuna degli storici latini nell'occidente tardoantico*, in ID., *Ricerche di storiografia latina tardoantica*, Roma, 1993, 150 ss., M.L. ASTARITA, *La cultura*, cit., 151 ss., M. HUMBERT, *Les privilèges, des XII Tables à Cicéron*, in *Splendidissima civitas. Études d'histoire romaine en hommage à F. Jacques*, éd. A. Chastagnol, S. Demougin, C. Lepelley, Paris, 1996, 169 ss., H. JONES, *L'honneur blessé d'Aulus Agerius: problématiques et réponses jurisprudentielles*, in *Le monde antique et les droits de l'homme: actes de la 50e session de la Société internationale F. De Visscher pour l'histoire des droits de l'antiquité*, Bruxelles 16-19 septembre 1996, cur. H. Jones, Bruxelles, 1998, 245 ss., I. MASTROROSA, *Aulo Gellio e la legislazione di Roma arcaica: tra etica e diritto*, in *Costruzione e uso del passato storico nella cultura antica. Atti del convegno internazionale di studi. Firenze 18-20 settembre 2003* a cura di P. Desideri, S. Roda, A.M. Biraschi, Alessandria, 2007, 339 ss., R. D'ALESSIO, *Note su Gellio, diritto e giurisprudenza*, in *Sem. Compl.*, 27, 2014, 447 ss.

⁵ Cfr. A.M. SEELENAG, *Ius pontificium cum iure civili coniunctum. Das Recht der Arrogation in klassischer Zeit*, Tübingen, 2014, 16. Già M.L. ASTARITA, *La cultura*, cit., 26 ss. e nt. 24, impegnandosi in un riesame della questione, rammenta le posizioni critiche ravvisanti un «dilettantismo culturale» nella stessa struttura dell'opera di Gellio. Il volume della Astarita va letto alla luce delle importanti precisazioni di O. DILIBERTO, *I destinatari delle «Noctes Atticae»*, in *Labeo*, 42, 1996, 277 ss. Si veda, inoltre, L. HOLFORD-STREVEENS, *'Aulus Gellius'*, cit., 294.

potuto giovarci delle *Nottæ*⁶. L'ambito della ricerca antiquaria, peraltro, non perimetra del tutto il rapporto di Gellio col diritto: è proprio l'erudito a ricordarci il suo impegno come *index privatus*, e il conseguente studio di questioni giuridiche in una dimensione concreta ed operativa connesso a quella esperienza⁷.

Gellio non è un giurista, eppure riconosce l'importanza dello studio del diritto; ne ha una conoscenza decisamente superiore a quella di altri autori non giuristi suoi contemporanei; scrive avendo accesso a fonti e raccolte documentarie antiche ed affidabili; impiega, tra l'altro, materiali di più che probabile ascendenza sabiniana⁸, come emergerà anche in questo scritto. Sulla base di tali premesse – e nell'ambito di una più ampia ricerca in corso – svolgo in questa sede un esame dell'esposizione svolta in tema di adozione dall'erudito⁹ nel diciannovesimo capitolo del quinto

⁶ Cfr. M.L. ASTARITA, *La cultura*, cit., 132 s., R. D'ALESSIO, *Note*, cit., 451 e nt. 33, O. DILIBERTO, *La «gerarchia» tra quanti «fundaverunt ius civile»*, in *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria*, II, a cura di L. Gagliardi, Milano, 2018, 167 ss.

⁷ Gell. *noct. Att.* 12.13 e 14.2. Si tratta di testi studiattissimi. Sul secondo, in particolare, cfr. G. FALCONE, *L'attribuzione della qualifica 'vir bonus' nella prassi giudiziaria d'età repubblicana (a proposito di Cato, or. frg. Sblend. 186 = 206 Malc.)*, in *AUPA*, 54, 2010-2011, 60 ss. e nt. 11, ID., *L'attribuzione della qualifica 'vir bonus' nella prassi giudiziaria d'età repubblicana. Con un'Appendice su 'optimus', 'probus', 'fortis'*, in *Vir bonus. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica. Incontro di studio. Trani, 28-29 ottobre 2011. Atti*, a cura di A. Lovato, Bari, 2013, 43 ss., ID., *La formula 'ut inter bonos bene agere oportet et sine fraudatione' e la nozione di 'vir bonus'*, in *Fundamina*, 20, 2014, 262 ss., R. CARDILLI, *'Vir bonus' e 'bona fides'*, in *Vir bonus*, cit., 182 ss., J. SPRUIT, *'Aulus Gellius' als Richter. Eine Betrachtung zu 'Gellius', 'Noctes Atticae' XIV, 2*, in *RIDA*, 63, 2016, 227 ss., C. RUSSO RUGGERI, *La rilevanza dell'anteacta vita nell'esperienza processuale romana*, in *AUPA*, 60, 2017, 138 s. e nt. 91, ove ampia bibliografia. Si vedano, inoltre, M.L. ASTARITA, *La cultura*, cit., 133 ss., 153, e O. DILIBERTO, *La giurisprudenza*, cit., 147, 152.

⁸ Cfr. O. DILIBERTO, *Materiali*, cit., 139 s., 226 ss., 238 s., ID., *La giurisprudenza*, cit., 153 ss., F. BATTAGLIA, *An 'Aulus Gellius' 'commentary' on Masurius Sabinus (noct. Att. 11.18)*, in *TR*, 84, 2016, 97 ss.

⁹ Gell., *noct. Att.* 5.19.1-16: *Cum in alienam familiam inque liberorum locum extranei sumuntur, aut per praetorem fit aut per populum. 2. Quod per praetorem fit, 'adoptatio' dicitur, quod per populum, 'arrogatio'. 3. Adoptantur autem, cum a parente, in cuius protestate sunt, tertia mancipatione in iure ceduntur atque ab eo, qui adoptat, apud eum, apud quem legis actio est, vindicantur; 4. adrogantur hi, qui, cum sui iuris sunt, in alienam sese potestate tradunt eiusque rei ipsi auctores fiunt. 5. Sed adrogationes non temere nec inexplorate committuntur; 6. nam comitia*

libro delle *Noctes Atticae*, confrontandola con i passi delle *Istituzioni* di Gaio¹⁰ in cui è affrontato il medesimo argomento, per formulare alcune

arbitris pontificibus praebentur, quae 'curiata' appellantur, aetasque eius, qui adrogare vult, an liberis potius gignendis idonea sit, bonaque eius, qui adrogatur, ne insidiose adpetita sint, consideratur, insque iurandum a Q. Mucio pontifice maximo conceptum dicitur, quod in adrogando iuraretur. 7. Sed adrogari non potest, nisi iam vesticeps. 8. 'Adrogatio' autem dicta, quia genus hoc in alienam familiam transitus per populi rogationem fit. 9. Eius rogationis verba haec sunt: 'Velitis, iubeatis, uti L. Valerius L. Titio tam iure legeque filius siet, quam si ex eo patre matreque familias eius natus esset, utique ei vitae necisque in eum potestas siet, uti patri endo filio est. Haec ita, uti dixi, ita vos, Quirites, rogo'. 10. Neque pupillus autem neque mulier, quae in parentis protestate non est, adrogari possunt: quondam et cum feminis nulla comitorum communitio est et tutoribus in pupillos tantam esse auctoritatem potestatemque fas non est, ut caput liberum fidei suae commissum alienae dictioni subiciant. 11. Libertinos vero ab ingenuis adoptari quidam iure posse Masurius Sabinius scripsit. 12. Sed id neque permitti dicit neque permitendum esse umquam putat, ut homines libertini ordinis per adoptiones in iura ingenuorum invadant'. 13. 'Alioquin' inquit 'si iuris ista antiquitas servetur, etiam servus a domino per praetorem dari in adoptionem potest. 14. Idque ait plerosque iuris veteris auctores posse fieri scripsisse. 15. Animadvertimus in oratione P. Scipionis, quam censor habuit ad populum 'de moribus', inter ea, quae reprehendebat, quod contra maiorum instituta fierent, id etiam eum culpavisse, quod filius adoptivus patri adoptatori inter praemia patrum prodesset. 16. Verba ex ea oratione haec sunt: 'In alia tribu patrem, in alia filium suffragium ferre, filium adoptivum tam procedere, quam si se natum habeat; absentis censi iubere, ut ad censum nemini necensus sit venire'.

¹⁰ Gai 1.98-107: 98. *Adoptio autem duobus modis fit, aut populi auctoritate, aut imperio magistratus, veluti praetoris. 99. Populi auctoritate adoptamus eos qui sui iuris sunt; quae species adoptionis dicitur adrogatio, quia et is qui adoptat rogatur, id est interrogatur, an velit eum quem adoptaturus sit iustum sibi filium esse; et is qui adoptatur rogatur, an id fieri patiat; et populus rogatur, an id fieri iubeat. Imperio magistratus adoptamus eos qui in protestate parentum sunt, sive primum gradum liberorum optineat, qualis est filius et filia, sive inferiorem, qualis est nepos neptis pronepos proneptis. 100. Et quidem illa adoptio quae per populum fit, nusquam nisi Romae fit; at haec etiam in provinciis apud praesides earum fieri solet. 101. Item per populum feminae non adoptantur, nam id magis placuit; apud praetorem vero vel in provinciis apud proconsulem legatumne etiam feminae solent adoptari. 102. Item impuberem apud populum adoptari aliquando prohibitum est, aliquando permixtum est nunc ex epistula optimi imperatoris Antonini, quam scripsit pontificibus, si iusta causa adoptionis esse videbitur, cum quibusdam condicionibus permixtum est. Apud praetorem vero et in provinciis apud proconsulem legatumne cuiuscumque aetatis personas adoptare possumus. 103. Illud utriusque adoptionis commune est, quod et hi qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt. 104. Feminae vero nullo modo adoptare possunt, quia ne quidem naturales liberos in protestate habent. 105. Item si quis per populum sive apud praetorem vel apud praesidem provinciae adoptaverit, potest eundem alii in adoptionem dare. 106. Sed et illa quaestio, an minor natu maiorem natu adoptare possit, utriusque adoptionis communis est. 107. Illud proprium est eius adoptionis quae per populum fit, quod is qui liberos in protestate habet, si se adrogandum dederit, non solum ipse*

considerazioni sullo stile della scrittura e sul metodo di lavoro di entrambi.

2. L'esposizione di Gellio (noct. Att. 5.19.1-9)

L'ordine espositivo di Gellio esordisce con l'individuazione del fenomeno giuridico da esaminare (l'ingresso di estranei in una famiglia *liberorum loco*), delle due possibili modalità – *per praetorem* o *per populum* – di realizzazione del negozio, e delle denominazioni di ciascuna di esse: *adoptatio* e *adrogatio* (§§ 1-2). L'espressione '*adoptatio*' per indicare l'*adoptio* in senso stretto non sembra essere una designazione tecnica di quest'ultima¹¹.

Segue la più articolata descrizione delle relative procedure: l'*adoptatio* era riservata all'individuo *alieni iuris* (libero, di sesso maschile ed immediatamente) sottoposto al proprio avente potestà¹², che diveniva oggetto di una triplice mancipazione a favore di un acquirente fiduciario. A questo punto, ormai nella condizione di persona *in mancipio* del proprio *pater*, era rivendicato nell'ambito della *in iure cessio* promossa a tal fine dal *pater adoptans* innanzi al pretore: la descrizione della procedura è condensata nel § 3, all'interno del quale si esauriscono tutte le informazioni fornite da Gellio in tema di *adoptatio* contenute nel capitolo in esame. Il procedimento, in pratica, si divideva in due fasi: quella delle mancipazioni all'acquirente fiduciario, che lo remancipava al *pater*

potestati adrogatoris subicitur, sed etiam liberi eius in eiusdem fiunt potestate tamquam nepotes. Gli ulteriori tratti di disciplina dell'*adrogatio*, quali desumibili da Gai 2.138 e 3.83-84 verranno illustrati più avanti.

¹¹ Cfr. M. HORVAT, *Les aspects sociaux de l'adrogation et de l'adoption à Rome*, in *Studi in onore di G. Grosso*, VI, Torino, 1974, 47 ss., 53, B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 221, nt. 63., 228 ss., C. RUSSO RUGGERI, *La 'datio in adoptionem'*, I, *Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana ed imperiale*, Milano, 1990, 112, 326 s., C. FAYER, *La 'familia romana': aspetti giuridici ed antiquari*, I, Roma, 1994, 292 s., C. MASI DORIA, *Un'ipotesi sulla «Masuri rubrica» di Pers. «Sat.» 5.90*, in *Index*, 34, 2006, 430.

¹² Più precisamente: al *filius* in senso stretto. Cfr. B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 232.

naturalis – secondo una dinamica che seguiva, sino ad un certo punto, quella dell'*emancipatio* – e quella, successiva, della *in iure cessio*¹³.

La *legis actio* menzionata da Gellio era stata oggetto di attenzione tra i giuristi del primo principato, a partire dall'indagine sull'estensione della competenza del magistrato, il quale, secondo l'opinione concorde di sabiniani e proculiani, avrebbe avuto il potere di emancipare o di dare in adozione i figli innanzi a se stesso: un parere di Nerazio¹⁴ si esprimeva proprio in questi termini. Del resto, ancora in età severiana, Paolo, commentando Sabino¹⁵, si riallaccia all'opinione giurisprudenziale per cui il magistrato (console o preside), anche se fosse stato nella condizione di figlio in potestà, avrebbe potuto procedere innanzi a se stesso alla propria *emancipatio* o alla propria *datio in adoptionem*.

La restante parte del capitolo gelliano in esame è riservata all'*adrogatio*. Si trattava dell'adozione prevista per i *sui iuris* che desiderassero assoggettarsi all'altrui potestà, risultando essi stessi responsabili del compimento dell'atto (*in alienam sese potestatem tradunt eiusque rei ipsi auctores sunt*: § 4). La «responsabilità» dell'atto, di cui parla Gellio, trovava riscontro a partire dalle prescrizioni giurisprudenziali che – sicuramente a far data dal primo principato e senz'altro in continuità con una più antica tradizione – imponevano la contestuale presenza e l'esame della volontà delle parti interessate¹⁶. Il consenso alla celebrazione doveva

¹³ La forma più complessa era riservata al *filius* in senso stretto. Decisamente più semplice quella prevista per le persone libere *alieni iuris* che non fossero *filii* in senso stretto (come, ad esempio, le figlie o i nipoti *ex filio*, vivente il figlio). Entrambe le procedure sono analiticamente descritte in B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 233 s. Cfr. anche C. SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*¹⁰ a cura e con l'aggiornamento di A. Corbino e A. Metro, Soveria Mannelli, 2002, 175.

¹⁴ Riferito da Modestino in un frammento superstite del suo secondo libro *Delle regole*, conservato in Mod. 2 reg. D. 1.7.4: *Magistratum, apud quem legis actio est, et emancipare filios suos et in adoptionem dare apud se posse Neratii sententia est.*

¹⁵ Paul. 4 ad Sab. D. 1.7.3: *Si consul vel praeses filius familias sit, posse eum apud semet ipsum vel emancipari vel in adoptionem dari constat.*

¹⁶ Un'*adrogatio* in assenza di una delle parti interessate sarebbe stata impensabile. Il principio verrà ancora ricordato da Ulpiano nel suo primo libro *Delle dispute*, in un frammento conservato in Ulp. 1 disp. D. 1.7.24: *Neque absens neque dissentiens adrogari*

emergere in maniera espressa o, quantomeno, da un contegno non esprimente contrarietà. Conserviamo un parere di Celso sul punto¹⁷.

L'indagine avveniva nella sede «istruttoria» di cui ci occuperemo immediatamente, seguendo l'ordine espositivo di Gellio. La celebrazione dell'*adrogatio*, infatti, non era ammessa '*temere nec inexplorate*' (§ 5), in maniera non ponderata e senza una penetrante indagine su un'eterogenea serie di presupposti soggettivi ed oggettivi: è a tal proposito che, in una prima fase, di competenza pontificale, all'esito della manifestazione della volontà di procedere alla menzionata forma di adozione, si prendevano in esame aspetti quali l'età del *pater adrogans*, se fosse ancora nella condizione di avere figli, se non si trattasse di un ingannevole tranello per appropriarsi dei beni dell'adottando (§ 6). Non è un elenco tassativo, ma piuttosto una serie di criteri di massima, generalmente non inderogabili, che si stratificarono nel tempo, fissati dalla prassi pontificale, poi da quella imperiale e dalla stessa giurisprudenza¹⁸: su di essi ci soffermeremo diffusamente.

potest. Cfr. M. MIGLIORINI, *L'adozione tra prassi documentale e legislazione imperiale nel diritto del tardo impero romano*, Milano, 2001, 78.

¹⁷ Il quale riferiva l'indagine all'avente potestà per il caso di *adoptio* in senso stretto, precisando che non era tuttavia necessario il consenso tra quanti si instaurassero diritti di agnazione: cfr. Cels. 28 *dig. D.* 1.7.5: *In adoptionibus eorum dumtaxat, qui suae potestatis sunt, voluntas exploratur: sin autem a patre dantur in adoptionem, in his utriusque arbitrium spectandum est vel consentiendo vel non contradicendo*, Cels. 39 *dig. D.* 1.7.7: *Cum adoptio fit, non est necessaria in eam rem auctoritas eorum, inter quos iura adgnationis consequuntur*. Ancora in età severiana, si continuerà a evidenziare l'importanza della manifestazione del consenso, anche nel caso in cui l'interessato presentasse minorazioni fisiche che gli impedissero di parlare. In tale prospettiva, con riguardo alla *datio in adoptionem*, si veda Callistr. 2 *inst. D.* 1.7.29: *Si pater naturalis loqui quidem non possit, alio tamen modo quam sermone manifestum facere possit velle se filium suum in adoptionem dare: perinde confirmatur adoptio, ac si iure facta esset*. Cfr. C. RUSSO RUGGERI, *La 'datio in adoptionem'*, II, *Dalla pretesa influenza elleno-cristiana alla riforma giustiniana*, Milano, 1995, 66 s.

¹⁸ Cfr. C. CASTELLO, *Il problema evolutivo dell'«adrogatio»*, in *SDHI*, 33, 1967, 133 ss., ora in ID., *Scritti scelti di diritto romano 'Servi filii nuptiae'*, Genova, 2002, 309. L'autore sottolinea ripetutamente, nel suo scritto, l'importanza e le peculiarità della fase istruttoria di competenza pontificale. La lettura del § 6 del capitolo gelliano in esame, tuttavia, non lascia intendere una separazione in termini così netti, ma piuttosto sembra alludere ad una sorta di rinnovo, innanzi ai comizi, di quanto era stato oggetto della

Gellio è molto netto nell'affermare che non poteva essere adottato mediante *adrogatio* chi non fosse entrato nella pubertà (§ 7). Quello dell'età a partire dalla quale sarebbe stato possibile essere adottati (in particolare tramite *adrogatio*) era un tema ben presente nella già menzionata discussione giurisprudenziale: avremo modo di rilevare che l'informazione offerta da Gaio descriverà un quadro decisamente più articolato.

Concluse con esito positivo le valutazioni preliminari, si apriva poi la seconda fase, innanzi ai comizi, verosimilmente convocati e presieduti da un magistrato o, come forse è più probabile, dal pontefice massimo: i pontefici, in effetti, restavano «arbitri» della relativa convocazione («*comitia arbitris pontificibus praebentur*»). In quella sede, l'adrogante veniva fatto giurare – mediante una formula ritenuta prescritta dal pontefice massimo Quinto Mucio (§ 6), i cui termini non sono riferiti da Gellio – «di non agire in modo insidioso, per impadronirsi dei beni di colui che diverrà suo *iustus filius*»¹⁹.

Un'interpretazione rinvenibile in letteratura²⁰ individua nell'inserimento del giuramento secondo la formula prescritta da Quinto Mucio il momento di passaggio da una fase antichissima dell'istituto ad una più recente. In particolare, rappresenterebbe il superamento della funzione originaria dell'adozione, individuata nell'aumento della forza politica e della capacità lavorativa e di difesa dalle minacce esterne di un gruppo familiare in declino mediante l'aggregazione di elementi estranei²¹, e riconducibile almeno all'epoca della caduta della monarchia

fase istruttoria. Lo stesso giuramento imposto al *pater adrogans* sulla base della formula introdotta da Quinto Mucio sembrerebbe deporre in questo senso, anche alla luce della lettura «evolutiva» che vede il ricorso al giuramento come indice di uno stadio successivo, per quanto antico, della prassi applicativa dell'*adrogatio*: è un aspetto che affronteremo subito nel testo. Si vedano, inoltre, C. SANFILIPPO, *Istituzioni*, cit., 175 e B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 226 ss.

¹⁹ C. CASTELLO, *Il problema*, cit., 313. Cfr. G.W. BOTSFORD, *The Roman Assemblies from Their Origin to the End of the Republic* (New York, 1909) repr. Union, 2005, 160 s., J. ZABŁOKI, *The Image of a Roman Family in Noctes Atticae by 'Aulus Gellius'*, in *Pomoerium*, II, 1996, 38 s.

²⁰ Cfr. C. CASTELLO, *Il problema*, cit., 313 ss.

²¹ Cfr. C. SANFILIPPO, *Istituzioni*, cit., 175.

etrusca. Una volta venute meno le esigenze di difesa dalle minacce esterne, la discussione giurisprudenziale avrebbe indagato in maniera più penetrante l'opportunità della celebrazione del rito, il cui svolgimento sarebbe stato ancora possibile all'esito dell'«aggravamento» dell'assunzione di responsabilità da parte del *pater adrogans*, secondo i termini della formula del giuramento, per evitare i pericoli menzionati. Sulla base dei medesimi presupposti, la stessa questione della differenza d'età tra adottante ed adottato – tutto sommato irrilevante per le antichissime ed originarie finalità dell'istituto – iniziò a prendere piede e ad articolarsi in seno alla giurisprudenza tardorepubblicana: vedremo che ancora Gaio serberà memoria delle persistenti dispute sul tema.

Torniamo a Gellio. Il testo delle *Noctes Atticae* prosegue rendendo conto dell'etimologia della parola *adrogatio*, connessa proprio alla *rogatio populi* determinante l'effetto conclusivo del rito medesimo, e cioè il trasferimento dell'adottato in una famiglia diversa (§ 8: '*in alienam familiam transitus per populi rogationem*'). Ciò avrebbe comportato la creazione di vincoli agnatizi tra l'*adrogator*, i suoi agnati e l'*adrogatus* ed i suoi eventuali sottoposti agnati che lo seguivano nella nuova *familia*²², ferma restando la *cognatio* con la *familia* di origine dell'*adrogatus*²³. La celebrazione aveva riflessi anche sul piano del diritto pubblico, comportando l'ampliamento della famiglia (e della ricchezza) dell'*adrogator* a fronte della contestuale estinzione di quella dell'*adrogatus*, ed il peggioramento di rango nella gerarchia domestica di quest'ultimo e di quanti fossero sottoposti a vincolo potestativo (*potestas* o *manus*) nei suoi confronti, in conseguenza della patita *capitis deminutio*²⁴. Anche questo importante aspetto pubblicistico concorre a giustificare il penetrante controllo pontificale esercitato sulla concreta attuazione dell'istituto.

²² Come noto, si trattava di un effetto precipuo di questa forma di adozione. Cfr. C. CASTELLO, *Il problema*, cit., 304.

²³ Aspetto particolarmente rilevante per i rapporti successori tra *adrogatus* e la sua famiglia d'origine, regolati da norme ereditarie diverse da quelle dell'antico *ius civile*, che assumevano la *cognatio* come elemento qualificante per l'attribuzione di pretese successorie: cfr. B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 220, 230 e nt. 110.

²⁴ Cfr. B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 221. Vedremo che ne farà menzione anche Gai 1.107.

Nel capitolo in esame vengono riportati i precisi termini della *rogatio* (§ 9): il verbo ‘*iubere*’ ha in questa sede valenza autorizzativa²⁵. Nel formulario risuona un linguaggio arcaizzante, che è agevole accostare a quello del *familiae emptor* e del testatore in sede di realizzazione del *testamentum per aes et libram*²⁶, pacificamente ritenuto il risultato dell’adattamento del formulario in uso per le antichissime forme di testamento pubblico e del suo innesto su quello della *mancipatio* ad opera della giurisprudenza pontificale²⁷. Non si tratta dell’unico esempio possibile: la *rogatio* riferita da Gellio, infatti, richiama innanzitutto i termini della formula con cui il magistrato o il tribuno della plebe sottoponevano all’approvazione dell’assemblea popolare la loro proposta legislativa, elettorale o giudiziaria²⁸: in letteratura si è pertanto sottolineata la somiglianza sotto molti aspetti della struttura formale dell’*adrogatio* realizzata nei *comitia curiata* con quella delle *leges rogatae publicae populi Romani*²⁹. La menzione, nella *rogatio* rivolta al popolo, dell’acquisizione del potere di vita e di morte del padre sul figlio adottando, peraltro, si riallaccia con evidenza alle prescrizioni della legislazione romulea³⁰.

²⁵ G. SCHERILLO, *Corso di diritto romano. Il testamento*, I, Milano, 1965, 246 afferma che «*iubere* non vuole dire, qui, comandare, bensì autorizzare».

²⁶ Come noto, conosciamo la versione conservata in Gai 2.104, tanto per il *familiae emptor* (*familia pecuniaque tua endo mandatelam custodelamque meam, quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere ... aeneaque libra, esto mihi empti*) quanto per il testatore (*haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote*).

²⁷ S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, I, Napoli, 1932, 49 nt. 5; F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni di diritto romano. Edizione completata con la parte relativa alla fase della codificazione*, Torino, 1993, 99 ss.; P. ARCES, *Studi sul disporre ‘mortis causa’*. *Dall’età decemvirale al diritto classico*, Milano, 2013, 100 s., 176.

²⁸ In questi termini G. ARICÒ ANSELMO, *Antiche regole procedurali e nuove prospettive per la storia dei comitia*, Torino, 2012, 268 e nt. 816. Cfr. anche A. BERGER, voce *Rogatio legis*, in *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, 43.2 (1953), repr. Philadelphia, 1991, 686, che riporta la formula: *velitis inbeatis, quirites... ita ut dixi ita vos quirites rogo*.

²⁹ In questi termini C. CASTELLO, *Il problema*, cit., 304 e nt. 3, B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 222 e nt. 70.

³⁰ Dion. Hal., *Ant. Rom.* 2.26.3-4; Coll. 4.8.1., dove si fa riferimento a una *lex regia*. Cfr. W.W. HARRIS, *The Roman Father’s Power of Life and Death*, in *Studies in Roman Law*. In

3. (*Segue*). Sabino probabile fonte comune a Gellio (*noct. Att. 5.19.10*) e Ulpiano 1 ad Sab. D. 28.1.20.6-7 e D. 50.17.2

Gellio prosegue elencando gli ulteriori limiti all'*adrogatio*: nel § 10 menziona il pupillo e la donna non soggetta a potestà e, con un chiasmo nell'ordine espositivo, illustra i motivi per cui l'una e l'altro non potevano essere adottati mediante *adrogatio*.

Per quanto riguarda le donne, la preclusione è individuata nella loro radicale estraneità ai comizi: '*cum feminis nulla comitiorum communio est*'. L'esposizione gelliana passa improvvisamente dal singolare al plurale: torneremo tra poco su questa peculiare scelta sintattica.

Per il momento, va notato che l'estraneità delle donne ai comizi è resa con una formulazione analoga a quella usata da Ulpiano nel suo primo libro di commento a Sabino, nel punto in cui – illustrando le modalità di confezione del testamento, ed, in particolare, in sede di individuazione dei soggetti idonei ad essere assunti quali testimoni – esclude, nel frammento conservato in D. 28.1.20.7³¹, la possibilità dell'adibizione del servo ad atti solenni, in forza della radicale estraneità di quest'ultimo al diritto civile ('*cum iuris civilis communionem non habeat in totum*')³². Quella che anche in questo caso ho tradotto come una «radicale estraneità» è resa

memory of A. Arthur Schiller, eds. R.S. Bagnall, W.V. Harris, Leiden, 1986, 81 ss., B.D. SHAW, *Raising and Killing Children: two Roman Myths*, in *Mnemosyne*, LIV, 2001, 31 ss., C.A. BARTON, *Roman Honor. The Fire in the Bones*, Berkeley-Los Angeles-London, 2001, 165 ss., F. LAMBERTI, *La famiglia romana, fra 'sfera politica', quadro normativo e intimità privata*, in EAD., *La famiglia romana e i suoi volti. Pagine scelte su diritto e persone in Roma antica*, Torino, 2014, 3 s., G. MARTINA, *L'interventismo familiare di Antonia minore: il caso della morte di Germanico e Livilla*, in *Matronae in domo et in re publica agentes? Spazi e occasioni dell'azione femminile nel mondo romano tra tarda repubblica e primo impero. Atti del Convegno di Venezia 16-17 ottobre 2014*, a cura di F. Cenerini e F. Rohr Vio, Trieste, 2016, 299.

³¹ Ulp.1 ad Sab. D. 28.1.20.7: *Servus quoque merito ad sollemnia adhiberi non potest, cum iuris civilis communionem non habeat in totum, ne praetoris quidem edicti*.

³² L'incisivo rigore di tale esclusione è colto da T. HONORÉ, *Ulpian. Pioneer of Human rights*², Oxford, 2002, 88 nt. 110, che lo accosta all'altro luogo del commento ulpiano (Ulp. 43 ad Sab. D. 50.17.32) in cui è esplicitata la medesima dottrina, ed è evidenziato il differente regime del diritto naturale: *Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur: non tamen et iure naturali, quia, quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt*.

da Ulpiano con un'espressione (*'communione non habeat'*) pressoché identica a quella usata da Gellio (*'nulla communio est'*) con riguardo all'analoga condizione delle donne rispetto ai comizi: è un primo aspetto di particolare suggestione.

Il menzionato paragrafo ulpiano, peraltro, segue, nell'ordine dispositivo dei testi nel Digesto (e nel medesimo frammento di appartenenza), proprio quello espressamente dedicato all'inidoneità della donna a fungere da testimone nel testamento (Ulp. 1 *ad Sab.* D. 28.1.20.6)³³: nella nostra prospettiva, si tratta di un altro aspetto suggestivo.

Naturalmente non è possibile dire se e in che misura queste considerazioni siano frutto dell'«illusione ottica» determinata dall'intervento dei commissari giustiniani sul commento di Ulpiano. La concatenazione dei due paragrafi ulpiani, tuttavia, è strettissima ed evidente: l'inidoneità è esplicitata, nel § 6, in maniera netta per la donna³⁴ (*'Mulier testimonium dicere in testamento quidem non poterit'*), e poi, nel successivo § 7, è riferita deduttivamente al servo. Il § 7, come già accennato, è infatti dedicato all'indicazione del più generale regime preclusivo previsto per il servo medesimo, comportante l'altrettanto generale inidoneità alla sua assunzione in tutti gli atti solenni, evidentemente inclusiva anche della limitazione più specifica (riguardante l'adibizione a testimone nel testamento), che rappresenta l'oggetto principale dell'esposizione nell'esaminata sezione del commento a Sabino. Dal punto di vista dell'organizzazione della scrittura e della sua efficacia comunicativa, in effetti, sarebbe stato ridondante indicare nuovamente quest'ultima in maniera espressa, in quanto già menzionata poche righe prima, con riguardo alla donna.

³³ Ulp. 1 *ad Sab.* D. 28.1.20.6: *Mulier testimonium dicere in testamento quidem non poterit, alias autem posse testem esse mulierem argumento est lex Iulia de adulteriis, quae adulterii damnatam testem produci vel dicere testimonium vetat.*

³⁴ La quale, peraltro, sarebbe interessata da una sorta di incapacità relativa, come argomentato dal tenore della *lex Iulia de adulteriis* nei termini formulati nella restante parte del frammento contenuto in Ulp. 1 *ad Sab.* D. 28.1.20.6, e riferito nella nota precedente. Cfr. E. CANTARELLA, *La vita delle donne*, in *Storia di Roma* (dir. A. Schiavone, cur. E. Gabba e A. Schiavone), IV, *Caratteri e morfologie*, Torino, 1989, 598 e nt. 164.

La suggestione permane – ed anzi viene amplificata – se si considera la ricostruzione palinogenetica di Otto Lenel³⁵, che inserisce tra i due paragrafi appena menzionati il frammento conservato in Ulp. 1 *ad Sab.* D. 50.17.2³⁶, in cui Ulpiano si diffonde sulla incapacità di diritto pubblico delle donne, con una brevissima menzione conclusiva del dovere di astensione dell'impubere '*ab omnibus officiis civilibus*'. Nella sequenza testuale della *Palinogenesia*, Ulpiano, riferendo i menzionati aspetti della condizione della donna, passa improvvisamente dal singolare al plurale, proprio come fa Gellio, e usa, in esordio dei singoli paragrafi, le stesse parole usate dall'erudito (*mulier - feminae*).

Alla luce di tutte queste constatazioni (uso di espressioni pressoché identiche, comunanza di curiose scelte sintattiche, ordine espositivo sostanzialmente sovrapponibile) – e con tutta la prudenza necessaria, in considerazione della diversa estrazione dei due autori e della comparazione dei testi svolta anche sulla base della proposta leneliana – non ritengo azzardato sostenere la fortissima comunanza, se non proprio l'identità, di almeno una delle fonti a disposizione di Gellio e di Ulpiano, e la sua più che probabile ascendenza sabiniana.

C'è dell'altro. Un ulteriore limite all'*adrogatio*, come si è accennato, era previsto per il pupillo: Gellio (sempre in *noct. Att.* 5.19.10) ne spiega il motivo in base alla considerazione per cui l'autorità e i diritti dei tutori sui pupilli non erano tali da permettere ai primi di sottoporre ad altrui potestà la persona libera affidata alla loro tutela. Anche in questo caso, come in quello della donna, ritorna il passaggio improvviso dal singolare al plurale.

Nella prospettiva della stesura del testo gelliano (ma anche di quello ulpiano, nella versione proposta dal Lenel) questa ulteriore constatazione mi porta a immaginare due possibili scenari: o tale curiosa scelta sintattica era presente nella comune fonte sabiniana – con molta

³⁵ *Palinogenesia Iuris Civilis* (Leipzig, 1889) rist. Graz, 1960, II, c. 1020 s., n. 2430, che apre la rubrica '*De testibus*'.

³⁶ Ulp. 1 *ad Sab.* D. 50.17.2 pr.-1: pr. *Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt et ideo nec iudices esse possunt nec magistratum gerere nec postulare nec pro alio intervenire nec procuratores existere. 1. Item impubes omnibus officiis civilibus debet abstinere.*

probabilità i *libri tres* – oppure, più semplicemente, quest’ultima, parlando di donne e pupilli, si esprimeva al plurale, poi mantenuto da Gellio e Ulpiano nella trasposizione nei propri testi, nei punti in cui riportano i medesimi tratti di disciplina.

4. (Segue). L’esposizione di Gellio (noct. Att. 5.19.10-16)

Torniamo alla narrazione di Gellio. Il lessico a cui ricorre l’erudito nella descrizione degli aspetti dell’istituto tutelare è fortemente correlato alla dimensione arcaica della collocazione di quest’ultimo. In tale dimensione, l’abuso delle prerogative proprie del tutore – che Gellio rappresenta ancora in termini marcatamente potestativi, tanto da perimetrarne l’ampiezza ricorrendo all’espressione ‘*auctoritatem potestatemque*’³⁷ – veniva inteso come una violazione della sfera giuridico-sacrale di cui esse pure erano espressione (‘*fas non est*’ si continua a leggere in Gell. noct. Att. 5.19.10: qui siamo nell’ambito dello *ius sacrum*, di piena competenza del collegio pontificale)³⁸. Più precisamente, l’*auctoritas* e la *potestas* del tutore non avrebbero avuto la «forza» idonea a «spezzare» il vincolo basato sulla *fides*, e dal quale il tutore traeva la sua legittimazione.

³⁷ Riecheggia in questa espressione la nota definizione di tutela formulata da Servio, ed ancora ricordata da Paolo nel frammento del trentottesimo libro del suo commento all’editto conservato in Paul. 38 ad ed. D. 26.1.1.pr.: *Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permessa*. La definizione serviana verrà ripresa da Giustiniano in esordio del titolo *de tutelis* del suo manuale istituzionale (I. 1.13.1) con la sostituzione della parola ‘*ius*’ a ‘*vis*’. La questione è stata riesaminata in tempi recenti da F. BRIGUGLIO, *Servio Sulpicio e la definizione di tutela: ‘vis ac potestas’ o ‘ius ac potestas’?*, in *Studi in onore di A. Metro*, I, a cura di C. Russo Ruggeri, Milano, 2009, 163 ss. Si veda anche C. SANFILIPPO, *Istituzioni*, cit., 181 ss. L’endiadi scompare nella parte finale (‘*ne esset in potestate tutorum...*’) di Ulp. 26 ad Sab. D. 1.7.17.1: *Eorum dumtaxat pupillorum adrogatio permittenda est his, qui vel naturali cognitione vel sanctissima affectione ducti adoptarent, ceterorum prohibenda, ne esset in potestate tutorum et finire tutelam et substitutionem a parente factam extinguere*.

³⁸ Cfr. P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, Torino, 1974, 124 ss., C.M.A. RINOLFI, *Libro 1.20.5-7: pontefici, ‘sacra’, ‘ius sacrum’*, in *D@S*, 4, 2005, 1 ss. (estr.), A.M. SEELENAG, *Ius pontificium*, cit., 45 ss. Si veda anche M. WEBER, *On Charisma and Institution Building. Selected Papers Edited and with an Introduction by S.N. Eisenstadt*, Chicago-London, 1968, 92 s. e nt. 23.

La stessa menzione della *fides* quale fondamento dell'istituto tutelare nel più volte menzionato passo gelliano (dove, in rapporto al tutore, il pupillo è indicato appunto come '*liberum fidei suae commissum*') è senz'altro degna di nota. Essa reca traccia delle origini e indica allo stesso tempo una timida linea evolutiva dell'istituto, riscontrabile nelle pratiche e nelle relazioni sociali prima ancora che nella formalizzazione giuridica, in conseguenza della quale si determinerà il transito, almeno tra la tarda repubblica e il primo principato, dalla menzionata natura privatistico-potestativa a quella pubblicistica, di onere per il tutore e di forma protettiva per il pupillo, dell'età più evoluta³⁹.

Vedremo presto come l'informazione fornita da Gaio sarà sensibilmente divergente sul punto, poiché renderà conto delle innovazioni che avrebbero interessato l'istituto tramite interventi autoritativi imperiali, poi ampiamente discussi dai *prudentes*.

Gellio continua con un inserto giurisprudenziale (§§ 11-14), riportando la dottrina di Masurio Sabino⁴⁰, il quale, da un lato, riteneva ammissibile l'adozione di liberti da parte di uomini liberi, ma, dall'altro, escludeva decisamente – considerando tale assunto valido anche per i tempi futuri – la possibilità, per i liberti medesimi, di impossessarsi,

³⁹ Cfr. S. SOLAZZI, voce *Tutela e curatela (Diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, 19, Milano, 1957, 915. Ampie considerazioni sul tema, basate su puntuali esegesi e supportate da esaustiva bibliografia, in G. VIARENGO, *Studi sulla tutela dei minori*, Torino, 2015, 1 ss. Si consideri, inoltre, quanto scrive B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 439: «sembra da escludere che sia mai esistita una fase storica in cui, nella tutela, la prospettiva del dovere del tutore sia stata del tutto assente: non sono, infatti, irrilevanti i cenni delle fonti alla *fides* del tutore».

⁴⁰ Non è menzionata l'opera da cui è tratta: cfr. M.L. ASTARITA, *La cultura*, cit., 129. Essa è cautamente ricondotta dalla storiografia ai suoi *libri tres*: in questo senso D. MANTOVANI, *Quando i giuristi diventarono 'veteres'. Augusto e Sabino, i tempi del potere e i tempi della giurisprudenza*, in *Augusto. La costruzione del Principato. Atti del Convegno (Roma, 4-5 dicembre 2014)*, Roma, 2017, 305 nt. 165, che segue pedissequamente C. MASI DORIA, *Un'ipotesi*, cit., 430 – dove si individua anche uno stretto rapporto tra il '*non permittere*' che, attraverso Gellio, sappiamo appartenere allo scritto di Sabino e il '*vetare*' presente nella quinta *Satira* di Persio, nella quale persisterebbe traccia della lettura e conoscenza, da parte del satirista, del giurista e della sua dottrina sui limiti intrinseci all'*adrogatio* dei liberti – e 435 nt. 42.

tramite l'adozione, dei diritti di chi era nato libero⁴¹. L'osservanza dell'antico uso (*'iuris antiquitas'*), del resto, avrebbe consentito la possibilità di adottare persino servi, propri o altrui⁴². L'opinione veniva confortata dal generico richiamo al conforme orientamento di molti antichi giuristi⁴³. In epoca successiva a Sabino, tuttavia, e sicuramente in età classica avanzata, proprio al fine di evitare pregiudizi in danno dei patroni, emerse nella stessa scuola sabiniana una dottrina più restrittiva, poi a lungo rammentata dalla giurisprudenza, in forza della quale fu tendenzialmente evitata l'*adrogatio* del liberto altrui⁴⁴.

Il capitolo è concluso (§§ 15-16) dal richiamo alle affermazioni contenute nell'orazione *de moribus* di Publio Scipione⁴⁵, il quale, essendo censore, annoverava tra le altre cose da riprovare, in quanto contrarie

⁴¹ La condizione giuridica degli schiavi manomessi, dunque, non avrebbe consentito a questi ultimi, neanche se adottati, di sottrarsi agli obblighi nei confronti del proprio patrono e della sua famiglia o, sul piano del diritto pubblico, di sfuggire alle prescrizioni della *lex Visellia* del 24 d.C. in materia di repressione delle usurpazioni dei diritti degli *ingenui*: in questi termini, cfr. C. MASI DORIA, *Un'ipotesi*, cit., 430, 437 nt. 49, seguita da D. MANTOVANI, *Quando i giuristi*, cit., 307 e nt. 172.

⁴² Cfr. C. RUSSO RUGGERI, *La 'datio'*, I, cit., 58.

⁴³ L'identificazione dei quali non è affatto facile; su di essa si possono formulare solo congetture: ne è ben consapevole, C. MASI DORIA, *Un'ipotesi*, cit., 435 e nt. 42, ove vengono riportate quelle proposte in letteratura.

⁴⁴ Ulp. 26 *ad Sab.* D. 1.7.15.2. In proposito, cfr. ALBANESE, *Le persone*, cit., 227, J.F. GARDNER, *The adoption of Roman freedmen*, in *Phoenix*, 43, 1989, 238 s., C. MASI DORIA, *'Bona libertorum': regimi giuridici e realtà sociali*, Napoli, 1996, 396 e nt. 388. Lo stesso Ulpiano Ulp. 45 *ad ed.* D. 37.12.1.2, peraltro, commentando l'editto, e con riguardo alla specifica ipotesi presa in esame nel frammento, sembra richiamare il *'permittendum non est'* di Sabino con l'espressione *'adrogatio liberti admittenda non est'*. Cfr. J.F. GARDNER, *The adoption*, cit., 246 ss. Una proposta di ricostruzione della linea di continuità dell'interpretazione editale di Ulpiano con la dottrina sabiniana è offerta da D. MANTOVANI, *Quando i giuristi*, cit., 306 s.

⁴⁵ È probabile che si tratti di Publio Cornelio Scipione Emiliano Africano Minore, console nel 142 a.C., secondo l'ipotesi formulata da F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, Torino, 2013, 76 e nt. 6, fondata sulla base di H. MALCOVATI, *Oratorum Romanorum fragmenta liberae rei publicae*², Torino, 1955, 126.

agli istituti degli antichi, anche il fatto che il figlio giovasse al padre adottivo con riguardo ai ‘ *premia patrum*’⁴⁶.

5. L’esposizione nel primo commentario delle Istituzioni di Gaio

La prima sequenza testuale gaiana da esaminare in tema di *adoptio* e *adrogatio* si inserisce nel più ampio discorso condotto nel primo commentario del manuale istituzionale riguardante la categoria dei soggetti ad altrui potestà, che include anche i figli adottivi⁴⁷.

Rispetto al testo gelliano, in Gaio è invertito l’ordine di presentazione di quelle che vengono comunque riconosciute come le due modalità con cui procedere all’adozione: *adoptio populi auctoritate* (l’*adoptatio per populum* di cui, come abbiamo visto, parla Gellio) e *adoptio imperio magistratus, veluti praetoris* (l’*adoptatio per praetorem* gelliana), che, con un lessico tecnicamente più preciso rispetto a quello usato da Gellio, vengono espressamente presentate come due *species* di un medesimo *genus*: è un esempio delle scansioni diairetiche che informano tutto il manuale istituzionale.

L’esordio della descrizione della procedura dell’*adrogatio* (§ 99) è forse più ordinato dal punto di vista espositivo rispetto a quanto abbiamo letto nelle *Notti Attiche*: dopo aver precisato che si tratta della procedura riservata ai *sui iuris*, Gaio illustra subito l’etimologia del termine *adrogatio*,

⁴⁶ F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *L’abuso*, cit., 76 e nt. 7 li individua genericamente come i «vantaggi nel campo del diritto pubblico» menzionati da M. KURYŁOWICZ, *Die ‘Adoptio’ im klassischen römischen Recht*, Warszawa, 1981, 18. Non discuto in questa sede del possibile rapporto tra essi e i ‘ *premia et invitamenta*’ di cui è menzione in Gell. *noct. Att.* 2.15.3, anche alla luce della dottrina sull’estinzione della *patria dignitas* dell’adottante nei termini predicati da Papiniano nel trentaseiesimo libro *Delle questioni* (nel frammento conservato in Pap. 36 *quaest.* D. 1.7.13) e nella prospettiva del consapevole recupero di tali elementi tanto in seno alla legislazione demografica augustea, quanto nella stessa attività di preparazione che la precedette e nella successiva tradizione di commenti stratificatisi sulla legislazione medesima.

⁴⁷ Come noto, quella tra *sui iuris* e *alieni iuris* è presentata, nel manuale gaiano, quale altra partizione del diritto delle persone (Gai 1.48), che segue quella principale tra liberi e servi (menzionata in Gai 1.9 e trattata nei paragrafi successivi). Importanti tratti di disciplina dell’*adrogatio* verranno illustrati anche in altri luoghi delle *Istituzioni* (2.138 e 3.83-84), che saranno esaminati più avanti.

qui estensivamente riferita alla triplice interrogazione, rivolta all'adottante, all'adottando e al popolo, e acquisitiva del consenso, rispettivamente, del primo ad accettare il secondo quale figlio legittimo, dell'adottando a sottomettersi al *pater adoptans* e, infine, del popolo ad autorizzare il compimento del rito, in «un dialogo solenne tra i soggetti interessati»⁴⁸.

All'*adrogatio*, nel corpo del medesimo § 99, viene giustapposta l'*adoptio imperio magistratus*, e anche in questa sede si precisa che quest'ultima è riservata alle adozioni di *alieni iuris*, sia in primo grado di discendenza che in quelli successivi, secondo le volontà del padre naturale e di quello adottivo⁴⁹. Non è offerta subito un'esposizione della procedura – che verrà descritta nel successivo § 134 del medesimo primo commentario⁵⁰ – come invece fa sinteticamente Gellio in *noct. Att.* 5.19.3.

L'attenzione al diritto provinciale, spesso comparato con quello di Roma, è una caratteristica tipica di Gaio⁵¹. Il testo in esame offre diversi

⁴⁸ G. SCHERILLO, *Il testamento*, cit., 246.

⁴⁹ Cfr. B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 228.

⁵⁰ Gai. 1.134: *Praeterea parentes etiam liberos in adoptionem datos in potestate habere desinunt. Et in filio quidem, si in adoptionem datur, tres mancipationes et duae intercedentes manumissiones proinde fiunt, ac fieri solent, cum ita eum pater de potestate dimittit, ut sui iuris efficiatur. Deinde aut patri remancipatur, et ab eo is, qui adoptat, vindicat apud praetorem filium suum esse, et illo contra non vindicante a praetore vindicanti filius addicitur, aut non remancipatur patri, sed ab eo vindicat is, qui adoptat, apud quem in tertia mancipatione est; sed sane commodius est patri remancipari. In ceteris vero liberorum personis, seu masculini seu feminini sexus, una scilicet mancipatio sufficit, et aut remancipantur parenti aut non remancipantur. Eadem et in provinciis apud praesidem provinciae solent fieri. La procedura, come si è già visto in sede di analisi di Gell. *noct. Att.* 5.19.3, è articolata secondo una dinamica che segue, sino a un certo punto, nella sua prima fase quella dell'*emancipatio* e poi, nella seconda, quella della *in iure cessio*, peraltro descritta in Gai 2.24: *In iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani velut praetorem urbanum [aut praesides provinciae] is, cui res in iure ceditur, rem tenens ita dicit: 'hunc ego hominem ex iure quiritium meum esse aio'; deinde postquam hic vindicaverit, praetor interrogat eum, qui cedit, an contra vindicet; qui negante aut tacente tunc ei, qui vindicaverit, eam rem addicit; idque legis actio vocatur. hoc fieri potest etiam in provinciis apud praesides earum.* Si veda M. MIGLIORINI, *L'adozione*, cit., 368 s.*

⁵¹ Cfr. A. GUARINO, *Gaio e l'«edictum provinciale» in Iura*, 20, 1969, 154 ss., ora in ID., *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli, 1994, 279 ss., 293 ss., F. GORIA, *Osservazioni sulle prospettive comparatistiche nelle Istituzioni di Gaio*, in *Il modello di Gaio nella formazione del giurista. Atti del convegno torinese (4-5 maggio 1978) in onore del prof. S. Romano*, Milano, 1981, 256 ss.

esempi in proposito: il primo è nel punto in cui si precisa che l'*adrogatio* si compiva solo a Roma⁵², mentre l'*adoptio imperio magistratus* poteva aver luogo anche nelle province, innanzi ai presidi (§ 100).

L'*adoptio imperio magistratus*, nell'illustrazione istituzionale gaiana, sembra essere uno strumento più duttile, che consentiva, a Roma e in provincia (in quest'ultimo caso, innanzi al proconsole o al legato), di adottare le donne (§ 101) e le persone di qualunque età (§ 102, nella parte finale).

L'*adrogatio*, al contrario, presentava limiti maggiori. Abbiamo visto che Gellio (*noct. Att.* 5.19.10) esclude espressamente la possibilità per il pupillo di essere adottato *per populum*. Gaio, invece, descrive un fenomeno più composito, in cui si avvertono caute aperture⁵³: l'adottabilità del pupillo tramite *adrogatio* andrà valutata caso per caso, come deciso da Antonino Pio in un'epistola ai pontefici⁵⁴, nella quale l'emersione della «giusta causa» dell'adozione (*si iusta causa adoptionis esse videbitur*) avrebbe comportato l'ammissibilità, a certe condizioni, del rito (*cum quibusdam condicionibus permissum est*). Gaio menziona l'epistola senza riportarla testualmente, ma dalla sintesi offerta dal giurista è evidente l'esortazione imperiale al particolare rigore richiesto in sede di istruttoria quando l'adottando era un impubere.

Lo sforzo volto all'emersione della *'iusta causa'* in sede di *adrogatio* avrebbe impegnato la giurisprudenza in un confronto a più voci attraverso i secoli, con riguardo ad una molteplicità di questioni. In questa prospettiva, verrà nuovamente discusso il requisito dell'età del *pater adrogans*, il quale, se infrasessantenne, avrebbe piuttosto dovuto cercare la procreazione naturale, a meno che la presenza di una malattia, o di più generali motivi di salute o di opportunità intrafamiliare (quale la volontà di adottare una persona individuata nella cerchia dei propri

⁵² Il motivo è ovviamente da riferirsi al fatto che presuppose per lungo tempo l'intervento attivo dei comizi curiati, poi sostituiti dai trenta littori, e dei pontefici: cfr. B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 222.

⁵³ Non prive di precedenti, anche se controversi, ad opera di pregressa giurisprudenza pontificale: in questi termini B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 225.

⁵⁴ § 102, nella parte iniziale: evidentemente inviata dal principe nel suo ruolo di pontefice massimo.

parenti) suggerissero il contrario⁵⁵. Sarà vagliata anche l'ipotesi di adozione contestuale di più individui, pure ammessa in presenza di *'iusta causa'*. In epoca successiva a Sabino, e sicuramente in età classica avanzata, come già accennato, si registrerà una più netta chiusura dei *prudentes* nell'ammettere la possibilità di adozione del liberto altrui⁵⁶ o di un uomo più anziano da parte di uno più giovane. Non è difficile scorgere in questa casistica una più articolata esposizione delle questioni affrontate nella sede «istruttoria» di cui parla Gellio (*noct. Att.* 5.19.6). Tutti questi aspetti, già oggetto della riflessione di Sabino, continueranno ad esser tenuti presenti da Ulpiano, suo commentatore⁵⁷, e risulteranno ulteriormente articolati da Modestino⁵⁸, allievo del medesimo Ulpiano⁵⁹.

Il serrato dibattito giurisprudenziale, che riprende un ben noto precedente retorico tardorepubblicano⁶⁰, verrà conservato nella

⁵⁵ Cfr. Ulp. 26 *ad Sab.* D. 1.7.15.2.

⁵⁶ La giurisprudenza avrebbe riletto in maniera più restrittiva la portata del parere di Sabino nei termini riferiti da Gellio, in Gell. *noct. Att.* 5.19.11. Il tenore testuale del passo presenta l'affermazione sabiniana come perentoria. Non è tuttavia da escludersi che venisse formulata in seno ad una più articolata disputa in merito all'effettiva sua ammissibilità. Va anche osservato che, secondo Gellio, Sabino si sarebbe riferito genericamente al liberto, e non al *'libertum alienum'* menzionato da Ulpiano in sede di suo commento, in Ulp. 26 *ad Sab.* D. 1.7.15.3, menzionato nella nota successiva. Si tratta di alcuni dei temi analiticamente discussi in più punti del medesimo libro del commento ulpiano, come vedremo tra breve.

⁵⁷ Cfr. Ulp. 26 *ad Sab.* D. 1.7.15.2: *In adrogationibus cognitio vertitur, num forte minor sexaginta annis sit qui adrogat, quia magis liberorum creationi studere debeat: nisi forte morbus aut valetudo in causa sit aut alia iusta causa adrogandi, veluti si coniunctam sibi personam velit adoptare.* [3.] *Item non debet quis plures adrogare nisi ex iusta causa, sed nec libertum alienum, nec maiorem minor.* Cfr. M. MIGLIORINI, *L'adozione*, cit., 183.

⁵⁸ Mod. 1 *diff.* D. 1.7.40.1: *Non tantum cum quis adoptat, sed et cum adrogat, maior esse debet eo, quem sibi per adrogationem vel per adoptionem filium facit, et utique plenae pubertatis: id est decem et octo annis eum praecedere debet.*

⁵⁹ Lo ricorda lo stesso Ulpiano, che, come noto, lo chiama *'studiosus meus'* in un frammento conservato in Ulp. 37 *ad ed.* D. 47.2.52.20.

⁶⁰ Cfr. Cic., *dom.* 34-36: 34. *Quod est, pontifices, ius adoptionis? Nempe ut is adoptet qui neque procreare iam liberos possit, et cum potuerit sit expertus. Quae deinde causa cuique sit adoptionis, quae ratio generum ac dignitatis, quae sacrorum, quaeri a pontificum conlegio solet. Quid est horum in ista adoptione quaesitum? Adoptat annos viginti natus, etiam minor, senatorem. Liberosne causa? At procreare potest; habet uxorem, suscipiet ex ea liberos; exheredabit igitur pater filium.*

compilazione giustiniana, condensandosi espressamente nel principio – già presente *in nuce* nell’elaborazione di Modestino⁶¹ e, prima ancora, di Giavoleno commentatore di Cassio⁶² – ‘*adoptio naturam imitatur*’. Come noto, tale principio avrà una permanente rilevanza nella tradizione giuridica occidentale, alla quale non sfuggirà la sintetica asciuttezza con cui, nelle *Istituzioni* imperiali, i commissari giustiniane riassumono le plurisecolari discussioni tra i *prudentes* nel precetto per cui la deviazione dalla «via» segnata dalla natura – ed in particolare l’ipotesi che il figlio adottivo possa essere più vecchio del padre – ‘*pro monstro est*’⁶³.

Quando Gaio scriveva le sue *Istituzioni*, tuttavia, il tema era a tal punto controverso da portare il giurista a segnalare l’esistenza, lasciandolo tra le questioni aperte e comuni ad entrambe le forme di adozione⁶⁴. Come accennato, il problema era già stato posto con veemenza nella tarda repubblica, quando Cicerone, illustrando i numerosi profili di invalidità dell’adozione di Clodio da parte di Fonteio, lamentava anche la contrarietà al diritto pontificale di un’*adrogatio* compiuta da uno più giovane nei confronti di un uomo più anziano⁶⁵.

Quid? sacra Clodiae gentis cur intereunt, quod in te est? quae omnis notio pontificum, cum adoptare, esse debuit. 36. Dico apud pontifices: nego istam adoptionem pontificio iure esse factam: primum quod eae vestrae sunt aetates ut is qui te adoptavit vel filii tibi loco per aetatem esse poterit, vel eo quo fuit: deinde quod causa quaeri solet adoptandi, ut et is adoptet qui quod natura iam adsequi non potest legitimo et pontificio iure quaerat, et ita adoptet ut ne quid aut de dignitate generum aut de sacrorum religione minuat: illud in primis, ne qua calumnia, ne qua fraus, ne qui dolus adhibeatur: ut haec simulata adoptio filii quam maxime veritatem illam suscipiendorum liberorum imitata esse videatur.

⁶¹ Mod. 2 reg. D.1.7. pr.: *Filios familias non solum natura, verum et adoptiones faciunt.*

⁶² Iav. 6 ex Cass. D. 1.7.16: *Adoptio enim in his personis locum habet, in quibus etiam natura potest habere.*

⁶³ I. 1.11.4: *Minorem natu non posse maiorem adoptare placet: adoptio enim naturam imitatur et pro monstro est ut maior sit filius quam pater. debet itaque is qui sibi per adrogationem vel adoptionem filium facit, plena pubertate, id est decem et octo annis praecedere.*

⁶⁴ Gai 1.106: *Sed et illud, de quo quaestio est, an minor natu maiorem natu adoptare possit, utriusque adoptionis commune est.*

⁶⁵ Cic. dom. 32-38. Cfr. G. DONATUTI, *Contributi allo studio dell’adrogatio impuberis*, in *BIDR*, 44, 1961, 127 ss., C. CASTELLO, *Sui principii ispiratori delle norme sull’età dell’adottante e dell’adottato in diritto romano*, in *Studi in onore di G. Grosso*, VI, Torino, 1974, 193 ss., R. KNÜTEL, *Skizzen zum römischem Adoptionsrecht: Plena pubertas*, *Annahme an Enkels Statt, Erhaltung der Mitgift*, in *Index*, 22, 1994, 250 s., C. FAYER, *La ‘familia’*, I, cit., 331 ss., 363

Le caute aperture, riferite da Gaio, alla possibilità di adottare un impubere ebbero inoltre un riflesso sulla questione contermine – e tuttavia ben distinta – dell'inidoneità di quanti ricoprissero l'ufficio tutelare ad acconsentire alla celebrazione di un'*adrogatio* riguardante il pupillo. Ciò, in altre parole, comportava l'impossibilità per quest'ultimo di essere adottato mediante *adrogatio*, tanto da parte di un terzo quanto da parte del tutore medesimo.

Gellio, come si ricorderà, attinge ad una fonte che escludeva tassativamente l'ipotesi (Gell. *noct. Att.* 5.19.10). La diffidenza per l'*adrogatio* del pupillo da parte del tutore, tra la fine della repubblica e l'inizio del principato, era naturalmente motivata dal timore che il negozio rappresentasse per il tutore medesimo un espediente per sottrarsi all'obbligo del rendimento di conto: lo rammenta ancora Ulpiano commentando Sabino⁶⁶. Per evitare questo ed altri pericoli, la giurisprudenza elaborerà i principii e i criteri menzionati dallo stesso Ulpiano⁶⁷, e dei quali Gaio, come si è accennato, inizia a rendere conto,

s., F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *L'abuso*, cit., 76 ss., 90 ss. È tuttavia verosimile ritenere che, più che di un precetto espresso, si trattasse della difformità da qualcuno di quei criteri di massima elaborati proprio dalla giurisprudenza pontificale attraverso i quali sottoporre, di volta in volta, la singola *adrogatio* al vaglio preliminare di ammissibilità, di cui abbiamo già parlato, precisando che si trattava di criteri generalmente non inderogabili, e che continueranno ad impegnare i *prudentes* in serrate dispute sino all'età severiana ed oltre, come verrà illustrato anche nelle due note successive. Un'interessante lettura dell'orazione, con particolare attenzione al lessico e alla metaforica connessi con il fuoco, è offerta da F.R. BERNO, *Fuoco e fiamme su Cicerone. Il personaggio di Clodio nella Dedomo sua*, in *Pan*, 23, 2005, 113 ss.

⁶⁶ Cfr. Ulp. 26 *ad Sab.* D. 1.7.17.pr.: *Nec ei permittitur adrogare, qui tutelam vel curam alicuius administravit, si minor viginti quinque annis sit qui adrogatur, ne forte eum ideo adroget, ne rationes reddat. Item inquirendum est, ne forte turpis causa adrogandi subsit.* Decisamente meno problematiche sarebbero state le ipotesi del pupillo di età maggiore di venticinque anni o della presenza di vincoli familiari tra pupillo adrogando e tutore-*pater adrogans*: cfr. B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 227 e nt. 56.

⁶⁷ Ulp 26 *ad Sab.* D. 1.7.17. Il giurista contemporaneo non cessa di rimanere stupito di fronte alla sconcertante modernità della maggior parte di essi, soprattutto nei numerosi punti in cui la *ratio* di fondo sembra essere una clamorosa anticipazione storica di quel principio dell'«interesse prevalente della prole» che è posto alla base di numerosi provvedimenti della giurisprudenza della nostra epoca in materia di diritto di famiglia

a differenza di quanto fatto da Gellio, in uno dei punti in cui le sequenze narrative dell'erudito e del giurista divergono maggiormente, deponendo per l'evidente eterogeneità delle fonti poste alla base delle relative esposizioni. In proposito, si è rilevato che Gellio avrebbe scritto il capitolo in esame prima dell'emanazione dell'epistola dell'imperatore Antonino Pio, oppure, più semplicemente, ne avrebbe ignorato l'esistenza, trovandosi egli in Grecia e regolando la menzionata epistola un caso particolare di *adrogatio* di un impubere che si sarebbe necessariamente dovuta celebrare a Roma⁶⁸.

Al contrario, continuava a permanere la chiusura in merito alla possibilità di adottare una donna mediante *adrogatio*. Il testo delle *Istituzioni* gaiane (1.101) ci lascia intendere che i giuristi ne avevano discusso, ma era prevalsa l'opinione negativa (*'Item per populum feminae non adoptantur, nam id magis placuit'*). La discussione sopravvanzerà la stesura del manuale istituzionale: l'autore postclassico del *liber singularis regularum*

e filiazione. In tal senso – e sempre avendo presente la pericolosità, se non addirittura l'improprietà e l'inopportunità di certi accostamenti – oltre alle indicazioni menzionate nella nota precedente, depongono anche l'individuazione della *naturalis cognatio* e della *sanctissima affectio* quali limiti al divieto di arrogazione del pupillo da parte del tutore (Ulp. 26 *ad Sab. D.* 1.7.17.1), o la prescritta indagine comparativa tra le sostanze, lo stile di vita e l'età di adottante e adottando, al fine di valutare concretamente la convenienza dell'adozione per quest'ultimo, o l'opportunità di consigliare all'aspirante *pater adrogans* di pensare piuttosto a procreare biologicamente (Ulp. 26 *ad Sab. D.* 1.7.17.2: *ut aestimetur, an melius sit de liberis procreandis cogitare eum quam ex aliena familia quemquam redigere in potestatem suam*). Laddove, poi, l'adozione fosse proposta pur in presenza di uno o più figli nati da *iustae nuptiae* del *pater adrogans*, sarebbe stato necessario, ai fini della sua ammissibilità, evitare la frustrazione delle aspettative dei primi o la disparità di trattamento dell'adottando (Ulp. 26 *ad Sab. D.* 1.7.17.3: *Praeterea videndum est, an non debeat permitti ei, qui vel unum habebit vel plures liberos, adoptare alium, ne aut illorum, quos iustis nuptiis procreaverit, deminuaturs spes quam unusquisque liberorum obsequio paret sibi, aut qui adoptatus fuit minus pervipiat quam dignum erit eum consequi*). Il rigore dell'indagine rispetto ai profili patrimoniali delle parti interessate, tuttavia, trovava un limite nell'accertamento della sobrietà di vita e dell'affetto disinteressato: ciò avrebbe consentito al più povero di adottare il più ricco (Ulp. 26 *ad Sab. D.* 1.7.17.4), anche se in casi del genere si soleva richiedere l'intervento di uno o più garanti (Ulp. 26 *ad Sab. D.* 1.7.15.5). Sul frammento ulpiano qui menzionato cfr. M. MIGLIORINI, *L'adozione*, cit., 241.

⁶⁸ Cfr. C. CASTELLO, *Il problema*, cit., 312.

attribuito a Gaio, proprio nell'unico frammento di quest'opera presente nel Digesto di Giustiniano⁶⁹, informa che, in base ad un rescritto imperiale, anche le donne avrebbero potuto essere adottate mediante *adrogatio*. Il frammento, nella sua laconicità, non ci permette di affermare altro se non che la questione dell'estensione dei limiti soggettivi passivi all'*adrogatio* dovette affacciarsi ripetutamente all'esame della cancelleria imperiale. Papiniano, in effetti, serberà ancora memoria di un rescritto imperiale antonino che consentiva l'*adrogatio* del proprio figliastro da parte del tutore⁷⁰: chiaramente non si tratta del medesimo documento menzionato in Gai 1.102, ma di un ulteriore esempio di ammissione della celebrazione di un'*adrogatio* mai realizzata prima⁷¹, o realizzata tra forti contrasti, e non ricordato nelle *Istituzioni*.

L'anonimo autore postclassico dell'*Epitome Ulpiani*⁷² non deve aver consultato il *liber singularis regularum* pseudogaiano, ma solo le *Istituzioni* e

⁶⁹ Gai. *lib. sing. reg.* D. 1.7.21: *Nam et feminae ex rescripto principis adrogari possunt*. Cfr. C. CASTELLO, *Il problema*, cit., 307 s. e nt. 14, fortemente dubbioso sull'autenticità del passo. Del resto, non è stato ancora superato il più generale dubbio sull'autenticità dell'opera da cui il frammento risulta escerpito, sollevato da F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it., Firenze, 1968, 309, il quale, peraltro, giudica il frammento «certamente spurio, sebbene non inventato dai compilatori». Il motivo è rinvenuto nel fatto che (nt. 6) «essi avrebbero aggiunto una breve frase al frammento precedente e non avrebbero manufatturato un frammento gaiano». Ivi si rammenta, inoltre, che l'*adrogatio* di donne *per rescriptum principis* «data da Diocleziano al più presto, forse è anche successiva». Si veda anche B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 224 e nt. 79. Si consideri inoltre quanto indicato nella successiva nt. 75 del presente contributo circa la concessione alle donne della possibilità di adottare '*ex indulgentia principis ad solacium liberorum amissorum*' e le discussioni sulla risalenza della concessione medesima all'età diocleziana o a quella giustiniana.

⁷⁰ Pap. 31 *quaest.* D. 1.7.32.1: *Imperator Titus Antoninus rescripsit privignum suum tutori adoptare permittendum*. Il frammento non è sospettato di interpolazione. La parola '*adoptio*' è usata nel senso più generale, idoneo ad indicare anche un'*adrogatio*, come si riscontra pure in Gaio. Cfr. C. CASTELLO, *Il problema*, cit., 326.

⁷¹ C. CASTELLO, *Il problema*, cit., 326.

⁷² Come noto, l'opera ha suscitato da sempre l'interesse degli studiosi. Cfr. TH. MOMMSEN, '*Annotationes ad editionem huius operis*' a *Bocking factam*, Leipzig, 1855, 109 ss., ora in ID., *Juristische Schriften*, II, Berlin, 1905, p. 47 ss., che la considera un sunto del *liber singularis regularum* di Ulpiano, E. ALBERTARIO, '*Tituli ex corpore Ulpiani*', in *BIDR*, 32, 1922, 73 ss., ora in ID., *Studi di diritto romano*, V, *Storia metodologia esegesi*, Milano, 1937, 493 ss., che la ritiene una selezione di brani escerpiti da diverse opere ulpianee, V.

Gellio (o, più probabilmente, la sua fonte) quando nel Titolo *de adoptionibus* scriveva: ‘*Per praetorem vel praesidem provinciae adoptari tam masculi quam feminae, et tam puberes quam impuberes possunt. Per populum vero Romanum feminae quidem non arrogantur; pupilli anteaquidem non poterant arrogari, nunc autem possunt ex constitutione divi Antonini*’⁷³.

Il testo risulta, in effetti, un riassunto del testo istituzionale gaiano, sul quale l’epitomatore postclassico è intervenuto individuando l’*epistula* di Antonino Pio col più generico termine ‘*constitutio*’. Il principe, inoltre, non è più qualificato ‘*optimus imperator*’ (come nelle *Istituzioni* di Gaio) ma ‘*divus*’, in quanto defunto e divinizzato. Il ricorso a ‘*pupillus*’ in luogo di ‘*impubes*’ segnala anche la possibile presenza dell’opera di Gellio (o della sua fonte) sotto gli occhi dell’epitomatore intento nel suo lavoro⁷⁴.

Gli ultimi paragrafi dell’esposizione istituzionale elencano una serie di caratteristiche e questioni comuni a tutte le adozioni, per poi concludere con l’indicazione di un effetto tipico dell’*adrogatio*. Con

ARANGIO-RUIZ, *Sul ‘liber singularis regularum’*. *Appunti gaiani*, in *BIDR*, 30, 1920, 178 ss., che la ritiene un riassunto delle *Istituzioni* di Gaio, in una seconda edizione non pervenutaci, integrato da inserti definitori o classificatori ulpiani ad opera di un epitomatore postclassico. Ha avuto particolare fortuna l’ipotesi di F. SCHULZ, *Die Epitome Ulpiani des Codex Vaticanus Reginae 1128*, Bonn, 1926, 8 ss., secondo il quale si tratterebbe di un’epitome postclassica, composta nella prima metà del IV secolo in area occidentale sulla base delle *Istituzioni* di Gaio, ma anche di altri autori classici e di diverse opere di Ulpiano. Nella letteratura più recente, cfr. E. SCHÖNBAUER, ‘*Tituli ex corpore Ulpiani*’ in *neuer Analyse*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, III, Milano, 1956, 303 ss., F. CANCELLI, sv. ‘*Tituli ex corpore Ulpiani*’, in *Noviss. dig. it.*, 19, Milano, 1973, 392 ss., F. MERCOGLIANO, ‘*Tituli ex corpore Ulpiani*’: *storia di un testo*, Napoli, 1997, 13 ss., T. HONORÉ, *Ulpian*, cit., 207 ss., M. AVENARIUS, *Der pseudo-ulpianische ‘liber singularis regularum’*. *Entstehung, Eigenart und Überlieferung einer hochklassischen Juristenschrift*, Göttingen, 2005, 66 ss., 87 ss., 280 ss. L. DE GIOVANNI, *Istituzioni, scienza giuridica, codici nel mondo tardoantico: alle radici di una nuova storia*, Roma, 2007, 276 ss., F. MATTIOLI, *Un tentativo di messa a punto riguardo alla più recente dottrina sui ‘Tituli ex corpore Ulpiani’. Ipotesi e prospettive di ricerca, in Revisione ed integrazione dei ‘Fontes Iuris Romani Anteiusiniani’ (FIRA). Studi preparatori*, II, *Auctores-Negotia*, a cura di G. Purpura, Torino, 2012, 85 ss., 106

⁷³ Tit. Ulp. 8.5.

⁷⁴ Cfr. K.P. MÜLLER-EISELT, *Divus Pius constituit*. *Kaiserliches Erbrecht*, Berlin, 1982, 139 s. Nell’età postclassica, tuttavia, il regime dell’*adrogatio* aveva subito ampie deroghe rispetto al paradigma originario.

riguardo alle prime, si rammenta che gli impotenti potevano ricorrere ad ogni forma di adozione (§ 103), mentre la possibilità di adottare era del tutto preclusa alle donne: se per Gellio – il quale peraltro limita il suo riferimento alla sola *adrogatio* e all'ipotesi delle donne adottande – il motivo era da rinvenirsi, come si è visto, nella riferita incapacità di queste ultime di avere a che fare con i comizi, per Gaio la ragione è giustificata sulla base del più generale principio per cui esse «non hanno in potestà neanche i figli naturali» (§ 104)⁷⁵. In ogni caso, il *pater adoptivus* poteva a sua volta dare l'adottato con qualunque forma di adozione in adozione ad altri (§ 105), e, come si è già visto, rimaneva sempre aperta la questione della possibilità per un *civis* più giovane di adottare uno più vecchio (§ 106). Caratteristica tipica e ben nota dell'*adrogatio*, infine, era quella in forza della quale gli eventuali figli in potestà dell'adottando si sarebbero trovati, all'esito dell'adozione, in potestà dell'adottante, '*tamquam nepotes*' (§ 107).

6. Ulteriori profili di disciplina nel secondo e nel terzo commentario delle Istituzioni

Con riguardo al diritto testamentario, entrambe le forme di adozione avrebbero determinato l'invalidazione del testamento confezionato in precedenza dal *pater adoptans*: più precisamente, la sua *ruptio* '*quasi agnatione sui heredis*'. Gaio ne parla espressamente nel secondo commentario delle sue *Istituzioni*⁷⁶, nella sequenza testuale dedicata a

⁷⁵ Pur tenendo fermo questo principio, il regime giustiniano consentirà eccezionalmente (*ex indulgentia principis*) alle donne di adottare a titolo di conforto per la perdita dei figli (*ad solacium liberorum amissorum*): così I. 1.11.10. Il principio si rinviene anche in C. 8.47(48).5, che riporta il frammento di un rescritto di Diocleziano. La datazione della concessione (se ascrivibile all'età di Diocleziano o a quella di Giustiniano) è da lungo tempo oggetto di discussione tra gli studiosi: cfr. E. ALBERTARIO, *La donna adottante. Esegesi della c. 5 C. de adopt. VIII, 47(48)*, in *AG*, 112, 1934, 167 ss., C. BELELLI, *Sull'origine dell'arrogazione attiva delle donne*, in *SDHI*, 3, 1937, 142 ss., C. CASTELLO, *Il problema*, cit., 331 s., B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 225, C. RUSSO RUGGERI, *La 'datio'*, I, cit., 257, C. FAYER, *La 'familia'*, cit., I, 310 s.

⁷⁶ Gai 2.138: *Si quis post factum testamentum adoptaverit sibi filium aut per populum eum, qui sui iuris est, aut per praetorem eum, qui in potestate parentis fuerit, omni modo testamentum eius rumpitur*

questa forma di invalidità testamentaria sopravvenuta (2.130-144), precisando che analogo fenomeno interessava l'ipotesi del testatore che avesse poi celebrato una *conventio in manum* o si fosse sposato con la donna già *in manu*⁷⁷. In tutti questi casi, neanche l'indagine sulla eventuale presenza dell'adottato o della donna tra gli eredi istituiti avrebbe giovato al fine della conservazione del testamento come valido⁷⁸.

Importanti ed ulteriori tratti di disciplina affiorano in altra sede del manuale istituzionale, nella sequenza del terzo commentario (§§ 82-84) dedicata all'«altro genere di successioni», ulteriore rispetto al diritto introdotto dalla legge delle XII Tavole e dall'editto del pretore, e recepito consuetudinariamente⁷⁹.

In particolare, Gaio menziona l'effetto acquisitivo delle cose incorporali, di quelle corporali e dei crediti di chi transitava sotto l'altrui

quasi agnatione sui heredis. Cfr. F. LAMBERTI, *Studi sui «postumi» nell'esperienza giuridica romana*, II, *Profili del regime classico*, Napoli, 2001, 13 s., 113 s., 157, E. BIANCHI, *Per un'indagine sul principio «conceptus pro iam nato habetur»*. (*Fondamenti arcaici e classici*), Milano, 2009, 97 s. nt. 121, 218 s.

⁷⁷ Gai 2.139: *Idem iuris est, si cui post factum testamentum uxor in manum conveniat, vel quae in manu fuit, nubat: nam eo modo filiae loco esse incipit et quasi sua*.

⁷⁸ E, del resto, non avrebbe avuto senso indagare sulla loro eventuale pregressa diseredazione, in quanto entrambi non rientranti nel novero degli eredi propri al tempo della confezione del testamento Gai 2.140: *Nec prodest, sive haec sive ille, qui adoptatus est, in eo testamento sit institutus institutave: nam de exheredatione eius supervacuum videtur quaerere, cum testamenti faciendi tempore suorum heredum numero non fuerint*.

⁷⁹ Gai 3.82-84: *Sunt autem etiam alterius generis successiones, quae neque lege XII tabularum neque praetoris edicto, sed eo iure, quod tacito consensu receptum est, introductae sunt*. 83. *Etenim cum pater familias se in adoptionem dedit mulierve in manum convenit, omnes eius res incorporales et corporales, quaeque ei debitae sunt, patri adoptivo coemptionatorive adquiruntur exceptis his, quae per capitis diminutionem pereunt, quales sunt ususfructus, operarum obligatio libertorum, quae per iusiurandum contracta est, et lites contestatae legitimo iudicio*. 84. *Ex diverso quod is debuit, qui se in adoptionem dedit quaeve in manum convenit, non transit ad coemptionatorem aut ad patrem adoptivum, nisi si hereditarium aes alienum fuerit; de eo enim, quia ipse pater adoptivus aut coemptionator heres fit, directo tenetur iure, is vero, qui se adoptandum dedit, quaeve in manum convenit, desinit esse heres; de eo vero, quod proprio nomine eae personae debuerint, licet neque pater adoptivus teneatur neque coemptionator et ne ipse quidem, qui se in adoptionem dedit, vel ipsa, quae in manum convenit, maneat obligatus obligatave, quia scilicet per capitis diminutionem liberetur, tamen in eum eamve utilis actio datur rescissa capitis diminutione, et, si adversus hanc actionem non defendantur, quae bona eorum futura fuissent, si se alieno iuri non subiecissent, universa vendere creditoribus praetor permittit*.

potestà, subendo *capitis deminutio*: l'effetto si realizzava in capo all'avente potestà, all'esito del predetto transito (§ 83, nella parte iniziale). Si trattava di un fenomeno di successione universale *inter vivos*⁸⁰, ben noto al diritto romano e più simile ai meccanismi di fusione per incorporazione o di scissione delle moderne società commerciali⁸¹ che alle dinamiche negoziali del diritto di famiglia contemporaneo. Nel diritto romano classico, esso accomunava la posizione del *sui iuris* adottato tramite *adrogatio* e quella della donna all'esito della *conventio in manum*: ed, in effetti, Gaio tratta congiuntamente le due figure, così come aveva già fatto, nel secondo commentario, con riguardo alla *ruptio testamenti* determinata allo stesso modo da una susseguente adozione⁸² o *conventio in manum*⁸³.

L'esposizione gaiana è caratterizzata, anche in questa sede, da un taglio didattico ispirato ad una sintesi efficace, idonea a descrivere gli effetti comuni di istituti eterogenei mediante il reciproco accostamento e la trattazione unitaria. Doveva peraltro trattarsi di un radicato banco di prova per la riflessione giurisprudenziale, con ogni probabilità già affrontato da Sabino e ripreso ancora una volta da Ulpiano, che continuerà a considerare persino gli effetti a tal fine prodotti dallo *ius postliminii*⁸⁴.

⁸⁰ Cfr. B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 336.

⁸¹ Sicuramente, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, sino alla riforma del diritto societario del 2003, all'esito della quale tali operazioni sono state considerate come mutamenti dell'organizzazione societaria non implicanti una vicenda traslativa universale: indicativa a tal proposito la formulazione del riformato art. 2506, comma 1, cod. civ., in cui si parla di assegnazione del patrimonio e non più di trasferimento, come in precedenza. La questione non sfugge a S. BARBATI, *Sui presupposti di applicazione e la natura giuridica degli effetti del 'postliminium'*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana. Roma e barbari nella tarda antichità*, Roma, 2014, 644 e nt. 131.

⁸² È appena il caso di ricordare il già riferito insegnamento di Gaio (2.138) in forza del quale l'invalidazione sopravvenuta del testamento sarebbe stata determinata da entrambi i tipi di adozione.

⁸³ Gaio, come si ricorderà, precisa (2.139) che sarebbe stata equivalente l'ipotesi del susseguente matrimonio con la donna già *in manu*.

⁸⁴ Ulp. 26 *ad Sab. D.* 1.7.15.pr.: *Si pater familias adoptatus sit, omnia quae eius fuerunt et adquiri possunt tacito iure ad eum transeunt qui adoptavit: hoc amplius liberi eius qui in potestate sunt eum*

La *capitis deminutio* connessa all'adozione o alla *conventio in manum* comportava, per l'adottato o la donna, un comune effetto estintivo: generalmente irreversibile (Gaio menziona in maniera espressa, nel § 83, l'estinzione dell'usufrutto, dell'obbligazione delle opere dei liberti contratta tramite giuramento e delle liti contestate in un giudizio legittimo), ma con la significativa eccezione dei debiti: quelli ereditari, infatti, non si estinguevano, perché l'avente potestà subentrava nel titolo di erede dell'adottato (o della donna *in manu*). Per questi debiti, dunque, egli era tenuto direttamente (*'directo tenetur iure'*), così come era tenuto per i debiti da delitto già gravanti sul suo sottoposto, in base al principio della responsabilità nossale⁸⁵. Tutti gli altri debiti, invece, e più precisamente quelli da atto lecito, si estinguevano in forza del principio del *ius civile* in forza del quale un *pater* non poteva essere obbligato ad opera del *filius*⁸⁶. La giurisprudenza classica riconobbe tali debiti come semplici *obligationes naturales*⁸⁷. L'intervento del pretore rimediò efficacemente all'estinzione dei debiti dell'adottato (o dalla donna *conventa in manu*) a titolo diverso da quello ereditario, mediante la concessione ai creditori di un'*actio utilis rescissa capitis deminutione*. Per il caso di mancata difesa, il pretore diede anche il permesso di vendere tutti i beni che sarebbero stati dell'adottato o della donna se non si fossero assoggettati al potere altrui (Gai 3.84).

sequuntur: sed et hi, qui postliminio redeunt, vel qui in utero fuerunt cum adrogaretur, simili modo in potestatem adrogatoris rediguntur. Ulpiano, commentando Sabino, aveva già preso in considerazione il tema del *postliminium* con riguardo ai problemi della capacità successoria rispettivamente del *captus* e del *redemptus ab hostibus*: cfr. Ulp. 12 *ad Sab. D.* 38.16.1.4. Una sintesi delle questioni connesse al *postliminium* e della bibliografia formata sul tema è offerta da M.V. SANNA, '*Captivitas*' e '*postliminium*', in *D@S*, 6, 2007, 1 ss., Si veda anche S. BARBATI, *Sui presupposti*, cit., 600 ss., 644.

⁸⁵ Cfr. B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 339 e nt. 71. Questa ipotesi non è presa in considerazione nel corpo del § 84, il cui testo è sviluppato interamente sulla contrapposizione delle diverse sorti dei debiti ereditari e di quelli contratti '*proprio nomine*' dalla donna o dall'adottando.

⁸⁶ B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 221, 336 ss.

⁸⁷ B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 339 ss.

7. Osservazioni conclusive

Il quadro complessivo sin qui fornito dell'esposizione relativa alle forme e alle modalità di adozione nei testi dei due autori consente ora alcune osservazioni conclusive.

Rilevo innanzitutto una comune singolarità, per così dire «in negativo»: in entrambe le articolate ricostruzioni dell'erudito e del giurista manca il riferimento alla *sacrorum detestatio*, che, come noto, viene pressoché unanimemente considerata un requisito essenziale per il completamento dell'*adrogatio* sul piano del diritto sacro. Ho affrontato la questione in altra sede, e mi limito qui a rinviare all'interpretazione da me formulata in quello scritto⁸⁸.

Va poi ribadita, nell'esordio, l'inversione della menzione dei due istituti: in Gellio, al contrario di quanto avviene in Gaio, la presentazione e l'esposizione della disciplina dell'*adoptatio per praetorem* è anteposta a quella dell'*adrogatio* e viene interamente svolta nel § 3, essendo i paragrafi successivi esclusivamente dedicati all'*adrogatio*.

Secondo un'opinione rinvenibile in letteratura⁸⁹, non si tratterebbe solo di un'inversione dell'ordine espositivo degli argomenti, ma addirittura dell'attribuzione di una diversa natura giuridica agli istituti presi in esame. In particolare, la radicale diversità delle fonti consultate da Gellio rispetto a quelle di cui si sarebbe avvalso Gaio avrebbe portato il primo a non intendere l'*adrogatio* come *species adoptionis* e a trattare separatamente gli istituti, «proprio per metterne in luce le differenze»⁹⁰. In una più ampia prospettiva, le difformità espositive dell'antiquario e del giurista sarebbero sintomo evidente dell'eterogeneità dei metodi e degli esiti classificatori della scienza giuridica romana del II sec. d.C., a

⁸⁸ P. ARCES, *Studi*, cit., 136 ss., 144 ss., 158 s. e nt. 610, 163 ss. La monografia ha ricevuto autorevoli e garbate contestazioni da G. COPPOLA BISAZZA, *Recensione a P. ARCES, Studi*, cit., in *Iura*, 64, 2016, 395 ss.: esse hanno rappresentato lo stimolo per il ripensamento e la precisazione su diversi altri aspetti trattati in quello scritto, che confido di pubblicare prossimamente.

⁸⁹ C. CASTELLO, *Il problema*, cit., 305 ss., pedissequamente seguito da M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'. Problemi di origine*, Torino, 1996, 127 s.

⁹⁰ C. CASTELLO, *Il problema*, cit., 306.

seconda che venissero privilegiati gli aspetti relativi alla struttura degli istituti trattati (come avrebbero fatto Gellio e le sue fonti) o quelli concernenti i relativi effetti (come invece avrebbe fatto Gaio, sulla scia della tradizione da lui seguita).

Mi sembra tuttavia evidente, sin dalla lettura del lemma introduttivo dell'esaminato capitolo gelliano⁹¹, che anche l'erudito intenda parlare di due specie di un medesimo genere, pur non ricorrendo alla precisione lessicale di cui si avvarranno Gaio e la giurisprudenza successiva sino a Giustiniano⁹², ed anzi alludendo all'*adrogatio* con l'espressione '*genus hoc transitus*' nella parte finale di Gell. *noct. Att.* 5.19.8. Del resto, proprio il fatto che Gellio conduca un raffronto tra *datio in adoptionem* e *adrogatio* per evidenziarne le rispettive peculiarità rinvia alla struttura espositiva tipica dell'illustrazione per genere e differenza specifica, effettuata mediante l'individuazione dei tratti caratteristici delle singole figure riconducibili ad un unico genere, come era prassi normale nella tradizione retorica del II sec. d.C., di certo non sconosciuta allo stesso Gellio, che, anzi, la richiama espressamente, per il tramite di Favorino⁹³, con riguardo alla tecnica definitoria, in altro luogo delle *Notti*⁹⁴. Proprio l'erudito, peraltro, afferma testualmente (*noct. Att.* 5.19.1-2) che tanto l'*adoptio* (in senso stretto) quanto l'*adrogatio* permettevano ad estranei di entrare, come figli, in un'altra famiglia: il che continua ad apparirmi la presentazione di due

⁹¹ *Quid sit adoptatio, quid item sit adrogatio quantumque haec inter se differant; verbaque eius quae qualiaque sint qui in liberis adrogandis super ea re populum rogat.*

⁹² Dove si rinviene l'espressa individuazione dell'*adrogatio* come '*species adoptionis*': la menzione in Gai 1.99, si inserisce nel solco di una tradizione poi seguita da Modestino (Mod. 2 reg. D. 1.7.1.1: *Quod adoptionis nomen est quidem generale, in duas autem species dividitur, quarum altera adoptio similiter dicitur, altera adrogatio. adoptantur filii familias, adrogantur qui sui iuris sunt*) e dai compilatori giustinianei, i quali prenderanno a modello proprio Gaio in I. 1.11.1 e in Gai. 1 *inst.* D. 1.7.2.pr-2. In entrambi i luoghi l'espressione classica '*populi auctoritate*' è, per ovvie ragioni storiche, sostituita da '*principali rescripto*', '*imperatoris auctoritate*', '*principis auctoritate*'.

⁹³ Come noto, Favorino ha un ruolo fondamentale in tutta l'opera gelliana: S.M. BEALL, '*Homo Fandi Dulcissimus*': *The Role of Favorinus in The Attic Nights of Aulus Gellius*, in *AJPh*, 122, 1, 2001, 86, lo definisce «the 'star' of the work».

⁹⁴ Gell. *noct. Att.* 4.1.10: *nam hoc quidem pervulgatum est definitionem omnem ex genere et differentia consistere.*

distinte specie, produttive del medesimo effetto, riconducibili ad un genere comune.

La derivazione della parola ‘*adrogatio*’, poi, è riferita da entrambi gli autori alla ‘*rogatio*’ che costituiva un momento fondamentale del rito: Gellio (§§ 8-9) si limita a considerare quella conclusiva rivolta al popolo, riportando i termini della relativa formula; Gaio menziona la triplice interrogazione effettivamente prevista per la realizzazione dell’istituto, non riportando tuttavia il formulario, e omettendo di individuare chi procedesse ad interrogare i *patresfamilias* ed il popolo⁹⁵.

Si è pure ricordata la particolare attenzione di Gaio, tipica del giurista e non rinvenibile in Gellio, nei confronti del diritto provinciale, la conoscenza della cui disciplina emerge in diversi punti dell’esposizione dei passi del manuale istituzionale presi in considerazione⁹⁶.

Nelle *Istituzioni*, i profili di disciplina riguardanti le donne e gli impuberi sono trattati in maniera più completa e problematica: Gellio considera le donne solo in quanto adottande (§ 10), mentre Gaio estende la sua attenzione anche all’ipotesi delle donne adottanti⁹⁷. In quanto alla possibilità di adottare gli impuberi tramite *adrogatio*, si è visto Gaio, decisamente più possibilista di Gellio, richiamare la soluzione stabilita per via autoritativa dall’imperatore Antonino Pio, tramite l’epistola indirizzata ai pontefici, per risolvere l’incertezza formatasi sulla questione⁹⁸, evidentemente avvalendosi di fonti diverse e più aggiornate rispetto a quelle di Gellio. Il racconto presente nelle *Notti* rispecchia con evidenza la disciplina dell’istituto quale configurata prima del ripetutamente menzionato intervento autoritativo imperiale sul tema.

Si deve quindi riconoscere che Gellio e Gaio si avvalgono di fonti diverse, e tuttavia complementari ai fini dell’informazione complessivamente fornita sui due istituti: in particolare, le fonti di cui si

⁹⁵ C. CASTELLO, *Il problema*, cit., 310. Lo studioso spiega la limitazione dell’attenzione, in Gellio, alla sola *rogatio* rivolta al popolo, in conseguenza del fatto che le precedenti *rogationes* ai *patresfamilias* interessati sarebbero rientrate nell’ambito della *cognitio* pontificale che abbiamo definito «istruttoria».

⁹⁶ Gai 1.100, 1.101, 1.102, nella parte finale, e 1.105.

⁹⁷ Gai 1.104.

⁹⁸ Gai 1.102.

sarebbe servito Gaio avrebbero avuto un più marcato orientamento di studio nell'ambito dello *ius civile*, mentre Gellio avrebbe avuto a disposizione materiali dedicati al diritto pubblico e religioso⁹⁹. Abbiamo tuttavia verificato anche la frequente ricorrenza di materiali sabiniani a disposizione dell'erudito: della loro consultazione e del loro uso – almeno in un caso, probabilmente comuni a Gellio e Ulpiano – si è cercato di dare una dimostrazione nelle pagine precedenti, con riferimento a Gell. *noct. Att.* 5.19.10 e a Ulp. 1 *ad Sab.* D. 28.1.20.6-7 e Ulp. 1 *ad Sab.* D. 50.17.2.

Le sequenze testuali prese in esame permettono, inoltre, di apprezzare il diverso stile di scrittura dei due autori, segno evidente dell'altrettanto diverso metodo di lavoro seguito da ciascuno di essi. Se Gellio – dopo aver unitariamente indicato l'effetto comune dei due istituti – tratta dell'*adoptatio per praetorem* e dell'*adrogatio* in successione, nei paragrafi del primo commentario delle *Istituzioni* di Gaio la scrittura è organizzata secondo un diverso andamento dinamico: per poco più di metà del testo, infatti, il giurista presenta uno schema espositivo costantemente informato alla giustapposizione *adrogatio/adoptio imperio magistratus*¹⁰⁰, per poi seguire, nell'altra metà, il criterio dell'illustrazione di caratteristiche e questioni controverse comuni ai due istituti¹⁰¹, con

⁹⁹ Così C. CASTELLO, *Il problema*, cit., 312, 314 s.

¹⁰⁰ Fornisco a tal proposito uno schema di riepilogo dei relativi paragrafi del primo commentario del manuale istituzionale:

§ 98: I due generi di adozione: *adrogatio* e *adoptio imperio magistratus*.

§ 99: Le rispettive discipline: quella dell'*adrogatio* e quella dell'*adoptio imperio magistratus*.

§ 100: Il luogo in cui le adozioni potevano svolgersi: l'*adrogatio* solo a Roma; l'*adoptio imperio magistratus* anche in provincia, davanti ai presidi.

§ 101: Adottabilità delle donne: esclusa per l'*adrogatio*; ammissibile, a Roma e in provincia, tramite *adoptio imperio magistratus*.

§ 102: Adottabilità degli impuberi: per l'*adrogatio* la questione è stata controversa, ma viene risolta dall'epistola dell'imperatore Antonino Pio ai pontefici, mentre è ammissibile, a Roma e in provincia, tramite *adoptio imperio magistratus*,

¹⁰¹ Nel § 103 si riferisce della possibilità concessa agli impotenti di adottare; nel § 104 si riferisce dell'impossibilità per le donne di adottare; nel § 105 si riferisce della possibilità, concessa all'adottante, di dare a sua volta in adozione chi avesse adottato;

l'eccezione del paragrafo conclusivo, riservato al peculiare effetto dell'*adrogatio*¹⁰², sul quale ci siamo già soffermati. Sembra quasi di trovarsi di fronte alla trasposizione per iscritto di schemi mnemonici utili ad articolare l'esposizione orale del maestro di diritto di fronte agli allievi, nel tentativo di tenerne desta l'attenzione. Non riusciamo certo a udire la voce di Gaio colto nell'atto dell'insegnamento, ma la sequenza esaminata offre quantomeno il fragile calco di quella esperienza. Gli ulteriori profili di disciplina illustrati nel secondo e terzo commentario delle *Istituzioni*, peraltro, risultano inseriti in contesti espositivi che, come si è visto, assecondano con coerenza la più generale «strategia didattica» del giurista antoniniano.

La reciproca integrazione e la conseguente comparazione dei resoconti di Gellio e Gaio – alla luce del riconosciuto equivalente grado di attendibilità delle relative fonti, e del peculiare stile di ciascuno dei due autori – portano ad un'ulteriore considerazione sulla prosa di Gellio.

L'erudito, infatti, organizza ed inserisce, nel multiforme caleidoscopio delle *Notti*, un capitolo che sembra tanto la pagina di un manuale istituzionale, ovviamente diverso da quello gaiano, privo dell'attenzione all'efficacia didattica dell'esposizione – tipica invece delle *Istituzioni* – e meno aggiornato su taluni tratti di disciplina degli istituti esaminati, ma altrettanto utile allo storico del diritto per la ricostruzione di questi ultimi secondo un profilo diacronico.

Abstract

In line with the renewed interest in the study of Roman law in non-legal sources, the essay offers a comparison between the discussion on *adoptio* and *adrogatio* carried out, respectively, by Gellius in the nineteenth chapter of the fifth book of the *Attic Nights* and by Gaius in the

nel § 106 si riferisce della questione controversa circa l'ammissibilità per uno più giovane di adottare uno più vecchio.

¹⁰² E cioè quello per cui gli eventuali figli in potestà dell'adottando si troveranno, all'esito dell'adozione, in potestà dell'adottante, '*tamquam nepotes*.' (§ 107).

corresponding places of the *Institutions*. The analysis of the relative texts makes it possible to carry out some considerations on the writing style and the working method of both authors, and to propose the Sabinian ancestry of a source probably common to Gellius and Ulpian.

In linea con il rinnovato interesse per lo studio del diritto romano nelle fonti non giuridiche, il saggio offre un confronto tra la trattazione in tema di *adoptio* e *adrogatio* svolta, rispettivamente, da Gellio nel diciannovesimo capitolo del quinto libro delle *Notti Attiche* e da Gaio nei corrispondenti luoghi delle *Istituzioni*. L'analisi dei relativi testi permette di svolgere alcune considerazioni sullo stile di scrittura e sul metodo di lavoro di entrambi gli autori e di proporre l'ascendenza sabiniana di una fonte probabilmente comune a Gellio e Ulpiano.

PIERFRANCESCO ARCES

Professore Associato di Diritto Romano e Diritti dell'Antichità

Università degli Studi del Piemonte Orientale

Email: pierfrancesco.arces@uniupo.it

