VITAE NECISQUE POTESTAS O IUS VITAE AC NECIS: UNA RIFLESSIONE A PARTIRE DELL'OPERA DI YAN THOMAS

ELENA GIANNOZZI (*)

Un'interpretazione fortemente innovatrice della *patria potestas* è stata proposta in anni recenti da Y. Thomas, eminente romanista francese prematuramente scomparso nel 2008. Egli ha messo radicalmente in discussione un'ipotesi molto diffusa, ossia l'affievolirsi, nel corso della storia romana, dei poteri inerenti alla *patria potestas*. Y. Thomas cerca di dimostrare che l'indebolimento della *patria potestas* è soltanto un'invenzione storiografica dei romanisti (1). Si tratta di una ricostruzione che, anche per coloro che non la condividono, offre spunti estremamente interessanti ed è ragione di riflessione.

Data la sua innovativa analisi della *patria potestas*, non è sorprendente che anche in materia di *vitae necisque potestas* la posizione thomassiana sia estremamente innovatrice e in disaccordo con la dottrina maggioritaria. In quest'ambito, Y. Thomas nega l'idea di un indebolimento del potere di vita e di morte, esattamente come egli rifiuta la teoria del deperimento della *patria potestas*. In effetti, a giudizio del nostro autore la *vitae necisque potestas* rappresenta l'enunciazione stessa del legame, di squisita essenza giuridica, che unisce il padre al figlio maschio.

Per arrivare a questa conclusione, Y. Thomas si pone per prima cosa il problema d'interpretare l'espressione *vita nexque*. Egli osserva che «dans la langue du droit, la particule *que* est rarement disjonctive» (2) e, di conseguenza, si rifiuta d'interpretare questa espressione separando il termine *vita* dal termine

---

(*) Université Paris II Panthéon-Assas.

(1) Egli parla addirittura di un «roman historique». Si veda, Y. THOMAS, *À Rome, pères citoyens et cité des pères (II.° siècle avant J.-C. — II.° siècle après J.-C.)*, in A. BURGUIÈRE e C. KLAPPISCH (ed.), *Histoire de la famille*. Paris 1986, 195-230, (2.ª éd. 1994) 209.

(2) Y. THOMAS, *Vitae necisque potestas. Le père, la cité, la mort*, in *Actes de la Table ronde «Du châtiment dans la cité. Supplices corporels et peine de mort dans le monde antique" (Rome, 9-11 novembre 1982)*. Collection de l'École française de Rome 79, Rome, 1984, 508.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0069

nex [3]. Al contrario, secondo il nostro autore, «ce couple nominal ne disjoint pas la vie et la mort, qu'il faut entendre comme constituant une unité» [4]. Si tratterebbe dunque di un'espressione tecnica che deve essere interpretata nella sua totalità, anche in considerazione del fatto che i termini *vita* e *nex* non si corrispondono. In effetti, *vita* ha un significato generico mentre «*nex* n'est pas la mort, le contraire de la vie, mais un mode non sanglant de tuer» [5]. Per questa ragione, Y. Thomas afferma che è impossibile considerare *ius vitae* e *ius necis* [6] come delle espressioni corrispondenti [7]. Al contrario, «*vita* est le corollaire de *nex*» [8]. Considerando la formula *vita nexque* nel suo insieme, Y. Thomas intepreta l'espressione *vitae necisque potestas*: non si tratta del potere di mettere a morte il figlio, ma di tenerlo in vita [9]. A suo giudizio «la vie, dans son appellation générale, est la contrepartie nécessaire d'un droit dont plane seulement la menace» [10].

In *Vitae necisque potestas*, l'articolo consacrato totalmente allo studio del potere di vita e di morte, Y. Thomas inaugura la propria analisi osservando che «la *vitae necisque potestas* reconnue aux pères romains est une prérogative singulière. Le droit de donner la mort [11] ne s'énonce pas sur un mode hypothétique, mais dans l'absolu. Il ne peut pas être comparé, à cet égard, aux prescriptions de la loi pénale, où la peine de mort est subordonnée à une condition introduite par *si* ou par une relative. [...] La mort est, ici, catégoriquement prescrite, abstraitement et hors contexte» [12]. Data la formulazione della *vitae necisque potestas*, il *pater familias* avrebbe potuto uccidere *ad libitum* i suoi figli [13]. Y. Thomas fonda la sua ipotesi in primo luogo su un passo di Aulo Gellio [14], che descrive la procedura dell'arrogazione: *Velitis, iubeatis, uti L.*

---

[3] THOMAS, *Vitae necisque potestas*, cit., 508 contesta le ricostruzioni proposte dagli autori che hanno ipotizzato d'interpretare *vita* separatamente da *nex*.

[4] THOMAS, *Vitae necisque potestas*, cit., 509.

[5] THOMAS, *Vitae necisque potestas*, cit., 509. A questo proposito, si veda FEST., p. 158 L e p. 190 L.

[6] Deve essere osservato l'impiego delle espressioni *ius vitae* e *ius necis* da parte di Y. Thomas.

[7] THOMAS, *Vitae necisque potestas*, cit., 510.

[8] THOMAS, *Vitae necisque potestas*, cit., 510.

[9] Y. THOMAS, *Remarques sur la juridiction domestique à Rome*, in *Parenté et stratégies, Actes de la table ronde des 2-4 octobre 1986 (Paris, Maison de sciences de l'homme)*, ed. J. ANDREAU et H. BRUHNS, *Collection École française de Rome* 129, Rome, 1990, cit., 452.

[10] THOMAS, *Vitae necisque potestas*, cit., 544.

[11] Osserviamo con quale facilità Y. Thomas passi dal termine potere al termine diritto.

[12] THOMAS, *Vitae necisque potestas*, cit., 499.

[13] Ci riferiamo esclusivamente ai figli maschi poiché, come vedremo meglio in seguito, Y. Thomas considera che le figlie femmine non fossero soggette al potere di vita e di morte.

[14] GELL., 5, 19, 9.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0069

Valerius L. Titio tam iure legeque siet, quam si ex eo patre matreque familias eius natus esset, utique ei vitae necisque in eum potestas [15] *siet, ut patri endo filio est. Haec ita uti dixi ita vos, Quirites, rogo* [16]. In questa formula la conseguenza dell'acquisizione della *patria potestas* è la *vitae necisque potestas* sull'arrogato. A sostegno della sua ipotesi, il nostro autore cita anche il passo di Papiniano [17] «*cum patri lex regia dederit in filium vitae necisque potestatem*» [18] e l'estratto di una costituzione di Costantino [19] che ricorda «*ut patribus, quibus ius vitae in liberos necisque potestas permissa est*» [20].

La *vitae necisque potestas* non si identificherebbe dunque con la punizione di una colpa. Y. Thomas esorta a non confondere questo potere con l'esercizio della giustizia domestica quando afferma «gardons nous, en tout cas, de confondre ces procédures [*scil.* le sanzioni domestiche] avec l'exercice du pouvoir de vie et de mort, lequel définit abstraitement la *patria potestas*. Tel qu'il est abstraitement formulé dans la loi curiate d'adrogation, ce droit [21] est étranger à la question du délit domestique: il est une équation de la puissance paternelle prise dans l'absolu. [...] Lorsque la discipline domestique s'exerce, on ne la voit jamais au contraire fondée sur cette *potestas* illimitée» [22]. La giurisdizione domestica non sarebbe da identificare con la *vitae necisque potestas*, che sarebbe un potere senza limiti. Le punizioni domestiche, al contrario, emergono dal diritto consuetudinario [23]. Tale distinzione sarebbe dimostrata dal fatto che la sanzione domestica poteva essere considerata abusiva e contraria al diritto [24],

---

[15] Anticipiamo che Y. Thomas, nella traduzione che dà di tale passo di Aulo Gellio, rende *vitae necisque potestas* come «droit de vie et de mort».

[16] «Vogliate e ordinate che Lucio Valerio tanto per il diritto quanto per legge sia un figlio per Lucio Tizio come se fosse nato da questo padre di famiglia e da sua moglie e che Lucio Tizio abbia il potere di vita e di morte su Lucio Valerio, come il padre lo ha sul figlio. Le cose che ho detto in questo modo vi domando, Quiriti».

[17] PAP., *Collatio*, 4, 8, 1.

[18] «Dal momento che una legge regia ha dato al padre il potere di vita e di morte sul figlio».

[19] C. Th., 4, 8, 6 pr = C.J., 8, 46, 10.

[20] «... ai padri ai quali il diritto di vita sui loro figli e il potere di morte era permesso».

[21] Notiamo nuovamente come Y. Thomas passi senza problema dal termine potere al termine diritto.

[22] THOMAS, *Remarques sur la juridiction domestique à Rome*, cit., 451.

[23] THOMAS, *Remarques sur la juridiction domestique à Rome*, cit., 451.

[24] THOMAS, *Remarques sur la juridiction domestique à Rome*, cit., 452 nt. 10 si riferisce a tre episodi che ci sono stati trasmessi dalle fonti. VAL. MAX., 6, 1, 5 et OROS., 5, 6, 18 ci hanno tramandato il ricordo della procedura comiziale intrapresa verso 103 a.C. contro Q. Fabio Massimo, che aveva fatto assassinare suo figlio da due schiavi. Y. Thomas ricorda inoltre l'episodio del cavaliere Tricone (SEN., *De clementia*, 1, 15, 1). Infine, il nostro cita un rescritto di Adriano (MARC., 14 *Inst.*, D. 48, 9, 5). Il principe aveva esiliato un padre, che aveva ucciso

https://doi.org/10.55104/FRDC_0069

mentre la formula dell'arrogazione enunciava la *vitae necisque potestas* in assoluto[25].

Il passo d' Aulo Gellio 5, 19, 9 mostra, secondo il Thomas, la natura della *vitae necisque potestas*: «pour la formule d'adrogation, le contenu de la *patria potestas* s'épuisait dans le pouvoir de vie et de mort» [26]. La *vitae necisque potestas*, potere astratto e assoluto, rappresenterebbe dunque la *patria potestas*. Il potere di vita e di morte è l'«ultime attribut [de la *patria potestas*], qui englobe tout le reste. Le droit de mort [27] est de la sorte une définition abstraite du pouvoir» [28]. Il potere di vita e di morte con la sua enunciazione astratta riassume la *patria potestas*: «c'est un droit, pourrait-on dire, qui fait corps avec son titulaire et semble n'avoir aucun objet auquel s'appliquer» [29].

La conclusione, che Y. Thomas trae da queste considerazioni, è senza dubbio innovatrice poiché egli afferma che «en droit, la *vitae necisque potestas* désigne le rapport juridique personnel de père à fils, et rien d'autre» [30]. Il nostro autore sottolinea che il potere di vita e di morte «ne s'accomplit pas dans le meurtre du fils, encore que ce meurtre en soit la représentation négative, tout comme, à l'inverse, le parricide montre en creux le pouvoir à travers l'attentat porté contre lui; mais, au contraire, une liaison juridique vitale, une institution intégrale de la filiation» [31]. La *vitae necisque potestas* esprime dunque in modo astratto il legame che unisce il padre al figlio, «un lien qui, à Rome, est d'essence exclusivement juridique» [32].

La *vitae necisque potestas* è dunque una prerogativa paterna totalmente diversa dalla giurisdizione domestica. Per questa ragione, lo studio del potere di vita e morte non può interessarsi delle punizioni paterne, che rilevano esclusivamente del *mos maiorum*: «or on ne peut pas qu'être surpris de voir que, lorsqu'il [*scil.* le pouvoir de vie et de mort] est exceptionnellement attesté, son

---

suo figlio durante una battuta di caccia «*quod latronis magis quam patris iure eum interfecit*", cioè poiché l'aveva ucciso come un bandito piuttosto che secondo il diritto paterno».

[25] THOMAS, *Remarques sur la juridiction domestique à Rome*, cit., 451.

[26] THOMAS, *Vitae necisque potestas*, cit., 507.

[27] Sottolineiamo nuovamente con quale facilità Y. Thomas passi da potere di vita e di morte a diritto di vita e di morte.

[28] THOMAS, *Vitae necisque potestas*, cit., 500.

[29] THOMAS, *Vitae necisque potestas*, cit., 507. A sostegno della sua affermazione il nostro autore cita alla stessa pagina tre passi, dove «les rhéteurs ne mentionnent pas le fils: "*patre quoi ... vitae mortisque arbitrium datum est*" (SEN. *Contr.* 2, 3, 11); "*nobis arbitrium vitae necisque commissum*" (QUINT., *Decl. maiores*, 19, 2, p.340 Lehnert); "*ius nobis vitae necisque concessum est*" (*ibid.*, 6, 14, p. 124 Lenhert). "*Nobis*" comme "*patribus*" dans le code Théodosien (4, 8, 6 pr.), renvoie à la totalité virtuelle des pères: le collectif se rapporte à l'institution».

[30] THOMAS, *Vitae necisque potestas*, cit., 507.

[31] THOMAS, *Remarques sur la juridiction domestique à Rome*, cit., 452.

[32] THOMAS, *Vitae necisque potestas*, cit., 520.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0069

exercice ait toujours été reprouvé. [...] Pour que le *ius vitae necisque* ait caractérisé à lui seul la *patria potestas*, il faut qu'il ait été tout autre chose qu'une réalité quotidienne: un pur concept» [33]. La rarità delle fonti, che ci hanno trasmesso degli episodi di uccisione di un figlio e l'esistenza di critiche mosse alle sanzioni paterne, è dunque spiegata dal nostro autore in modo estremamente originale. Y. Thomas non parla di una restrizione graduale della *vitae necisque potestas*. Tale prerogativa paterna non cambia con il tempo, essa, al contrario, rimane invariata. Se mai si sia verificato un indebolimento delle sanzioni paterne, questo fenomeno non tocca comunque la *vitae necisque potestas*, che non era altro che un puro concetto, la rappresentazione del legame fra padre e figlio. Dobbiamo sottolineare che questa ricostruzione è coerente con la convinzione thomassiana secondo la quale l'importanza di un istituto «ne se mesure pas aux vérifications qui permet son immédiate confrontation aux faits» [34].

Tuttavia, il carattere astratto della *vitae necisque potestas* non trasforma questo istituto in una curiosità antiquaria. Si tratta al contrario «d'un droit qui contient le tout de la *patria potestas*, dans l'absolu. [...] Il accapare le fils et, loin de présupposer l'unité juridique de la *domus*, instaure entre les pères et eux une relation qui ne se laisse pas réduire à aucune autre, et qui échappe à toute détermination domestique» [35].

Y. Thomas nega infatti che la *patria potestas* fosse configurata nello stesso modo per i figli e per le figlie [36]. La *vitae necisque potestas* sarebbe dunque un potere esclusivamente *in filio*. La relazione personale fra ascendente e discendente «se borne à cette prérogative de souveraineté» [37] Le donne e gli schiavi non erano sottoposti a questo potere che esisteva esclusivamente nei confronti dei figli maschi. La loro sanzione rilevava del *mos maiorum*. La *vitae necisque potestas*, potere astratto e assoluto, rappresenterebbe dunque la *patria potestas*. Il potere di vita e di morte l'«ultime attribut [de la *patria potestas*], qui englobe tout le reste. Le droit de mort est de la sorte une définition abstraite du pouvoir» [38]. Il potere di vita e di morte con la sua enunciazione astratta

---

[33] THOMAS, *Vitae necisque potestas*, cit., 512. È opportuno ricordare questo passo di THOMAS, *Vitae necisque potestas* cit., 545: «la *vitae necisque potestas* n'est pas un fait d'histoire sociale. Dans la réalité, la cruauté des pères, lorsqu'elle est attestée, est condamnée. Tuer son fils est presque toujours sacrilège, sauf lorsqu'un père incarne l'État ou que l'État est mal incarné par un fils».

[34] Y. THOMAS, *La division des sexes*, in P. SCHMITT PANTEL (ed.), *Histoire des femmes en Occident* 1, Paris 1991, 103-156 (edizione originale: *Storia delle donne*, Roma-Bari, 1990), 113.

[35] THOMAS, *Vitae necisque potestas*, cit., 510.

[36] Si veda, THOMAS, *Remarques sur la juridiction domestique à Rome*, cit., 464.

[37] THOMAS, *Vitae necisque potestas*, cit., 507.

[38] THOMAS, *Vitae necisque potestas*, cit., 500.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0069

riassume la *patria potestas*: «c'est un droit, pourrait-on dire, qui fait corps avec son titulaire et semble n'avoir aucun objet auquel s'appliquer» [39].

Non c'è dubbio che l'interpretazione avanzata da Y. Thomas sia, a prima vista, estremamente affascinante. Essa permette di risolvere, in modo assai elegante, delle importanti contraddizioni che emergono dalle nostre fonti, come la rarità dei casi di sanzione paterna e la loro riprovazione sociale. Tuttavia, a mio sommesso parere, essa provoca anche delle gravi perplessità. In questa sede ci concentreremo sull'importante problema terminologico che essa pone: è necessario comprendere se è possibile parlare contemporaneamente di *vitae necisque potestas* e di diritto di vita e di morte. A mio avviso, si tratta di un problema molto importante poiché esso si riflette sullo studio del contenuto stesso dell'istituto. Infatti, la terminologia impiegata da Y. Thomas è coerente con la ricostruzione dell'istituto.

Nella letteratura romanistica possiamo trovare due espressioni che indicano la facoltà attribuita al padre di uccidere suo figlio: *ius vitae ac necis* e *vitae necisque potestas*.

Si può constatare che l'espressione maggiormente impiegata dai romanisti è *ius vitae ac necis* [40]. Alcuni autori, tuttavia, preferiscono parlare di *vitae necisque potestas* [41], ossia potere di vita e di morte. Per quanto

---

[39] THOMAS, *Vitae necisque potestas,* cit., 507.

[40] Per esempio, i seguenti autori parlano esclusivamente di *ius vitae ac necis* e non di *vitae necisque potestas*: G. CORNIL, *Contribution à l'étude de la patria potestas NRHD* 21 (1897); P. BONFANTE, *Corso Corso di diritto romano. Diritto di famiglia* I, Roma, 1925 (ristampa acura di G. BONFANTE et G. CRIFÒ, Milano, 1963); S. PEROZZI, *Tollere liberos*, in *Scritti giuridici.* III. *Famiglia, successione, procedura e scritti vari*, a cura di U. BRASIELLO, Milano, 1948, 93-126 (= ID., *Studi inonore di Vincenzo Simoncelli,* Napoli, 1915, 13-46); VISCONTI, *Note preliminari sull'«origo» nelle fonti imperiali romane*, in E. BESTA e G. BONOLIS (ed), *Studi di storia e diritto in onore di Carlo Calisse*, Milano, 1939, 87-106.; VOLTERRA, *Il preteso tribunale domestico in diritto romano*, in *RISG* vol. II, fasc. 1-4 (1948)103-153; ID., *Nuove ricerche sulla "conventio in manum" in Atti della Accademia Nazionaledei Lincei. Memorie. Classe di Scienze morali, storiche e filologiche* serie VIII, vol. XII, fasc.4 (1966) 251-355; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1960[14]; VOCI, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano, IVRA* 31 (1980) 37-100; C. GIOFFREDI, *Funzioni e limiti della "patria potestas"*, in *Nuovi studi di diritto romano e greco*, Roma, 1980; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 1992[12]; FAYER, *La familia romana* I cit.; P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 2005 (réédition de la huitième édition présentée par J. P. Lévy). B. ALBANESE, *Note sull'evoluzione del ius vitae ac necis, Scritti in onore di Contardo Ferrini in occasione della sua beatificazione* III. Milano, 1948. 343-366, parla di *ius vitae ac necis*, ma egli utilizza l'espressione *vitae necisque potestas* in *Vitae necisque potestas paterna e lex Iulia de adulteriis coercendis*, in *Scritti giuridici*. a cura di M. MARRONE e in *Le persone nel diritto privato romano*, Napoli, 1979.

[41] M. LE ROY, *Des restrictions apportées en droit romain à la potestas vitae necisque du Paterfamilias sur ses enfants*, mémoire droit. S.D., p. 1-34; U. COLI, *Sul parallelismo del diritto*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0069

riguarda, Y. Thomas, egli sembra privilegiare, ma in un modo non perfettamente coerente, l'espressione *vitae necisque potestas* [42], come vedremo meglio in seguito.

L'impiego concorrente dei termini *ius* e *potestas* solleva alcune questioni che devono essere analizzate: la frequenza di queste espressioni nelle fonti (1), l'equivalenza delle espressioni (2) e l'uso che ne fa Y. Thomas (3).

1. L'IMPIEGO DI *VITAE NECISQUE POTESTAS* E *IUS VITAE AC NECIS* NELLE FONTI

In un primo momento ci volgeremo alle fonti giuridiche: l'espressione *ius vitae ac necis* non compare prima di una costituzione di Costantino del 323 [43]. Per la precisione, questa costituzione non parla di *ius vitae ac necis*, ma adopera l'espressione, più ambigua, di *ius vitae ... necisque potestatis* [44]. Di conseguenza, l'espressione *ius vitae ac necis* è estranea alle fonti giuridiche classiche, che sembrerebbero, in conseguenza, concepire la facoltà paterna di uccidere il figlio come un potere e non come un diritto.

È opportuno, tuttavia, sottolineare che già in epoca classica l'espressione *alieni iuri subiectus* ricorre in luogo di *alieni potestati subiectus*, mentre, in altri contesti, si adopera *sui iuris* al posto di *suae potestatis*. Secondo U. Coli, l'uso delle espressioni *alieni iuri subiectus* e *sui iuris* rappresenterebbe un indizio dell'evoluzione del concetto [45].

In merito alle fonti non giuridiche, l'espressione *ius vitae ac necis* ricorre già in Quintiliano [46]: *ius vitae necisque concessum est*. L'impiego del termine *ius* appare negli scritti dei retori circa due secoli prima della costituzione di Constantino. Si constata, dunque, un impiego divergente dell'espressione *ius vitae necisque* nelle fonti giuridiche e in quelle retoriche.

---

pubblico e del diritto privato nel periodo arcaico di Roma, SDHI 4 (1938), 58-98; ID., *Regnum, SDHI* 17 (1953), 1-168; RABELLO, *Effetti personali della «patria potestas»* I. *Dalle origini al periodo degli Antonini*. Milano, 1979.

[42] Questa preferenza è dimostrata dal titolo dell'articolo THOMAS, *Vitae necisque potestas*, cit.

[43] C.Th., 4, 8, 6, pr. = C.I., 8, 46, 10.

[44] LE ROY, *Des restrictions apportées en droit romain à la potestas vitae necisque*, cit., 22.

[45] Per le fonti, si veda COLI, «*Regnum*" cit., 101: «Naturalmente col tempo il carattere estragiuridico di *potestas* è stato sempre meno avvertito e in molti casi *potestas* ha finito per essere scambiata con *ius*».

[46] QUINT., *Decl.maior* VI a XIX. Si veda SEN., *Controversiae* 9, 5, 7 e QUINT., *Declamationes minores*, 19,5.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0069

L'esame delle fonti mi porta dunque a ritenere che sarebbe più opportuno parlare di *vitae necisque potestas* piuttosto che di *ius vitae ac necis*, espressione estranea alla lingua tecnica dei giuristi fino all'epoca di Costantino.

2. L'EQUIVALENZA DELLE ESPRESSIONI *VITAE NECISQUE POTESTAS E IUS VITAE AC NECIS*

Per quanto riguarda il significato, riteniamo impossibile affermare che *ius vitae ac necis* e *vitae necisque potestas* siano equivalenti, poiché *ius* [47] e *potestas* [48] non possono essere considerati sinonimi: i termini potere e diritto non sono assimilabili. Al contrario, come è stato osservato, proprio in materia di *patria potestas*, parrebbe che le due parole siano opposte [49]. U. Coli, per esempio, ha ipotizzato che *potestas* sia un concetto pre-giuridico, una nozione più fattuale che normativa [50]. Si tratterebbe di un potere, in origine, estraneo al diritto, come sarebbe dimostrato dall'origine della parola.

Mentre l'etimologia del termine *ius* è incerta e controversa [51], *potestas* [52] dovrebbe derivare da *potis*, che si riferisce a colui il quale esercita un potere, colui il quale è potente. Esso è legato ai verbi *potiri* e *possum*. A sostegno della sua ricostruzione, U. Coli adduce, quali prove, i differenti impieghi del termine *potestas* in epoca storica [53]. I Romani utilizzavano questo vocabolo anche nell'ambito del diritto pubblico per designare la potestà del console, del pretore o del tribuno della plebe. U. Coli ricorda anche i seguenti utilizzi del termine *potestas* [54]: il cittadino caduto *in potestate hostium* o *latronum*, la cosa rubata e restituita *in potestatem eius cui subrepta fuerit*, la *potestas agendi, exhibendi, deliberandi* ... In queste espressioni egli riconosce un'espressione fattuale e non giuridica del potere. La stessa osservazione è ripresa anche nell'ambito delle relazioni fra città: l'uso delle espressioni *in potestate esse*, *in*

---

[47] Cfr. B. BIONDI, *s. v.* «*Ius*", in *NNDI in NNDI IX*, diretto da A. AZARA et E. EULA, Torino (1957/1981), 375-376.; A. ERNOUT-A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, s.v. *Ius*, Paris, 1967⁴, 329-330.

[48] L. CAPOGROSSI COLOGNESI, «*Potestas*», *s.* v. *NNDI cit.* XIII. 507-510.

[49] COLI, *Sul parallelismo del diritto pubblico e del diritto privato* cit.. «*Regnum*" cit., 99.

[50] COLI, «*Regnum*», cit., 99 sq.

[51] BIONDI, «*Ius*", cit., et ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, cit., s.v. *ius*.

[52] CAPOGROSSI COLOGNESI, «*Potestas*», cit; COLI, «*Regnum*», cit., 99; ID.. *Sul parallelismo del diritto pubblico e privato*, cit., 85, nt.35.

[53] COLI, «*Regnum*», cit., 99; ID., *Sul parallelismo del diritto pubblico e del diritto privato*, cit., 85.

[54] COLI, «*Regnum*», cit., 99.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0069

potestatem redigere, *venire*, *recipere*, *se dedere* mostra che *potestas* era un termine pre-giuridico [55].

Tale concezione della *potestas* induce U. Coli a considerare la *patria potestas* come un potere fattuale del padre sul figlio, non formulato in termini di diritto. L'espressione *ius vitae ac necis* sarebbe più recente di *vitae necisque potestas* poiché l'impiego del termine *ius* mostrerebbe che la relazione fra padre e figlio aveva ottenuto il carattere giuridico di cui prima era sprovvista. Chiaramente, si tratta di una concezione diametralmente opposta rispetto a quello di Y. Thomas, secondo cui, il rapporto fra padre e figlio era «d'essence exclusivement juridique» [56].

U. Coli non è stato il solo ad osservare la differenza fra *ius vitae ac necis* e *vitae necisque potestas*. Già Heineccius aveva rilevato che queste espressioni non erano equivalenti:*vero non intelligendum de promiscua licentia* (*haec enim non jus vitae et necis*, *sed iniuria fuisset*...) [57]. Di grande interesse sono le osservazioni fatte da M. Le Roy. Egli ha affermato che «l'expression "jus" suppose en effet une investiture législative et un contrôle judiciaire. Or le pouvoir du chef de famille résulte non pas d'une disposition législative, mais d'un usage immémorial» [58].

Tale affermazione di M. Le Roy deve essere moderata, poiché essa finisce per far coincidere legge e diritto, *ius* e *lex*, conseguenza contraria all'esperienza giuridica romana, caratterizzata da un'attività legislativa relativamente ridotta nel quadro del diritto privato. Tuttavia, pur non accettando che lo *ius*, per essere tale, imponga un'investitura legislativa, l'osservazione che esso implichi un controllo giudiziario mi sembra essere molto appropriata. Non pare possibile poter parlare di diritto senza un controllo, che possa sanzionarne l'applicazione. Non credo dunque che sia possibile considerare *ius vitae ac necis* come un sinonimo di *vitae necisque potestas*. Possiamo anche pensare alla celebre definizione di Servio Sulpicio Rufo [59], che qualifica la *tutela impuberum* di *vis ac potestas*. In essa il concetto di *potestas* è legato a quello di *vis*, termine che rimanda alla forza fisica, a uno stato di fatto piuttosto che ad uno di diritto.

---

[55] COLI, «*Regnum*», cit., 100: «Che *potestas* risponda ad una nozione più di fatto che di diritto è denunciato chiaramente appunto dall'applicazione che ne è fatta in questa sfera [*scil.* le relazioni fra città]».

[56] THOMAS, *Vitae necisque potestas*, cit., 520.

[57] J. G. HEINECKE, *Recitationes in elementa juris civilis secundum ordinem Institutionum*, tomus I, p. 159 (Bassani, 1838). «In verità, non si deve comprendere [l'espressione *ius vitae ac necisque*] come significante una licenza indefinita (poiché tale licenza non sarebbe un diritto di vita e di morte, ma un'offesa al diritto)».

[58] LE ROY, *Des restrictions apportées en droit romain à la potestas vitae necisque*, cit., 23.

[59] PAUL, 38 *ad Edictum*, D. 26. 1. 1 pr.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0069

3. L'USO FATTO DA YAN THOMAS DI *VITAE NECISQUE POTESTAS* E DI *IUS VITAE AC NECIS*

Occorre, adesso, esaminare l'impiego di queste espressioni nell'opera di Y. Thomas.

Egli preferisce il sintagma *vitae necisque potestas*, ma in un modo non perfettamente coerente, adoperando in modo indistinto *ius* e *potestas*. Nell'articolo *Vitae necisque potestas* alterna *ius vitae necisque* a *vitae necisque potestas* [60] o parla della *vitae necisque potestas* come di un diritto [61]. In altre pagine del medesimo articolo, egli parla di questa prerogativa paterna come di un potere [62]. L'uso indistinto di *ius* e *potestas* è chiarissimo in questo passo: «la mort du fils est un droit permanent du père [...]: elle est la manifestation d'un pouvoir à l'état pur»[63]. Questa affermazione ci sembra contraddittoria: pensiamo che sia impossibile assimilare un diritto a un potere allo stato puro. Non vogliamo evidentemente parlare dell'abuso di diritto, ma un diritto non è certamente privo di limiti.

Come spero di avere dimostrato le espressonii *ius vitae ac necis* e *vitae necisque potestas potestas* non sono intercambiabili e, a mio sommesso avviso, l'uso poco preciso che ne fa Y. Thomas ha notevoli ripercussioni sulla sua concezione della *vitae necisque potestas*.

L'autore parla della *vitae necisque potestas* come di un diritto che lega il padre al figlio. A mio parere, non è possibile parlare di questa prerogativa paterna come di un diritto poiché le fonti giuridiche, fino all'epoca di Costantino, non si esprimono in questi termini. Y. Thomas traduce *vitae necisque potestas* nella formula di arrogazione come diritto di vita e di morte: questa imprecisione è rivelatrice poiché, leggendo gli scritti del nostro autore, comprendiamo che egli considera questa prerogativa paterna come un diritto piuttosto che come un

---

[60] Per esempio, in THOMAS, *Vitae necisque potestas*, cit., possiamo trovare *ius vitae ac necis* alle pagine 508, 512, 524, 527, 528, 531.

[61] Possiamo ricordare che THOMAS, *Vitae necisque potestas* cit., parla di diritto di vita e di morte alle pagine 500, 501, 502, 505, 506, 509, 510, 512, 517, 521, 527, 536, 538, 539, 540, 541 e 546.

[62] THOMAS, *Vitae necisque potestas* cit., parla di potere di vita e di morte alle pagine: 499, 501, 502, 503, 504, 506, 507, 518, 521, 528, 529, 532, 539, 543, 545, 546. Nell'insieme Y. Thomas utilizza più spesso l'espressione diritto di vita e di morte piuttosto che di potere di vita e di morte.

[63] THOMAS, *Vitae necisque potestas*, cit., 521. THOMAS, *La juridiction domestique à Rome*, cit., 470 parla perfino d'un «droit de puissance paternelle", espressione assai singolare che sembra corrispondere a *ius vitae...necisque potestatis* che troviamo nella costituzione di Costantino (C.Th., 4, 8, 6, pr = C.J. 8, 46, 10).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0069

potere [64]. A sostegno della nostra affermazione, possiamo citare questo passaggio che ci sembra estremamente significativo: «seuls les Romains ont droit de vie et de mort sur leurs fils, parce que tuer son fils n'est qu'à Rome pensée en droit» [65]. Questa affermazione di Y. Thomas può essere applicata alla sua concezione della *patria potestas*, come è dimostrato dal passo seguente: «un lien qui, à Rome, est d'essence exclusivement juridique» [66]. Tale definizione si adatta molto meglio a un diritto piuttosto che a un potere.

Abbiamo visto che l'espressione *ius vitae ac necis* emerge gradualmente: la troviamo negli scritti dei retori e in seguito nei testi giuridici. Per questa ragione si è supposto che, lentamente, la *vitae necisque potestas* sia stata percepita come un diritto. Si può quindi pensare che il potere di vita e di morte acquisti un carattere giuridico e ci sembra di trovare degli indizi di questa evoluzione nelle fonti, da cui si evince che la *vitae necisque potestas* abbia subito delle restrizioni [67]. Possiamo dunque ipotizzare che in epoca post-classica, quando ormai il padre non poteva più punire con la morte il figlio, anche nel linguaggio giuridico, grazie all'influenza dell'impiego corrente del termine *ius*, l'espressione *vitae necisque potestas* si sarebbe trasformata in *ius vitae ac necis* [68]: il rapporto fra padre e figlio non sarebbe stato ormai più concepito in termini di potere, ma di diritto.

Ma, anche rifiutando tale ipotesi, non mi sembra giustificata dalle fonti la visione della *vitae necisque potestas* come la sintesi del legame, nella sua essenza, giuridico che legava il padre al figlio. In effetti, tale ricostruzione si basa sull'assimilazione ad un diritto della *vitae necisque potestas*, cosa che mi sembra una contraddizione in termini. Dunque, l'impiego indistinto che Y. Thomas fa dei termini *potestas* e *ius* non è una semplice imprecisione formale, ma è legato alla concezione stessa che egli aveva di tale prerogativa paterna. Sulla base delle considerazioni terminologiche qui esposte, mi sembra dunque possibile rimettere in discussione la visione della *vitae necisque potestas* proposta da Y. Thomas.

---

[64] THOMAS. *Vitae necisque potestas*. cit., 536 parla di un vero *ius* in merito al legame personale fra padre e figlio, legame che coincide con la *vitae necisque potestas*. Totalmente differente per l'autore era lo statuto della figlia e della moglie sposata *cum manu*.

[65] THOMAS. *Vitae necisque potestas*. cit., 505.

[66] THOMAS. *Vitae necisque potestas*, cit., 520.

[67] Si veda, Ulp. 1 *de adult*. D. 48. 8. 2; C. I. 8. 46. 3; C. Th. 9. 13. 1 = C. I. 9. 15. 1. Cfr. P. VOCI, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, cit., 70-74.

[68] LE ROY. *Des restrictions apportées en droit romain à la potestas vitae necisque*, cit., 22.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0069

https://doi.org/10.55104/FRDC_0069