

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCL

SABRINA DI MARIA

LA CANCELLERIA
IMPERIALE E I GIURISTI
CLASSICI: “REVERENTIA
ANTIQUITATIS” E
NUOVE PROSPETTIVE
NELLA LEGISLAZIONE
GIUSTINIANA DEL CODICE



Bononia University Press

Opera stampata con il contributo di



FONDAZIONE
CASSA DI RISPARMIO
IN BOLOGNA



FONDAZIONE DEL
MONTE
1473

Bononia University Press
Via Farini 37, 40124 Bologna
tel. (+39) 051 232 882
fax (+39) 051 221 019

www.buonline.com
e-mail: info@buonline.com

© 2010 Bononia University Press
Tutti i diritti riservati

ISBN 88-7395-498-9

Impaginazione: Irene Sartini

Stampa: Editografica (Rastignano)
Prima edizione: gennaio 2010

A mio nonno e alla piccola Sofia

PREMESSA

La storia delle fonti del tardo-antico appare, almeno sotto certi profili, «come un riconoscimento – implicito, ma talora anche esplicito – della ‘non eliminabilità’ degli *iura*»¹.

Come è noto nel V secolo d.C. la necessità di canalizzare il sapere giuridico della giurisprudenza classica e di renderlo funzionale ai fini pratici della *recitatio* giudiziale trova espressione nella c.d. legge delle citazioni, emanata a Ravenna il 7 novembre del 426 con lo scopo appunto di regolare l’uso forense delle opere dei *prudentes*.

È solo nell’epoca giustiniana che si assiste tuttavia ad una vera e propria ‘rinascita’ della memoria dei giuristi classici, rinascita testimoniata non solo dalla creazione del *Sanctissimum templum iustitiae*, ma altresì dalla stessa legislazione del Codice, in cui i giureconsulti sono assai di frequente richiamati non solo in termini generici, ma anche in forma nominativa.

La cancelleria di Giustiniano manifesta a più riprese una tendenza assai accentuata a dialogare con il sapere dei *veteres* così come giuntole attraverso il filtro delle loro opere, tendenza questa che non ha invece riscontro – se non episodico e saltuario – nelle abitudini e nei meccanismi del legislatore pregiustiniano².

¹ L’affermazione riportata tra virgolette è di R. BONINI, *Introduzione all’età giustiniana*⁴, Bologna, 1985, p. 44 (= AA.VV., *Lineamenti di storia del diritto romano*², Milano, 1989, p. 652).

² Sono relativamente poche infatti le citazioni dei giuristi presenti nei rescritti dell’epoca del Principato e del primo Dominato, cfr. C.I. 4, 65, 4, 1 (*Alex.*, a. 222): Ulpiano; C.I. 8, 37 (38), 4 (*Alex.*, a. 222): Ulpiano; C.I. 3, 42, 5 (*Gord.*, a. 239): Modestino; C.I. 5, 4, 6 (*Gord.*, a. 239): Paolo; C.I. 6, 37, 12 pr. (*Gord.*, a. 240): Papiniano; C.I. 7, 32, 3 (*Dec.*, a. 250): Papiniano; C.I. 6, 42, 16 pr. (*Car.*, *Carin. et*

La tendenza della cancelleria a confrontarsi con opinioni della giurisprudenza dell'epoca del Principato richiamando, sovente, in forma nominativa i *prudentes*, persino nelle costituzioni programmatiche⁵, assume una coloritura del tutto particolare se si riflette sul

Num., a. 283); Papiniano; C.I. 9, 22, 11 (*Diocl. et Max.*, a. 287); Paolo; C.I. 9, 41, 11, 1 (*Diocl. et Max.*, a. 290); Ulpiano; C.I. 5, 71, 14 (*Diocl. et Max.*, a. 293); Papiniano. Un caso a parte, ma assai significativo, è quello di D. 37, 14, 17 (*Ulp. 11 ad leg. Iul. et Pap.*) in cui si cita un rescritto dei *Divi fratres* ove risultano menzionati Proculo, Meciano e Giuliano. Ancora meno frequenti sono peraltro le citazioni di giuristi presenti nella legislazione del tardo impero: oltre a C.Th. 9, 43, 1 pr. = C.I. 9, 51, 13 pr. (*Const.*, a. 321), C.Th. 1, 4, 1 (*Const.*, a. 321), C.Th. 1, 4, 2 (*Const.*, a. 327) e C.Th. 1, 4, 3 (*Theod. et Valent.*, a. 426), che però, come è noto, attengono tutte alla storia delle fonti (si tratta più esattamente delle costituzioni che riguardano l'*abolitio* delle *notae* a Papiniano e l'approvazione delle *Pauli sententiae*, nonché della c.d. legge delle citazioni), v. C.Th. 4, 4, 3 (*Arc. et Hon.*, a. 396); Scevola; C.I. 6, 61, 5 (*Leo et Anth.*, a. 473); Giuliano (ma su questo testo e per l'attribuzione della citazione giuliana ai giustiniane, v. E. VOLTERRA, *Ricerche intorno agli sponsali in diritto romano*, in *BIDR* 40, 1932, p. 115 e ss. [= *Scritti giuridici*, I, Napoli, 1991, p. 367 e ss.]). Un caso del tutto particolare è infine quello di C.I. 9, 8, 6, una costituzione greca posteriore al 397, giunta mutila e priva di data, in cui vengono riferiti brani tratti da opere giurisprudenziali (si tratta di due passi tratti dai *libri de publicis iudiciis* di Paolo e di Marciano): sul punto, e per l'ipotesi di una datazione posteriore al 438, v. quanto osservato da F. DE MARINI AVONZO, *Due giuristi severiani per un imperatore sconosciuto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, IV, Bologna, 1974, p. 13 e ss. (= *Dall'impero cristiano al medioevo. Studi sul diritto tardoantico*, Goldbach, 2001, p. 93 e ss.).

⁵ Cfr. *const. Omnem*, § 1 (Gaio, Paolo e Papiniano), § 4 (Papiniano) e § 5 (Paolo); *const. Deo auctore*, § 6 (Paolo, Ulpiano e Marciano con riguardo alle *notae* di tali giuristi a Papiniano), § 10 (Giuliano); *const. Imperatoriam*, § 6 (Gaio); *const. Tanta-Δέδοικεν*, § 18 (Giuliano); *const. Cordi*, § 3 (Ulpiano). Sull'argomento v. M. CAMPOLUNGI, *Potere imperiale e giurisprudenza in Pomponio e in Giustiniano*, II, 1, Perugia, 2001, p. 255 e ss. Va inoltre rilevato che citazioni di opinioni di giureconsulti classici sono presenti anche nelle *Istituzioni* (sul punto cfr. gli studi di G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano, 1996 e *Nuove ricerche sulle Istituzioni di Giustiniano*, Milano, 2004) e nelle *Novelle*: cfr. Nov. 22, 43 (Quinto Mucio); Nov. 74 *praef.* e Nov. 87 *praef.* (Giuliano); Nov. 4, 1, Nov. 108 *praef.*, 2 e 108, 1 (Papiniano); Nov. 97, 6, 1 (Ulpiano). A tal proposito va detto che, salvo in Nov. 87 *praef.* ove si ricorda un passo di Giuliano che si dice inserito nel trentanovesimo libro del Digesto (cfr. D. 39, 6, 13, 1), negli altri casi si fa riferimento direttamente alle opinioni dei giuristi, senza cioè far ricorso alla mediazione del Digesto che pure ormai le conteneva. Sul punto v. particolarmente G. LANATA, *Legislazione e natura nelle Novelle giustiniane*, Napoli, 1984, p. 43 e ss. Sulla questione cfr. anche R. BONINI, *Il Manuale Novellarum del van der Wal (con alcune considerazioni sui rapporti fra Novelle e Digesto)*, in *AG* 171, 1966, pp. 198-219 (= *Contributi di diritto giustiniano [1966-1976]*, Bologna, 1990, pp. 4-39 [I contributo dell'Appendice]) e F. CASAVOLA, *Giuristi romani nella cultura bizantina tra classicità e cristianesimo*, in

fatto che essa risulta appena accennata nella legislazione della primissima fase del regno giustiniano, mentre si fa più frequente di pari passo con la maturazione del progetto di codificazione dei *iura* e con la sua progressiva realizzazione.

In Giustiniano, a parte la diversa e più viva coscienza culturale della storicità del diritto rispetto agli imperatori precedenti, è più forte anche la sensibilità politica verso il problema dell'*antiquitas*. Tale sensibilità ha portato la dottrina che si è occupata dell'argomento a parlare di un vero e proprio «classicismo giustiniano»⁴. Non deve però sfuggire all'attenzione dello storico che l'atteggiamento di Giustiniano verso l'*antiquitas*, come ha esaurientemente dimostrato Donatuti, è in realtà bivalente: se infatti l'atteggiamento predominante, come avremo modo di vedere, è quello della *reverentia antiquitatis*, non manca, in altri casi, l'invettiva verso il passato.

Tuttavia non esiste uno studio 'a tappeto' che tratti *ex professo* del tema delle citazioni giurisprudenziali presenti nelle costituzioni giustiniane del *Codex repetitae praelectionis*, tema che appunto noi ci proponiamo di affrontare⁵. L'oggetto della ricerca vuole infat-

Studi tardoantichi, I, 1986, pp. 232-241. Con particolare riferimento alla citazione di Papiniano contenuta in Nov. 4, 1 (a. 535), per una ampia discussione, v. F. BRIGUGLIO, «*Fideiussores succurri solet*», Milano, 1999, p. 179 e ss.

⁴ Su questo aspetto v. particolarmente G. DONATUTI, *Antiquitatis reverentia*, in *Studi Parmensi* 3, 1953, p. 206 e ss. (= *Studi di diritto romano*, II, Milano, 1977, p. 829 e ss.); F. WIEACKER, *Vulgarismus und Klassizismus im Recht der Spätantike*, Heidelberg, 1955, *passim*; K.-H. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik. Versuch einer Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidenden Konstitutionen*, Köln-Graz, 1966, *passim*; BONINI, *Introduzione all'età giustiniana*⁴, cit., p. 42 e ss. (= AA.VV., *Lineamenti di storia del diritto romano*², cit., p. 651 e ss.).

⁵ A tal proposito va ricordato che le *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*, comprese quelle in cui risultano inserite le citazioni nominative dei giuristi, sono state analizzate da C. LONGO, *Contributo alla storia della formazione delle Pandette*, in *BIDR* 19, 1907, pp. 132-160, e da P. DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR* 22, 1910, pp. 155-207; *BIDR* 23, 1911, pp. 5-51 e pp. 186-295 e *BIDR* 27, 1914, pp. 5-54, nei loro studi tendenti a dimostrare la stretta relazione fra lo spoglio delle opere dei *prudentes* e la legislazione imperiale, studi che tuttavia non sono giunti a conclusione arrestandosi all'esame del gruppo di costituzioni che sta sotto la data *XV k. Nov.* del 531. A parte le *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*, altre costituzioni contenenti richiami della giurisprudenza classica sono state analizzate da G. SCHERILLO, *Sulle citazioni di giureconsulti classici nella legislazione di Giustiniano anteriore alla costituzione «Deo auctore»*, in *Rendiconto del Reale Istituto Lombardo di scienze e di lettere*, 2^a s., 63, 1930, p. 419 e

ti consistere nell'identificazione delle singole costituzioni contenenti le citazioni nominative di giuristi classici, onde valutare nei suoi vari aspetti l'atteggiamento assunto dalla cancelleria nei confronti dei singoli autori e delle rispettive opere. Esaminando i richiami dei giureconsulti, si provvederà, ove possibile tramite il confronto con i *Digesta* e con l'ausilio della ricostruzione palinogenetica di Otto Lenel, a distinguere tra citazioni 'dirette' e citazioni 'indirette', per poter così valutare il repertorio a disposizione dei compilatori, repertorio che, come avremo modo di vedere, sembra crescere man mano che progredisce il progetto di codificazione dei *iura*. Gran parte, infatti, delle costituzioni contenenti citazioni della giurisprudenza classica sono da annoverare tra le *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*. L'esame di queste costituzioni – pur se limitato alle sole contenenti citazioni nominative – ha tra l'altro offerto l'opportunità di seguire, in un più vasto lasso di tempo, lo spoglio dei materiali classici e, quindi, di verificare, su più larga scala, il metodo tenuto dai commissari nel redigere la compilazione dei *iura*.

Per finire alcuni doverosi ringraziamenti. Innanzi tutto desidero esprimere tutta la mia gratitudine a Giovanni Luchetti cui devo incoraggiamento e guida a cominciare dall'assegnazione della tesi di

ss. (= *Scritti giuridici*, I. *Studi sulle fonti*, Milano, 1992, p. 203 e ss.), nella sua indagine tendente a dimostrare che prima della costituzione *Deo auctore*, Giustiniano agisse esclusivamente nell'orbita della legge delle citazioni. Tale tesi è già stata criticata da M. MASSEI, *Le citazioni della giurisprudenza classica nella legislazione imperiale*, in *Scritti di diritto romano in onore di C. Ferrini pubblicati dalla R. Università di Pavia*, Milano, 1946, pp. 403-475, il quale arriva ad una conclusione diametralmente opposta a quella di Scherillo sostenendo che Giustiniano non si sarebbe mai conformato alla legge di Valentiniano III, tuttavia l'autore si limita all'esame di poche costituzioni contenenti citazioni nominative di giuristi classici, pur fornendo uno schema in cui risultano inserite in ordine cronologico tutte le costituzioni con l'indicazione dei giureconsulti richiamati. Il tema delle citazioni dei giuristi nella legislazione del Codice è stato, nella letteratura meno datata, trattato solamente incidentalmente da P. PESCANI, *Il piano del Digesto e la sua attuazione*, in *BIDR* 77, 1974, pp. 221-405, in uno studio diretto piuttosto ad indagare, rivalutando le diverse ipotesi formulate al riguardo dalla dottrina, sul metodo utilizzato dai compilatori nello spoglio delle opere classiche e, quindi, sulla genesi e sullo sviluppo del piano del Digesto. In questo contesto è opportuno ricordare anche lo studio di G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, I e II, Milano, 1963, che è in qualche modo speculare rispetto a quello che noi ci proponiamo di affrontare in quanto esso mira a ricostruire il quadro dei richiami alla legislazione imperiale contenuti nelle fonti giurisprudenziali classiche.

laurea e poi nel cammino, non sempre facile, che mi ha condotto a questa ricerca, da lui ispirata e seguita con affettuosa partecipazione. Sono riconoscente altresì a Felice Costabile per i preziosi suggerimenti che mi ha fornito negli anni reggini durante i quali ha preso avvio questo lavoro. Un ringraziamento infine a Danilo Dalla e a Gianni Santucci che hanno letto il dattiloscritto e discusso con me alcuni passaggi più delicati, nonché a Carmela Russo Ruggeri per l'attenzione prestata al lavoro. A tutti devo un grazie di cuore, ricordando che dei difetti del libro, che senza il loro aiuto sarebbero stati anche maggiori, la responsabilità è e rimane comunque interamente di chi scrive.

Bologna, luglio 2009

CAPITOLO I

LE CITAZIONI NOMINATIVE DEI GIURISTI NELLA LEGISLAZIONE IMPERIALE ANTECEDENTE AL 1° AGOSTO DEL 530

1. *Premessa. Le citazioni nominative dei giuristi nella legislazione imperiale antecedente al 1° agosto del 530: censimento*

Assenti del tutto nella legislazione del 527-528, le citazioni nominative dei giuristi compaiono per la prima volta – e in quattro casi – nella legislazione giustiniana del 529, in cui tuttavia ci si limita a far menzione di Papiniano e Paolo, cioè di due giuristi che erano menzionati nella legge delle citazioni, e si fanno poi assai frequenti e insistite nella legislazione del 530, ove in dieci costituzioni – e per lo più in contesti normativi rivolti a risolvere i contrasti tra opinioni giurisprudenziali contrapposte – vengono nominativamente ricordati ben nove diversi giuristi: si tratta di Celso, Giuliano (tre volte), Africano, Marcello (due volte), Papiniano (tre volte), Ulpiano (tre volte), Paolo (due volte), Marciano e Tertulliano, citazioni queste cui peraltro se ne deve aggiungere un'altra riguardante i Sabiniani¹. Nell'ambito di questi dieci provvedimenti è dato rilevare una consistente differenza se si osserva che nelle due costituzioni antecedenti al 1° agosto (cfr. C.I. 2, 55 [56], 5, 3 e C.I. 6, 25, 7 [6], 1), le citazioni riguardano ancora esclusivamente Paolo e Papiniano, quando invece nelle altre otto, che sono da attribuire al periodo che va dall'agosto al novembre e quindi devono essere ritenute tutte *deci-*

¹ Mi riferisco a C.I. 2, 55 (56), 5, 3: Paolo; C.I. 6, 25, 7 (6), 1: Papiniano; C.I. 4, 5, 10, 1-2: Ulpiano, Celso, Marcello, Papiniano, Giuliano; C.I. 7, 7, 1, 1a: Marciano, Ulpiano, Paolo, Africano, Marcello, Giuliano; C.I. 5, 70, 7, 1a: Tertulliano; C.I. 3, 33, 15: Giuliano; C.I. 5, 4, 25, 2: Ulpiano; C.I. 2, 18 (19), 24, 1: Giuliano; C.I. 6, 2, 22, 3a: Papiniano; C.I. 6, 29, 3, 1: Sabiniani.

siones², le citazioni sono dedicate altresì a giuristi diversi da quelli menzionati nell'*oratio Valentiniani ad senatum*.

2. *Le citazioni dei giuristi nelle costituzioni del 529. A) Le quaestiones di Paolo (C.I. 3, 28, 33 e C.I. 6, 30, 19)*

Procedendo in ordine cronologico, il primo provvedimento in cui è dato riscontrare una citazione nominativa dei *veteres* risulta essere C.I. 3, 28, 33, 1 riguardante la legittimazione ad esercitare la *querela inofficiosi testamenti* del figlio diseredato dalla madre³.

² Le Kal. Aug. 530 come data di inizio dell'emanazione della serie delle *decisiones*, sono accettate dalla maggior parte della dottrina: v. tra gli altri G. ROTONDI, *Studi sulle fonti del Codice Giustiniano*, in *BIDR* 29, 1918, p. 148 e ss. (= *Scritti giuridici*, I, Pavia, 1922, p. 232 e ss.); nella letteratura meno risalente v. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., p. 63 e ss.; P. PESCANI, s.v. *Quinquaginta decisiones*, in *NNDI*, 14, 1967, p. 707; G.G. ARCHI, *Il diritto nell'azione politica di Giustiniano*, in *BIDR* 47, 1981, p. 40; M. BIANCHINI, *Appunti su Giustiniano e la sua compilazione*, I, Torino, 1983, p. 18 e ss.; G. BASSANELLI SOMMARIVA, *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, Milano, 1983, p. 15 e nt. 10; R. BONINI, *Corso di diritto romano. Il diritto delle persone nelle Istituzioni di Giustiniano, i titoli III-X*, Rimini, 1984, p. 65, nt. 8; LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., p. 31, nt. 33 e dello stesso autore *La const. ad senatum del 22 luglio del 530 e il progetto delle Quinquaginta decisiones*, in *Contributi di diritto giustiniano*, Milano, 2004, p. 41, ove l'autore esprime invece maggiori dubbi circa il *terminus ad quem* del periodo di emanazione delle *decisiones*; su quest'ultima problematica cfr. C. RUSSO RUGGERI, *Studi sulle Quinquaginta decisiones*, Milano, 1999, p. 15 e ss., nonché M. VARVARO, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, in *Annali Sem. Giur. Palermo* 46, 2000, p. 467 e ss.

³ Si veda anche il *principium* della costituzione (*Idem A. Demostheni pp. Si quis suo testamento maximam quidem portionem libero derelinquat, minusculam autem alii vel aliis de sua stirpe progenitis, ipsam tamen legitimam sive in hereditate vel in legato vel in fideicommisso, ut non possit locus de inofficiosi testamenti querellae fieri, et ille quidem, qui ex parvulo genitoris sui consequitur substantiam, eam suscipere maluerit, qui autem ex maiore parte eam amplexus est, sive unus vel si plures sint, non statim et sine contentioso proposito vel ulla mora eam restituere voluerit, sed expectato iudiciorum strepitu et multis variisque certaminibus habitis post longum tempus ex sententia iudicis vix eam reddiderit, crudelitatem eius competenti poena adgredimur, ut, si haec fuerint subsecuta, non tantum in quod testator voluit eum restituere condemnetur, sed etiam aliam tertiam partem quantitatis, quae fuerat in testamento derelicta, modis omnibus reddere, ut avaritia eius legitimis ictibus feriat: aliis omnibus, quae in eodem testamento vel elogio scriptae sunt, pro sui tenore ad effectum perducendis*), in cui il legislatore giustiniano

La *lex* sarebbe stata occasionata dalla necessità di eliminare l'*iniquitas legis veteris*:

C.I. 3, 28, 33, 1 (*Idem A. Demostheni pp.*): *Legis autem veteris iniquitatem tollentes, ut non diutius erubescat posita, quam Iulius Paulus in suis scripsit quaestionibus, hanc piissimam adgredimur sanctionem. cum enim infantem suum non posse ingratum a matre sua vocari scripsit neque propter hoc ab ultima suae matris hereditate repelli, nisi hoc odio sui fecerit mariti, ex quo infans progenitus est, hoc iniquum iudicantes, ut alieno odio alius praegravetur, penitus delendum esse sancimus et huiusmodi causam liberis non tantum infantibus, sed etiam quamcumque aetatem agentibus opponi minime concedimus, cum possit sub condicione emancipationis hereditatem suam mater filio derelinquens et patris odium punire et iuri filii sui minime nocere nec suam naturam fallere. satis enim crudele nobis esse videtur eum qui non sentit ingratum existimari. D. xv k. Oct. Chalcedone Decio vc. cons. (17 settembre 529)⁴.*

analizza il caso del testatore che lascia ad un figlio la *maxima portio* dei suoi beni e all'altro o agli altri discendenti, «*sive in hereditate vel in legato vel in fideicommissio*», la rimanente parte integrante la legittima («*minusculam autem alii vel aliiis de sua stirpe progenitis, ipsam tamen legitimam*»), affinché tali ultimi discendenti non esercitino la *querela inofficiosi testamenti* («*ut non possit locus de inofficiosi testamenti querellae fieri*»). La cancelleria stabilisce che in un caso del genere, se colui o coloro, a cui è stata lasciata la parte più piccola, desiderano ricevere la rimanente parte che spetta loro e il discendente che «*ex maiore parte eam amplexus est*» non voglia trasferire subito la *portio debita* o ciò che serve a completarla, ma attenda, per adempiere, la sentenza di condanna, si debba applicare la pena di un terzo in più rispetto a quanto lasciato tramite il testamento («*aliam tertiam partem quantitatis, quae fuerat in testamento derelicta*»), affinché la sua avarizia venga punita «*legitimis ictibus*». Su questa parte del provvedimento v., tra gli altri, P. Voci, *Diritto ereditario romano*, II², Milano, 1963, p. 732 e nt. 10 e dello stesso autore, *Azioni penali e azioni miste*, in *SDHI* 64, 1998, p. 40 e nt. 218 (= *Ultimi studi di diritto romano*, a cura di R. ASTOLFI, Napoli, 2007, pp. 237-238 e nt. 218).

⁴ Nello stesso giorno sarebbero stati emanati in tutto – senza peraltro escludere la possibilità prospettata da Krüger (cfr. l'*Index constitutionum ad temporis ordinem redactus* [Editio maior, p. 46]) che, in qualche caso, una *lex* sia stata frazionata – ben quindici testi normativi. Più precisamente, dalla tradizione manoscritta, risultano datate al 17 settembre del 529 le seguenti *leges*: C.I. 1, 4, 24 e C.I. 8, 51 (52), 3 (che risultano in parte *geminae* [cfr. KRÜGER, *Editio maior*, p. 64 e nt. 4 e p. 791 e nt. 3] e dovevano formare in origine un unico provvedimento [così KRÜGER, *Index constitutionum ad temporis ordinem redactus* [Editio maior, p. 46]]; C.I. 2, 58 (59), 1 e C.I. 9, 41, 18 (che dovevano essere parti di un'unica *lex* [cfr. KRÜGER,

L'antica norma sarebbe stata riportata da Paolo nelle sue *quaestiones*, ove il giureconsulto avrebbe scritto che l'infante non poteva essere chiamato ingrato dalla madre né, «*propter hoc*», essere escluso dalla successione («*cum enim infantem suum non posse ingratum a matre sua vocari scripsit neque propter hoc ab ultima suae matris hereditate repelli*»), salvo che la madre l'avesse fatto in odio al marito da cui l'infante fu generato («*nisi hoc odio sui fecerit mariti, ex quo infans progenitus est*»)⁵. Il rancore verso il coniuge costituisce quindi il movente del comportamento della madre, la quale accusa il figlio di ingratitudine pur di evitare che l'eredità rifluisca sul marito. I compilatori, giudicando ciò iniquo («*hoc iniquum iudicantes*»), non concedono che ai figli, qualunque sia la loro età, venga opposta la causa di ingratitudine, potendo la madre, lasciando l'eredità al figlio «*sub condicione emancipationis*», conseguire il proprio scopo – ossia punire l'avversione del padre («*patris odium punire*») – senza arrecare nocumento al figlio e senza tradire la propria incli-

Editio maior, p. 230, nt. 1]); C.I. 5, 9, 10 (che probabilmente in origine formava un solo provvedimento con C.I. 3, 28, 33 [cfr. *Editio maior*, p. 266, nt. 3]; a tal proposito v. *infra*, nt. 7); C.I. 4, 1, 11; C.I. 4, 66, 2; C.I. 5, 27, 10 e C.I. 6, 57, 5, (queste due ultime costituzioni sono *iungendae* [cfr. *Editio maior*, p. 459, nt. 1]); C.I. 6, 43, 1; C.I. 6, 59, 11. A queste dodici costituzioni, Krüger, procedendo ad una modifica della data tramandata nella tradizione manoscritta, ne aggiunge altre tre: C.I. 1, 51, 14 (cfr. *Index constitutionum ad temporis ordinem redactus* [*Editio maior*, p. 46]); C.I. 4, 21, 19 (*Editio maior*, p. 329, nt. 1 e *Index constitutionum ad temporis ordinem redactus* [*Editio maior*, p. 46]) e C.I. 4, 32, 28 (v. *Editio maior*, p. 355, nt. 1 e *Index constitutionum ad temporis ordinem redactus* [*Editio maior*, p. 46]). A proposito del suddetto gruppo di provvedimenti, cfr. le osservazioni di M. BIANCHINI, *La subscriptio nelle leges giustinianee del 30 ottobre 529*, in AA.VV., *Studi in onore di Franca De Marini Avonzo*, Torino, 1999, pp. 47-54 (per la citazione p. 48) (= M. BIANCHINI, *Temi e tecniche della legislazione tardoimperiale*, Torino, 2008, pp. 115-122 [per la citazione p. 116]) che ritiene che le *leges* del 17 settembre siano da attribuire già alla mano di Triboniano, divenuto *quaestor sacri palatii*, dopo la rimozione da tale carica di Toma e dalla carica di *praefectus praetorio* di Mena, sostituito invece da Demostene; la destinazione a quest'ultimo delle quindici costituzioni metterebbe in evidenza il rinnovamento conseguente all'avvento di Triboniano. Su quest'ultimo punto v., ampiamente, T. HONORÉ, *Tribonian*, London, 1978, pp. 46-48.

⁵ A tal proposito cfr. la ricostruzione di O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Leipzig, 1889 (rist. Graz, 1960 e Roma, 2000), c. 1184, ove si ritiene che l'opinione di Paolo sarebbe stata originariamente espressa nell'ambito del secondo libro delle sue *quaestiones*, libro in cui sarebbe stata inserita una rubrica «*de inofficioso testamento*».

nazione («*iuri filii sui minime nocere nec suam naturam fallere*»)⁶. La cancelleria per giustificare la propria *sanctio*, inserisce infine una argomentazione di ordine morale considerando troppo crudele ritenere ingrato colui che non capisce («*satis enim crudele nobis esse videtur eum qui non sentit ingratum existimari*»)⁷.

⁶ Sulla condizione di emancipazione v. in particolare S. SOLAZZI, *Sulla «condicio emancipationis»*, in AG 86, 1921, pp. 168-222 (= *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1957, pp. 465-507 [da cui d'ora in poi si citerà]). Per un'analisi dettagliata di C.I. 3, 28, 33, 1, cfr. D. DALLA, *Praemium emancipationis*, Milano, 1983, pp. 31-43 e pp. 93-98; per quanto concerne il richiamo alla 'natura' presente nel testo («*suam naturam fallere*»), cfr. in particolare LANATA, *Legislazione e natura nelle Novelle giustiniane*, cit., p. 96 e nt. 139.

⁷ Considerata esatta l'ipotesi formulata dal Krüger secondo la quale C.I. 3, 28, 33 avrebbe formato in origine un solo provvedimento con C.I. 5, 9, 10 (cfr. *Editio maior*, p. 266, nt. 3), riguardante la perdita, per ingratitudine, dei vantaggi attribuiti ai figli nati da matrimonio anteriore (cfr. C.I. 5, 9, 10: *Idem A. Demostheni pp. Cum apertissime legibus cavetur ingratos liberos a maiorum suorum hereditate merito esse repellendos, si hoc idem in suis elogiis conscripserint et re vera fuerit revelatum, reclamare videtur huiusmodi sanctioni divalis constitutio Leonis inclitae recordationis, quam super filiis ex priore matrimonio procreatis conscripsit*. 1. *Nam cum necessitas est patri vel matri, qui ad secunda vota migraverunt, tantum praestare per quamcumque causam secundo marito vel novercae quantum filio vel filiae ex anterioribus nuptiis progenitis qui partem minimam habiturus est reliquerit, maxima iniquitas ex hac sanctione contra genitores efficiebatur*. 2. *Liberi etenim scientes, quod omnimodo aliquid sibi a genitoribus suis et nolentibus relinquendum est, et tantum, quantum secundus maritus vel noverca acceperit, cum omni licentia et lascivia suos genitores iniuriis adficiebant*. 3. *Quapropter sancimus ingratos re vera liberos neque hoc beneficium, quod divalis constitutio Leonis augustae memoriae eis praestitit, in posterum posse sibi vindicare, sed quasi ingratos ab omni huiusmodi lucro repelli*. 4. *Quam observationem in personis etiam avi et aviae, proavi et proaviae, nepotum vel neptum, item pronepotum et proneptum, sive in potestate sive emancipati emancipataeve sint, ex paterna vel materna linea venientibus custodiri censemus*. 5. *Sed quemadmodum genitoribus providimus, ita et innocuam posteritatem nullis adfici iniuriis patimur, ut non genitores, qui sese secundis nuptiis deoverunt, irrationabile odium ad priores liberos forsitan habentes sine iusta ratione eos ingratos vocare concedantur*. 6. *Eos etenim liberos huiusmodi beneficio defraudari volumus, qui re ipsa ingrati circa suam antiquitatem ab heredibus genitorum liquidis et indubitatis probationibus convicti fuerint ex huiusmodi casibus, qui antea priscis legibus enumerati sunt*. D. xv k. Oct. Chalcedone Decio vc. cons.), la decisione giustiniana appare, non solo pia, ma anche logica poiché, avendo permesso ai genitori di diseredare i figli per causa di ingratitudine, se «*ingrati circa suam antiquitatem ab heredibus genitorum liquidis et indubitatis probationibus convicti fuerint ex huiusmodi casibus, qui antea priscis legibus enumerati sunt*», bisognava escludere per ragioni di età che ingrato potesse essere un *infans* e riconoscere che anche il figlio maggiore doveva rispondere solamente delle colpe

Il legislatore giustiniano rigetta, quindi, il parere di Paolo il quale avrebbe sacrificato alla realizzazione dell'*odium mariti* anche ogni diritto del figlio a far valere l'inofficiosità. Tuttavia nelle fonti mancano testimonianze da cui risulti che il giurista citato ritenesse sempre inattaccabile la diseredazione materna «*si hoc odium sui fecerit mariti*», mentre si trovano testi in cui si leggono soluzioni ben diverse rispetto a quella attribuita a Paolo. A tal proposito viene in rilievo una costituzione di epoca diocleziana (C.I. 3, 28, 25 del 301) in cui si prevede che la madre che «*de mariti moribus secus suspicetur*», possa provvedere ai figli istituendoli eredi sotto la condizione di emancipazione⁸. In questo caso il padre, se non emancipa i figli, non potrà pretendere di esercitare la *querela inofficiosi* a nome dei *fili* ingiustamente esclusi. La soluzione adottata dal rescritto imperiale assolve dunque la madre poichè, così comportandosi, non intende far torto ai propri figli e scarica invece sul padre non emancipante la responsabilità del loro mancato acquisto. Va altresì aggiunto che dall'analisi di passi del Digesto trapela che la volontà che i beni derivati *mortis causa* ai figli non vadano all'avente postestà è comune ad ogni disponente, e non solo alla madre⁹. Ad esempio in un frammento conservato in D. 37, 4, 16 (Pomp. 4 *ad Sab.*), Pomponio nega la *bonorum possessio contra tabulas*, nel caso in cui il figlio emancipato abbia istituito un estraneo con l'onere di restituzione fedecommissaria a favore del proprio figlio rimasto sotto la potestà dell'avo «*si liberatus avi potestate fuisset*», nel sospetto che

proprie. Sul punto v. SOLAZZI, *Sulla «condicio emancipationis»*, in *Scritti di diritto romano*, II, cit., p. 494 e ss.

⁸ Cfr. C.I. 3, 28, 25: *Idem AA. et CC. Menodoto. Filiis matrem, quae de mariti moribus secus suspicetur, ita posse consulere iure compertum est, ut eos sub hac condicione instituat heredes, si a patre emancipati fuerint, atque eo pacto secundum tabulas bonorum possessionem patrem cum re accipere non videri, qui condicioni minime obtemperavit, neque ei nomine filiorum inofficiosi eo modo actionem posse competere, quibus nullam iniuriam fecerit mater, sed potius putaverit providendum, restituere debet. D. IIII non. Iul. Antiochiae Titiano et Nepotiano cons.* Per un'analisi dettagliata di questa costituzione cfr. DALLA, *Praemium emancipationis*, cit., p. 31, pp. 42-43 e p. 57.

⁹ A tal proposito v. D. 4, 4, 3, 8 (Ulp. 11 *ad ed.*); D. 28, 5, 47 (46) (Afr. 2 *quaest.*); D. 29, 4, 27, 1 (Pap. 6 *resp.*); D. 35, 1, 92 (Ulp. 5 *fideic.*); D. 45, 1, 107 (Iavol. 8 *epist.*). Per una ricognizione di queste fonti nel loro complesso v. per tutti M. HUMBERT, *Le remariage à Rome. Étude d'histoire juridique et sociale*, Milano, 1972, pp. 225-226 e nt. 2.

quest'ultimo «*quasi consumpturus bona nepotis*»¹⁰. In tale ipotesi mancano altresì i presupposti dell'esperibilità della *querela inofficiosi testamenti*, non essendo ravvisabile una violazione dell'*officium pietatis*¹¹.

In questo quadro caratterizzato da una forte preoccupazione di tutelare il figlio nel caso di rancore della madre verso il marito, o di altro disponente nei confronti dell'avente potestà, risulta difficile ritenere del tutto attendibile la testimonianza riferita da C.I. 3, 28, 33, 1, sembrando piuttosto che la citazione nominativa assunta nel testo un carattere prevalentemente strumentale. Il richiamo dell'iniquità dell'antica legge sembra insomma un mero alibi per introdurre la riforma¹².

Leggermente diverso appare invece il comportamento della cancelleria giustiniana in C.I. 6, 30, 19, testo in cui è dato riscontrare l'altra citazione delle *quaestiones* di Paolo:

C.I. 6, 30, 19 pr.-1: *Imp. Iustinianus A. Demostheni pp. Cum antiquioribus legibus et praecipue in quaestionibus*

¹⁰ Cfr. D. 37, 4, 16 (Pomp. 4 ad Sab.): *Si emancipatus filius nepoti in potestate avi relicto ab extraneo herede fideicommissam hereditatem, si liberatus avi potestate fuisset, reliquisset: si suspectus avus sit quasi consumpturus bona nepotis, non esse ei dandam bonorum possessionem*. Su tale testo v. SOLAZZI, *Sulla «condicio emancipationis»*, in *Scritti di diritto romano*, II, cit., pp. 494-495; nella letteratura meno risalente cfr. altresì HUBERT, *Le remariage à Rome. Étude d'histoire juridique et sociale*, cit., p. 225 e SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., p. 62 e nt. 16.

¹¹ Sul punto v. G. NEGRI, *La clausola codicillare nel testamento inofficioso*, Milano, 1975, p. 143, che osserva che nel caso di D. 37, 4, 16 «non compete neppure la *querela inofficiosi testamenti* giacché *multi non notae causa exheredant filios nec ut eis obsint, sed ut eis consulant, ut puta impuberibus eisque fideicommissam hereditatem dant* (Ulp. 57 ad ed., in D. 28, 2, 18)». Il motivo dell'esclusione di ambedue i mezzi di tutela (ossia della *bonorum possessio contra tabulas* e della *querela inofficiosi testamenti*) deriva – afferma lo studioso – «dal fatto che, nel primo caso, il conseguimento dell'eredità da parte del preterito avviene comunque attraverso la prestazione fedecommissaria, mentre, nel secondo, manca appunto l'elemento dell'*iniuria*, che è il presupposto della esperibilità della *querela*». Sui rapporti tra *bonorum possessio contra tabulas* e *querela inofficiosi testamenti*, cfr. in particolare L. DI LELLA, *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli, 1972, p. 13 e ss.

¹² In questo senso già SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., p. 62, nt. 16, il quale ritiene impossibile, in questo caso, pensare ad una controversia classica e di conseguenza reputa l'opinione paolina non rispondente a verità.

Iulii Pauli invenimus filios familias paternam hereditatem deliberantes posse et in suam posteritatem hanc transmittere, et aliis quibusdam adiectis, quae in huiusmodi persona praecipua sunt: eam deliberationem et in omnes successores sive cognatos sive extraneos duximus esse protelandam. 1. Ideoque sancimus: si quis vel ex testamento vel ab intestato vocatus deliberationem meruerit vel hoc quidem non fecerit, non tamen successionem renuntiaverit, ut ex hac causa deliberare videatur, sed nec aliquid gesserit, quod aditionem vel pro herede gestionem inducit, praedictum arbitrium in successionem suam transmittat, ita tamen, ut unius anni spatii eadem transmissio fuerit conclusa. (Recitata septimo in novo consistorio palatii Iustiniani. D. III k. Nov. Decio vc. cons.) (30 ottobre 529)¹⁵.

¹⁵ Presentano la stessa *scriptio* altri quattordici testi. Si tratta di C.I. 1, 2, 22; C.I. 1, 14, 12; C.I. 2, 55 (56), 4; C.I. 4, 1, 12; C.I. 4, 34, 11; C.I. 5, 12, 30; C.I. 5, 30, 5; C.I. 6, 4, 3; C.I. 6, 42, 30; C.I. 6, 61, 6; C.I. 7, 45, 13; C.I. 7, 45, 14; C.I. 8, 53 (54), 34; C.I. 11, 48 (47), 20. A dire il vero in due di queste costituzioni la *scriptio* risulta essere incompleta in quanto viene indicato il luogo di emanazione, ma manca la data; mi riferisco a C.I. 1, 2, 22 (cfr. KRÜGER, *Editio maior*, p. 26 e nt. 1) ed a C.I. 11, 48 (47), 20 (cfr. *Editio maior*, p. 986 e nt. 1). È invece priva di *scriptio* C.I. 7, 45, 14 che Krüger (cfr. *Editio maior*, p. 684, ntt. 1-2), propone di considerare *iungenda* con C.I. 7, 45, 13, che invece conserva la data. Nelle *scriptiones* delle quindici costituzioni sono inoltre riscontrabili discordanze nella indicazione del luogo di emanazione. La *scriptio* più completa suona: «*Recitata septimo miliario huius inclitae civitatis in novo consistorio palatii Iustiniani*» (così in C.I. 1, 2, 22) o anche «*Recitata septimo miliario urbis Constantinopolitanae in novo consistorio palatii Iustiniani*» (così in C.I. 1, 14, 12); la più frequente, invece, risulta abbreviata: «*Recitata septimo miliario in novo consistorio palatii Iustiniani*» (così in C.I. 2, 55 [56], 4; C.I. 4, 34, 11; C.I. 6, 4, 3; C.I. 6, 61, 6), o anche: «*Recitata septimo in novo consistorio palatii Iustiniani*», come nella costituzione in esame (così anche in C.I. 4, 1, 12; C.I. 5, 12, 30; C.I. 5, 30, 5; 6, 42, 30; C.I. 8, 53 [54], 34; C.I. 11, 48 [47], 20). Particolarmente interessante risulta essere il riferimento al settimo miliario, una precisa indicazione del luogo dove si sarebbe trovato il nuovo concistoro all'interno del quale vi sarebbe stata la lettura solenne delle *leges*. Al proposito va rilevato che la testimonianza di Procopio (cfr. *de aed.* 1, 4, 28: *πρὸς δὲ καὶ τὸ Θύρσον μάρτυρος ἔδος καὶ μὴν τὸ Θεοδώρον ἅγιον τέμενος πρὸ τῆς πόλεως κείμενον ἐν χώρῳ καλουμένῳ Ῥησίῳ, καὶ τὸ τε Θέκλις μάρτυρος ἱερόν, ὃ παρὰ τὸν τῆς πόλεως λιμένα ἐστίν, ὅνπερ ἐπώνυμον Ἰουλιανοῦ ξυμβαίνει εἶναι, καὶ τὸ Θεοδότης ἁγίας ἐν προαστείῳ καλουμένῳ Ἐβδόμῳ*) legittima il sospetto che con *septimum* («*Ἐβδόμῳ*») possa indicarsi sia la distanza, sia un quartiere suburbano, a sette miglia dalla città, dove Giustiniano avrebbe fatto costruire un palazzo di cui si è poi perduta ogni traccia. A queste stesse conclusioni era arrivato J. CUIACIUS, *Opera*, I, Prati, 1836, p. 887 (*Id vero est palatium, quod fuit in suburbio Constantinopoleos, in quo Justinianus juri dicendo novum consistorium exstruxerat, quod et simpliciter Septimum dicitur [...] Eadem forte ratione Septi-*

Si tratta, come noto, della costituzione con cui si introduce la c.d. *transmissio Iustiniana*¹⁴. Lo spunto per la riforma è preso dalle *quaestiones* di Paolo (cfr. pr.: ...*in quaestionibus Iulii Pauli invenimus...*), il quale avrebbe ammesso la *transmissio* dell'*hereditas* ai discendenti dei *fili familias* che fossero morti mentre delibevano sull'opportunità di acquistarla. L'opinione paolina, di cui non si trovano tracce nei *Digesta*, non è rigettata dai compilatori i quali ritengono piuttosto opportuno estenderne la portata (cfr. pr.:

mum dictum est, quo Decimum suburbium Carthaginis, quod auctore Procopio ab eo distabat stadiis LXX; a quo et Septimum simpliciter in libro de aedificiis Justiniani, bis aut ter). Nella letteratura moderna ritiene che il termine *septimum* indichi un luogo E.È. LIPŠIC, *Iz komentarija k konstitucijam Kodeksa Justiniana*, in *Zbornik Radova Vizantoloskog Instituta. Recueil des travaux de l'Institut d'études byzantines* 14-15, 1973, p. 4 e ss., studio in cui l'autrice prende in esame la singolare *subscriptio* delle costituzioni del 30 ottobre del 529 per rintracciarne le possibili motivazioni, individuate nella necessità di dare particolare risalto al diverso orientamento di politica legislativa conseguente all'avvento di Triboniano, cui si deve tra l'altro la stesura delle *leges* del 30 ottobre; a tal proposito l'autrice richiama una norma teodosiana del 446 (cfr. C.I. 1, 14, 8 pr. [*Idem AA. ad senatum*]: ...*si quid... emerserit necessarium, quod formam generalem... id ab omnibus antea tam proceribus nostri palatii quam gloriosissimo coetu vestro... tractari et, si universis tam iudicibus quam vobis placuerit, tunc allegata dictari et sic ea denuo collectis omnibus recenserit et, cum omnes consenserint, tunc demum in sacro nostri numinis consistorio recitari, ut universorum consensus nostrae serenitatis auctoritate firmetur*) sostenendo che la solenne lettura in *consistorio* riecheggerebbe la procedura dettata da Teodosio II per le *leges generales*. Sostiene che *septimum* indichi una località più che una distanza anche BIANCHINI, *La subscriptio nelle leges giustinianee del 30 ottobre 529*, cit., p. 47 e ss. (= *Temi e tecniche della legislazione tardoimperiale*, cit., p. 115 e ss.), che dopo aver sottolineato il carattere di novità ed unicità del riferimento alla *recitatio* e al settimo miliario, conclude che le leggi del 30 ottobre dovevano rappresentare un segnale e un messaggio; «il giorno doveva coincidere con qualche evento politico e religioso particolarmente significativo nella storia di Costantinopoli o in quella personale di Giustiniano, tanto da poter rappresentare un nuovo inizio dell'impero giustiniano, nel segno della tradizione politico-religiosa della città. Forse, per questo motivo, la *subscriptio* in esame è stata conservata, per volere di Giustiniano e del suo ministro, nel *Codex repetitae praelectionis*».

¹⁴ A tal proposito v., tra gli altri, A. MASI, *Note sulla «Transmissio Iustiniana»*, in *Syntelesia. Vincenzo Arangio-Ruiz*, II, Napoli, 1964, p. 1026 e ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I², Milano, 1967, p. 505; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II², München, 1975, p. 537, nt. 21; F. GALGANO, *A proposito di «Transmissio Iustiniana»*, in *Index* 28, 2000, p. 412 e ss., e della stessa autrice, per i rapporti della *transmissio Iustiniana* con la *transmissio Theodosiana*, v. *Acquisito ereditario e transmissio delationis in alcune costituzioni di Teodosio II e Valentiniano III*, in *SDHI* 64, 1998, p. 301 e ss.

...eam deliberationem et in omnes successores sive cognatos sive extraneos duximus esse protelandam).

La parte più strettamente dispositiva del provvedimento si legge nel § 1 ove si stabilisce che la persona cui sia stata delata un'*hereditas* legittima o testamentaria e che abbia chiesto la *deliberatio* o comunque non abbia né rinunciato all'eredità, in modo che «*ex hac causa deliberare videatur*», né accettato la stessa trasmetterà ai suoi successori la facoltà di accettarla «*ut unius anni spatiis eadem transmissio fuerit conclusa*»¹⁵.

¹⁵ Sulla distinzione tra *aditio* e *pro herede gestio* che risulta dal § 1 del provvedimento, cfr. Voci, *Diritto ereditario romano*, I², cit., pp. 611-612 e nt. 17. Nei paragrafi successivi della costituzione si precisano le diverse ipotesi che potevano prospettarsi (cfr. C.I. 6, 30, 19, 2-4: *Et si quidem is, qui sciens hereditatem sibi esse vel ab intestato vel ex testamento delatam deliberatione minime petita intra annale tempus decesserit, hoc ius ad suam successionem intra annale tempus extendat. 3. Si enim ipse, postquam testamentum fuerit insinuatum, vel ab intestato vel ex testamento vel aliter ei cognitum sit heredem eum vocatum fuisse, annali tempore translapso nihil fecerit, ex quo vel adeundam vel renuntiandam hereditatem manifestaverit, is cum successione sua ab huiusmodi beneficio excludatur. 4. Sin autem instante annali tempore decesserit, reliquum tempus pro adeunda hereditate suis successoribus sine aliqua dubietate relinquat, quo completo nec heredibus eius alius regressus in hereditatem habendam servabitur. Recitata septimo in novo consistorio palatii Iustiniani. D. III k. Nov. Decio vc. cons.*). Innanzi tutto si fa l'ipotesi in cui il chiamato «*qui sciens hereditatem*» – la costituzione non prende in considerazione l'*inscientia* della delazione da parte del chiamato (su tale aspetto v., nella letteratura più datata, K. WIEDING, *Die Transmission Justinians*, Leipzig, 1859, p. 71 e ss.; C. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, II, Milano, 1949, p. 131; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. VI. Le successioni. Parte generale*, Milano, 1974, pp. 313-314 [per la prima edizione v. Roma, 1930]; nella letteratura più recente v. GALGANO, *A proposito di «Transmissio Iustiniana»*, cit., p. 412 e ss.) – non abbia chiesto la *deliberatio* e sia morto «*intra annale tempus*», stabilendo che limitatamente al suddetto periodo di tempo questi avrebbe trasmesso ai suoi successori la facoltà di deliberare. Nella seconda ipotesi prospettata si suppone che sia trascorso un anno dal momento in cui il chiamato ha avuto notizia della delazione senza che abbia fatto nulla da cui possa dedursi la sua volontà di accettare l'eredità o di rinunciare ad essa: in relazione a tale ipotesi si esclude che il chiamato o i suoi successori abbiano la facoltà di chiedere la *deliberatio*. Infine si stabilisce che se il chiamato muore prima che sia trascorso un anno dal momento in cui ha avuto notizia della delazione i suoi successori possono giovare ai fini dell'adizione dell'eredità dell'intervallo di tempo che resta ancora. Per una analisi dettagliata della costituzione in esame cfr. MASI, *Note sulla «Transmissio Iustiniana»*, cit., pp. 1026-1036.

3. B) *Papiniano*: «*acutissimi ingenii vir et merito ante alios excellens*» (C.I. 6, 42, 30) e «*summi ingenii vir*» (C.I. 7, 45, 14)

Tra le costituzioni emanate il 30 ottobre del 529, due contengono citazioni di Papiniano (C.I. 6, 42, 30 e C.I. 7, 45, 14). La prima di esse tratta dell'interpretazione della clausola di restituzione dell'eredità a favore dei nipoti:

C.I. 6, 42, 30: *Imp. Iustinianus A. Demostheni pp. Cum acutissimi ingenii vir et merito ante alios excellens Papinianus in suis statuit responsis, si quis filium suum heredem instituit et restitutionis post mortem oneri subegit, non aliter hoc videri disposuisse, nisi cum filius eius sine subole vitam reliquerit: nos huiusmodi sensum merito mirati plenissimum ei donamus eventum, ut, si quis haec disposuerit, non tantum filium heredem instituens, sed etiam filiam, vel ab initio nepotem vel neptem, pronepotem vel proneptem vel aliam deinceps posteritatem, et eam restitutionis post obitum gravamini subiugaverit, non aliter hoc sensisse videatur, nisi hi qui restitutione onerati sunt sine filiis vel filiabus vel nepotibus vel pronepotibus fuerint defuncti, ne videatur testator alienas successiones propriis anteponere. Recitata septimo in novo consistorio palatii Iustiniani. D. III k. Nov. Decio vc. cons. (30 ottobre 529).*

Il legislatore giustiniano richiama in apertura un responso papiniano («*Papinianus in suis statuit responsis*») che risulta conservato nei *Digesta*¹⁶:

D. 35, 1, 102 (Pap. 9 resp.): *Cum avus filium ac nepotem ex altero filio heredes instituisset, a nepote petit, ut, si intra annum trigesimum moreretur, hereditatem patruo suo restitueret: nepos liberis relictis intra aetatem supra scriptam vita decessit. fideicommissi condicionem coniectura pietatis respondi defecisse, quod minus scriptum, quam dictum fuerat, inveniretur.*

¹⁶ Al proposito v. la ricostruzione di LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., c. 924; sul punto cfr. altresì SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., pp. 62-63, nt. 16.

La fattispecie descritta dal giurista severiano è la seguente: un padre aveva istituito eredi il figlio e un nipote natogli da altro figlio premorto («*nepotem ex altero filio*») pregando quest'ultimo di restituire la sua porzione allo zio coerede, nel caso che morisse prima di aver raggiunto i trenta anni («*si intra annum trigesimum more-retur*»). Il nipote muore prima di aver raggiunto l'età prefissa, ma muore lasciando a sua volta dei figli («*nepos liberis relictis intra aetatem supra scriptam vita decessit*»). Secondo il parere di Papiniano, anche se l'esistenza di tali ultimi figli sia rimasta inconsiderata dal disponente, essa deve valere tuttavia ad annullare la *condicio fideicommissi* e ciò che altrimenti avrebbe formato oggetto della disposizione, deve devolversi ai figli del nipote morto giacché il testatore aveva scritto meno di quanto intendesse disporre («*quod minus scriptum, quam dictum fuerat, inveniretur*») ¹⁷.

Il fondamento della decisione papiniana risiede in una «*coniectura pietatis*» ¹⁸ che induce a supporre che l'avo disponente abbia inteso ordinare la restituzione allo zio dell'istituito solo condizionatamente alla inesistenza di figli di questo. Papiniano ritiene dunque che, accanto alla condizione espressa «*si intra annum trige-*

¹⁷ Relativamente al testo di Papiniano è ancora di qualche utilità il lavoro di E. COSTA, *Papiniano. Studio di storia interna del diritto romano*, III, Bologna, 1896, p. 61 e ss.; successivamente cfr. A. TORRENT, *The nature of the fideicommissum «si sine liberis decesserit»*, in *TR* 43, 1975, p. 77 e nella letteratura più recente v. L. DESANTI, *Restitutionis post mortem onus. I fedecommissi da restituirsì dopo la morte dell'onerato*, Milano, 2003, p. 99 e ss.; nonché LUCHETTI, *La const. ad senatum del 22 luglio del 530 e il progetto delle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 30 e nt. 27.

¹⁸ Le parole *coniectura pietatis* di D. 35, 1, 102, sono state giudicate talvolta sospette dalla dottrina; al proposito cfr. G. BESELER, *Unklassische Wörter*, in *ZSS* 56, 1936, p. 42. Tuttavia per la genuinità del frammento cfr. TORRENT, *The nature of the fideicommissum «si sine liberis decesserit»*, cit., p. 75 e ss.; DESANTI, *Restitutionis post mortem onus*, cit., p. 99, nt. 121. Sul valore della *pietas* come doverosa clemenza dell'ascendente verso i discendenti, cfr. R.P. SALLER, *Pietas, obligation and authority in the Roman family*, in *Alte Geschichte und Wissenschaftsgeschichte. Festschrift für Karl Christ zum 65. Geburtstag* (hrsg. P. KNEISSL-V. LOSEMANN), Darmstadt, 1988, p. 393 e ss.; C. RUSSO RUGGERI, *La datio in adoptionem*, II, *Dalla pretesa influenza elleno-cristiana alla riforma giustiniana*, Milano, 1995, p. 162 e ss.; DESANTI, *ibidem*, p. 97 e ss. A proposito della *pietas* come motivo ispiratore della legislazione giustiniana, v. in specie H.J. WIELING, *Testamentsauslegung im römischen Recht*, München, 1972, p. 172 e ss., nonché F.B.J. WUBBE, *L'«humanitas» de Justinien*, in *TR* 58, 1990, p. 259, nt. 49.

simum moreretur», sia apposta la condizione tacita *si sine liberis decesserit*¹⁹.

Nella costituzione in esame, la cancelleria ripropone ed estende la decisione papiniana prevedendo che la *condicio tacita* si applichi nei confronti di qualunque discendente onerato della restituzione dopo la morte. In definitiva tutte le volte che l'ascendente avesse pregato un figlio o una figlia, un nipote o una nipote, un pronipote o una pronipote, o un discendente qualsiasi, di restituire dopo la morte («*non tantum filium heredem instituens, sed etiam filiam, vel ab initio nepotem vel neptem, pronepotem vel proneptem vel aliam deinceps posteritatem*»), si doveva ritenere implicitamente apposta la condizione *si sine liberis decesserit* e – interpretando estensivamente la portata del termine *liberi* – la *restitutio* si doveva intendere esclusa non solo in presenza di figli dell'onerato, ma anche di nipoti o pronipoti, in modo che il testatore, attraverso il fedecommissario, non anteponesse successori estranei ai membri della propria famiglia («*ne videatur testator alienas successiones propriis antepone*»)²⁰.

La circostanza che i compilatori elevino a regola il principio espresso da Papiniano²¹ e l'espressione laudativa utilizzata per indicare il giureconsulto («*acutissimi ingenii vir et merito ante alios excellens*»), sembrano segni evidenti del ruolo di assoluta preminenza attribuito al giurista severiano dal pensiero e dalla legislazione postclassica²².

¹⁹ Sulla *condicio tacita* v. tra gli altri VOCI, *Diritto ereditario romano*, II², cit., pp. 904-905; in particolare sulla condizione *si sine liberis decesserit* cfr. TORRENT, *The nature of the fideicommissum «si sine liberis decesserit»*, cit., p. 77; nella letteratura più recente v. anche DESANTI, *Restitutionis post mortem onus*, cit., p. 97 e ss., nonché LUCHETTI, *La const. ad senatum del 22 luglio del 530 e il progetto delle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 30 e nt. 27.

²⁰ Sul punto v. in particolare WIELING, *Testamentsauslegung im römischen Recht*, cit., pp. 234-235 e DESANTI, *Restitutionis post mortem onus*, cit., p. 102.

²¹ Mi riferisco ovviamente al principio «*plus nuncupatum minus scriptum*»; al proposito cfr. tra gli altri E. DULCKEIT, *Plus nuncupatum minus scriptum. Ein Beitrag zur Entwicklung des römischen Testamentsrechts*, in ZSS 70, 1953, p. 179 e ss.; VOCI, *Diritto ereditario romano*, II², cit., p. 907 e ss.; WIELING, *Testamentsauslegung im römischen Recht*, cit., p. 172.

²² Riguardo all'espressione laudativa che accompagna il nome del giurista citato v. D. NÖRR, *Papinian und Gryphius*, in ZSS 83, 1966, p. 308 e nt. 1 e da ultimo LUCHETTI, *Nuove ricerche sulle Istituzioni di Giustiniano*, cit., p. 119, nt. 63

In questo contesto, caratterizzato appunto dall'*obsequium* dei giustinianeî nei confronti di Papiniano, si inserisce altresì C.I. 7, 45, 14, testo che concerne il rapporto tra domanda e sentenza:

C.I. 7, 45, 14: *Idem A. Demostheni pp. Cum Papinianus summi ingenii vir in quaestionibus suis rite disposuit non solum iudicem de absoluteione rei iudicare, sed ipsum actorem, si e contrario obnoxius fuerit inventus, condemnare, huiusmodi sententiam non solum roborandam, sed etiam augendam esse sancimus, ut liceat iudici vel contra actorem ferre sententiam et aliquid eum daturum vel facturum pronuntiare, nulla ei opponenda exceptione, quod non competens iudex agentis esse cognoscitur. cuius enim in agendo observavit arbitrium, eum habere et contra se iudicem in eodem negotio non dedignetur.* (30 ottobre 529)²⁵.

La cancelleria richiama le *quaestiones* di Papiniano («*cum Papinianus summi ingenii vir in quaestionibus suis*»), ove il giurista «*rite disposuit*» che il giudice investito della domanda ha il potere non solo di deliberare l'assoluzione del convenuto, ma altresì quello di condannare l'attore ove rilevi l'esistenza dei presupposti di un provvedimento in tal senso.

Quale che fosse il preciso ambito problematico cui doveva riferirsi la *sententia* papiniana, essa viene riportata, facendo astrazione da ogni concreta peculiarità, nella sua parte dispositiva, che assume natura di regola generale²⁴. L'opinione di Papiniano, indicato

(con particolare riferimento alla presenza di espressioni simili nel testo istituzionale) e p. 258, nt. 287.

²⁵ La costituzione è priva di *subscriptio* (al proposito v. quanto ampiamente rilevato *supra*, in questo capitolo, nt. 13); sul punto v. KRÜGER, *Editio maior*, p. 684, ntt. 1-2, che aveva proposto di considerare C.I. 7, 45, 13 (provvedimento riguardante i doveri dei giudici) e C.I. 7, 45, 14 parti di un'unica costituzione; al riguardo va aggiunto che parte della dottrina è invece incline ad analoga conclusione in merito a C.I. 1, 14, 12 (provvedimento che tratta del valore delle sentenze imperiali) e C.I. 7, 45, 13; al proposito v., per tutti, G.G. ARCHI, *Il problema delle fonti del diritto nel sistema romano del IV e V secolo*, in *Giustiniano legislatore*, Bologna, 1970, p. 87, nt. 143 (= *Studi sulle fonti del diritto nel tardo impero romano. Teodosio II e Giustiniano*, Cagliari, 1990², p. 71, nt. 144).

²⁴ Per quanto concerne il luogo preciso delle *quaestiones* in cui i giustinianeî avrebbero letto l'opinione richiamata, si tratta, secondo la ricostruzione palingenetica di Lenel (*Palingensia iuris civilis*, I, cit., c. 820), del quarto libro. Sulla rico-

come «*summi ingenii vir*», viene non solo accolta, ma altresì ampliata dai giustiniani («*huiusmodi sententiam non solum roborandam, sed etiam augendam esse sancimus*»), che aggiungono che il giudice può emettere sentenza «*contra actorem*» e condannarlo («*aliquid eum daturum vel facturum pronuntiare*») senza che questi possa eccepire l'incompetenza del giudice²⁵.

4. *Le citazioni dei giuristi nelle costituzioni della prima metà del 530 (C.I. 2, 55 [56], 5 e C.I. 6, 25, 7 [6])*

Le citazioni nominative riscontrabili nelle due costituzioni che si collocano entro il mese di luglio del 530 (C.I. 2, 55 [56], 5 del 27 marzo e C.I. 6, 25, 7 [6] del 22 luglio) riguardano ancora – non a caso – Paolo e Papiniano. Ciò appare riconducibile, per certi versi – come già accennato –, al fatto che i due provvedimenti non possono essere inseriti nel numero delle *decisiones*, sia perchè non si autoqualificano come tali, sia perchè il *terminus a quo* del periodo di emanazione delle *quingenta decisiones* è da fissare nel 1° agosto del 530²⁶.

struzione dell'opinione di Papiniano v. G. PROVERA, *Contributi alla teoria dei iudicia contraria*, Torino, 1951, p. 27 e ss.; R. REZZONICO, *Il procedimento di compensazione nel diritto romano classico*, Basel, 1958, p. 51 e ss.; G.P. SCAFFARDI, *Alcune considerazioni sulla «mutua petitio» nel processo civile giustiniano*, in *Studi Parmensi* 31, 1982, p. 205 e ss.

²⁵ Come ha giustamente sottolineato U. ZILLETTI, *Studi sul processo civile giustiniano*, Milano, 1965, pp. 184-186, l'innovazione non sta solo nella eliminazione dei limiti di competenza per il giudice investito anche della riconvenzionale, ma anche nella relazione tra domanda e provvedimento, ossia fra parti e giudice segnando una netta dilatazione in senso sostanziale del principio inquisitorio (sul punto v. altresì la recensione al lavoro di Zilletti di G. PROVERA, in *Iura* 17, 1966, p. 322). La rimozione del limite di competenza si presenta come conseguenza dell'ammissione che conduce a configurare il criterio per cui la competenza relativa alla pretesa contiene la competenza relativa alla contropretesa.

²⁶ Sulla validità del c.d. criterio formale, che considera rilevante l'uso, nel testo delle costituzioni, del verbo *decido* opportunamente coniugato o del sostantivo *decisio* nelle sue varie flessioni (c.d. autoqualificazione), ai fini dell'individuazione delle costituzioni appartenenti al gruppo delle *quingenta decisiones*, la dottrina appare pressoché unanime: cfr. ROTONDI, *Studi sulle fonti del Codice Giustiniano*, cit., p. 148 e ss. (= *Scritti giuridici*, I, cit., p. 232 e ss.); B. ALBANESE, *Actio servi corrupti*, in *AUPA* 27, 1949, p. 125, nt. 198; SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klas-*

Prima di soffermarsi a considerare il paragrafo specifico di C.I. 2, 55 (56), 5 in cui è dato riscontrare l'esplicito riferimento a Paolo, pare opportuno esaminare i paragrafi introduttivi della costituzione, ove le reminiscenze classiche e le innovazioni postclassiche si intrecciano e si accavallano²⁷:

C.I. 2, 55 (56), 5 pr.: *Idem A. Iuliano pp. Cum antea sancitum fuerat in arbitris eligendis, quos neque poena compromissi vallabat neque iudex dederat, sed nulla praecedente sententia communis electio, ut in illorum sententia stetur, procreabat, si quidem pro parte pulsata forma arbitralis procederet, exceptionem ei veluti pacti generari, sin autem pro actore calculus poneretur, nihil ex eo procedere ei praesidii: sancimus in eos arbitros, quos praediximus et quos talis consensus elegerit sub eo pacto in scriptis vel non in scriptis habito, ut eorum definitioni stetur, si quidem subscripserint, postquam definitio procedit, quod non displicet ambabus partibus eorum sententia, non solum reo exceptionem veluti pacti generari, sed etiam actori ex nostro numine in factum actionem, quatenus possit sententia eius executioni mandari, sed in hac quidem regia civitate ab officio eminentissimae praefecturae vel eius, cuius forum pars sequitur fugientis, in provinciis autem tam per moderatores quam apparitiones eorum, vel per iudices, quorum regimen pars pertimescat pulsata.*

sik, cit., p. 63 e ss.; HONORÉ, *Tribonian*, cit., p. 142 e ss.; H.J. SCHELTEMA, *Subsecivum XVIII. Les Quinquaginta Decisiones*, in *Subseciva Groningana*, I, Groningae, 1984, p. 7; G.L. FALCHI, *Sulla codificazione del diritto romano nel V e VI secolo*, Romae, 1989, p. 110 e ss.; RUSSO RUGGERI, *Studi sulle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 12 e ss.; nella letteratura più recente cfr. VARVARO, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 377 e ss., nonché LUCHETTI *La const. ad senatum del 22 luglio del 530 e il progetto delle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 39 e ss. Non penso sia da ritenere attendibile l'opinione di M.A. MESSANA, *Sui «libri definitionum» di Emilio Papiniano. «Definitio» e «definire» nell'esperienza giuridica romana*, in *AUPA* 45.2, 1999, pp. 275-288 (in specie p. 279 e ss.), secondo la quale le più risalenti, fra le *decisiones*, sarebbero state emanate nel marzo del 530.

²⁷ Per le innovazioni giustiniane in materia di giudizio arbitrale e per uno sguardo ai documenti papirologici del VI e VII secolo v. K.H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*, München, 1971, p. 257 e ss. (sul lavoro di Ziegler v. anche le recensioni di L. DE SARLO, in *SDHI* 37, 1971, pp. 420-429 e di W. GUNTER, in *IURA* 23, 1972, pp. 211-217).

La cancelleria imperiale ricorda innanzi tutto ciò che «*antea*» era stato stabilito a proposito della scelta degli arbitri fatta con *compromissum sine poena* («*Cum antea sancitum fuerat in arbitris eligendis, quos neque poena compromissi vallabat neque iudex dederat, sed nulla praecedente sententia communis electio*»)²⁸.

Nello sviluppo di un diritto che aveva accordato una *exceptio veluti pacti* al debitore assolto dal giudice arbitrale contro un'azione posteriore davanti al tribunale statale, «*si quidem pro parte pulsata forma arbitralis procederet*»²⁹, il legislatore giustiniano concede

²⁸ All'epoca di Giustiniano il compromesso è ormai svincolato dalla stipulazione penale e in generale dalla forma della *stipulatio*, cui sono subentrate altre forme esterne, come il giuramento e il documento privato o pubblico: al proposito v. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*, cit., p. 213. Sulla diversa concezione del *compromissum* in epoca classica e in epoca giustiniana, ricordo in particolare il lavoro di G. LA PIRA, *Compromissum e litis contestatio formulare*, in *Studi in onore di Riccobono* 2, 1936, pp. 186-226; sul *compromissum sine poena* in età classica cfr. in particolare J. ROUSSIER, *Du compromis sine poena en droit romain classique*, in *Revue Historique de droit francais et étranger* 18, 1939, pp. 167-205; sull'evoluzione storica del compromesso v. altresì M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di «compromissum»*, Milano, 1958 e dello stesso autore, *L'arbitrato romano dai «veteres» a Giustiniano*, in *Labeo* 20, 1974, pp. 83-104 (sul fatto che in C.I. 2, 55 [56], 5 pr. non emerga il ricordo della formalità stipulatoria come si era venuta configurando nel periodo postclassico v. in specie, *ibidem*, p. 98, nt. 3); nella letteratura più recente cfr. J. PARICIO, *Notas sobre la sentencia del arbitro ex compromisso*, in *RIDA* 51, 1984, p. 283 e ss., nonché M. MARRONE, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*, in *Rivista dell'arbitrato* 1, 1996, p. 1 e ss.

²⁹ Al proposito cfr. il frammento ulpiano conservato in D. 4, 8, 13, 1 (Ulp. 13 ad ed.): *Idem Pomponius scribit, si de meis solis controversiis sit compromissum et de te poenam sim stipulatus, videndum ne non sit compromissum. sed cui rei moveatur, non video: nam si ideo, quia de unius controversiis solum compromissum est, nulla ratio est: licet enim et de una re compromittere: si vero ideo, quia ex altera dumtaxat parte stipulatio intervenit, est ratio. quamquam si petitor fuit qui stipulatus est, possit dici plenum esse compromissum, quia is qui convenitur tutus est veluti pacti exceptione, is qui convenit, si arbitro non pareatur, habet stipulationem. sed id verum esse non puto: neque enim sufficit exceptionem habere, ut arbitro sententiam dicere cogatur*. In questo testo si afferma che mentre è possibile la conclusione di un *compromissum* relativamente alle pretese di una sola delle parti, non è, invece, possibile la conclusione di un compromesso con una sola *stipulatio*. Un compromesso di tal natura non sarebbe un vero e proprio *compromissum*, ossia non sarebbe un compromesso idoneo ad ottenere la *coërcitio* pretoria. Nel testo viene prospettato il dubbio se non possa l'*exceptio pacti*, che nasce dal *compromissum* a favore della parte che non si è garantita con *stipulatio*, essere sufficiente, ai fini dell'intervento pretorio, a sostituire la *stipulatio* mancante (sul problema della bilateralità delle stipulazioni ai fini della costituzione di un compromesso 'regolare', v. tra gli altri, ROUSSIER, *Du compromis sine poena en droit romain classique*, cit., p.

all'attore un'*actio in factum* per l'esecuzione della sentenza arbitrale, in presenza di determinati presupposti di cui si fa parola nel successivo § 1:

C.I. 2, 55 (56), 5, 1-2: *Sin autem minime quidem post sententiam subscripserint arbitri formam amplecti, sed silentio eam roboraverint et non intra decem dies proximos attestatio missa fuerit vel iudici vel adversariis ab alterutra parte, per quam manifestum fiat definitionem non esse amplectendam, tunc silentio partium sententiam roboratam esse et fugienti exceptionem et agenti memoratam actionem competere. 2. Altera autem parte recusante secundum praefatum modum et implere statuta minime cupiente nihil fieri praeiudicium neque pari vel exceptionem reo vel actori actionem, exceptis videlicet arbitris, qui cum sacramenti religione electi sunt secundum novellam nostri numinis constitutionem: tunc etenim ea omnia servari, quae lege nostra super huiusmodi audientia definita sunt.*

Si stabilisce che la sentenza acquista valore e diventa esecutiva sia se le parti l'hanno accettata per iscritto («*subscripserint*»), sia se «*non intra decem dies proximos attestatio missa fuerit*»³⁰. Si preve-

198 e ss.). Alla questione viene data una soluzione negativa (cfr. D. 4, 8, 13, 1 i.f.: *...sed id verum esse non puto: neque enim sufficit exceptionem habere, ut arbiter sententiam dicere cogatur*). Per TALAMANCA, *Ricerche in tema di «compromissum»*, cit., p. 130, la soluzione negativa data al problema dell'ammissibilità della *coërcitio* non può essere fatta risalire ai postclassici, i quali non avrebbero avuto nessun interesse a modificare una eventuale soluzione positiva. Il rimaneggiamento del testo rimarrebbe quindi confinato al lato formale. Per quanto concerne l'espressione «*veluti pacti exceptione*» già G. ROTONDI, *Un nuovo esempio di innovazioni pregiustiniane. L'exceptio veluti pacti ex compromisso*, in *Annali della Facoltà di Giur. della Univ. di Perugia*, 29, 1914, p. 223 e ss (= *Scritti giuridici*, I, cit., p. 284 e ss., fece notare che la suddetta *exceptio* poteva essere frutto di una costruzione di qualche scuola bizantina per porre in risalto la *voluntas* delle parti e che l'inciso «*veluti pacti exceptione*» di D. 4, 8, 13, 1 derivava dalla stessa mano che aveva scritto quell'altro «*exceptionem ei veluti pacti generari*» di C.I. 2, 55 (56), 5 pr. (così anche LA PIRA, *Compromissum e litis contestatio formulare*, cit., p. 193); sul punto v. anche TALAMANCA, *ibidem*, p. 129 e nt. 205, che ribadisce l'origine postclassica dell'espressione «*veluti pacti exceptione*», e rileva che il confronto del frammento dei *Digesta* con C.I. 2, 55 (56), 5 pr. esclude che il *veluti* possa essere riferito, nel passo ulpiano, non a «*pacti*», ma ad «*exceptione*».

³⁰ Per un'analogia tra l'*attestatio* e l'*adpellatio* v. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*, cit., p. 214; diversamente TALAMANCA,

de quindi che anche il silenzio delle parti valga come adesione alla sentenza pronunciata. Nel caso in cui una parte non accetti la decisione arbitrale «*secundum praefatum modum*» (§ 2), rifiutandosi di adempiere a ciò che è stato stabilito, «*nihil fieri praeiudicium neque pari vel exceptionem reo vel actori actionem*» (§ 2). Fanno però eccezione quei giudizi i cui arbitri sono stati scelti «*cum sacramenti religione*»³¹, in aderenza con ciò che era stato stabilito, a proposito del giuramento prestato nelle liti, con una precedente *lex* («*secundum novellam nostri numinis constitutionem*»)³².

L'arbitrato romano dai «veteres» a Giustiniano, cit. p. 97, che considera «un po' forzante» la suddetta analogia, in quanto l'*attestatio* impedisce, in base a quanto si legge in C.I. 2, 55 (56), 5, 1, l'efficacia del lodo arbitrale, mentre l'*adpellatio* attiene al profilo del proseguimento del procedimento. Sull'argomento v. altresì M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München, 1996, p. 501 e ss. Quanto ai tempi dell'*attestatio* erroneamente G.L. FALCHI, *Studi sulle relazioni tra la legislazione di Giustiniano (528-534) e la codificazione di «leges» e «iura»*, in *SDHI* 59, 1993, p. 34, parla di sei giorni, anziché di dieci (cfr. § 1: *...non intra decem dies proximos attestatio...*).

³¹ Una speciale protezione è, quindi, accordata ai compromessi giurati e ai pronunciati arbitrali giurati. Protezione che però verrà poi abolita dalla stessa cancelleria giustiniana con Nov. 82, 11 del 539 a causa degli inconvenienti e dei pericoli della rottura del giuramento; per il contrasto del testo greco della Novella con quello di Ep. Iul. 76, 12, cfr. TALAMANCA, *Ricerche in tema di «compromissum»*, cit., p. 143 e ss. Per l'uso in C.I. 2, 55 (56), 5, 2 del sostantivo *sacramentum* invece di *iusiurandum*, cfr. le osservazioni di B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, Milano, 1954, p. 406 e nt. 4; l'autore evidenzia tra l'altro i motivi extragiuridici del ricorso al giuramento nella legislazione giustiniana (*ibidem*, p. 393 e ss.), che introduce il *iusiurandum calumniae* come condizione del contraddittorio sostanziale: cfr. C.I. 2, 58 (59), 2 del 531 che aveva appunto previsto la generalizzazione del giuramento di calunnia, imponendolo, a differenza di quanto avveniva nel diritto classico in cui tale giuramento era previsto esclusivamente in alcuni casi specifici, a tutti gli attori e i convenuti; per un sintetico esame delle disposizioni contenute in C.I. 2, 58 (59), 2 v. KASER-HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., p. 613; per il richiamo della suddetta costituzione in I. 4, 16, 1 cfr. LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., p. 553 e ss. Per un approfondimento dell'*iusiurandum calumniae*, soprattutto alla luce delle modificazioni apportate da Giustiniano, cfr., nella letteratura più risalente, C. BERTOLINI, *Il giuramento nel diritto privato romano*, Roma, 1886, p. 189 e ss.; L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, [tradotte da R. Orestano], Milano, 1938, p. 331 e ss.; nella letteratura successiva v. ZILLETI, *Studi sul processo civile giustiniano*, cit., p. 221 e ss., e R. BONINI, *Il titolo «de poena temere litigantium» (4, 16) delle Istituzioni giustiniane*, in *AG* 176, 1969, p. 28 e pp. 30-31 (= *Contributi di diritto giustiniano*, (1966-1976), cit., pp. 2 e 6).

³² La *novella constitutio* richiamata dalla cancelleria è C.I. 2, 55 (56), 4 del 529, che concerne i modi di costituzione del procedimento arbitrale, con ammissio-

In questo contesto si tratta anche del problema dell'interruzione della prescrizione nel procedimento arbitrale, come si legge nel successivo § 3, e a tal proposito si inserisce la citazione di Paolo:

C.I. 2, 55 (56), 5, 3: *Licet non ignoramus Iulii Pauli opinionem et aliorum prudentium certorum, qui tetigerunt quidem huiusmodi quaestionem, quam in praesenti adgredimur, non autem perfectissime peregerunt, sed usque ad quasdam temporales actiones standum esse existimaverunt, plenius tamen et generaliter definimus conventum in scriptis apud compromissum iudicem factum ita temporis interruptionem inducere, quasi in ordinario iudicio lis fuisset inchoata. (D. VI k. April. Constantinopoli Lampadio et Oreste vv. cc. cons.) (27 marzo 530)⁵⁵.*

ne del compromesso giurato. Prima di tale provvedimento il giuramento non aveva alcuna rilevanza giuridica per l'arbitrato privato; per i rapporti tra arbitrato e giuramento è ancora utile il lavoro di E. DE RUGGIERO, *L'arbitrato pubblico in relazione col privato. Studio di epigrafia giuridica*, Roma, 1893, p. 74 e ss.

⁵⁵ Risultano emanate nello stesso giorno altre cinque costituzioni; si tratta di C.I. 3, 1, 13, C.I. 4, 20, 20, C.I. 6, 23, 28, C.I. 7, 62, 39, C.I. 8, 40 (41), 26. A questi provvedimenti Krüger, correggendo le date risultanti dalle *subscriptions*, ne aggiunge altri due; mi riferisco a C.I. 3, 1, 14 (cfr. *Editio maior*, p. 238, nt. 1) e a C.I. 3, 2, 3 (v. *Editio maior*, p. 240, nt. 1). Per quanto riguarda in particolare la costituzione in esame, questa doveva formare un'unica legge con C.I. 4, 20, 20 (cfr. KRÜGER, *Editio maior*, p. 228, nt. 3), con cui il legislatore detta norme specifiche in ordine all'utilizzabilità nel processo delle deposizioni rese davanti agli arbitri (cfr. C.I. 4, 20, 20: *Idem. A. Iuliano pp. Cum apud compromissarios iudices testes fuissent producti, variatum erat, utrum deberet eorum depositionibus in iudicio litigator uti, an non esset audiendus. sancimus, si quidem in compromissis aliquid pro huiusmodi causa statutum est, hoc observari: sin autem nihil conventum est, in huiusmodi casibus, si quidem supersint testes, licentiam habere eum, contra quem depositiones eorum proferuntur, si eas recusaverit, concedere testes iterum adduci et non opponi eis, quod iam testimonium suum dederunt, vel, si hoc concedere minime maluerit, depositiones eorum quasi factas accipere, omni iure legitimo quod ei competit adversus eas servato: sin autem omnes ab hac luce subtracti sunt, tunc necessitatem ei imponi fide scripturae approbata, in qua depositiones eorum referuntur, eas quasi factas accipere. sin vero res permixtae fuerint et quidam ex his mortui alii viventes, tunc in superstitem quidem testimonio eandem electionem servari litigatori, adversus quem testimonia proferuntur, in morientium autem personas depositiones eorum non esse respuendas: omni, secundum quod iam praediximus, adversus eas et testes iure legitimo, quod ei competit adversus quem proferuntur, integro reservato. D. VI k. April. Constantinopoli Lampadio et Oresta vv. cc. cons.*). Per un'analisi di tale testo v. D. SIMON, *Untersuchungen zum Justinianischen Zivilprozess*, München, 1969, p. 220 e p. 222; nonché U. VINCENTI, «*Duo genera sunt testium*». Contributo allo studio della prova testimoniale nel processo

I compilatori criticano con moderazione i *veteres* riferendo che Paolo e *alii prudentes* si erano occupati della *quaestio* «*non autem perfectissime*³⁴... *sed usque ad quasdam temporales actiones standum esse existimaverunt*»³⁵.

In effetti dall'analisi dei passi del tredicesimo libro *ad edictum* di Paolo – luogo in cui il giureconsulto avrebbe trattato dell'argomento in questione o comunque di argomenti affini³⁶ –, inseriti in D. 4, 8, «*de receptis: qui arbitrium receperint ut sententiam dicant*», sembra emergere che il giurista, pur essendosi soffermato su vari aspetti dell'arbitrato, non aveva affrontato *ex professo* il problema dell'interruzione della prescrizione nel procedimento arbitrale³⁷.

romano, Padova, 1989, p. 212 e ss. Con il combinato disposto di C.I. 2, 55 (56), 5 e di C.I. 4, 20, 20, Giustiniano coordina dunque l'istruttoria del procedimento arbitrale con quella del processo ordinario, dettando criteri generali e norme specifiche per l'utilizzazione nel giudizio ordinario dei risultati e dei mezzi istruttori dell'arbitrato: sul punto v. KASER-HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., p. 584 e ss.

³⁴ Parla di una critica delle *veteres leges* espressa con moderazione già P. Voci, *Vicende della legislazione giustiniana negli anni 528-534*, in *SDHI* 69, 2003, p. 98 (= *Ultimi studi di diritto romano*, cit., p. 330), che fa altresì notare, giustamente, che l'espressione «*non perfectissime peregerunt*» di C.I. 2, 55 (56), 5, 3 ricorda l'inciso «*non perfectissime cautum*» di C.I. 4, 32, 28 del 529, con cui la cancelleria, dopo una moderata critica verso il passato (cfr. il *principium: ...et veteribus quidem legibus constitutum fuerat, sed non perfectissime cautum...*), rende più severo il divieto delle *usurae usurarum*.

³⁵ Dopo aver menzionato Paolo e gli *alii prudentes*, la cancelleria giustiniana dispone (cfr. § 3: *...plenius tamen et generaliter definimus...*) che l'inizio del procedimento arbitrale interrompa la prescrizione come nel giudizio ordinario (cfr. § 3: *...conventum in scriptis apud compromissum iudicem factum ita temporis interruptionem inducere, quasi in ordinario iudicio lis fuisset inchoata*). Nel paragrafo conclusivo della costituzione si stabilisce infine che le confessioni e gli attestati che hanno avuto luogo in presenza dell'arbitro, sono validi anche terminato il compromesso (cfr. § 4: *Ad haec generaliter sancimus in his, quae apud compromissarios acta sunt, si aliquod in factum respiciens vel professum est vel attestatum, posse eo et in ordinariis uti iudiciis*). Le norme applicative di tale principio si leggono in C.I. 4, 20, 20: sul punto cfr. TALAMANCA, *Ricerche in tema di «compromissum»*, cit., p. 144, nt. 229, nonché ZILLETTI, *Studi sul processo civile giustiniano*, cit., p. 248 e nt. 49.

³⁶ Sul punto cfr. la ricostruzione di LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., c. 992, che ritiene appunto che la questione richiamata in C.I. 2, 55 (56), 5, 3, venisse presa in considerazione da Paolo nel tredicesimo libro *ad edictum*.

³⁷ Mi riferisco a D. 4, 8, 4 (Paul. 13 *ad ed.*) in cui si legge che i magistrati «*superiore aut pari imperio*», a differenza di quelli «*inferiores*» non possono essere costretti ad assumere l'ufficio di arbitro; D. 4, 8, 8 (Paul. 13 *ad ed.*) riguardante i rapporti tra compromesso e sentenza arbitrale; D. 4, 8, 10 (Paul. 13 *ad ed.*) ove si

Ciò che rileva altresì ai nostri fini è il fatto che la cancelleria giustiniana affianchi alla citazione nominativa di Paolo quella generica di *alii prudentes certi*. A tal proposito Pietro Pescani ha sostenuto che gli *alii prudentes certi* potrebbero essere Papiniano, Ulpiano, Gaio e Modestino, cioè giuristi del cui parere si poteva essere sicuri in base alla ben nota legge delle citazioni⁵⁸. Tale ipotesi non riesce peraltro a persuadermi per il fatto che l'aggettivo «*certorum*» è preceduto da «*aliorum*» e quindi deve assumere, a mio avviso, il significato, non di 'altri sicuri', come è stato interpretato da Pescani, bensì di 'alcuni altri'. Con tale perifrasi quindi i giustinianeî facevano riferimento semplicemente ad altri autori classici di cui potevano aver trovato menzione nel testo paolino oppure di cui avevano sotto mano le opere che forse leggevano in ordine sparso. Si tratta in ogni caso di mere congetture visto che, allo stato delle nostre conoscenze, risulta impossibile risalire alla regolamentazione classica della materia.

Si trova, invece, diretto riscontro nei *Digesta* dell'opinione papiniana richiamata in C.I. 6, 25, 7 (6), 1. Si tratta del noto provvedimento – rivolto a risolvere punti di diritto controversi, pur non potendo, come abbiamo già spiegato, essere annoverato tra le *decisiones* – emanato il 22 luglio del 530 ed indirizzato *ad senatum*⁵⁹.

legge solamente «*vel alium arbitrum*» (sul punto v. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., c. 988, nt. 4, che ritiene che questo frammento vada inserito nel contesto di D. 4, 8, 32); D. 4, 8, 12 (Paul. 13 *ad ed.*) testo riguardante il potere del pretore di prorogare il termine del compromesso («*si possit dies compromissi proferri*»); D. 4, 8, 16, 1 (Paul. 13 *ad ed.*) concernente il differimento del termine del giudizio; D. 4, 8, 19 (Paul. 13 *ad ed.*) riguardante il contenuto della sentenza arbitrale e l'impossibilità dell'arbitro di modificarla; D. 4, 8, 22 (Paul. 13 *ad ed.*) a proposito dell'interesse dell'attore all'adempimento entro un certo lasso di tempo; D. 4, 8, 24 (Paul. 13 *ad ed.*) riguardante la penale prevista nel compromesso; D. 4, 8, 26 (Paul. 13 *ad ed.*) a proposito dei rapporti tra fideiussori e penale prevista nel compromesso; D. 4, 8, 28 (Paul. 13 *ad ed.*) concernente la somma determinata o indeterminata prevista nel compromesso; D. 4, 8, 32 (Paul. 13 *ad ed.*) sempre sul contenuto del *compromissum*; D. 4, 8, 34 (Paul. 13 *ad ed.*) sull'estinzione del compromesso.

⁵⁸ Cfr. PESCANI, *Il piano del Digesto e la sua attuazione*, cit., p. 223 e ss., che avanza la suddetta ipotesi al fine di rimanere fedele alla tesi secondo la quale prima della metà del 530 i *prudentes* citati sarebbero esclusivamente i cinque della tradizione.

⁵⁹ Aspetto questo che è tutt'altro che usuale nell'ambito della legislazione giustiniana e che dunque connota il provvedimento legislativo di una particolare rilevanza. Sappiamo infatti che sono indirizzate *ad senatum* gran parte delle costi-

La costituzione si occupa di fedecommissi universali condizionati posti a carico dei figli⁴⁰:

C.I. 6, 25, 7 (6): *Idem A. ad senatum. Generaliter sancimus, si quis ita verba sua composuerit, ut edicat: 'si filius vel filia intestatus vel intestata' vel etiam 'sine liberis' aut 'sine nuptiis decesserit', et ipse vel ipsa vel liberos sustulerit vel nuptias contraxerit sive testamentum fecerit, firmiter res possideri et non esse locum substitutioni vel restitutioni: si enim nihil ex his fuerit subsecutum, tunc valere condicionem et res secundum verba testamenti restitui, ut incertus successionis morientis exitus videatur certo substitutionis vel restitutionis fine concludi. cui enim ferendus est intellectus, si forsitan testamentum quidem non fecerit, posteritatem autem habuerit, propter huiusmodi verborum angustias liberos eius omni paene fructu paterno defraudari? viam itaque impiam obstruentes, ut ne quis et alius deviaverit, huiusmodi facimus*

tuzioni in cui si enunciano i progetti o si pubblicano le opere di compilazione: si tratta, come è noto, della *const. Haec quae necessario*, della *const. Tanta-Δέδωκεν* (= C.I. 1, 17, 2) e della *const. Cordi*. In epoca giustiniana, se si eccettua la costituzione in esame e quelle che probabilmente con essa formavano in origine un unico provvedimento (sul punto v. *infra*, in questo capitolo, nt. 41), risultano indirizzate al senato soltanto altre due costituzioni, entrambe di ampia rilevanza: mi riferisco a C.I. 6, 30, 22 (del 27 novembre del 531, ma diversamente R. REGGI, *Ricerche intorno al «beneficium inventarii»*, Milano, 1967, p. 155 e ss., che ha ipotizzato di posticipare la datazione al 534; *contra* sul punto G. WESENER, *Beschränkungen der Erbenhaftung im römischen Recht: «separatio bonorum» und «beneficium inventarii»*, in *Ars boni et aequi. Festschrift für W. Waldstein zum 65. Geburtstag*, Stuttgart, 1993, pp. 410-411) con cui si introdusse il *beneficium inventarii* e C.I. 6, 51, 1 (del 1° giugno 534) con cui si abolì la legislazione caducaria (su questo provvedimento in cui risulta inserita una citazione di Ulpiano, v. *infra*, cap. III, § 13). Sulla particolare rilevanza che assumono nella legislazione giustiniana le costituzioni indirizzate al senato e per uno sguardo sulla legislazione *ad senatum* antecedente a quella di Giustiniano, v. LUCHETTI, *La const. ad senatum del 22 luglio del 530 e il progetto delle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 21 e nt. 11.

⁴⁰ Il provvedimento legislativo riguardava propriamente i fedecommissi universali, tuttavia un'estensione ai fedecommissi a titolo particolare risulta espressamente prevista al § 3: *Quae omnia et in legatis vel fideicommissis specialibus locum habere sancimus*. Appare condivisibile l'opinione di LUCHETTI, *La const. ad senatum del 22 luglio del 530 e il progetto delle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 28, nt. 23, secondo il quale l'intero paragrafo conclusivo, presupponendo l'equiparazione di legati e fedecommissi, sarebbe il risultato di un'aggiunta compiuta dai compilatori del *Codex repetitae praelectionis*. Riguardo alla locuzione «*legatis vel fideicommissis specialibus*» utilizzata dalla cancelleria al § 3, cfr. DESANTI, *Restitutionis post mortem onus*, cit., p. 106, nt. 33.

sanctionem et hanc legem in perpetuum valituram inducimus tam patribus quam liberis gratam: quo exemplo etiam aliis personis, licet extraneae sunt, de quibus huiusmodi aliquod scriptum fuerit, medemur. 1. Cum autem invenimus excelsi ingenii Papinianum in huiusmodi casu, in quo pater filio suo substituit nulla liberorum ex his procreandorum adiectione habita, ex optimo intellectu disposuisse evanescere substitutionem, si is qui substitutione praegravatus est pater efficiatur et liberos sustulerit, intellegentem non esse verisimile patrem, si de nepotibus cogitaverit, talem fecisse substitutionem: humanitatis intuitu hoc et latius et pinguius interpretandum esse credidimus. 2. Et si quis naturales habuerit filios et partem eis reliquerit vel dederit usque ad modum, quem nos statuimus, et substitutioni eos subiugaverit nulla liberorum eorum mentione facta, et hic intellegi evanescere substitutionem, liberis eam excludentibus et intellectu optimo his qui ad substitutionem vocantur obsistente et non concedente ad eos eam partem venire, sed ad filios vel filias, nepotes vel neptes, pronepotes vel proneptes morientis transmittente, et non aliter substitutione locum accipiente, nisi ipsi liberi sine iusta subole decesserint: ut, quod inter iustos liberos sanctum est, hoc et in naturales filios extendatur. 3. Quae omnia et in legatis vel fideicommissis specialibus locum habere sancimus. D. XI k. Aug. Constantinopoli Lampadio et Oreste vv. cc. cons. (22 luglio 530)⁴¹.

⁴¹ Risultano emanate il 22 luglio del 530 ed indirizzate *ad senatum* altresì C.I. 2, 44 (45), 4, C.I. 3, 38, 12, C.I. 5, 4, 24, C.I. 8, 41 (42), 8. A queste costituzioni, che conservano la *subscriptio* («D. XI k. Aug. Constantinopoli Lampadio et Oreste vv. cc. cons.») e hanno quindi data certa, Krüger (cfr. *Editio maior*, p. 398, nt. 1 e p. 986, nt. 3) ne aggiungeva altre due, prive di *subscriptio*: C.I. 4, 65, 35 e C.I. 11, 48 (47), 21. Lo studioso (cfr. *Editio maior*, p. 219, nt. 3, p. 291, nt. 5, p. 549, nt. 2) ipotizzò inoltre che quattro delle costituzioni aventi data certa (C.I. 2, 44 [45], 4, C.I. 3, 38, 12, C.I. 5, 4, 24, C.I. 6, 25, 7 [6]) facessero parte di un unico contesto normativo, cui aggiungeva (cfr. *Editio maior*, p. 219, nt. 3, p. 549, nt. 2) C.I. 5, 20, 2, una costituzione di quegli stessi giorni, di data incerta (cfr. per un tentativo di emendazione della *subscriptio* lo stesso Krüger [*Editio maior*, p. 452, nt. 4, che la data contraddittoriamente al 1° agosto del 530]; sul punto cfr. anche Russo RUGGERI, *Studi sulle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 28, nt. 59), ma che risulta invece indirizzata al prefetto del pretorio Giuliano (più plausibilmente infatti lo stesso Krüger ne conferma la datazione al 1° agosto nell'*Index constitutionum ad temporis ordinem redactus* [cfr. *Editio maior*, p. 47]). Lo studioso britannico D. PUGSLEY, *Justinian's Digest*, II, Exeter, 2000, p. 101 e ss. (= *On Compiling Justinian's Digest (5): The Constitution «ad senatum» of 22 July 530*, in *RIDA* 3° s. 42, 1995, p. 289 e ss. [da cui d'ora in poi si citerà]) ha ipotizzato che le summenzionate costituzioni

Più precisamente si stabiliva che, nel caso in cui il lascito fedecommissario fosse sottoposto alla triplice condizione «*si filius vel filia intestatus vel intestata' vel etiam 'sine liberis' aut 'sine nuptiis decesserit'*», le eventuali restituzioni fedecommissarie non avessero luogo – e che pertanto il figlio o la figlia onerati del lascito trattenevano definitivamente l'eredità a beneficio dei loro aventi causa – salvo che nel solo caso in cui tutte le condizioni si fossero verificate⁴². La cancelleria giustiniana disponeva cioè che tali condizioni dovessero considerarsi disposte congiuntamente e non disgiuntamente, ossia al verificarsi di uno solo degli accadimenti il figlio o la figlia onerati del lascito trattenevano definitivamente l'eredità senza che avesse luogo la *substitutio vel restitutio*⁴³. «*Si enim nihil ex his fuerit subsecutum*», se cioè l'onerato non avesse avuto figli, né redatto testamento, né celebrato delle nozze, allora avrebbe dovuto aver luogo la restituzione fedecommissaria «*secundum verba testamenti*»⁴⁴.

(sia le cinque con data certa, sia le due prive di *subscriptio*) facessero tutte parte di un più articolato contesto normativo poi smembrato nelle sue varie parti dai compilatori del *Codex repetitae praelectionis*. Dello stesso avviso LUCHETTI, *La const. ad senatum del 22 luglio del 530 e il progetto delle Quinquaginta decisiones*, cit., pp. 17-18, nt. 2, il quale ritiene appunto che alle quattro costituzioni aventi data certa indicate da Krüger come parti di un provvedimento unitario si debba aggiungere la quinta *constitutio*, recante la *subscriptio*, ossia C.I. 8, 41 (42) 8, poiché in essa figura un riferimento ai *volumina* del diritto antico dello stesso tenore di quello contenuto in C.I. 5, 4, 24; per quanto concerne invece le due costituzioni prive di *subscriptio* (C.I. 4, 65, 35 e C.I. 11, 48 [47], 21), lo studioso bolognese sostiene che una volta che le si ipotizzi emanate nella stessa data, seguendo la proposta di Krüger, non si può escludere che facessero parte dello stesso provvedimento normativo, considerando che sono a loro volta indirizzate *ad senatum*, «circostanza questa non certo frequente in epoca giustiniana».

⁴² Quanto all'ipotesi che la cancelleria intendesse prendere in esame il caso di un'unica disposizione sottoposta ad una pluralità di condizioni e non le tre clausole come apposte a distinti fedecommissi, cfr. le convincenti argomentazioni di DESANTI, *Restitutionis post mortem onus*, cit., pp. 103-104 e nt. 129.

⁴³ Per il significato della locuzione *substitutio vel restitutio* da intendersi come riferita alla sostituzione fedecommissaria v. ancora DESANTI, *Restitutionis post mortem onus*, cit., p. 438 e ss. (sul punto v. anche p. 104 e nt. 130).

⁴⁴ La soluzione adottata non avrebbe peraltro dovuto trovare applicazione solamente nel caso in cui onerati del fedecommissario fossero i figli del disponente, ma anche qualora risultasse invece onerato un estraneo; cfr. il *principium*: *...quo exemplo etiam aliis personis, licet extraneae sunt, de quibus huiusmodi aliquid scriptum fuerit, medemur*.

L'opportunità di tale soluzione si presentava soprattutto nel caso in cui il figlio onerato, pur morto senza testamento, avesse avuto, a sua volta, dei discendenti, in quanto in tale circostanza benché si fosse appunto avverata la condizione «*si filius vel filia intestatus vel intestata... decesserit*», l'*angustia verborum* avrebbe privato i discendenti dei beni paterni, percorrendo tra l'altro una via che si dice resa ancor più *impia* per la circostanza che i discendenti dell'onerato risultavano tali anche rispetto al disponente⁴⁵.

A conforto della soluzione che si dice adottata «*humanitatis intuitu*»⁴⁶, la cancelleria richiama il responso papiniano di cui è traccia in D. 35, 1, 102, responso in cui il giurista severiano aveva escluso che avesse luogo la sostituzione fedecommissaria in presenza di discendenti benché nulla fosse stato disposto al riguardo dal *de cuius*. Tale principio, già elevato a regola dagli stessi giustinianeî un anno prima⁴⁷, veniva ora esteso ad ulteriori ipotesi non contemplate dalla costituzione del 529, facendo leva sul fatto che se secondo l'opinione di Papiniano alla disposizione fedecommissaria poteva considerarsi apposta la condizione tacita *si sine liberis decesserit* a maggior ragione ad una soluzione analoga si sarebbe dovuti pervenire nel caso in cui la condizione fosse resa esplicita insieme ad altre clausole⁴⁸.

⁴⁵ Secondo la cancelleria la soluzione adottata, nell'escludere una via tanto *impia*, sarebbe stata accolta con riconoscenza «*tam patribus quam liberis*» (pr.).

⁴⁶ Per la valenza del riferimento all'*humanitas* v. G.G. ARCHI, *Giustiniano e l'insegnamento del diritto*, in *L'imperatore Giustiniano storia e mito*, *Giornate di studio a Ravenna, 14-16 ottobre 1976*, Milano, 1978, p. 160 e ss. (= *Scritti di diritto romano*, III, Milano, 1981, p. 1934); P. SILLI, «*Aequitas*» ed «*ἐπιείκεια*» nella legislazione giustiniana, in *SDHI* 50, 1984, p. 284 e ss.; WUBBE, *L'«humanitas» de Justinien*, cit., p. 259; G. CRIFÒ, *A proposito di humanitas*, in *Ars boni et aequi. Festschrift für W. Waldstein zum 65. Geburtstag*, cit., p. 81 e nt. 21; nonché VARVARO, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 496, nt. 376.

⁴⁷ A tal proposito cfr. quanto detto *supra*, in questo capitolo, § 3 a proposito di C.I. 6, 42, 30 del 529.

⁴⁸ La cancelleria precisava inoltre che la disposizione dovesse valere anche nei confronti dei *liberi naturales* e di conseguenza anche a beneficio dei loro discendenti purché si trattasse in questo caso di legittimi (cfr. § 2: «...*sed ad filios vel filias, nepotes vel neptes, pronepotes vel proneptes morientis transmittente, et non aliter substitutione locum accipiente, nisi ipsi liberi sine iusta subole decesserint*...»). Più precisamente la soluzione adottata doveva trovare applicazione riguardo ai *liberi naturales* nei cui confronti fosse disposta una sostituzione fedecommissaria condizionata dalla clausola *si sine liberis decesserit*, e ciò sia pure nei limiti legali im-

La soluzione è dunque accolta in una linea logica di sviluppo rispetto a quanto già previsto nel *responsum* di Papiniano, giurista celebrato, ancora una volta, con parole di singolare ammirazione («*excelsi ingenii*»).

5. *Il quadro conclusivo*

Alla luce di quanto detto può tentarsi un sia pur breve (e provvisorio) consuntivo dell'analisi fin qui svolta.

Il primo dato che emerge è che nelle costituzioni emanate nel ristretto periodo che va dal settembre del 529 al luglio del 530, la cancelleria giustiniana menziona esclusivamente Papiniano e Paolo.

Relativamente ai provvedimenti del 529, si tratta in tutti i casi di citazioni che contengono anche riferimenti specifici all'opera in cui l'opinione giurisprudenziale poteva essere riscontrata, riguardando più precisamente le *quaestiones* di Paolo (C.I. 3, 28, 33, 1; C.I. 6, 30, 19) e i *responsa* (C.I. 6, 42, 30) e le *quaestiones* di Papiniano (C.I. 7, 45, 14). Quest'ultimo giurista viene sempre indicato con espressioni laudative come «*acutissimi ingenii vir et merito ante alios excellens*» (C.I. 6, 42, 30) o come «*summi ingenii vir*» (C.I. 7, 45, 14), circostanza questa che sembrerebbe alludere non solo al prestigio goduto dal giureconsulto, ma forse anche alla posizione preminente che gli era stata attribuita dalla legge delle citazioni, impressione questa confermata dal fatto che la cancelleria tende ad accettare integralmente, dando ad essa una più ampia sfera di applicazione, l'opinione papiniana.

L'*obsequium* dei bizantini nei confronti del giurista severiano rimane immutato nella *constitutio ad senatum* del 22 luglio del 530 (cfr. C.I. 6, 25, 7 [6], 1: ...*excelsi ingenii*...). Tale circostanza appare particolarmente significativa se si considera che il provvedimento

posti ai lasciti loro diretti (cfr. § 2: *Et si quis naturales habuerit filios et partem eis reliquerit vel dederit usque ad modum, quem nos statuimus...*); il riferimento è a quanto disposto dalla cancelleria giustiniana in C.I. 5, 27, 8 del 528: sul punto cfr. G. LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustiniane*, Milano, 1990, p. 48, nt. 68.

del luglio del 530, come da alcuni è stato ritenuto, annunciava forse il progetto delle *decisiones*⁴⁹.

Risulta, invece, essere diverso l'atteggiamento della cancelleria imperiale nei confronti di Paolo, la cui opinione viene, due volte su tre, non solo rigettata, ma anche criticata pur se con moderazione. Più precisamente nel 529 si giudica iniquo quanto disposto da Paolo nelle sue *quaestiones* (così in C.I. 3, 28, 33, 1) e, un anno più tardi, in tema di procedimento arbitrale, si riferisce che Paolo, assieme ad altri giuristi, aveva affrontato «*non autem perfectissime*» la materia oggetto della riforma giustiniana (così in C.I. 2, 55 [56], 5, 3).

In questo contesto, oltre alle critiche mosse a Paolo, l'altra circostanza degna di nota risulta essere il ricordo degli *alii prudentes certi*. Se questi fossero giuristi citati da Paolo, probabilmente la cancelleria giustiniana non avrebbe ommesso di indicarne i nomi non fosse altro che per attribuirsi tutti i meriti per aver approfondito la *quaestio*. È probabile invece che i compilatori, mentre procedevano alla stesura di C.I. 2, 55 (56), 5 e richiavano quanto desunto dall'opera di Paolo, avessero ricordato che altri giuristi avevano regolato la materia in modo analogo all'autore citato. Non si può escludere, a mio avviso, che il ricordo scaturisse dalla lettura diretta delle opere degli altri autori classici, cui forse si era fatto ricorso per comprendere meglio la questione.

⁴⁹ Sul punto v. PUGSLEY, *On Compiling Justinian's Digest (5): The Constitution «ad senatum» of 22 July 530*, cit., pp. 291-292 e, in particolare per quanto concerne il rapporto tra il provvedimento normativo unitario del 22 luglio del 530 e le *decisiones* ed ancora tra queste e lo spoglio delle opere classiche, cfr. LUCHETTI, *La const. ad senatum del 22 luglio del 530 e il progetto delle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 41 e ss.

CAPITOLO II

LE CITAZIONI DEI GIURISTI NELLE *DECISIONES*

1. *Le citazioni dei giuristi nelle costituzioni del 1° agosto 530 (C.I. 4, 5, 10 e C.I. 7, 7, 1)*

Nell'ambito del gruppo di provvedimenti giustinianeî emanati il 1° agosto del 530, due sono quelli che contegono citazioni nominative di giuristi classici (C.I. 4, 5, 10, 1 e C.I. 7, 7, 1, 1)¹.

La prima *decisio* risolve i dubbi circa la scelta dell'oggetto nella ripetizione di indebito da obbligazione alternativa²:

¹ I provvedimenti giustinianeî che risultano emanati il 1° agosto 530 sono: C.I. 3, 33, 12; C.I. 4, 5, 10; C.I. 4, 29, 24; C.I. 4, 38, 15; C.I. 5, 20, 2 (a tal proposito v. *supra*, cap. I, § 4, nt. 41); C.I. 5, 51, 13; C.I. 6, 2, 20; C.I. 7, 7, 1; C.I. 7, 15, 2; C.I. 8, 21 (22), 2 e C.I. 8, 37 (38), 13; sulla possibilità prospettata da KRÜGER, *Edictio maior*, p. 560, nt. 1, di datare al 1° agosto 530 anche C.I. 4, 28, 7 e C.I. 4, 29, 23, v. quanto criticamente osservato da HONORÉ, *Tribonian*, cit., p. 144, nt. 33; sul punto cfr. altresì VOGLI, *Vicende della legislazione giustiniana negli anni 528-534*, cit., p. 100 (= *Ultimi studi di diritto romano*, cit., pp. 331-333), che segue l'ipotesi avanzata da Krüger.

² Dal testo di C.I. 4, 5, 10 emerge la presenza degli elementi ritenuti indizianti circa la natura di *decisio* della costituzione. La dottrina è unanime nel ritenere che il provvedimento in questione rientri nel numero delle *quingaginta decisiones*; sul punto v. fra gli altri, G. IMPALLOMENI, *Note sull'adempimento dell'obbligazione alternativa ritenuta dal debitore cumulativa o semplice*, in *Studi in onore di Emilio Betti* 3, 1962, p. 263, nt. 1 (= *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996, p. 81, nt. 1); SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., p. 336, nt. 1; HONORÉ, *Tribonian*, cit., p. 144, nt. 33; SCHELTEMA, *Subsecivum XVIII. Les Quingaginta Decisiones*, cit., p. 7; FALCHI, *Studi sulle relazioni tra la legislazione di Giustiniano (528-534) e la codificazione di «leges» e «iura»*, cit., p. 38; RUSSO RUGGERI, *Studi sulle Quingaginta decisiones*, cit., p. 28; MESSANA, *Sui «libri definitionum» di Emilio Papiniano*, cit., p. 282, nt. 9; VARVARO, *Contributo allo studio delle Quingaginta decisiones*, cit., p. 388, nt. 44; LUCHETTI, *Nuove ricerche sulle Istituzioni di Giustiniano*, cit., p. 259, nt. 288.

C.I. 4, 5, 10: *Imp. Iustinianus A. Iuliano pp. Si quis servum certi nominis aut quandam solidorum quantitatem vel aliam rem promiserit et, cum licentia ei fuerat unum ex his solvendo liberari, utrumque per ignorantiam dependerit, dubitabatur, cuius rei datur a legibus ei repetitio, utrumne servi an pecuniae, et utrum stipulator an promissor habeat huius rei facultatem. 1. Et Ulpianus quidem electionem ipsi praestat qui utrumque accepit, ut hoc reddat quod sibi placuerit, et tam Marcellum quam Celsum sibi consonantes refert. Papinianus autem ipsi qui utrumque persolvit electionem donat, qui et antequam dependat ipse habet electionem quod velit praestare, et huiusmodi sententiae sublimissimum testem adducit Salvium Iulianum summae auctoritatis hominem et praetorii edicti ordinatorem. 2. Nobis haec decidentibus Iuliani et Papiniani placet sententia, ut ipse habeat electionem recipiendi, qui et dandi habuit. D. k. Aug. Constantinopoli Lampadio et Oresta vv. cc. cons. (1° agosto 530).*

La questione prospettata dalla cancelleria è quella relativa all'ipotesi in cui un debitore, avendo promesso alternativamente due oggetti (cfr. pr.: *si quis servum certi nominis aut quandam solidorum quantitatem vel aliam rem promiserit...*), con facoltà di scegliere quale dei due trasferire al creditore per liberarsi della propria obbligazione (cfr. pr.: *...cum licentia ei fuerat unum ex his solvendo liberari...*), li avesse, invece, «per ignorantiam», consegnati entrambi allo stipulante.

Nulla quaestio sull'esperibilità della *condictio* da parte del promittente⁵, i dubbi si presentavano, invece, al momento di decidere di quale prestazione il debitore potesse esigere la restituzione e, in particolare, a chi spettasse la facoltà di scegliere la prestazione da restituire, se al promittente o allo stipulante (cfr. pr.: *...dubitabatur,*

⁵ A tal proposito è ancora di qualche utilità lo studio di G. PESCATORE, *Die sogenannte alternative Obligation*, Marburg, 1880, p. 54 e ss.; successivamente cfr. G.G. ARCHI, *Variazioni in tema di «indebiti solutio»*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz* 3, 1953, pp. 335-389; IMPALLOMENI, *Note sull'adempimento dell'obbligazione alternativa ritenuta dal debitore cumulativa o semplice*, cit., pp. 263-276 (= *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, cit., pp. 81-90); nella letteratura più recente v. P. ZILIOOTTO, *Studi sulle obbligazioni alternative nel diritto romano*, Milano, 2004, p. 30 e ss.

cuius rei datur a legibus ei repetitio, utrumne servi an pecuniae, et utrum stipulator an promissor habeat huius rei facultatem). A tal proposito i compilatori ricordano il pensiero di alcuni giuristi classici e più precisamente di Celso, Marcello e Ulpiano da una parte e di Giuliano e Papiniano dall'altra.

Papiniano – il cui nome, per la prima volta, non risulta accompagnato da nessuna espressione laudativa –, richiamandosi a Salvio Giuliano – ricordato, invece, come giurista di somma autorità e ordinatore dell'editto (cfr. § 1: ...*Salvium Iulianum summae auctoritatis hominem et praetorii edicti ordinatorem*) – accordava la scelta al promittente che aveva eseguito entrambe le prestazioni, dal momento che questi aveva la scelta anche prima dell'adempimento. Al contrario Ulpiano attribuiva l'elezione all'*accipiens* (cfr. § 1: *Et Ulpianus quidem electionem ipsi praestat qui utrumque accepit...*), affinché restituisse «*quod sibi placuerit*» e riferiva che conformi al suo parere erano stati Celso e Marcello (cfr. § 1: ...*et tam Marcellum quam Celsum sibi consonantes refert...*).

La tesi di Ulpiano, pur se scartata dai compilatori, è stata conservata nei *Digesta*⁴:

D. 12, 6, 26, 13 (Ulp. 26 ad ed.): *Si decem aut Stichum stipulatus solvam quinque, quaeritur, an possim condicere: quaestio ex hoc descendit, an liberer in quinque: nam si liberor, cessat conductio, si non liberor, erit conductio. placuit autem, ut Celsus libro sexto et Marcellus libro vicensimo digestorum scripsit, non peremi partem dimidiam obligationis ideoque eum, qui quinque solvit, in pendenti habendum, an liberaretur, petique ab eo posse reliqua quinque aut Stichum et, si praestiterit residua quinque, videri eum et priora debita solvisse, si autem Stichum praestitisset, quinque eum posse condicere quasi indebita. sic posterior solutio comprobabit, priora quinque utrum debita an indebita solverentur. sed et si*

⁴ Su questo aspetto v., nella letteratura più risalente, C. LONGO, *Corso di diritto romano. Obbligazioni (ambulatorie – alternative – generiche – solidali – indivisibili)*, Milano, 1936, p. 68 e ss.; successivamente v. G. GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*³, Torino, 1966, p. 200 e ss., nonché IMPALLOMENI, *Note sull'adempimento dell'obbligazione alternativa ritenuta dal debitore cumulativa o semplice*, cit., p. 276 (= *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, cit., p. 90).

post soluta quinque et Stichus solvatur et malim ego habere quinque et Stichum reddere, an sim audiendus, quaerit Celsus. et putat natam esse quinque conditionem, quamvis utroque simul soluto mihi retinendi quod vellem arbitrium daretur.

In questo passo del commentario *ad edictum*, Ulpiano fa riferimento al caso in cui il promittente abbia stipulato di dare dieci o Stico, ma paghi cinque («*si decem aut Stichum stipulatus solvam quinque*»). In tal caso l'adempimento parziale non serve a liberare il debitore neppure per una quota, né a concentrare l'obbligazione sulla prestazione di dieci che, pure, si è dimostrato di preferire.

Ulpiano richiama e accoglie la soluzione già proposta da Celso e Marcello, rispettivamente nel libro sesto e nel libro ventesimo dei *Digesta* («*placuit autem, ut Celsus libro sexto et Marcellus libro vicesimo digestorum scripsit*»): il debitore può o dare gli altri cinque ed estinguere così il rapporto, o ripetere i cinque come dati indebitamente e prestare Stico. Ciò anche se il creditore si accontentasse e volesse trattenere i soli cinque già avuti e «*Stichum reddere*». A tal proposito Ulpiano riferisce in particolare che Celso negava al creditore la possibilità di restituire la prestazione integrale anziché la prestazione parziale, benché accordasse al creditore la facoltà di scegliere quale prestazione restituire, nel caso in cui il promittente le avesse eseguite entrambe per intero e contemporaneamente («*et putat natam esse quinque conditionem, quamvis utroque simul soluto mihi retinendi quod vellem arbitrium daretur*»)⁵. È proprio la chiusa del passo che porta a pensare che la cancelleria avesse presente il frammento del commentario ulpiano al momento della redazione di C.I. 4, 5, 10.

Nel Digesto non si trovano invece passi attestanti la soluzione di Giuliano e Papiniano riferita ed accolta dai giustiniane. Tuttavia,

⁵ La chiusa del passo sarebbe interpolata per G. BESELER, *Romanistische Studien*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 10, 1930, p. 238. La genuinità del testo è generalmente ammessa dalla dottrina successiva: v. tra gli altri E. NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano*, 1, Milano, 1947, p. 43, nt. 1 e F. SCHWARZ *Die Grundlage der conditio im klassischen römischen Recht*, Münster-Köln, 1952, p. 23 e p. 27 e ss. Sul punto, per l'indicazione di un quadro bibliografico completo, v. ZILLOTTO, *Studi sulle obbligazioni alternative nel diritto romano*, cit., p. 32, nt. 27.

nella raccolta di *iura*, risultano conservate opinioni giuliane – come ad esempio quella che si legge nel testo di seguito riportato – che sembrano in logico rapporto con quella sua e di Papiniano ricordata nella costituzione in esame:

D. 12, 6, 32, 3 (Iul. 10 dig.): *Qui hominem generaliter promisit, similis est ei, qui hominem aut decem debet: et ideo si, cum existimaret se Stichum promisisse, eum dederit, condicet, alium autem quemlibet dando liberari poterit.*

Giuliano assimila la promessa generica a quella alternativa e ritiene che il promittente nel caso in cui adempia una delle prestazioni credendo che quella sola sia dovuta – ignorando, dunque, che si tratti di obbligazione alternativa – abbia la *condictio* e possa liberarsi con un'altra prestazione⁶.

Non va trascurata la possibilità che la trattazione giuliana fosse più ampia di quella conservata nel Digesto e che si occupasse anche del caso specifico illustrato in C.I. 4, 5, 10. Tale ipotesi sembra suffragata dalla circostanza che nel *principium* di D. 12, 6, 32 («*cum is qui Pamphilum aut Stichum debet simul utrumque solverit, si, posteaquam utrumque solverit, aut uterque aut alter ex his desiit in rerum natura esse, nihil repetet: id enim remanebit in soluto quod superest*») Giuliano considera anche il caso del debitore che presti entrambi gli oggetti promessi⁷.

⁶ Il testo di Giuliano è stato ritenuto sospetto da parte della dottrina: sul punto cfr. BESELER, *Romanistische Studien*, cit., p. 224 e ss., che sostiene che al posto di «*hominem aut decem*» ci si sarebbe aspettati *Stichum aut decem* e per *relationem* considera interpolato anche «*similis*» e «*ideo*». Pur ammettendo che *Stichum aut decem* sarebbe più corretto, SCHWARZ *Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht*, cit., p. 26, ritiene ingiustificato il taglio proposto da Beseler, essendo sufficiente ipotizzare che per errore di un copista sia caduto «*Stichum*» dopo «*hominem*»; dello stesso avviso E. BUND, *Untersuchungen zur methode Julians*, Köln-Graz, 1965, p. 48, nt. 2.

⁷ In particolare in D. 12, 6, 32 pr., Giuliano fa riferimento al caso del debitore che, dovendo alternativamente Panfilo o Stico, li presti entrambi e successivamente uno di essi muoia. Secondo Giuliano il debitore, in questo caso, non può più ripetere quello dei due schiavi ancora vivo, che rimane definitivamente *in soluto*. Un'ulteriore conferma all'ipotesi di una trattazione giuliana che prendesse in considerazione anche il caso prospettato dalla cancelleria in C.I. 4, 5, 10, ci è data dalla ricostruzione paligenetica di Lenel, ove il *principium* e il § 3 di D. 12, 6, 32 sono collocati subito dopo C.I. 4, 5, 10 (cfr. *Palingensia iuris civilis*, I, cit., cc. 342-343).

Se si mette in relazione D. 12, 6, 32, 3 con C.I. 4, 5, 10, si può ritenere che Giuliano partisse dal principio che soltanto l'adempimento, compiuto con la consapevolezza di eleggere, estinguesse gli effetti giuridici propri della natura alternativa dell'obbligazione, ivi compresa la stessa facoltà di scelta. Se all'atto dell'adempimento tale consapevolezza manca, l'adempimento si ha per non avvenuto e gli effetti dell'obbligazione alternativa perdurano, dunque anche la facoltà di scelta viene conservata al debitore. Si tratta di una concezione diversa da quella di Celso, Marcello ed Ulpiano desumibile da D. 12, 6, 26, 13; per i tre giuristi l'adempimento era definitivo, fosse o non fosse stato compiuto con la consapevolezza di scegliere, ed era estintivo dell'intera *obligatio*, da ciò ne conseguiva, fra l'altro, la perdita per il debitore della facoltà di elezione.

In base a tale concezione si spiega anche l'ulteriore presa di posizione che un altro passo del Digesto attribuisce a Celso:

D. 31, 19 (Cels. 18 dig.): *Si is, cui legatus sit Stichus aut Pamphilus, cum Stichum sibi legatum putaret, vindicaverit, amplius mutandae vindicationis ius non habet: tamquam si damnatus heres alterutrum dare Stichum dederit, cum ignoret sibi permissum vel Pamphilum dare, nihil repetere possit.*

Per Celso in un legato *per vindicationem* alternativo, la rivendica di uno degli oggetti è definitiva, anche se compiuta ignorando la possibilità di scegliere tra due oggetti; così come in un legato *per damnationem* alternativo, l'erede, prestato uno degli oggetti, non può ripeterlo, sebbene non abbia saputo che la sua obbligazione era alternativa⁸.

⁸ Per PESCATORE, *Die sogenannt alternative Obligation*, cit., p. 168 e ss., la soluzione di Celso, poiché logica conseguenza del suo punto di vista non condiviso da Giustiniano, compare nel Digesto a causa di una svista dei compilatori, al pari della soluzione di Celso tramandata in D. 12, 6, 26, 13 (così anche LONGO, *Corso di diritto romano. Obbligazioni (ambulatorie – alternative – generiche – solidali – indivisibili)*, cit., p. 68 e ss.); diversamente IMPALLOMENI, *Note sull'adempimento dell'obbligazione alternativa ritenuta dal debitore cumulativa o semplice*, cit., p. 276 (= *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, cit., p. 90), che ritiene che D. 31, 19 e D. 12, 6, 26, 13 siano stati inseriti nei *Digesta*, benché testi non più attestanti la norma vigente, per rispecchiare il pensiero del passato che si voleva ricordare.

Celso sembra dunque sostenere la definitività dell'esercizio del diritto (da parte dell'erede) o dell'avvenuta prestazione (da parte del legatario), come regola generale valevole in ogni rapporto alternativo, reale o personale, regola generale che astrae da ogni possibile norma peculiare a determinati istituti⁹.

Alla luce della lettura congiunta dei passi del Digesto fin qui esaminati e della testimonianza riferita in C.I. 4, 5, 10, pare potersi concludere che le diverse soluzioni di Giuliano e Papiniano da un lato e di Celso, Marcello e Ulpiano dall'altro, discendano dalle diverse concezioni che i due gruppi di giuristi avevano in merito all'adempimento dell'obbligazione alternativa. A tal proposito non si può escludere che tali diverse concezioni fossero state originate da un contrasto sul tema tra Giuliano e Celso, maestro il primo della scuola dei Sabiniani e il secondo di quella dei Proculiani¹⁰.

⁹ Per i problemi suscitati dal parallelo fatto in D. 31, 19, tra i regimi dei due diversi legati alternativi v. IMPALLOMENI, *op. ult. cit.*, p. 269 e ss. (= *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, cit., p. 87 e ss.), nonché ZILLOTTO, *Studi sulle obbligazioni alternative nel diritto romano*, cit., p. 34 e ss.

¹⁰ In questo senso già GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*³, cit., p. 206 e ss. e IMPALLOMENI, *Note sull'adempimento dell'obbligazione alternativa ritenuta dal debitore cumulativa o semplice*, cit., p. 269 e ss. (= *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, cit., p. 81 e ss.). Per quanto riguarda le controversie tra le due scuole è ancora utile la lettura di G. BAVIERA, *Le due scuole dei giureconsulti romani*, Firenze, 1898, p. 105 e ss., mentre nella letteratura successiva ricordo in particolare P. STEIN, *The two Schools of Jurists in the Early Roman Principate*, in *Cambridge Law Journal* 31, 1972, p. 27 e ss.; D. LIEBS, *Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat*, in *ANRW II*, 15, Berlin-New York, 1976, p. 244 e ss.; si sono occupati dell'argomento anche G.L. FALCHI, *Le controversie tra Sabiniani e Proculiani*, Milano, 1981, p. 113 e ss., e M. SCACCHETTI, *Note sulle differenze di metodo fra Sabiniani e Proculiani*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, V, Milano, 1984, p. 374 e ss. Al proposito va altresì rilevato che le soluzioni di Celso (D. 31, 19) e di Giuliano (D. 12, 6, 32, 3) non sono sempre state viste in contrapposizione tra di loro. Parte della dottrina ha cercato di superare l'ipotesi della divergenza di opinioni tra i due giuristi o sostenendo che Celso non si sarebbe discostato dall'opinione di Giuliano in quanto avrebbe deciso in modo diverso a seconda che si trattasse di legato *per damnationem* o di legato *per vindicationem* e che la soluzione contenuta nel Digesto sia dovuta all'opera di unificazione del regime dei legati compiuta da Giustiniano o limitando la soluzione data nel testo di Giuliano alle sole obbligazioni generiche; sul punto v. ZILLOTTO, *Studi sulle obbligazioni alternative nel diritto romano*, cit., p. 34 e nt. 30, cui rinvio per l'indicazione del quadro bibliografico.

In questo quadro va aggiunto che mentre Celso e Marcello sono citati di seconda mano (cfr. C.I. 4, 5, 10, 1: *Et Ulpianus... et tam Marcellum quam Celsum sibi consonantes refert...*), Giuliano, invece, sembra citato direttamente, senza la mediazione di uno dei cinque della legge delle citazioni¹¹. A favore di tale ipotesi ci sono diversi argomenti: il frammento dei *Digesta* surriportato (D. 12, 6, 32, 3), il fatto che Giustiniano usi per Giuliano titoli altamente elogiativi nonché la circostanza che lo stesso giurista sia citato prima di Papiniano¹².

Nel risolvere la controversia, la cancelleria fa propria l'opinione sostenuta da Giuliano e da Papiniano (cfr. § 2: *Nobis haec decidentibus Iuliani et Papiniani placet sententia, ut ipse habeat electionem recipiendi, qui et dandi habuit*) nonostante i *veteres* si fossero schierati, in maggioranza, per la regola opposta. La *decisio* sembrerebbe essere, dunque, necessaria al fine di superare il principio della maggioranza previsto dall'*oratio* ravennate dopo la riforma orientale¹³.

¹¹ Che la citazione di Celso e Marcello sia di 'seconda mano' è evidente se si mette in relazione C.I. 4, 5, 10, 1, in cui è espressamente affermato che Ulpiano «*refert*» che Marcello e Celso «*sibi consonantes*», con D. 12, 6, 26, 13 in cui Ulpiano richiama i due giuristi e le relative opere giurisprudenziali («*placuit autem, ut Celsus libro sexto et Marcellus libro vicensimo digestorum scripsit*»).

¹² Tali argomenti rendono incerta la tesi di SCHERILLO, *Sulle citazioni di giureconsulti classici nella legislazione di Giustiniano anteriore alla costituzione «Deo auctore»*, cit., p. 419 e ss. (= *Scritti giuridici*, I, cit., p. 203 e ss.), per il quale Marcello, Celso e anche Giuliano sarebbero citati indirettamente perché richiamati da Ulpiano e Papiniano; diversamente già MASSEI, *Le citazioni della giurisprudenza classica nella legislazione imperiale*, cit., p. 456, nt. 1, che però ha criticato la tesi di Scherillo basandosi solo sul fatto che Giuliano sia citato prima di Papiniano e che sia elogiato dai compilatori, senza peraltro cercare riscontri nella raccolta di *iura*.

¹³ Come ben noto la c.d. legge delle citazioni venne inserita nel Codice Teodosiano (C.Th. 1, 4, 3) ove si legge che poteva essere fatto oggetto di citazione l'intero *corpus* delle opere di Papiniano, Paolo, Gaio, Ulpiano e Modestino e che inoltre le opere di tutti gli altri giuristi (tra i quali vengono ricordati a titolo esemplificativo i nomi di Scevola, Sabino, Giuliano e Marcello), citati dai predetti cinque, potevano trovare utilizzazione solo nel caso in cui, a garanzia della autenticità della testimonianza indiretta così fornita, fosse prodotto in giudizio da chi ne avesse interesse il testo originale del giurista richiamato. Tale clausola, secondo la dottrina maggioritaria, deve essere ritenuta frutto di una aggiunta posteriore. La norma così come è posta o si risolve in una integrazione fuorviante la cui operatività risulta essere comunque resa improbabile dall'irreperibilità di fatto dei materiali classici richiamati o finisce altrimenti per stravolgere il meccanismo base concepito dal legislatore, presupponendo una più diffusa conservazione dei testi classici, elemento questo

Probabilmente se i giustiniani non fossero intervenuti, in forza di C.Th. 1, 4, 3, avrebbe di norma prevalso l'altra soluzione.

Risultano invece avere un diverso valore le citazioni giurisprudenziali inserite nella *decisio* tramandata in C.I. 7, 7, 1¹⁴.

La cancelleria, dopo aver dato conto, nel *principium* della costituzione, dell'esistenza presso i «*veteres iuris auctores*» di quella che viene indicata come una «*multa ambiguitas*» circa gli effetti della manomissione del *servus communis* soprattutto nel caso in cui questa fosse stata disposta da militari¹⁵, dà notizia specifica di alcune costituzioni imperiali con cui già all'epoca del Principato erano state introdotte deroghe alla regola generale vigente in diritto classico che prevedeva che la quota del manomissore venisse acquistata ai condomini *iure adscendenti*:

C.I. 7, 7, 1, 1-1a (*Imp. Iustinianus A. Iuliano pp.*): *Et inventa est constitutio apud Marcianum in institutionibus divi Severi, per quam idem imperator disposuit necessitatem imponi heredi militis comparare partem socii et servum libertate donare. 1a. Sed et alia constitutio Severi et Antonini principum reperta est, ex qua generaliter necessitas imponebatur socio partem suam socio vendere, quatenus libertas servo imponatur, licet nihil lucri ex substantia socii morientis alii socio accedat,*

che ha fatto ipotizzare che il presunto rimaneggiamento sia avvenuto ad opera dei compilatori del Teodosiano, che avrebbero così adattato il meccanismo ideato dalla cancelleria ravennate alle esigenze della parte orientale dell'impero, in cui appunto – come si ritiene – si sarebbe conservata una più ampia circolazione delle antiche opere della giurisprudenza.

¹⁴ Che si trattasse di una *decisio* è esplicitamente dichiarato nel testo della costituzione (cfr. C.I. 7, 7, 1, 1b: *...decidentes tales altercationes generaliter sancimus...*): sul punto cfr. SCHELTEMA, *Subsecivum XVIII. Les Quinquaginta Decisiones*, cit., p. 7; G.L. FALCHI, *Osservazioni sulle «L decisiones» di Giustiniano*, in *Studi Biscardi* 5, Milano, 1989, p. 125, nt. 13 e pp. 132-133 (v. anche dello stesso autore, *Sulla codificazione del diritto romano nel V e VI secolo*, cit., in particolare p. 112 e *Studi sulle relazioni tra la legislazione di Giustiniano (528-534) e la codificazione di «leges» e «iura»*, cit., pp. 42-43), nonché più di recente VARVARO, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, cit., in particolare p. 451, nt. 219.

¹⁵ Cfr. C.I. 7, 7, 1 pr.: *Imp. Iustinianus A. Iuliano pp. In communes servos eorumque libertatem et quando cuidam domino pars libertatem imponentis adcrecit nec ne, et maxime inter milites, qui huiusmodi imponunt libertatem, multa ambiguitas exorta est apud veteres iuris auctores*. Secondo SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., pp. 198-204, la *dubitatio* cui si fa riferimento nel testo sarebbe inesistente, inserita esclusivamente per riformare il diritto classico.

pretio videlicet arbitrio praetoris constituendo, secundum ea, quae et Ulpianus libro sexto fideicommissorum et Paulus libro tertio fideicommissorum refert, ubi et hoc relatam est, quod Sextus Caecilius iuris antiqui conditor definivit socium per praetorem compelli suam partem vendere, quatenus liber servus efficiatur: quod et Marcellus apud Iulianum in eius digestis notat: hocque et Marcellum, cum Iulianum notaret, rettulisse palam est. (D. k. Aug. Lampadio et Oreste vv. cc. cons.) (1° agosto 530).

Si ricordano innanzi tutto una «*constitutio*» emanata da Settimio Severo, che si dice fosse riferita nelle Istituzioni di Marciano (cfr. § 1: *...inventam est constitutio apud Marcianum in institutionibus divi Severi...*), con cui si era affermata la validità della *manumissio* compiuta dal *miles*, imponendo al suo erede di acquistare la quota del condomino; e un'«*alia constitutio*», dello stesso Settimio Severo e di Antonino Caracalla, che si dice fosse citata nei libri *de fideicommissis* di Ulpiano e di Paolo (cfr. §1a: *...Ulpianus libro sexto fideicommissorum et Paulus libro tertio fideicommissorum refert...*), con cui si stabiliva che, in caso di manomissione testamentaria dello schiavo comune, il condomino aveva l'obbligo di vendere la sua parte al prezzo che fosse stato fissato dal pretore¹⁶. Ciò veniva sancito sulla base di alcuni precedenti giurisprudenziali di epoca medioclassica; si ricordano, in particolare, le opinioni di Africano e di Marcello¹⁷.

¹⁶ Per questa parte del testo v. ampiamente C.A. MASCHI, *Sulla origine del regime giustiniano della «manumissio» del servo comune*, in *Studi in memoria di A. Albertoni*, II, Padova, 1937, p. 431 e ss. Sul punto cfr. anche U. ROBBE, *Il diritto di accrescimento e la sostituzione volgare nel diritto romano classico*, Milano, 1953, pp. 92-98, nonché G. IMPALLOMENI, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, Padova, 1963, pp. 166-168, che ritiene che le costituzioni citate si riferissero oltre che alle manomissioni fedecommissarie anche a quelle dirette; diversamente sul punto G. ROTONDI, *La Cost. 1 C. Iust. 7, 7 e la «manumissio» del «servus communis» nei diritti orientali*, in *Rendiconto del Reale Istituto Lombardo di scienze e lettere* 50, 1917, pp. 224-225 (= *Scritti giuridici*, III, Pavia, 1922, p. 62), e M. BRETONE, «*Servus communis*». *Contributo alla storia della proprietà romana in età classica*, Napoli, 1958, p. 141, nt. 2. Per un riesame complessivo della questione v. altresì SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., pp. 199-203.

¹⁷ Sulla citazione di Sesto Cecilio Africano, cfr. F. CASAVOLA, *Scienza, potere imperiale, ordinamento giuridico nei giuristi del II secolo*, in *Iura* 27, 1976, p. 20

È chiaro che i libri *de fideicommissis* di Paolo e di Ulpiano e le Istituzioni di Marciano sono testi usati come fonti di cognizione delle costituzioni imperiali precedenti in quanto i compilatori ne avevano la diretta disponibilità trattandosi, nel primo caso, di opere di due giuristi della legge delle citazioni e, nel secondo caso, di un manuale didattico che certamente circolava nell'impero d'Oriente¹⁸. Più problematiche risultano essere, invece, le citazioni dei due giuristi medioclassici. Per quanto riguarda il richiamo di Sesto Cecilio Africano la cancelleria dichiara espressamente che «*et Ulpianus libro sexto fideicommissorum et Paulus libro tertio fideicommissorum refert, ubi et hoc relatum est, quod Sextus Caecilius iuris antiqui conditor definivit*». Tuttavia dal tenore letterale della costituzione non è chiaro se la fonte di cognizione dell'opinione richiamata debba individuarsi nel sesto tra i *libri fideicommissorum* di Ulpiano o nel terzo tra i *libri fideicommissorum* di Paolo. Relativamente invece alle *notae* di Marcello a Giuliano, Scherillo osservava che questa citazione doveva essere stata desunta da Ulpiano perché la maggior parte delle note di Marcello a Giuliano ricordate nel Digesto si conoscono attraverso Ulpiano che spesso le introduce con le parole «*Marcellus apud Iulianum notat...*»¹⁹. L'osservazione è esatta però non si comprende come mai, se la nota di Marcello a Giuliano era

e nt. 7, per il quale il termine *conditor*, utilizzato dalla cancelleria per indicare il giurista, avrebbe un'intenzione celebrativa; sul punto v. altresì R. QUADRATO, «*Iuris conditor*», in *Index* 22, 1994, p. 87 e ss.

¹⁸ Sullo scritto marciano, anche in relazione alla sua diffusione nell'impero giustiniano cfr. in particolare L. DE GIOVANNI, *Giuristi severiani. Elio Marciano*, Napoli, 1989, pp. 13-76 (= *Per uno studio delle «Institutiones» di Marciano*, in *SDHI* 49, 1985, pp. 91-146); *Id.*, *La giurisprudenza severiana tra storia e diritto. Le Institutiones di Elio Marciano*, in *Athenaeum* 94, 2006, p. 496 e ss., e ancora dello stesso autore *Istituzioni, scienza giuridica, codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma, 2007, p. 90 e ss.

¹⁹ Cfr. SCHERILLO, *Sulle citazioni di giureconsulti classici nella legislazione di Giustiniano anteriore alla costituzione «Deo auctore»*, cit., p. 427 (= *Scritti giuridici*, I, cit., p. 211): «di contro a ventiquattro note di Marcello a Giuliano riferite direttamente nelle Pandette, ve ne sono trenta che si conoscono attraverso Ulpiano: e costui poi riferendo le note, spesso le introduce con queste parole: *Marcellus apud Iulianum notat...*». Per quanto riguarda le due citazioni di Marcello – «*Marcellus apud Iulianum*» e «*Marcellum, cum Iulianum*», una delle due deve essere probabilmente considerata una glossa; sul punto cfr. ROTONDI, *La Cost. 1 C. Iust. 7, 7 e la «manumissio» del «servus communis» nei diritti orientali*, cit., p. 224 e ss. (= *Scritti giuridici*, III, cit., p. 62 e ss.),

ricordata da Ulpiano, Giustiniano non lo abbia dichiarato espressamente così come fa per Africano²⁰. La spiegazione, a mio avviso, sta nel fatto che i compilatori leggevano direttamente l'opinione di Marcello nella sua opera, probabilmente per effettuare il confronto con quanto trovato nei libri *de fideicommissis*.

Per quanto riguarda lo scopo delle citazioni, esso risulta essere esclusivamente storico in quanto nella parte più strettamente dispositiva del provvedimento, i compilatori non si richiamano a nessuno dei giureconsulti menzionati, i quali forniscono quindi solamente lo spunto per la riforma.

La cancelleria giustiniana, in ossequio al criterio del *favor libertatis*, opera una vera e propria invasione nella sfera del diritto di proprietà, contro le regole basilari dell'istituto del condominio²¹, stabilendo che, abolito il *ius ad crescendi*²², lo schiavo liberato da un solo condomino dovesse acquistare in ogni caso la libertà e ciò in virtù di una disposizione di portata generale che, senza più differenza tra manomissioni *mortis causa* e manomissioni *inter vivos*, imponeva al condomino o eventualmente ai condomini non mano-

²⁰ Sul punto cfr. MASSEI, *Le citazioni della giurisprudenza classica nella legislazione imperiale*, cit., p. 405, nt. 1, il quale ritiene che l'osservazione di Scherillo non si possa condividere perché altrimenti Ulpiano avrebbe citato nello stesso punto le coincidenti opinioni di Sesto Cecilio Africano e di Marcello *apud Iulianum* e conseguentemente Giustiniano avrebbe menzionato insieme, come ricordati da Ulpiano, sia Africano che Marcello. Tuttavia l'autore non sembra tener conto, a mio avviso, del fatto che nel testo della costituzione vengono richiamati non solo i libri *de fideicommissis* di Ulpiano, ma altresì quelli di Paolo.

²¹ Quanto al *favor libertatis* come principio ispiratore della costituzione v. RONDONI, *La Cost. 1 C. Iust. 7, 7 e la «manumissio» del «servus communis» nei diritti orientali*, cit., p. 226 (= *Scritti giuridici*, III, cit., p. 63); sulla questione v. anche ROBBE, *Il diritto di accrescimento e la sostituzione volgare nel diritto romano classico*, cit., p. 98, p. 102 e pp. 103-104. Quanto alla possibilità di avvicinare invece la riforma giustiniana al regime vigente nel diritto romano delle origini cfr. L. WENGER, *Römisches oder orientalisches Rechtsgut in c. 1 Cod. Iust. 7, 7 de servo communi manumisso?*, in *Acta Congressus Iuridici Internationalis*, I, Romae, 1935, p. 203 e ss. Per l'opinione che la riforma di Giustiniano fosse stata influenzata dalle dottrine cristiane v. B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, II, Milano, 1952, p. 410; sul punto v. anche A. TORRENT, *Notas sobre la relación entre «communio» y copropiedad*, in *Studi in onore di G. Grosso* 2, 1968, pp. 112-113.

²² Cfr. C. 7, 1, 7: *Ius enim ad crescendi, quod antiqua iura in communibus servis manumittendis introducebant, nullius esse momenti nec in posterum frequentari penitus concedimus*. A tal proposito cfr. BRETONE, «*Servus communis*». *Contributo alla storia della comproprietà romana in età classica*, cit., p. 141 e ss.

mittenti di vendere la propria quota a quello dei comproprietari che intendesse compiere la manomissione oppure al suo erede qualora si trattasse di manomissione disposta nel testamento²³.

²³ Cfr. C.I. 7, 7, 1, 1b: *His itaque apud veteres iuris auctores inventis decidentales tales altercationes generaliter sancimus, ut nulla inducatur differentia militis seu privati in servis communibus, sed in omnibus communibus famulis, sive inter vivos sive in ultima dispositione libertatem quis legitimam imponere communi servo voluerit, hoc faciat, necessitatem habente socio vendere partem suam, quantam in servo possidet, sive dimidiam sive tertiam sive quantamcunque, et si plures sint socii, uno ex his libertatem imponere cupiente alios omnes necessitatem habere partes suas, quas in servo possident, vendere ipsi, qui libertatem servo imponere desiderat, vel heredi eius (licet ipse communis servus institutus sit), si hoc moriturus dixerit, ita tamen, ut omnimodo ipse qui partes alias comparavit vel heredes eius libertatem imponant.* La parte dispositiva della costituzione è riferita dai compilatori delle Istituzioni in una sintesi che ben evidenzia la *ratio* della riforma: sul punto cfr. LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., p. 178 e ss. Quanto alla portata innovativa della *decisio* cfr. in specie ROTONDI, *La Cost. 1 C. Iust. 7, 7 e la «manumissio» del «servus communis» nei diritti orientali*, cit., pp. 225-226 (= *Scritti giuridici*, III, cit., pp. 63-64). Per quanto riguarda il regime della manomissione testamentaria del servo comune cfr. peraltro IMPALLOMENI, *Le manomissioni mortis causa*, cit., p. 215. La *decisio* prevedeva altresì che, nel caso in cui i condomini si fossero rifiutati di ricevere il pagamento, le rispettive quote si sarebbero comunque dovute trasmettere *ipso iure* al manomissore purché costui avesse provveduto a depositare, presso una *aedes sacra*, la somma equivalente al valore delle quote da riscattare (cfr. C.I. 7, 7, 1, 2: *Sin autem socius vel socii recusaverint pretium accipere, licentiam ei damus offerre hoc per publicas personas et sigillo impresso in aedem sacram deponere et sic habere facultatem servum libertate donare et eum habere plenissimam libertatem et civitate Romana perfrui et nullum timere ex sociis. sibi etenim imputent, si, cum liceret lucrari pretium, hoc accipere differunt*). Il valore delle quote si sarebbe dovuto stabilire in ragione dell'età e delle attitudini dello schiavo in base ad una tariffa contenuta nello stesso testo legislativo (cfr. C.I. 7, 7, 1, 5-6: *Ne autem quantitas servilis pretii sit incerta, sed manifesta, sancimus servi pretium sive ancillae, si nulla arte sunt imbuti, viginti solidis taxari, his videlicet, qui usque ad decimum annum suae venerunt aetatis, in decem tantummodo solidis ponendis: sin autem aliqua arte praediti sunt exceptis notariis et medicis, usque ad triginta solidos pretium eorum redigi sive in masculis sive in feminis. 5a. Sin autem notarius sit vel medicus sive masculus sive femina, notarius quidem usque ad quinquaginta, medicus autem usque ad sexaginta taxatur. 5b. Sin vero eunuchi sint servi communes maiores decem annis, si quidem sine arte sint, in quinquaginta solidos computentur, sin autem artifices, usque ad septuaginta: minores etenim decem annis eunuchos non amplius triginta solidis aestimari volumus. 5c. Et eorum partem competentem socii accipientes libertatem eis per competentes iudices imponere compellentur. 6. Sin autem, uno ex sociis libertatem sive imponere sive relinquere servo cupiente et pretium dante alter vel alteri ex his ipsi velle dixerint libertatem imponere et pretium dare, melior quidem causa erit eius, qui primus ad hanc rationem pietatis perveniet; su questa parte della costituzione v. MASCHI, *Sulla origine del regime giustiniano della «manumissio» del**

2. La citazione di Tertulliano (C.I. 5, 70, 7)

Tratta dell'istituto della *cura furiosi* il provvedimento riprodotto in C.I. 5, 70, 7²⁴. L'ampio testo legislativo ricorda innanzi tutto che il *curator furiosi* non poteva essere dato al *filius familias* in quanto «*ei sufficit paterna verecundia*»²⁵.

Al fine di dimostrare che quanto detto nella parte iniziale del provvedimento affondava le proprie radici nel *ius vetus*, la cancelleria dichiara che nello stesso senso si sarebbe espresso Tertulliano – «*iuris antiqui interpre*s» – nel *liber singularis de castrensi peculio*²⁶:

servo comune, cit., p. 431 e 437 ed in particolare per quanto concerne il valore in denaro indicato nei §§ 5-5b per ciascuna categoria di schiavi v. in specie D. DALLA, *L'incapacità sessuale in diritto romano*, Milano, 1978, pp. 39-40). Quanto al regime patrimoniale e dei rapporti personali che sarebbe scaturito dalla manomissione, si prevedeva che il peculio si sarebbe comunque dovuto dividere tra i condomini in proporzione alle rispettive quote e che al contrario il *ius patronatus* sarebbe spettato esclusivamente ai condomini manomittenti (cfr. C.I. 7, 7, 1, 3 e 6a: *Sed ne circa peculium servi aliqua fuerit dubitatio, peculium eius in omnes socios pertinere iubemus ex partibus, pro quibus quisque et dominium servi possidet: licentia concedenda ei, qui libertatem moriens imponit, etiam eius peculium quod ei attingit liberto concedere. iura autem patronatus procul dubio pro suo ordine ad eum venire qui libertatem donavit; 6a. Si tamen sub obtentu libertatis et ipsi ad haec prosiluerint, tunc iudicem competentem omnes compellere sine pretio ei libertatem imponere: peculio quidem in omnes secundum partem domini distribuyendo, iura autem patronatus secundum sui naturam omnibus qui libertatem imposuerunt aequaliter habentibus*. Su tali disposizioni cfr. ROBBE, *Il diritto di accrescimento e la sostituzione volgare nel diritto romano classico*, cit., p. 103 e ss.).

²⁴ Per C.S. TOMULESCU, *Justinien et les prodigues (Quelques problèmes)*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, I, Perugia, 1975, p. 381, C.I. 5, 70, 7 si applicherebbe, in via analogica, anche alla *cura prodigi*.

²⁵ Cfr. C.I. 5, 70, 7 pr.-1: *Idem A. Iuliano pp. Cum furiosus, quem morbus detinet perpetuus, in sacris parentis sui constitutus est, indubitate curatorem habere non potest, quia sufficit ei ad gubernationem rerum quae ex castrensi peculio vel aliter ad eum pervenerint et vel ante furorem acquisitae sunt vel in furore obveniunt, vel in his, quorum proprietates ei tantummodo competunt, paterna verecundia. 1. Quis enim talis adfectus extraneus inveniatur, ut vincat paternum? vel cui alii credendum est res liberorum gubernandas parentibus derelictis?*. Sulla valenza dell'uso delle interrogative dirette nelle *decisiones* v. in specie VARVARO, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 454.

²⁶ Non credo si possano condividere le osservazioni di quanti hanno sostenuto che l'espressione «*iuris antiqui interpre*s», che accompagna il nome di Tertulliano, fosse stata utilizzata dalla cancelleria per non far sorgere il sospetto che si trattasse di Tertulliano padre della Chiesa (in questo senso H. SCHLOSSMANN, *Tertullian im Lichte der Jurisprudenz*, in *Zeitschrift für kirchengeschichte* 27, 1906, p. 254 e ss.;

C.I. 5, 70, 7, 1a e 3-3a: (*Idem A. Iuliano pp.*) *Licet Tertullianus iuris antiqui interpret libro singulari, quem de castrensi peculio condidit, tali tractatu proposito videatur obscure eandem attingere sententiam, tamen nos hoc apertissime introduximus. 3. Sin autem ex alia quacumque causa hereditas ad eum vel successio perveniat, tunc magna et inextricabilis vetustissimo iuri dubitatio exorta est, sive adire hereditatem vel bonorum possessionem petere furiosus possit, sive non, et si curator eius ad bonorum possessionem petendam admitti debeat. et iuris auctores ex utroque latere magnum habuere certamen. 3a. Nos itaque utramque aciem auctorum certo foedere compescentes sancimus furiosum quidem nullo modo posse vel hereditatem adire vel bonorum possessionem agnoscere: curatori autem eius licentiam damus, immo magis necessitatem imponimus, si utilem esse successionem existimaverit, eam bonorum possessionem agnoscere, quae antea ex decreto dabatur, et ad similitudinem bonorum possessionis habere, cum petitio bonorum possessionis Constantiniana lege sublata est et ab ea introducta observatio pro antiqua sufficit petitione. (D. k. Sept. Constantinopoli Lampadio et Oreste vv. cc. Cons.) (1° settembre 530)²⁷.*

A. STEINWENTER, s.v. *Tertullianus*, in *RE* 5.1, 1934, p. 844, e R. MARTINI, *Tertulliano giurista e Tertulliano padre della Chiesa*, in *SDHI* 41, 1975, p. 124, nt. 142), dovendo essere considerata piuttosto un'espressione tipica dell'*usus loquendi* dei giustinianeî per indicare i giuristi classici.

²⁷ Nella stessa data risultano emanate altre tre costituzioni: C.I. 1, 4, 27, C.I. 5, 70, 6 e C.I. 6, 22, 9. Secondo KRÜGER, *Editio maior*, p. 496, nt. 3, C.I. 5, 70, 7, che è parzialmente gemina di C.I. 1, 4, 27 (sul punto v., tra gli altri, E. NARDI, *Squilibrio e deficienza mentale*, Milano, 1983, p. 110), andrebbe ricongiunta a C.I. 5, 70, 6 e a C.I. 6, 22, 9. Seguono l'ipotesi avanzata da Krüger, SCHERILLO, *Sulle citazioni di giureconsulti classici nella legislazione di Giustiniano anteriore alla costituzione «Deo auctore»*, cit., p. 427 (= *Scritti giuridici*, I, cit., p. 211) nonché B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 543, nt. 617. Ritengono invece che si tratti di tre provvedimenti indipendenti FALCHI, *Studi sulle relazioni tra la legislazione di Giustiniano (528-534) e la codificazione di «leges» e «iura»*, cit., p. 45, e VARVARO, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, cit., pp. 454-455. Per quanto riguarda la natura di C.I. 5, 70, 7, essa deve essere considerata una *decisio*, in quanto risolve una controversia giurisprudenziale ed è emanata nella stessa data in cui risultano emesse altre due *decisiones* (C.I. 5, 70, 6 e C.I. 6, 22, 9); così già VARVARO, *ibidem*, pp. 454-456; diversamente RUSSO RUGGERI, *Studi sulle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 63, nt. 128, secondo la quale la costituzione andrebbe esclusa dal novero delle *decisiones* per il solo fatto che il testo a noi conservato attraverso il Codice non si autoqualifica come tale; peraltro

La citazione di Tertulliano rappresenta, a mio avviso, uno degli ostacoli più gravi per chi ha sostenuto che, anteriormente all'emanazione della costituzione *Deo auctore*, la cancelleria agiva ancora nell'orbita della legge di Valentiniano III. Per rimanere fedeli a questa tesi bisognerebbe accontentarsi di supporre, come fa Scherillo, che la citazione tertulliana fosse stata desunta da Ulpiano²⁸.

In effetti, dall'analisi dei passi dei *Digesta*, Ulpiano risulta essere l'unico fra i cinque dell'*oratio* ravennate a menzionare Tertulliano. Tuttavia il giurista cita Tertulliano solo due volte (D. 28, 5, 3, 2 [Ulp. 3 *ad Sab.*] e D. 29, 2, 30, 6 [Ulp. 8 *ad Sab.*]) e in contesti che non presentano nessun diretto collegamento con l'istituto della *cura furiosi*²⁹.

Va ancora rilevato che in uno solo (D. 29, 2, 30, 6) dei due suddetti casi la citazione è completa del riferimento all'opera da cui è tratta, opera rappresentata però dalle *quaestiones* e non dal *liber*

non ritengo che si possa sostenere come fa la RUSSO RUGGERI, *ibidem*, p. 32, nt. 62, che l'altra costituzione emanata il 1° settembre del 530, vale a dire C.I. 1, 4, 27, non possa essere una *decisio* e ciò perché il testo in questione è gemino di C.I. 5, 70, 7, 5-6c e dunque, pur non risolvendo specificamente una controversia giurisprudenziale, è comunque parte di una *decisio*; in questo senso cfr. già LUCHETTI, *Nuove ricerche sulle Istituzioni di Giustiniano*, cit., p. 259, nt. 288.

²⁸ Cfr. SCHERILLO, *Sulle citazioni di giureconsulti classici nella legislazione di Giustiniano anteriore alla costituzione «Deo Auctore»*, cit., p. 419 e ss. (= *Scritti giuridici*, I, cit., p. 203 e ss.), che a sostegno della sua tesi richiama S. SOLAZZI, *I lucidi intervalli del furioso*, in *AG* 89, 1923, p. 80 e ss. (= *Scritti di diritto romano*, II, cit., p. 545 e ss.), il quale, per due costituzioni originariamente congiunte a C.I. 5, 70, 7 (C.I. 5, 70, 6 e C.I. 6, 22, 9), non ritiene esatta l'affermazione di Giustiniano che presso gli antichi fossero sorti dubbi in materia di capacità del furioso durante i lucidi intervalli. Tali dubbi sarebbero nati in epoca postclassica e Giustiniano li avrebbe attribuiti ai classici perché i testi di cui disponeva erano alterati; sulla base di queste riflessioni Scherillo conclude che «se Giustiniano ha potuto attribuire queste dottrine ai classici per essere alterati i testi di cui disponeva, è ipotesi alquanto probabile che i medesimi abbiano appartenuto a opere contemplate da Teodosio II, onde resterebbe confermata la congettura avanzata circa l'origine della citazione di Tertulliano...». Diversamente MASSEI, *Le citazioni della giurisprudenza classica nella legislazione imperiale*, cit., pp. 456-457 e nt. 1, che ritiene che, anche ammettendo che C.I. 5, 70, 7 sia alterata, «il ritenere tale alterazione postclassica proverebbe che anche prima di Giustiniano la legge delle citazioni non era più osservata».

²⁹ Cfr. D. 28, 5, 3, 2 (Ulp. 3 *ad Sab.*): ...*et sane et Iuliano et Tertulliano hoc videtur*; e D. 29, 2, 30, 6 (Ulp. 8 *ad Sab.*): ...*quod et Sextum Pomponium opinatum Tertullianus libro quarto quaestionum refert*...

singularis de castrensi peculio ricordato in C.I. 5, 70, 7, 1a. Orbene, la tesi della citazione di seconda mano non pare trovare sostegno certo nei dati fin qui raccolti, i quali sembrano invece suffragare l'ipotesi che si intende avanzare della lettura diretta, da parte dei compilatori, dell'opera giurisprudenziale richiamata, ipotesi questa che trova alimento, oltre che nel tenore letterale della costituzione (cfr. § 1a: *Licet Tertullianus iuris antiqui interpret libro singulari, quem de castrensi peculio condidit, tali tractatu proposito videatur obscure eandem attingere sententiam, tamen nos hoc apertissime introduximus*), altresì nella circostanza, a mio modesto parere di non poca rilevanza, che il *liber singularis de castrensi peculio* di Tertulliano risulta essere una delle opere inserite nell'*Index Florentinus*⁵⁰.

È proprio leggendo l'opera originale del giurista citato che i giustinianeî possono rendersi conto che la *sententia* tertulliana risulta ambigua («*tali tractatu proposito videatur obscure eandem attingere sententiam*») e abbisogna dunque di chiarimenti.

Al fine di risolvere le questioni adombrate nella trattazione di Tertulliano, la cancelleria interviene con la *decisio*, tramandata nei successivi paragrafi (§§ 3-3a) e risolve simultaneamente due *dubitationes* differenti⁵¹, anche se, innegabilmente, fra loro correlate, relativa l'una alla possibilità, per il *furiosus*, di adire l'eredità o di chiedere la *bonorum possessio*, l'altra alla legittimazione del suo curatore a richiedere la *bonorum possessio*; si stabilisce che il *furiosus* non avrebbe potuto in nessun caso (cfr. § 3a: *...nullo modo...*) compiere tali atti, e che tale facoltà sarebbe spettata al suo curatore, il quale, qualora ciò fosse risultato vantaggioso per il sottoposto alla curatela, avrebbe dovuto adire l'eredità oppure effettuare, in base alla *lex*

⁵⁰ Cfr. *Index Florentinus*, XXII Τερτυλλιανού, 2 *de castrensi peculio βιβλίον* ἐν.

⁵¹ Per SCHINDLER, *Justinians Haltung zur klassik*, cit., p. 227 e ss., Giustiniano non avrebbe risolto delle vere *dubitationes* classiche, quanto piuttosto «die von ihm im § 4 der Konstitution als *ambages* getadelnd differenzierten Kautionsverpflichtungen der klassischen Zeit» (cfr. in specie, *ibidem*, p. 230).

*Constantiniana*⁵², la *petitio* della *bonorum possessio* che «*antea ex decreto dabatur*» (§ 3a)⁵³.

⁵² La *lex Constantiniana* richiamata è C.I. 6, 9, 9: *Idem A. ad populum. Ut verborum inanium excludimus captiones, ita haec observari decernimus, ut apud quemlibet iudicem vel etiam apud duumviros qualiscumque testatio amplectendae hereditatis ostendatur, statutis prisco iure temporibus coartanda, eo addito, ut, etiamsi intra alienam vicem, id est prioris gradus, properantius exseratur, nihilo minus tamen efficaciam parem, quasi suis sita curriculis, consequatur. D. k. Febr. Laodiceae Constantio A. II et Constante A. cons. L'inscriptio e la subscriptio di C.I. 6, 9, 9, così come tramandate dalla tradizione manoscritta, hanno dato adito a dubbi sulla paternità e sull'esatta datazione della *lex*; al proposito cfr. KRÜGER, che, nell'*Index constitutionum ad temporis ordinem redactus (Editio maior, p. 22)* attribuisce la *lex* a Costanzo facendola risalire al 339 (v. anche *Editio maior, p. 524*). L'appartenenza della costituzione a Costantino e la data del 320 sono invece sostenute da O. SEECK, *Regesten der Kaiser und Päpste für die Jahre 311 bis 476 n. Chr.*, Stuttgart, 1919 (rist. Frankfurt am Main, 1984), p. 169. Nella letteratura successiva cfr. M. AMELOTTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale. I. Le forme classiche di testamento*, Firenze, 1966, p. 248 e ss., che propende per l'esattezza della *subscriptio* e, considerato anche il luogo di emissione (Laodicea), per l'appartenenza della legge a Costanzo che allora si trovava proprio in Siria per la guerra contro i Persiani; per l'attribuzione della legge a Costanzo v. anche G. GROSSO, *I legati nel diritto romano*², Torino, 1962, pp. 127-128 e nt. 1; NARDI, *Squilibro e deficienza mentale*, cit., p. 138, nt. 28; VOCI, *Diritto ereditario romano*, I², cit., p. 608, nt. 4, diversamente però lo stesso autore in *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. Il IV secolo*, in *Iura* 29, 1978, pp. 30-34 (= *Studi di diritto romano*, II, cit., pp. 95-99) e più di recente in *Vicende della legislazione giustiniana negli anni 528-534*, cit., p. 101, nt. 20 (= *Ultimi studi di diritto romano*, cit., p. 333, nt. 20), ove, seguendo la proposta di Seeck, fa risalire la *lex* a Costantino. Sul punto, per una posizione intermedia (costituzione emanata nel 339, ma attribuibile nella sostanza alla cancelleria costantiniana), v. altresì, in specie, G. IMPALLOMENI, *Prospettive in tema di fedecomesso*, in *Conferenze romanistiche*, II, Milano, 1967, pp. 318-320 e nt. 144. La sfasatura presente tra *inscriptio* e *subscriptio* si manifesta in altri due testi inseriti nel Codice (C.I. 6, 23, 15 e C.I. 6, 37, 21) che dovevano far parte, insieme a C.I. 6, 9, 9, di un più ampio contesto normativo: per le varianti riscontrabili cfr. SEECK, *ibidem*, p. 169.*

⁵³ Dopo aver troncato tali questioni, la cancelleria passa a considerare altre incertezze sollevate dall'*antiquitas* sul modo in cui il curatore del *furiosus* doveva prestare idonea cauzione o garanzia e su altre questioni riconnesse a tale problema (§§ 4-6c). La costituzione si occupa inoltre di regolare la *creatio* del curatore (sul punto v. in specie E. LEVY, *Die Haftung meherer Tutoren*, in *ZSS* 37, 1916, p. 40, nt. 2, per il quale il termine *creatio* avrebbe origine tribonianea; *contra* Y. DEBBASCH, *Excusatio tutoris*, Paris, 1956, p. 125 e nt. 16) innanzi al *praefectus urbi* a Costantinopoli o al preside nelle province, con l'intervento del vescovo locale, di tre *primates* e, in taluni casi, del senato, disciplinando il giuramento da prestare sulle sacre scritture, i poteri e le facoltà del curatore, nonché la prestazione di idonee garanzie e la redazione di un inventario dei beni del *furiosus* secondo pubbliche formalità (§§ 5-6c). Al fine di eliminare alla radice questioni insorte tra i *veteres iuris auctores*, viene dettata una minuta regolamentazione anche in relazione alle dispo-

3. *Usus fructus per servum adquisitus e l'opinione di Giuliano (C.I. 3, 33, 15)*

Intervenendo in materia di usufrutto, la cancelleria giustiniana ricorda una *dissensio* che *incidit inter antiquam prudentiam*³⁴:

C.I. 3, 33, 15: *Idem A. Iuliano pp. Inter antiquam prudentiam dissensio incidit, si per servum usus fructus domino fuerit adquisitus et ex quibusdam casibus (multi enim rebus incidunt mortalibus) pars huiusmodi servi in alium pervenerit, utrum omnis usus fructus, qui antea per servum ad aliquem pervenerit, apud eum remaneat an totus tollatur vel ex parte deminuat, ex parte autem apud eum resideat? 1. Et super huiusmodi dubitatione tres sententiae vertebantur, una, quae dicebat ex particulari alienatione servi totum usum fructum deminui, alia in tantum usum fructum deminui, in quantum et servus alienatur, tertia, quae definiebat partem quidem servi posse alienari, usum fructum autem totum apud eum remanere, qui ante servum in solidum habebat. et in novissimam sententiam et summum auctorem iuris scientiae Salvium Iulianum esse invenimus. 2. Nobis autem*

sizioni *mortis causa* effettuate in favore dei *furiosi* (§§ 7-9). Si prevedono, poi, le modalità di sostituzione del curatore nel caso in cui quest'ultimo fosse morto o si fosse rivelato *suspectus* (§ 10). Per una lettura circostanziata del provvedimento v. NARDI, *Squilibro e deficienza mentale*, cit., p. 110 e ss.; con particolare riferimento ai §§ 4-6c cfr. altresì L. DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore*, Milano, 1995, p. 303, che riferisce anche le ipotesi della dottrina a proposito delle innovazioni che Giustiniano avrebbe introdotto (ossia l'imperatore da un lato avrebbe trasformato la cura legittima del furioso in cura dativa [in questo senso A. AUDIBERT, *Comment la curatelle légitime se transforma en curatelle dative dans le dernier état romain*, in *NRD* 15, 1891, p. 310 e ss.], dall'altro avrebbe considerato la cura testamentaria valida *ipso iure* [così S. SOLAZZI, *Interpolazioni in Ulp. 12*, in *RIL* 55, 1922, p. 381 e ss. ora in *Scritti di diritto romano*, II, cit., p. 540 e ss.]) per poi dimostrarne l'infondatezza (in specie pp. 306-307). Sul punto v. anche D. DALLA, *La conferma del tutore e del curatore*, in *Index* 28, 2000, pp. 504-510.

³⁴ La natura di *decisio* di C.I. 3, 33, 15 è comunemente ammessa; v., tra gli altri, SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., p. 336, nt. 1; HONORÉ, *Tribonian*, cit., p. 144, nt. 36; SCHELTEMA, *Subsecivum XVIII. Les Quinquaginta Decisiones*, cit., p. 7; FALCHI, *Studi sulle relazioni tra la legislazione di Giustiniano (528-534) e la codificazione di «leges» e «iura»*, cit., p. 34 e ss.; RUSSO RUGGERI, *Studi sulle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 34 e ss.; MESSANA, *Sui «libri definitionum» di Emilio Papiniano*, cit., pp. 278 e 282; VARVARO, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 387.

haec decidentibus placuit Salvii Iuliani admitti sententiam et aliorum qui in eadem fuerunt opinione, quibus humanius visum est non interemptionem usus fructus studiosam esse, sed magis retentionem, quatenus, etsi pars servi alienetur, tamen nec pars usus fructus depereat, sed maneat secundum suam naturam integer atque incorruptus et, quemadmodum et ab initio fixus est, ita conservetur ex huiusmodi casu nullo deterioratus modo. D. [x] K. Oct. Lampadio et Oreste vv. cc. cons. (1° ottobre 530)³⁵.

La questione era quella relativa all'estinzione o al mantenimento del diritto di usufrutto che fosse stato acquisito mediante uno schiavo nell'ipotesi in cui una quota di tale schiavo fosse stata alienata ad un altro soggetto³⁶.

Tale *dubitatio* sarebbe stata risolta dai giuristi classici in tre modi diversi. Secondo una prima opinione, l'alienazione anche di una sola quota dello schiavo avrebbe determinato l'estinzione dell'intero diritto di usufrutto (cfr. §1: *...una, quae dicebat ex particulari alienatione servi totum usum fructum deminui...*); in base alla seconda *sententia*, invece, l'usufrutto si sarebbe ridotto per la parte corrispondente alla quota dello schiavo alienata (cfr. § 1: *...alia in tantum usum fructum deminui, in quantum et servus alienatur...*); secondo la terza opinione, propugnata da Salvio Giuliano (cfr. § 1: *in novissimam sententiam et summum auctorem iuris scientiae Salvium Iulianum esse invenimus*), pur riconoscendosi che una quota dello schiavo potesse essere alienata, l'usufrutto sarebbe tuttavia rimasto integro in capo a chi, prima dell'alienazione, era stato pro-

³⁵ Per la correzione della data che riguarda anche C.I. 3, 33, 13 e 14, v. KRÜGER, *Editio maior*, p. 280, ntt. 1-2 e 4 (cfr. già *Über die Zeitfolge der im Justinianischen Codex enthaltenen Constitutionen Justinians*, in *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* 11, 1873, p. 178) che propone di spostarla al 1° ottobre. Dalla tradizione manoscritta risultano emanate il 1° ottobre 530 le seguenti costituzioni: C.I. 1, 4, 28; C.I. 5, 4, 25 (parzialmente geminata in C.I. 1, 4, 28; al proposito v. KRÜGER, *Editio maior*, p. 413 e nt. 1); C.I. 3, 33, 16; C.I. 4, 5, 11; C.I. 5, 4, 26; C.I. 6, 2, 21; C.I. 6, 57, 6; C.I. 7, 4, 14; C.I. 7, 4, 15 (sulla proposta di ricongiungere quest'ultima costituzione a C.I. 6, 57, 6 e a C.I. 7, 4, 14 cfr. ancora KRÜGER, *Editio maior*, p. 633, nt. 1, *contra* VARVARO, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 458).

³⁶ Sulla comproprietà del servo v. in specie BRETONE, «*Servus communis*». *Contributo alla storia della comproprietà romana in età classica*, cit., p. 54 e ss.

prietario dello schiavo per intero (§ 1: *...tertia, quae definiebat partem quidem servi posse alienari, usum fructum autem totum apud eum remanere, qui ante servum in solidum habebat...*)³⁷.

Non risulta semplice fissare il fondamento delle soluzioni classiche e poter quindi indicare quali fossero i sostenitori della prima e della seconda *sententia* e quali gli altri giuristi dello stesso avviso di Giuliano³⁸.

Tuttavia ciò che appare significativo, ai fini della nostra indagine, è il fatto che la cancelleria scelga di menzionare proprio un giurista, sia pure autorevolissimo, non ricordato dalla legge delle citazioni (cfr. § 2: *Nobis autem haec decidentibus placuit Salvii Iuliani admitti sententiam...*), giurista il cui nome è accompagnato, ancora una volta, da titoli onorifici (*summus auctor iuris scientiae*)³⁹.

Così, dopo aver posto l'accento sull'autorità di Giuliano, i giustinianeî confermano l'opinione del giurista citato, ritenendo rispondente a criteri di *humanitas* che il diritto di usufrutto non si estinguesse, ma si conservasse integro, così come era stato costituito, benché fosse stata alienata una quota dello schiavo mediante il quale il diritto reale era stato acquisito⁴⁰.

³⁷ Sulla valenza normativa assunta dal verbo *definire*, v. B. ALBANESE, *Definitio periculosa: un singolare caso di duplex interpretatio*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto* 3, 1970, p. 335: «dall'età diocleziana in poi, l'equivalenza *definitio* e norma diventa abituale e frequentissima nel linguaggio delle cancellerie imperiali». Per quanto riguarda in particolare l'opinione di Giuliano riferita dalla cancelleria giustiniana nella costituzione in esame v. G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*², Torino, 1958, p. 325, nonché G. WESENER, *Iulians Lehre vom usufructus*, in *ZSS* 81, 1964, pp. 81-108 (in specie pp. 105-106).

³⁸ A sostegno di quanto appena detto v. la ricostruzione di LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., c. 500, che colloca C.I. 3, 33, 15, 1 tra «*loci incerti Iuliani*»; sul punto cfr. anche DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana*, in *BIDR* 27, cit., pp. 25-26. Al proposito cfr. altresì SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., p. 252 e ss., che sostiene che in C.I. 3, 33, 15 Giustiniano considera e risolve alla stregua di una *dubitatio* una semplice *differentia* classica.

³⁹ Già in C.I. 4, 5, 10, I, la cancelleria aveva elogiato il giurista come «*testem summae auctoritatis hominem et praetorii edicti ordinatorem*» (sul punto v. *supra*, in questo capitolo, § 1) e lo stesso farà nel 533 in C.I. 1, 17, 2, 18 (...*ipse Iulianus legum et edicti perpetui subtilissimus conditor...*); sul punto v. in specie CASAVOLA, *Scienza, potere imperiale, ordinamento giuridico nei giuristi del II secolo*, cit., pp. 24-25 e nt. 18, nonché QUADRATO, «*Iuris conditor*», cit., p. 87 e ss.

⁴⁰ Per il richiamo all'*humanitas* v. per tutti WUBBE, *L'«humanitas» de Justinien*, cit., p. 252.

4. *Ulpiano come fonte di cognizione della costituzione «divi Marci» (C.I. 5, 4, 25)*

La *decisio* tramandata in C.I. 5, 4, 25 risolve la controversia relativa alla possibilità, per i figli dei *furiosi*, di contrarre matrimonio⁴¹:

C.I. 5, 4, 25: *Idem A. Iuliano pp. Si furiosi parentis liberi, in cuius potestate constituti sunt, nuptias possunt contrahere, apud veteres agitabatur. 1. Et filiam quidem furiosi marito posse copulari omnes paene iuris antiqui conditores admiserunt: sufficere enim putaverunt, si pater non contradicat. 2. In filio autem familias dubitabatur. et Ulpianus quidem rettulit constitutionem imperatoris Marci, quae non de furioso loquitur, sed generaliter de filiis mente capti, sive masculi sive feminae sint qui nuptias contrahunt, ut hoc facere possint etiam non adito principe, et aliam dubitationem ex hoc emergere, si hoc, quod in demente constitutio induxit, etiam in furiosis obtinendum est, quasi exemplo mente capti et furiosi filios adiuvante. 3. His itaque dubitatis tales ambiguitates decidentes sancimus hoc repleri, quod divi Marci constitutioni deesse videtur, ut non solum dementis, sed etiam furiosi liberi cuiuscumque sexus possint legitimas contrahere nuptias, tam dote quam ante nuptias donatione a curatore eorum praestanda: 4. Aestimatione tamen in hac quidem regia urbe excellentissimi praefecti urbis, in provinciis autem virorum clarissimorum earum praesidum vel locorum antistitum tam opinione personae quam moderatione dotis et ante nuptias donationis constituenda, praesentibus tam curatoribus dementis vel furiosi quam his, qui ex genere eorum*

⁴¹ La costituzione è richiamata anche nel principio del titolo «*de nuptiis*» delle *Institutiones* di Giustiniano: sul punto v. in particolare LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., p. 52 e ss. Che la costituzione in esame fosse una delle *quingenta decisiones* è dimostrato sia dall'uso del participio «*decidentes*» (C.I. 5, 4, 25, 3), sia dalla circostanza che come tale risulta esplicitamente indicata nel testo istituzionale: su quest'ultimo aspetto cfr. in specie ROTONDI, *Studi sulle fonti del Codice Giustiniano*, cit., p. 149 (= *Scritti giuridici*, I, cit., p. 233); sul punto più di recente v. anche FALCHI, *Osservazioni sulle «L decisiones» di Giustiniano*, cit., p. 125, nt. 13, pp. 128-129, nt. 20; ID., *Sulla codificazione del diritto romano nel V e VI secolo*, cit., p. 111, nt. 95, e ancora *Studi sulle relazioni tra la legislazione di Giustiniano (528-534) e la codificazione di «leges» e «iura»*, cit., p. 37 e ss. (in specie pp. 47-48); VARVARO, *Contributo allo studio delle Quingenta decisiones*, cit., p. 424.

*nobiliores sunt: 5. Ita tamen, ut nulla ex hac causa oriatur vel in hac regia urbe vel in provinciis iactura substantiae furiosi vel mente capti, sed gratis omnia procedant, ne tale hominum infortunium etiam expensarum incremento praegravetur. D. k. Oct. Constantinopoli Lampadio et Oreste vv. cc. cons. (1° ottobre 530)*⁴².

La cancelleria riferisce che se quasi tutti gli autori del diritto antico (cfr. § 1: *...omnes paene iuris antiqui conditores...*)⁴³ ritenevano sufficiente per le figlie femmine la mancata opposizione alle nozze da parte del padre⁴⁴, non tutti invece erano concordi sulla situa-

⁴² Sul gruppo di costituzioni emanato il 1° ottobre del 530, v. *supra*, in questo capitolo, § 3, nt. 35. In questa sede è opportuno sottolineare, come ho già accennato, che i §§ 3-5 del provvedimento in esame sono riprodotti in C.I. 1, 4, 28, una costituzione inserita dai compilatori del secondo Codice nel titolo «*de episcopali audientia et de diversis capitulis, quae ad ius curamque et reverentiam pontificalem pertinent*». Al riguardo va ancora rilevato che, nella prima parte, C.I. 1, 4, 28 fornisce un riassunto di quanto stabilito in C.I. 5, 4, 25 pr.-3: a questo proposito v. BONINI, *Corso di diritto romano. Il diritto delle persone nelle Istituzioni di Giustiniano, i titoli III-X*, cit., p. 141, e in particolare LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., p. 55 e nt. 72.

⁴³ Il fatto che la soluzione adottata per la figlia del furioso venga indicata come condivisa da «*omnes paene iuris antiqui conditores*», fa pensare che tale soluzione fosse accolta dalla grande maggioranza dei giuristi, ma che tuttavia non mancassero voci contrarie: sul punto cfr. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., p. 72.

⁴⁴ Sappiamo, grazie ad una citazione di Paolo, che Salvio Giuliano aveva equiparato la mancata opposizione del padre alla manifestazione del consenso per il matrimonio delle figlie; cfr. D. 23, 1, 7, 1 (Paul. 35 *ad ed.*): *In sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est, quorum in nuptiis desideratur. intellegi tamen semper filiae patrem consentire, nisi evidenter dissentiat, Iulianus scribit*. Per una più compiuta disamina della posizione assunta sul tema dalla giurisprudenza dell'epoca del Principato cui sembra riferirsi il richiamo agli *antiqui iuris conditores* inserito in C.I. 5, 4, 25, 1, cfr. LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., p. 52, nt. 65; al proposito v. altresì O. ROBLEDA, *El matrimonio en derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Roma, 1970, p. 158 e ss. e D. DALLA, *Note minime di un lettore delle Istituzioni di Giustiniano. Libro I*, Torino, 1998, pp. 119-121. Il riferimento agli *antiqui* (o *veteres*) *iuris conditores* ricorre in alcune altre costituzioni giustiniane (cfr. C.I. 1, 14, 12, 1 e 5; C.I. 4, 29, 25, 1; C.I. 4, 39, 9; C.I. 5, 3, 20, 2; C.I. 8, 41 [42], 8 pr.); al proposito v. CASAVOLA, *Scienza, potere imperiale, ordinamento giuridico nei giuristi del II secolo*, cit., p. 24 e nt. 17, e QUADRATO, «*Iuris conditor*», cit., p. 87 e ss., che tuttavia, sottolineando come tali richiami della cancelleria all'attività dei giuristi nel ruolo di *iuris conditores* risultino per lo più anonimi e tali da far perdere ai singoli giuristi la propria identità, non sembra tener conto della circostanza che, proprio nella legislazione giustiniana, le opinioni dei singoli giuristi, citati nominativamente, vengono

zione in cui venivano a trovarsi i figli di sesso maschile (cfr. § 2: *In filio autem familias dubitabatur...*).

Al fine di risolvere tale dubbio sarebbe stata emanata una costituzione di Marco Aurelio riferita da Ulpiano (cfr. § 2: *...Ulpianus quidem rettulit constitutionem imperatoris Marci...*), che è quindi citato come semplice fonte di notizie e informazioni. Della testimonianza ulpiana non si trova traccia altrove, ma in base alla ricostruzione palinogenetica di Lenel, dovrebbe essere collocata nel libro XXVI *ad Sabinum*, nella materia «*de patria potestate*»⁴⁵.

Secondo le notizie fornite da Ulpiano, il provvedimento di Marco Aurelio, con esclusivo riferimento però ai figli del *mente captus*, avrebbe consentito a tutti i figli, senza distinzioni e quindi compresi anche i maschi, di contrarre matrimonio senza un'apposita autorizzazione del *princeps* (cfr. § 2: *...non de furioso loquitur, sed generaliter de filiis mente capti, sive masculi sive feminae sint qui nuptias contrahunt, ut hoc facere possint etiam non adito principe...*)⁴⁶. Tuttavia tale costituzione, riferendosi appunto genericamente ai figli del *mente captus*, avrebbe fatto sorgere un'*alia dubitatio*, riguardante la possibilità o meno di estendere la soluzione adottata nei loro confronti anche alle nozze dei figli del *furiosus*⁴⁷.

I dubbi riguardavano in particolare la sinonimia di *mente captus* e *furiosus* laddove si ammetteva piuttosto quella tra *mente captus* e *demens*. Le prime due figure, all'epoca di Marco Aurelio, erano an-

richiamate con una frequenza che non è dato riscontrare nella legislazione precedente. A conferma di quanto appena detto si consideri altresì il fatto che in C.I. 7, 7, 1, 1a, l'espressione *iuris antiqui conditor* viene utilizzata per indicare il giurista Sesto Cecilio Africano; sul punto v. *supra*, in questo capitolo, § 1, nt. 17.

⁴⁵ Cfr. O. LENEL, *Palinogenesia iuris civilis*, II, Leipzig, 1889 (rist. Graz, 1960 e Roma, 2000), cc. 1109-1110.

⁴⁶ Se ne ricava dunque che in precedenza, almeno per i maschi, fosse richiesta, nell'impossibilità di ottenere l'assenso del padre e degli eventuali ulteriori ascendenti, una specifica concessione imperiale: cfr. sul punto NARDI, *Squilibrio e deficienza mentale*, cit., pp. 187-188; C. LANZA, *Ricerche su «furiosus» in diritto romano*, I, Roma, 1990, pp. 91 e 118 nonché LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., p. 52, nt. 66.

⁴⁷ Per le origini dell'*alia dubitatio*, v. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., p. 72 e ss., che ritiene che lo stato delle fonti non consente di stabilire se essa risalga all'età classica oppure a quella postclassica; diversamente FALCHI, *Osservazioni sulle «L decisiones» di Giustiniano*, cit., p. 126, nt. 14, che annovera la questione tra quelle riconducibili al diritto classico.

cora considerate unitariamente, in quanto non sembra che l'imperatore avesse voluto prevedere un trattamento differenziato dei vari gradi di alienazione mentale. La distinzione tra la figura del *mente captus* e quella del *furiosus*, risale probabilmente a Ulpiano che aveva perciò fornito un'interpretazione restrittiva del provvedimento di Marco Aurelio, interpretazione successivamente raccolta, pur se per superarla definitivamente, dai giustinianei che a loro volta infatti distinguevano tra *furiosi* e *mente capti*⁴⁸.

Troncando definitivamente «*tales ambiguitates*», la cancelleria imperiale stabiliva (§ 3) che quanto disposto da Marco Aurelio per il figlio del *demens* (e cioè del *mente captus*) dovesse altresì valere per il figlio del *furiosus*⁴⁹ e che comunque, anche nel caso del matrimonio delle figlie, fosse sempre il curatore dell'incapace a prestare la dote o la *donatio ante nuptias*, dovendosi tuttavia sottoporre il tutto al giudizio del *praefectus urbi* a Costantinopoli e dei presidi o dei vescovi nelle province (§ 4)⁵⁰. Tale intervento pubblico, che sa-

⁴⁸ Cfr. I. 1, 23, 3 e 4: *Furiosi quoque et prodigi, licet maiores viginti quinque annis sint, tamen in curatione sunt adgnatorum ex lege duodecim tabularum. sed solent Romae praefectus urbis vel praetor et in provinciis praesides ex inquisitione eis dare curatores. 4. Sed et mente captis et surdis et mutis et qui morbo perpetuo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt.* Al proposito v. NARDI, *Squilibrio e deficienza mentale*, cit., pp. 44-45. Sulla questione, con specifico riferimento a C.I. 5, 4, 25, v. E. RENIER, *Observations sur la terminologie de l'aliénation mentale*, in *RIDA* 3^{me} année, tome 5 (*Mélanges F. De Visscher*, IV), 1950, pp. 429-455 (e particolarmente pp. 447-449).

⁴⁹ Sulle caratteristiche particolari della *decisio* giustiniana che chiarisce e generalizza quanto in origine disposto dalla costituzione di Marco Aurelio v. particolarmente BONINI, *Corso di diritto romano. Il diritto delle persone nelle Istituzioni di Giustiniano, i titoli III-X*, cit., p. 139, che ha osservato che in questo caso non si ha una «*decisio* fra tesi giurisprudenziali, se non eventualmente in via indiretta»

⁵⁰ Le competenze dei vescovi previste in C.I. 5, 4, 25, 4 si inquadrano nell'ambito delle crescenti funzioni civili attribuite al clero dalla legislazione giustiniana: sul punto v. in generale, H.S. ALIVISATOS, *Die kirchliche Gesetzgebung des Kaisers Justinian I.*, Berlin, 1913 (rist. Aalen, 1973), p. 116 e ss.; H.G. BECK, *Kirche und Klerus im staatlichen Leben von Byzanz*, in *Revue des Études Byzantines* 24, 1966, particolarmente pp. 4-5 (= *Ideen und Realitäten in Byzanz – Gesammelte Aufsätze*, London, 1972, pp. 4-5 [XIV contributo]), e K.L. NOETHLICH, *Materialien zum Bischofbild aus den spätantiken Rechtsquellen*, in *Jahrbuch für Antike und Christentum* 16, 1973, pp. 45-48; sulla questione v. anche, per ulteriori indicazioni bibliografiche, V. MANNINO, *Ricerche sul «defensor civitatis»*, Milano, 1984, p. 168, nt. 62, nonché LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., p. 54, nt. 69.

rebbe comunque dovuto avvenire alla presenza dello stesso curatore del padre e dei membri più autorevoli della famiglia del *mente captus* o del *furiosus*, avrebbe dovuto in particolare garantire, oltre che per la persona del nubendo, anche, soprattutto, per la conservazione dell'integrità del patrimonio degli incapaci, senza che tale procedura, che si sarebbe dovuta svolgere del tutto gratuitamente, potesse quindi comportare per costoro, già colpiti da un «*tale infortunium*», anche un incremento di spese (§5)⁵¹.

5. *Le citazioni dei giuristi nelle decisiones del 17 novembre del 530 (C.I. 2, 18 [19], 24; C.I. 6, 2, 22 e C.I. 6, 29, 3)*

Tra le costituzioni che risultano emanate il 17 novembre del 530, ben tre contengono citazioni nominative di giuristi classici (C.I. 2, 18 [19], 24; C.I. 6, 2, 22 e C.I. 6, 29, 3)⁵².

⁵¹ Riguardo alla gratuità della procedura illustrata al § 5 v., per un accenno, NARDI, *Squilibrio e deficienza mentale*, cit., p. 275. Peraltro si deve notare che la soluzione adottata da C.I. 5, 4, 25 avrebbe trovato applicazione solo qualora la malattia mentale del *furiosus* fosse in atto al momento in cui si sarebbe dovuto prestare il consenso; il problema non si sarebbe invece posto qualora il *furiosus* si fosse trovato in un momento di lucido intervallo, tanto più che in tal caso la procedura non si sarebbe neppure potuta realizzare, essendo la curatela sospesa in base a quanto di recente stabilito in C.I. 5, 70, 6 (del 1° settembre dello stesso 530); sul punto cfr. in specie LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., pp. 54-55 e nt. 71. Per un esame circostanziato di C.I. 5, 4, 25 v. SOLAZZI, *I lucidi intervalli del furioso*, cit., p. 80 e ss. (= *Scritti di diritto romano*, II, cit., p. 545 e ss.) e dello stesso autore *Furor vel dementia*, in *MOYΣEION* 2, 1924, p. 10 e ss. (= *Scritti di diritto romano*, II, cit., p. 623 e ss.); SCHERILLO, *Sulle citazioni di giureconsulti classici nella legislazione di Giustiniano anteriore alla costituzione «Deo Auctore»*, cit., pp. 419-437 (= *Scritti giuridici*, I, cit., p. 203 e ss.); nella letteratura più recente cfr. VARVARO, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 424.

⁵² Le costituzioni emanate il 17 novembre del 530 sono: C.I. 1, 3, 46; C. I. 2, 18 (19), 24; C.I. 4, 27, 2 (3); C.I. 6, 2, 22; C.I. 6, 27, 4; C.I. 6, 29, 3; C.I. 6, 29, 4 (per la datazione di tale costituzione al 17 novembre v. KRÜGER, *Editio maior*, p. 598, nt. 1; sul punto v. anche RUSSO RUGGERI, *Studi sulle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 43, nt. 75 e VARVARO, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 447); C.I. 6, 37, 23; C.I. 7, 4, 16; C.I. 7, 4, 17; C.I. 7, 7, 2; C.I. 7, 45, 16. Al proposito va osservato che KRÜGER, *Editio maior*, p. 633, nt. 3, ha ipotizzato che i testi che si leggono in C.I. 7, 4, 16; C.I. 7, 4, 17 e C.I. 7, 7, 2 avessero fatto parte, originariamente, di un unico provvedimento; *contra* VARVARO, *ibidem*, p. 459, che

La *decisio* tramandata in C.I. 2, 18 (19), 24 risolve una *dubitatio* relativa alla *prohibitio domini*:

C.I. 2, 18 (19), 24: *Imp. Iustinianus A. Iuliano pp. Si quis nolente et specialiter prohibente domino rerum administrationi earum sese immiscuit, apud magnos auctores dubitabatur, si pro expensis, quae circa res factae sunt, talis negotiorum gestor habeat aliquam adversus dominum actionem. 1. Quam quibusdam pollicentibus directam vel utilem, aliis negantibus, in quibus et Salvius Iulianus fuit, haec decidentes sancimus, si contradixerit dominus et eum res suas administrare prohibuerit, secundum Iuliani sententiam nullam esse adversus eum contrariam actionem, scilicet post denuntiationem, quam ei dominus transmiserit nec concedens ei res eius attingere, licet res bene ab eo gestae sint. 2. Quid enim, si dominus adspexerit ab administratore multas expensas utiliter factas et tunc dolosa adsimulatione habita eum prohibuerit, ut neque anteriores expensas praestet? quod nullo patimur modo: sed ex quo die attestatio ad eum facta est vel in scriptis vel sine scriptis, sub testificatione tamen aliarum personarum, ex eo die pro faciendis meliorationibus nullam ei actionem competere, super anterioribus autem, si utiliter factae sunt, habere eum actionem contra dominum concedimus sua natura currentem. D. xv k. Dec. Constantinopoli Lampadio et Oreste cons. (17 novembre 530).*

La cancelleria riferisce che, «*apud magnos auctores*», si discuteva se, nell'ipotesi di *negotiorum gestio nolente et prohibente domino*, il gestore potesse avere azione contro il gerito, per il rimborso delle spese sostenute (pr.)⁵³. Tra gli autori classici, alcuni avrebbero concesso l'azione diretta o utile, altri invece, tra cui Salvio Giuliano, l'avrebbero negata (cfr. § 1: *...aliis negantibus, in quibus et Salvius Iulianus fuit...*). Secondo la *sententia* espressa

sostiene che se si accetta la tesi di Krüger, non si spiega perché, in sede di redazione del *Codex repetitae praelectionis*, i compilatori avessero scelto di scindere in distinte costituzioni (due delle quali, per di più, in immediata successione all'interno dello stesso titolo) le parti di una stessa *decisio*.

⁵³ Per SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., pp. 126-128, si tratterebbe di una questione già risolta nel corso dell'età classica; sul punto v. altresì FALCHI, *Osservazioni sulle «L decisiones» di Giustiniano*, cit., p. 137.

da Giuliano, ove il *dominus* avesse esplicitamente proibito l'attività gestoria, nei suoi confronti non si sarebbe potuta esperire l'*actio contraria*, anche se la gestione fosse stata correttamente eseguita (§ 1)⁵⁴.

Giustiniano accoglie la soluzione giuliana (cfr. § 1: *...decidentes sancimus... secundum Iuliani sententiam...*) limitandola però solo a determinati casi. Nel paragrafo conclusivo, si dettano, infatti, disposizioni per il caso in cui il *dominus*, dopo che il gestore avesse effettuato molte spese utili, gli avesse dolosamente proibito di occuparsi degli affari, per non pagare le spese anteriori. In tal caso la cancelleria concede l'azione solamente in relazione alle spese utili anteriori al giorno in cui fosse intervenuta la *prohibitio* certificata per iscritto o provata per testimoni (§ 2).

L'opinione giuliana richiamata ed accolta dalla cancelleria risulta riferita in un passo del decimo libro *ad edictum* di Ulpiano, in cui il giurista severiano aderisce alla soluzione proposta da Giuliano⁵⁵:

D. 3, 5, 7, 3 (Ulp. 10 *ad ed.*): *Iulianus libro tertio tractat, si ex duobus sociis alter me prohibuerit administrare, alter non: an adversus eum qui non prohibuit habeam negotiorum gestorum actionem? movetur eo, quod, si data fuerit adversus eum actio, necesse erit et eum pertingi qui vetuit: sed et illud esse iniquum eum qui non prohibuit alieno facto liberari, cum et si mutuam pecuniam alteri ex sociis prohibente socio dedissem, utique eum obligarem. et puto secundum Iulianum debere dici superesse contra eum qui non prohibuit negotiorum gestorum actionem, ita tamen ut is qui prohibuit ex nulla parte neque per socium neque per ipsum aliquid damni sentiat.*

⁵⁴ Sulle espressioni «*directam vel utilem*» e «*contrariam actionem*», v. in specie A. CENDERELLI, *La negotiorum gestio. Corso esegetico di diritto romano. I. Struttura, origini, azioni*, Torino, 1997, p. 194 e ss., e dello stesso autore, *Actio negotiorum gestorum directa e contraria nel linguaggio romano classico e giustiniano*, in *Mélanges Fritz Sturm*, I, 1999, pp. 75-84.

⁵⁵ Sul punto v. F. SCHULZ, *Nachklassische Quaestionen in den justinianischen Reformgesetzen des Codex Justinianus*, in *ZSS* 50, 1930, p. 238 e ss. e SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., pp. 126-128.

Ulpiano riferisce che Giuliano «*libro tertio tractat*»⁵⁶ del caso in cui, di due soci («*ex duobus sociis*»), solo uno abbia proibito al gestore di amministrare. In un caso del genere sorge il dubbio se al gestore competa l'*actio negotiorum gestorum* contro colui che non ha proibito («*an adversus eum qui non prohibuit habeam negotiorum gestorum actionem?*»). Infatti se fosse data azione contro colui che non ha proibito, sarebbe necessario estenderla anche a colui che ha posto il veto («*movetur eo, quod, si data fuerit adversus eum actio, necesse erit et eum pertingi qui vetuit*»). Si aggiunge che è iniquo che il socio che non ha proibito la *gestio* venga liberato da un fatto altrui, «*cum et si mutuum pecuniam alteri ex sociis prohibente socio dedissem, utique eum obligarem*». Ulpiano, d'accordo con Giuliano, ritiene che si debba affermare che l'azione di gestione di affari rimane contro quello dei due soci che non ha posto il veto, ma in modo tale che colui che aveva proibito la *negotiorum gestio* non soffra pregiudizio alcuno né da parte del socio, né da parte del gestore («*et puto secundum Iulianum debere dici superesse contra eum qui non prohibuit negotiorum gestorum actionem, ita tamen ut is qui prohibuit ex nulla parte neque per socium neque per ipsum aliquid damni sentiat*»).

Proprio basandosi sul frammento ulpiano appena esaminato, Scherillo – al fine di dimostrare che la cancelleria, prima della *constitutio Deo auctore*, agisse esclusivamente nell'orbita della legge di Valentiniano III – ha potuto sostenere che la citazione di Giuliano inserita in C.I. 2, 18 (19) 24, 1, debba essere considerata di seconda mano essendo stata appunto desunta da Ulpiano⁵⁷.

Orbene, se così fosse non si comprenderebbe il motivo per cui la cancelleria abbia scelto di sottacere il nome di Ulpiano (fra l'al-

⁵⁶ Secondo la ricostruzione palinogenetica di Lenel, si tratta del libro terzo dei *digesta* giuliane (cfr. *Palinogenesia iuris civilis*, I, cit., c. 323, ove il frammento ulpiano viene appunto collocato sotto il titolo «*de negotiis gestis*», subito dopo la citazione inserita in C.I. 2, 18 [19], 24, 1).

⁵⁷ Cfr. SCHERILLO, *Sulle citazioni di giureconsulti classici nella legislazione di Giustiniano anteriore alla costituzione «Deo auctore»*, cit., p. 428 (= *Scritti giuridici* I, cit., p. 213); diversamente MASSEI, *Le citazioni della giurisprudenza classica nella legislazione imperiale*, cit., p. 455, nt. 1, che ha osservato, senza però approfondire ulteriormente la questione, che non esistono elementi convincenti a sostegno della tesi di Scherillo.

tro, come ben sappiamo, uno dei giuristi della legge delle citazioni) invece di ricordarlo come fonte di cognizione. Soluzione questa che i giustinianeî avevano già dimostrato di preferire come testimonia il testo di un'altra *decisio* emessa pochi mesi prima rispetto a quella in esame (cfr. C.I. 4, 5, 10, 1: ...*Ulpianus ...et tam Marcellum quam Celsum sibi consonantes refert...*), ove Ulpiano viene appunto espressamente indicato come fonte di cognizione del pensiero di due giuristi medioclassici.

Alla luce di queste riflessioni, mi sembra che si possa addivenire alla conclusione che i compilatori, durante la composizione di C.I. 2, 18 (19), 24, leggessero (o quantomeno confrontassero) i *digesta* di Giuliano, scegliendo poi, in sede di redazione della raccolta di *iura*, di conservare il testo di Ulpiano da cui probabilmente avevano preso lo spunto che aveva suggerito l'analisi dell'opera giuliana.

La seconda *decisio* del 17 novembre del 530 in cui risulta inserita una citazione nominativa è tramandata in C.I. 6, 2, 22. Si tratta di un provvedimento in cui sono contenute tre distinte *decisiones* che risolvono altrettante questioni insorte «*apud antiquos legum interpretes*»⁵⁸.

La cancelleria imperiale premette che, pur essendo stato universalmente ammesso il principio «*ei competere furti actionem, cuius*

⁵⁸ Individuano tre *decisiones* G. SCHERILLO, *Postilla a c. 22 C. 6, 2*, in *RIL* 2^a s., 63, 1930, p. 703 e ss. (= *Scritti giuridici*, II.2, *Studi di diritto romano*, Milano, 1995, pp. 487-488, nt. 4); successivamente SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klasisik*, cit., p. 204; HONORÉ, *Tribonian*, cit., p. 143 e ss.; nella letteratura più recente LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., p. 491 e nt. 24; RUSSO RUGGERI, *Studi sulle Quinquaginta decisiones*, cit., pp. 40-41; VARVARO, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 395 e ss., secondo il quale l'autonomia delle tre *decisiones* sarebbe evidenziata dal modo in cui si articola il testo del provvedimento, tanto dal punto di vista logico, quanto da quello sintattico; le tre *decisiones* sono separate, l'una dall'altra da una congiunzione avversativa (*autem* e *sed*). Tuttavia molti di coloro che si sono occupati del tema delle *quinquaginta decisiones* hanno ritenuto che in C.I. 6, 2, 22 sia contenuta un'unica *decisio*: in questo senso S. DI MARZO, *Le quinquaginta decisiones di Giustiniano*, I, Palermo, 1899-1900, p. 14 e p. 49 e ss.; ROTONDI, *Studi sulle fonti del Codice Giustiniano*, cit., p. 148 (= *Scritti giuridici*, I, cit., p. 232); SCHELTEMA, *Subsecivum XVIII. Les Quinquaginta Decisiones*, cit., p. 7; FALCHI, *Osservazioni sulle «L decisiones»*, cit., p. 125, nt. 13; ID., *Sulla codificazione del diritto romano nel V e VI secolo*, cit., p. 112, mentre in *Studi sulle relazioni tra la legislazione di Giustiniano (528-534) e la codificazione di «leges» e «iura»*, cit., p. 51 ritiene che il provvedimento contenga tre *decisiones* diverse.

interest, ne furtum committatur» (cfr. C.I. 6, 2, 22, pr.), continuavano le controversie sul riconoscimento dell'*actio furti* al comodatario «*idoneo scilicet constituto, quia et ipse commodati actione a domino pro ea re conveniri potest»* (§ 1)⁵⁹. Tale legittimazione, accordata in via generale a chi avesse preso la cosa in comodato, veniva riconosciuta, invece, al *dominus rei* solamente nel caso in cui il primo si trovasse in stato di povertà, e non fosse più solvibile (1a)⁶⁰.

⁵⁹ Cfr. C.I. 6, 2, 22 pr.-1: *Idem A. Iuliano pp. Manifestissimi quidem iuris est furto perpetrato ei competere furti actionem, cuius interest, ne furtum committatur. 1. Sed quaerebatur apud antiquos legum interpretes, si quis commodavit alii rem ad se pertinentem et ipsa res subtracta est, an furti actio adversus furem institui possit ab eo qui rem utendam accepit, idoneo scilicet constituto, quia et ipse commodati actione a domino pro ea re conveniri potest.* A proposito della legittimazione attiva all'*actio furti* cfr. I. 4, 1, 13 (15)-15 (17) in cui si trovano le varie applicazioni del principio che vuole legittimato attivamente all'*actio furti* chiunque, sia o no il proprietario, abbia comunque un interesse all'incolumità della cosa. La regola dell'interesse, così come esposta dai compilatori delle Istituzioni, deriva, come è noto da Gai. 3, 203 (su tale testo v. tra gli altri in particolare F. PASTORI, *Gaio e la responsabilità contrattuale*, in *Labeo* 2, 1956, p. 300); v. anche D. 47, 2, 77 (76), 1 (Pomp. 38 *ad Quint. Muc.*). Ulteriori enunciazioni della regola dell'interesse si trovano in D. 47, 2, 10 (Ulp. 29 *ad Sab.*), in PS. 2, 31, 4 e, per un aspetto particolare, in D. 47, 2, 49 pr. (Gai. 10 *ad ed. prov.*). Tuttavia secondo F.M. DE ROBERTIS, *La legittimazione attiva nell'actio furti*, II, *La regola dell'interesse e i criteri a base della legittimazione*, in *Annali Bari* 10, 1950, pp. 94-95 e pp. 130-134 (= *Scritti vari di diritto romano*, III, Bari, 1987, pp. 262-263 e pp. 298-302), i giustinianeî intendevano attribuire alla regola un contenuto più ampio di quello del puro e semplice interesse alla conservazione della cosa («*rem salvam esse*»: cfr. I. 4, 1, 13 [15]), così come configurato dalla giurisprudenza classica (cfr. DE ROBERTIS, *ibidem*, in specie p. 110 e ss. [= *Scritti vari di diritto romano*, III, cit., p. 278 e ss.]; sul punto v. anche, fra gli altri, F. SCHULZ, *Die Aktivlegitimation zur actio furti im klassischen römischen Recht*, in *ZSS* 32, 1911, p. 23; W.W. BUCKLAND, *L'intérêt dans l'actio furti en droit classique*, in *NRHD* 3° s. 40, 1917, p. 5 e ss.; successivamente J. ROSENTHAL, *Custodia und Aktivlegitimation zur Actio furti*, in *ZSS* 68, 1951, p. 217 e ss.; M. KASER, *Die actio furti des Verkäufers*, in *ZSS* 96, 1979, p. 89 e ss.). In particolare la nuova concezione risulterebbe proprio dalla diversa formulazione della regola dell'interesse enunciata in C.I. 6, 2, 22 pr. da cui si ricaverebbe la volontà della cancelleria giustiniana di estendere la legittimazione attiva all'*actio furti* a chiunque avesse un interesse «*ne furtum committatur*», a prescindere dunque dal semplice interesse alla conservazione della cosa; sul punto v. dello stesso DE ROBERTIS, *La legittimazione attiva nell'actio furti*, I, *Sulla questione an fur furti agere possit*, in *Annali Bari*, 10, cit., p. 59 e ss. (= *Scritti vari di diritto romano*, III, cit., p. 311 e ss.), e nella letteratura più recente LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., pp. 486-488 e nt. 19.

⁶⁰ Cfr. C.I. 6, 2, 22, 1a: *Et hoc quidem paene iam fuerat concessum, ut habeat ipse actionem, nisi inopia noscitur laborare: tunc enim furti actionem do-*

La questione era ancor più dubbia («*satis increbuit dubitatio*») se il comodatario, essendo solvibile «*tempore quo furtum committebatur*», fosse divenuto povero «*antequam moveatur actio quae ei antea competebat*», ossia prima che fosse esperita l'*actio furti*. In questo caso ci si chiedeva se il comodatario, divenuto insolubile, conservasse la legittimazione all'esercizio dell'*actio furti* («*apud eum manere*») o se, invece, tale legittimazione dovesse riconoscersi al proprietario («*ad dominum reverti*»), ossia si trattava di stabilire, aggiungono i giustinianeî, se l'*actio furti* fosse o meno «*ambulatoria*»⁶¹. Ci si domandava inoltre se il comodatario conservasse o meno la legittimazione attiva all'*actio furti* ove fosse solvibile solo parzialmente⁶².

Adottando la soluzione che viene indicata come una «*simplicior sententia*», la cancelleria stabilisce che sarebbe stato il *dominus* a scegliere se esercitare l'*actio commodati* «*adversus res accipientem*» o l'*actio furti* nei confronti del ladro («*adversus eum qui rem subripuit*»); scelta una delle due azioni, il comodante non avrebbe però più potuto esperire l'altra (§ 1d)⁶³. Se il *dominus* avesse scelto di agi-

mino competere dicebant. Per quanto riguarda la soluzione adottata dagli *antiqui veteres* ricordata dalla cancelleria nei §§ 1-1a, cfr. in specie SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., p. 206 e ss.

⁶¹ Cfr. C.I. 6, 2, 22, 1b: *Sed ea satis increbuit dubitatio, si tempore quo furtum committebatur idoneus erat is qui rem commodandam accepit, postea autem ad inopiam pervenit, antequam moveatur actio quae ei antea competebat, an debeat actio quae semel ei adquisita est firmiter apud eum manere vel ad dominum reverti, cum et hoc quaerebatur, an in hoc casu furti actio ambulatoria sit nec ne*. Sul significato del termine «ambulatoria», v. H. ANKUM, *Ambulatorius in the Roman Legal Sources*, in *The Irish Jurist* 31, 1996, pp. 202-203 e dello stesso autore, *Justinien C.6.2.22.pr.-3a de 530 après J.-C., et la légitimation active de l'actio furti en cas de vol d'une chose prêtée dans le droit romain classique*, in *RIDA* 47, 2000, p. 473, ove lo studioso precisa che il problema della «mobilità» dell'azione si sarebbe posta nel caso in cui il comodatario solvibile al momento del furto, sarebbe dopo divenuto insolubile e poi ancora solvibile. Sull'artificiosità del quesito prospettato dalla cancelleria, v. anche, nella letteratura più risalente, C. FERRINI, *Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano*, in *AG* 53, 1894, pp. 289-290 (= *Opere*, III, Milano, 1929, p. 182) e successivamente SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., pp. 205-206.

⁶² Cfr. C.I. 6, 2, 22, 1c: *Sed omnem talem tractatum alia sequitur subdivisio, si ex parte solvendo sit is qui rem utendam accepit, ut possit non in totum, sed particularem solutionem ei facere, an habeat furti actionem vel non*. Sulla configurazione di questa ulteriore questione v. ancora SCHINDLER, *op. ult. cit.*, p. 205 e ss.

⁶³ Cfr. C.I. 6, 2, 22, 1d: *Tales itaque ambiguitates veterum, immo magis, quod melius dicendum est, ambages nobis decidentibus in tanta rerum difficultate simpli-*

re con l'*actio furti*, il comodatario non avrebbe più avuto nessun obbligo nei suoi confronti; se, invece, avesse esperito l'*actio commodati* nei confronti del comodatario, non avrebbe potuto più esercitare l'*actio furti*, la cui legittimazione attiva sarebbe spettata al comodatario ove il proprietario avesse saputo che la cosa data in comodato era stata rubata (§ 1e)⁶⁴.

Nel caso in cui il *dominus* avesse esperito l'*actio commodati* senza essere a conoscenza che la *res* fosse stata rubata, e «*dubitans rem non esse apud eum*» (ossia presso il comodatario), avrebbe potuto rinunciare all'azione intrapresa ed esperire l'*actio furti*, purché egli non fosse già stato soddisfatto dal comodatario. Quest'ultimo, infatti, in tale ipotesi, sarebbe stato comunque liberato nei confronti del proprietario, a prescindere dall'esito dell'azione promossa contro il ladro, ed indipendentemente dalla sua solvibilità, totale o parziale (§ 2)⁶⁵.

cior sententia placuit, ut in domini sit voluntate, sive commodati actionem adversus res accipientem movere desiderat sive furti adversus eum qui rem subripuit, et alterutra earum electa dominum non posse ex paenitentia ad alteram venire. A tal proposito pare opportuno rilevare l'uso dell'espressione – che ho riportato anche nel corpo del testo – «*simplicior sententia*» che è posta in contrapposizione a «*ambiguitates veterum*» e a «*difficultate*»; la terminologia utilizzata dalla cancelleria sembra infatti voler mostrare uno degli scopi delle *decisiones*: quello di dare, almeno per le questioni più urgenti, immediata applicazione ai valori guida della legislazione di Giustiniano, ossia alla *humanitas*, alla *pietas*, alla *aequitas*, alla *voluntas testatoris* o *domini*, al *favor libertatis* e, appunto, alla *simplicitas*; così già RUSSO RUGGERI, *Studi sulle Cinquaginta decisiones*, cit., p. 115 e ss. Per un esame approfondito della questione v. l'ampia indagine di SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., p. 338 e ss.; a tal proposito risulta interessante quanto notato da R. BONINI nella recensione al lavoro di Schindler, in *SDHI* 33, 1967, pp. 460-469 (in specie p. 468) ove l'autore sottolinea il richiamo alla *simplicitas*, come presa di coscienza da parte della cancelleria delle difficoltà di utilizzazione delle fonti giurisprudenziali classiche «a fini 'legislativi'».

⁶⁴ Cfr. C.I. 6, 2, 22, 1e: *Sed si quidem furem elegerit, illum qui rem utendam accepit penitus liberari: sin autem quasi commodator veniat adversus eum qui rem utendam accepit, ipsi quidem nullo modo competere posse adversus furem furti actionem, eum autem, qui pro re commodata convenitur, posse adversus furem furti habere actionem, ita tamen, si dominus sciens rem esse subreptam adversus eum qui eam accepit perveniat.* Su questa parte del provvedimento cfr. tra gli altri LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., p. 488.

⁶⁵ Cfr. 6, 2, 22, 2: *Sin autem nescius et dubitans rem non esse apud eum commodati actionem instituit, postea autem re comperta voluit remittere quidem commodati actionem, ad furti autem pervenire, tunc licentia ei concedatur et adversus furem venire, nullo obstaculo ei opponendo, quoniam incertus constitutus movit adversus eum qui rem utendam accepit commodati actionem, (nisi domino ab eo satisfactum est: tunc etenim omnimodo furem a domino quidem furti actione li-*

La cancelleria adotta una soluzione innovativa, superando l'opinione dei *veteres* che avvicinavano la fattispecie presa in esame nella costituzione a quella del furto compiuto ai danni del *conductor operis*. Infatti Gaio⁶⁶ riconosceva al *commodatarius*, se solvibile, la legittimazione all'*actio furti* perché, come il *fullo* e il *sarcinator*, è a lui che interessava che la cosa non perisse, dovendo rispondere nei confronti del proprietario della custodia del bene⁶⁷. Punto di partenza dei giustiniani sembrano quindi essere le Istituzioni di Gaio, circostanza questa che pare confermata altresì dal fatto che I. 4, 1, 16 (18) fa chiaramente riferimento a Gai. 3, 206 (cfr. I. 4, 1, 16 [18] ...*veteres existimabant*...) e, che inoltre, riproduce testualmente, con alcune minime varianti formali, quanto stabilito in C.I. 6, 2, 22, 1d-2⁶⁸.

berari, suppositum autem esse ei, qui pro re sibi commodata domino satisfecit), cum manifestissimum est, etiam si ab initio dominus actionem instituit commodati ignarus rei subreptae, postea autem hoc ei cognito adversus furem transivit, omnimodo liberari eum qui rem commodatam suscipit, quemcumque causae exitum dominus adversus furem habuerit: eadem definitione obtinente, sive in partem sive in solidum solvendo sit is qui rem commodatam accepit. Quanto stabilito in questo paragrafo e nei precedenti §§ 1d-1e si trova riprodotto quasi letteralmente nelle *Institutiones* (cfr. I. 4, 1, 16 [18]; sul punto v. in specie LUCHETTI, *op. ult. cit.*, p. 488 e ss. e nt. 23). Tale circostanza è stata addotta dalla dottrina come prova dell'indipendenza della *decisio* riportata nella prima parte della costituzione rispetto alle altre riferite nel seguito del provvedimento: a tal proposito cfr. in particolare VARVARO, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 401 e nt. 71.

⁶⁶ Cfr. Gai. 3, 205 in cui si dice che se al *fullo* o al *sarcinator* vengono rubati i vestiti che ha ricevuto per pulirli o per rammendarli, è a lui che spetta l'*actio furti*, non al proprietario «*quia domini nihil interest ea non periisse*», in quanto egli può ottenere il suo «*cum iudicio locati a fullone aut sarcinatore*», purché il *fullo* o il *sarcinator* sia solvibile; infatti, se non lo è l'*actio furti* spetta al proprietario «*quia hoc casu ipsius interest rem salvam esse*»; cfr. anche Gai. 3, 206 ove, appunto, quanto detto a proposito del *fullo* e del *sarcinator*, viene esteso anche «*ad eum cui rem commodavimus*».

⁶⁷ Sulla responsabilità per custodia del comodatario, v. P. VOCI, «*Diligentia*», «*custodia*», «*culpa*». *I dati fondamentali*, in *SDHI* 56, 1990, pp. 29-143 (= *Ultimi studi di diritto romano*, cit., pp. 71-178); P. CERAMI, *Il comodato*, in *Derecho Romano de obligaciones. Homenaje a J.L. Murga Gener*, Madrid, 1994, pp. 321-325 e p. 330 (= *Il comodato nella storia dell'esperienza giuridica dal diritto classico ai diritti moderni. Ricerche Romanistiche e Prospettive storico-romanistiche*, in *Annali Sem. Giur. Palermo* 43, 1995, pp. 309-315 e p. 321); F. PASTORI, *Il comodato in diritto romano*, Milano, 1995, p. 233-416; cfr. altresì C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. Materiali per un corso di diritto romano*, Catania, 1996, pp. 69-81.

⁶⁸ Per le differenze riscontrabili tra I. 4, 1, 16 (18) e C.I. 6, 2, 22, 1d-2, cfr. in specie LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., pp. 490-491, nt. 23.

Tuttavia delle opinioni discordanti cui fa riferimento la cancelleria di Giustiniano non si trova traccia nelle fonti ove risulta attestato che il comodatario può esperire l'*actio furti*, a meno che egli non sia insolvente⁶⁹. Addirittura talora si legge che il comodatario ha l'*actio furti* anche se la cosa sia stata rubata dopo la morte del comodante e durante la giacenza dell'eredità (cfr. D. 47, 2, 14, 14 [Ulp. 29 *ad Sab.*]: *Si res commodata est et is cui commoda est decesserit: quamvis hereditati furtum fieri non possit et ideo nec heres eius cui commodata est possit agere, tamen commodator poterit furti agere...*). Sembrerebbe dunque che Giustiniano prospetti una controversia classica, che a noi risulta inesistente, per preparare e giustificare la *decisio*, ossia quasi per legittimarla⁷⁰.

Non si trova traccia nella raccolta di *iura* neppure della questione riguardante la possibilità di concedere al *dominus* l'*actio furti*

⁶⁹ Cfr. ad esempio D. 47, 2, 54 (53), 1 (Paul. 39 *ad ed.*) e Coll. 10, 2, 6 (Mod. l. *diff.*).

⁷⁰ Così già SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., p. 206 e ss., che ritiene che la cancelleria giustiniana presenti la riforma come soluzione di una controversia dottrinale inesistente *apud antiquos legum interpretes*; si tratterebbe, per l'autore, di un vero e proprio metodo di riforma. Per l'effettiva esistenza sul punto di controversie giurisprudenziali v. FERRINI, *Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano*, cit., pp. 288-289 (= *Opere*, III, cit., pp. 180-181) il quale, pur riconoscendo che delle *dubitationes* non si trova traccia nelle fonti, considera pienamente attendibile il racconto giustiniano; sul punto cfr. anche DE ROBERTIS, *La legittimazione attiva nell'actio furti*, II, cit., pp. 99-100 e pp. 108-109 (= *Scritti varii di diritto romano*, III, cit., pp. 267-268 e pp. 276-277). Per l'opinione che la controversia riguardasse addirittura la giurisprudenza preclassica e che Quinto Mucio ne fosse uno dei protagonisti cfr. P. HUVELIN, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*, I, *Les sources*, Lyon-Paris, 1915, p. 349, che arriva alla suddetta conclusione partendo dal frammento di Pomponio documentato in D. 47, 2, 77 (76), 1 (Pomp. 38 *ad Q. Muc.*): *Si quis alteri furtum fecerit et id quod subripuit alius ab eo subripuit, cum posteriore fure dominus eius rei furti agere potest, fur prior non potest, ideo quod domini interfuit, non prioris furis, ut id quod subreptum est salvum esset. haec Quintus Mucius refert et vera sunt: nam licet intersit furis rem salvam esse, quia condictione tenetur, tamen cum eo is cuius interest furti habet actionem, si honesta ex causa interest. nec utimur Servii sententia, qui putabat, si rei subreptae dominus nemo exstaret nec exstaturus esset, furem habere furti actionem: non magis enim tunc eius esse intellegitur, qui lucrum facturus sit. dominus igitur habebit cum utroque furti actionem, ita ut, si cum altero furti actionem inchoat, adversus alterum nihilo minus duret: sed et condictionem, quia ex diversis factis tenentur.*

qualora il comodatario fosse solvibile solo in parte⁷¹. Tuttavia, a tal proposito, va rilevato che, dalla formulazione letterale del § 1c («*sed omnem talem tractatum alia sequitur subdivisio, si ex parte solvendo sit is qui rem utendam accepit, ut possit non in totum, sed particularem solutionem ei facere, an habeat furti actionem vel non*»), non sembra che la cancelleria volesse presentare il problema della solvibilità parziale come un dubbio sorto presso i classici, ma piuttosto come una «*subdivisio*» che «*sequitur*» il quesito più generale di cui al precedente § 1b, vale a dire se l'*actio furti* fosse o meno, in ragione della solvenza del comodatario, «*ambulatoria*».

La competenza dell'*actio furti* a chi ha ricevuto la cosa in prestito conduce alla *secunda dubitatio* e alla relativa *decisio* di cui si fa parola nella parte del provvedimento di seguito riportata e che qui risulta particolarmente interessante essendo in essa inserita la citazione nominativa di Papiniano:

C.I. 6, 2, 22, 3-3a (*Idem A. Iuliano pp.*): *Sed cum in secunda dubitatione incidebat, quid statuendum sit, si quis rem commodatam habuerit, quam aliquis furto subtraxerat et lite pulsatus condemnationem passus fuerat non tantum in rem furtivam, sed etiam in poenam furti, et postea dominus rei venerit omnem condemnationem accipere desiderans utpote ex suae rei occasione ortam, alia dubitatio incidit veteribus, utrumne rem tantummodo suam vel eius aestimationem consequatur, an etiam summam poenalem. 3a. Et licet ab antiquis variatum est et ab ipso Papiniano in contrarias declinante sententias, tamen nobis haec decidentibus Papinianus, licet variavit, eligendus est, non in prima, sed in secunda eius definitione, in qua lucrum statuit minime ad dominum rei pervenire: ubi enim periculum, ibi et lucrum collocetur, nec sit damno tantummodo deditus qui rem commodatam accepit, sed liceat ei etiam lucrum sperare. (D. xv k. Dec. Lampadio et Oreste vv. cc. cons.) (17 novembre 530).*

⁷¹ Se si considera un frammento di Giavoleno (cfr. D. 50, 16, 114 [Iav. 15 ex Cassio]: *Solvendo esse nemo intellegitur, nisi qui solidum potest solvere*) la questione si sarebbe dovuta risolvere senz'altro con la concessione dell'*actio furti* al proprietario.

Si tratta del caso in cui il comodatario avesse agito in giudizio con l'azione penale ottenendo il pagamento della condanna ad un multiplo del valore della *res furtiva*. A tal proposito la cancelleria riferisce che i *veteres* non erano concordi circa la spettanza al proprietario di tutta la somma pagata a titolo di pena, o solamente di una parte di essa: secondo alcuni, infatti, al proprietario sarebbe spettata soltanto la parte della pena corrispondente alla *aestimatio*; secondo altri, invece, il *dominus* avrebbe dovuto conseguire l'intera somma. In effetti nelle fonti non si trova una soluzione univoca⁷²: se per Paolo il venditore non è obbligato a cedere la *poena furti* al compratore (cfr. D. 18, 4, 21 i.f. [Paul. 16 *quaest.*]: ...*propter furti actionem duplum abstulero, nihil hoc ad emptorem pertinebit...*), in D. 19, 2, 6 (Gai. 10 *ad ed. prov.*) si legge, invece, che «*is qui rem conduxerit non cogitur restituere id quod rei nomine furti actione consecutus est*». Che il problema fosse ben vivo nel diritto classico è dimostrato altresì dal fatto che Papiniano aveva mutato opinione in proposito (cfr. § 3a. ...*licet variavit...*). Fra le *sententiae contrariae*⁷³, la cancelleria imperiale accoglie quella del giurista severiano secondo cui al proprietario sarebbe spettata solamente l'*aestimatio*, mentre il comodatario che aveva sopportato il *periculum* del furto, avrebbe dovuto trattenere per sé la parte residua della somma pagata a titolo di *poena* dal ladro condannato⁷⁴, enunciando così il principio, suscettibile di applicazione generale, secondo cui «*ubi enim periculum, ibi et lucrum collocetur*» (§ 3a)⁷⁵.

⁷² Sul punto v. fra gli altri G.C.J.J. VAN DEN BERGH, *Qui habet commoda ferre debet onera. Contributions à l'histoire d'une maxime juridique*, in Flores legum H.J. Scheltema oblati, Groningen, 1971, pp. 21-44 (in specie pp. 33-34).

⁷³ Per quanto concerne la controversia tra i giuristi classici menzionata nei §§ 3-3a, ritiene che sia effettivamente esistita SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., p. 162; diversamente secondo VAN DEN BERGH, *Qui habet commoda ferre debet onera. Contributions à l'histoire d'une maxime juridique*, cit., p. 33, una controversia classica in questa materia risulta «alquanto dubbia e l'asserzione di Giustiniano falsa». Sull'argomento v. altresì RUSSO RUGGERI, *Studi sulle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 41, nonché VARVARO, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, cit., pp. 399-400.

⁷⁴ Al proposito cfr. V. ARANGIO RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*², Napoli, 1933 (rist. 1958), p. 84 e ss. e nt. 1, e nella letteratura più recente VARVARO, *op. ult. cit.*, p. 400 e nt. 69.

⁷⁵ La questione controversa presso gli antichi, risulta in realtà assai meno importante per i giustinianei in quanto è ormai il comodante che prende l'iniziativa

Il fatto che Papiniano avesse cambiato idea è dimostrato anche da D. 13, 7, 22, pr. (Ulp. 30 *ad ed.*), testo in cui Ulpiano riferisce un'opinione papiniana, espressa nelle *quaestiones*, secondo la quale se il creditore ipotecario esperisce l'*actio furti*, «*totum, quidquid percepit, debito eum imputare*»⁷⁶. È ragionevole ritenere che la can-

(sul punto v. FERRINI, *Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano*, cit., pp. 290-291 [= *Opere*, III, cit., pp. 182-183]). Per i giustinianeî il comodatario è tenuto per *exactissima diligentia*, ma probabilmente essi volevano mantenere il regime pratico della responsabilità per custodia (al proposito v. PASTORI, *Il comodato nel diritto romano*, cit., p. 279, nonché ANKUM, *Justinien C.6.2.22.pr.-5° de 530 après J.-C., et la légitimation active de l'actio furti*, cit., p. 478). I motivi della riforma sarebbero quindi da individuare nell'opportunità di meglio tutelare la posizione del *dominus* della cosa rubata che in diritto giustiniano non sarebbe più stato sufficientemente garantito dall'azione contrattuale di comodato a causa della trasformazione, appunto, della responsabilità oggettiva del comodatario per omessa custodia in responsabilità soggettiva fondata ormai sul criterio, più rigoroso, della *exactissima diligentia*; sul punto v. W. KUNKEL, *Diligentia*, in *ZSS* 45, 1925, p. 269 e ss.; ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*², cit., p. 62 e ss., nonché VOCI, «*Diligentia*», «*custodia*», «*culpa*». *I dati fondamentali*, cit., p. 63 (= *Ultimi studi di diritto romano*, cit., p. 113).

⁷⁶ Cfr. D. 13, 7, 22 pr. (Ulp. 30 *ad ed.*): *Si pignore subrepto furti egerit creditor, totum, quidquid percepit, debito eum imputare Papinianus confitetur, et est verum, etiamsi culpa creditoris furtum factum sit. multo magis hoc erit dicendum in eo, quod ex condictione consecutus est. sed quod ipse debitor furti actione praestitit creditori vel condictione, an debito sit imputandum videamus: et quidem non oportere id ei restitui, quod ipse ex furti actione praestitit, peraeque relatam est et traditum, et ita Papinianus libro nono quaestionum ait.* Sul punto v. la ricostruzione di LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., c. 831 e cc. 838-839, che colloca il *principium* di D. 13, 7, 22 nel nono libro delle *quaestiones* di Papiniano e i §§ 3-3a di C.I. 6, 2, 22 nella stessa opera papiniana, ma nel dodicesimo libro sotto il titolo contraddistinto dalla rubrica «*de furtis*». A proposito delle opinioni di Papiniano v. MESSANA, *Sui «libri definitionum» di Emilio Papiniano*, cit., p. 286, la quale ha sostenuto che il richiamo in C.I. 6, 2, 22, 3a ad una «*prima*» e ad una «*secunda definitio Papiniani*» potrebbe essere l'indizio della presenza originaria dell'argomento nel contesto dei *libri definitionum*. La rispondenza fra le *quinquaginta decisiones* e le *definitiones* di Papiniano costituisce, infatti, il *thema probandum* delle pagine dedicate dall'autrice alle *decisiones* giustiniane. Diversamente FALCHI, *Sulla codificazione del diritto romano nel V e VI secolo*, cit., p. 113 e ss., analizzando le *decisiones* emanate tra l'agosto ed il novembre del 530, ha creduto di poter scorgere una corrispondenza fra l'ordine degli argomenti trattati da tali *decisiones* e quello dei libri VII-XII delle *quaestiones* di Papiniano; *contra* D. MANTOVANI, *Sulle consolidazioni giuridiche tardo antiche*, in *Labeo* 41, 1995, pp. 251-275 (in specie p. 258 e ss.), che ha notato come le corrispondenze individuate da Falchi siano troppo generali perché possano considerarsi significative non solo in ordine all'individuazione di una singola opera, ma anche di un determinato giurista. Le osservazioni di Mantovani sono condivise da RUSSO RUGGERI, *Studi sulle Quinquaginta Decisiones*,

celleria giustiniana conoscesse bene le diverse prese di posizione del giurista richiamato trattandosi appunto di Papiniano⁷⁷.

cit., p. 87, nt. 24 e pp. 92-93, ntt. 40-41, nonché da VARVARO, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 509 e ss.

⁷⁷ Infine, per completezza, ricordo la terza *decisio* che risolve la *dubitatio* che sarebbe insorta fra gli antichi giuristi circa la legittimazione all'esercizio dell'*actio furti* da parte del marito nei confronti della moglie che gli avesse rubato la *res commodata* (cfr. C.I. 6, 2, 22, 4-4c: *Cum autem in confinio earum dubitationum tertia exorta est, quare non et eam decidimus? cum enim apertissimi iuris est non posse maritum constante matrimonio furti actionem contra suam uxorem habere, quia lex ita atrocem actionem dare in personas ita sibi coniunctas erubuit, huiusmodi incidit veterum sensibus quaestio. 4a. Quidam etenim re sibi commodata huiusmodi rei furtum a sua muliere passus est: et dubitabatur, utrumne domino rei furti actio contra mulierem praestatur, an propter necessitatem causae et maritus eius utpote commodati actioni suppositus potest habere furti actionem. 4b. Et auctores quidem iuris satis et in hac specie contra se iurgium exercuerunt: ex praesente autem lege et anterioribus nostris decisionibus, quae in ista positae sunt constitutione, potest et haec species apertius dirimi. 4c. Si enim domino dedimus electionem ad quem voluit pervenire, sive ad eum qui rem commodatam accepit, sive contra eum qui furtum commisit, et in hac specie maritus quidem propter matrimonii pudorem non furti, sed rerum amotarum actionem habeat, si ipsum dominus elegerit, dominus autem omnem licentiam possideat sive adversus maritum commodati sive adversus mulierem furti actionem extendere: ita tamen ut, si ipse qui rem commodatam accepit solvendo sit, nullo modo adversus mulierem furti actio extendatur, ne ex huiusmodi occasione inter maritum et uxorem, qui non bene secum vivunt, aliqua machinatio oriatur, et forsitan marito volente uxor eius et trahatur et furti patiatur poenalem condemnationem. D. xv k. Dec. Lampadio et Oreste vv. cc. cons.). Si dubitava, infatti, se l'*actio furti* spettasse solamente al dominus-comodante o anche al marito-comodatario nei confronti della propria moglie. La questione viene risolta alla luce delle due precedenti *decisiones*. Poiché al proprietario era stata concessa la possibilità di scegliere se agire con l'*actio furti* contro la ladra o con l'*actio commodati* contro il marito-comodatario, quest'ultimo avrebbe potuto esperire nei confronti della propria moglie solamente l'*actio rerum amotarum*. La spiegazione della soluzione secondo cui il marito poteva esperire l'*actio rerum amotarum*, ma non l'*actio furti* contro la moglie risale ad un'opinione secondo la quale fra i coniugi sarebbe esistita una *societas vitae* che avrebbe escluso la *contractatio*. Di ciò siamo informati da un passo di Paolo, documentato in D. 25, 2, 1 (Paul. 7 ad Sab.), in cui si legge che, secondo alcuni *prudentes*, contro la moglie non era possibile esperire l'*actio furti* in quanto, nella *societas vitae* costituita con il matrimonio, la moglie era considerata «quodammodo domina», quindi sarebbe mancato l'elemento della *contractatio*, elemento questo necessario perché si potesse configurare il furto. Sabino e Proculo, invece, ritenevano che in ogni caso contro la moglie non si poteva agire con l'*actio furti*, in forza del *ius constitutum*, benché il furto fosse avvenuto. Pare che anche Salvio Giuliano fosse di questo avviso. Le uniche ipotesi in cui il marito sarebbe stato legittimato ad esperire l'*actio furti* contro la moglie sono quelle trattate in D. 25, 2, 3, 2 (Paul. 7 ad Sab.): *Sed et cum uxore furti agere possibile est, si ei cui heredes simus furtum fecit, vel nobis antequam**

L'ultima costituzione rientrante nel novero delle *quinquaginta decisiones* in cui risulta inserita una citazione nominativa dei *prudentes* è tramandata in C.I. 6, 29, 3 e risolve una questione riguardante la preterizione del figlio *heres suus* concepito, ma non ancora nato⁷⁸:

C.I. 6, 29, 3: *Imp. Iustinianus A. Iuliano pp. Quod certatum est apud veteres, nos decidimus. cum igitur is qui in ventre portabatur praeteritus fuerat, qui, si ad lucem fuisset redactus, suus heres patri existeret, si non alius eum antecederet et nascendo ruptum testamentum faciebat, si postumus in hunc quidem orbem devolutus est, voce autem non emissa ab hac luce subtractus est, dubitabatur, si is postumus ruptum facere testamentum potest. 1. Veteres animi turbati sunt, quid de paterno elogio statuendum sit. cumque Sabiniani*

nuberet... L'opinione espressa da Paolo è chiara, anche se probabilmente, la chiusa del passo è di origine compilatoria: se la ragione per escludere la possibilità di agire *adversus uxorem* era costituita dalla *societas vitae* che si determinava con il matrimonio, tale 'causa di giustificazione' non avrebbe operato quando, pur in costanza di matrimonio, fosse stata rubata una cosa che non appartenesse alla 'comunione', o, a maggior ragione, quando prima del matrimonio, tale *societas* non era neppure venuta ad esistenza (sull'argomento cfr. A. WACKE, *Actio rerum amotarum*, Köln-Graz, 1963, p. 49 e ss.; A. GUARINO, *Res amotae*, in *Annali Napoli* 75, 1964, p. 65 e ss. [= *Pagine di diritto romano*, VII, Napoli, 1995, p. 123 e ss.]; SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., p. 208 e ss.; VARVARO, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 400, nt. 70). Al fine di evitare litigi «*inter maritum et uxorem, qui non bene secum vivunt*», la cancelleria stabilisce che il marito non sarebbe stato legittimato «*propter matrimonii pudorem*» all'esercizio dell'*actio furti* nei confronti della moglie, anche se, convenuto in giudizio dal proprietario con l'*actio commodati*, fosse rimasto soccombente e, quindi, avrebbe dovuto pagare la *condemnatio*. Il diritto di famiglia giustiniano sembra dunque caratterizzato, sotto certi aspetti, da specificità, completezza e autosufficienza.

⁷⁸ La natura di *decisio* è generalmente ammessa sulla base del *principium* («*nos decidimus*»); sul punto v. ROTONDI, *Studi sulle fonti del Codice Giustiniano*, cit., p. 148 (= *Scritti giuridici*, I, cit., p. 232); SCHERILLO, *Sulle citazioni di giureconsulti classici nella legislazione di Giustiniano anteriore alla costituzione «Deo auctore»*, cit., p. 430 (= *Scritti giuridici*, I, cit., p. 215); HONORÈ, *Tribonian*, cit., p. 144, nt. 39; SCHELTEMA, *Subsecivum XVIII. Les Quinquaginta Decisiones*, cit., p. 7; FALCHI, *Osservazioni sulle «L decisiones» di Giustiniano*, cit., p. 125, nt. 13; ID., *Sulla codificazione del diritto romano nel V e VI secolo*, cit., p. 111, ntt. 95 e 112 e anche *Studi sulle relazioni tra la legislazione di Giustiniano (528-534) e la codificazione di «leges» e «iura»*, cit., p. 52; RUSSO RUGGERI, *Studi sulle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 39; MESSANA, *Sui «libri definitionum» di Emilio Papiniano*, cit., p. 283; VARVARO, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 409 e ss.

existimabant, si vivus natus est, etsi vocem non emisit, ruptum testamentum, [apparet]⁷⁹, quod, etsi mutus fuerat, hoc ipsum faciebat, eorum etiam nos laudamus sententiam et sancimus, si vivus perfecte natus est, licet ilico postquam in terram cecidit vel in manibus obstetricis decessit, nihilo minus testamentum corrumpi, hoc tantummodo requirendo, si vivus ad orbem totus processit ad nullum declinans monstrum vel prodigium. D. xv k. Dec. Constantinopoli Lampadio et Oreste vv. cc. cons. (17 novembre 530).

Per i compilatori, sarebbe stato controverso presso gli antichi (cfr. pr.: ...*certatum est apud veteres...*) se il nato vivo e subito morto senza emettere vagiti («voce autem non emissa») avesse potuto rompere il testamento del padre⁸⁰.

Con il riferimento ai «*veteres*», si volevano, probabilmente, riassumere le diverse posizioni dei Sabiniani e dei Proculiani sul problema dell'emissione della voce come indice oggettivo di vitalità⁸¹.

Nel testo viene, però, riportato solo il punto di vista dei Sabiniani secondo i quali il testamento andava considerato invalido se il bambino fosse nato vivo, anche se non avesse emesso alcun suo-

⁷⁹ Cfr. KRÜGER, *Editio maior*, p. 557, nt. 1; sul punto cfr. anche LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., c. 202, che propone di inserire, al posto di «*apparet*», «*apparere eo*».

⁸⁰ Per un'analisi stilistica della costituzione cfr. HONORÉ, *Tribonian*, cit., p. 70 e ss., nonché VARVARO, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 436 e p. 518 e nt. 438.

⁸¹ Tale ipotesi trova conferma nella ricostruzione palinogenetica di Lenel (cfr. *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., c. 216) che elenca il § 123 relativo a Sabino (= C.I. 6, 29, 3, 1) tra le «*Sabinianorum (Cassianorum) et Proculianorum controversiae*». Con specifico riguardo alla controversia in esame cfr. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Infans conceptus. Existence physique et existence juridique*, in *Revue Historique de Droit Français et Étranger* 72, 1994, p. 501. Va comunque rilevato che le *decisiones* non intendevano risolvere i contrasti tra le due scuole, come ritiene erroneamente, a mio avviso, FALCHI, *Osservazioni sulle «L decisiones»*, cit., p. 131 e ss; nel caso di specie, infatti, i compilatori vogliono semplicemente ricordare che tra i *veteres* vi erano due diverse posizioni sul tema oggetto della *decisio*. Va altresì sottolineato, a conferma di quanto detto, che il richiamo dell'opinione dei Sabiniani contenuto nel provvedimento in questione appare un *unicum* nella legislazione imperiale (se si eccettuano C.I. 6, 26, 10 [su tale testo v. *infra*, cap. III, § 3], ove si cita solo Sabino, ed alcuni riferimenti a questioni che si dicono riscontrate, però, «*ex libris Sabinianis*» [sul punto v. *infra*, cap. III, §§ 8 e 12]).

no, poiché si sarebbe potuto trattare anche di un *mutus*. Se da un lato, è probabile che i compilatori non avessero menzionato i Proculiani per esigenze di sintesi, risultando più immediato il solo richiamo della *sententia* accettata, dall'altro lato non si può neppure escludere che la non menzione dei Proculiani fosse legata al fatto che essi non seguissero alcuna teoria precisa e che fossero a loro volta discordi⁸².

La cancelleria raccoglie l'opinione sabiniana⁸³ e stabilisce (cfr. § 1. ...*nos laudamus sententiam et sancimus...*) che il testamento fatto dal padre preterendo il figlio concepito, ma non ancora nato sarebbe stato invalido ove il bambino, pur essendo nato vivo, fosse morto subito dopo la nascita, purché non fosse di fattezze mostruose (cfr. § 1: ...*si vivus ad orbem totus processit ad nullum declinans monstrum vel prodigium*)⁸⁴. Infine, posta la capacità «*si vivus perfecte natus*», si equipara l'infante che «*in terram cecidit*» con il neonato che «*in manibus ostetricis decessit*»⁸⁵.

⁸² Sul punto v. G. IMPALLOMENI, *Vitalità e forma umana come requisiti essenziali alla personalità*, in *Iura* 22, 1971, p. 102, nt. 8 e p. 112. Sull'opinione dei Proculiani cfr., tra gli altri, O. BEHREND, *Anthropologie juridique de la jurisprudence classique romaine*, in *Revue Historique de Droit Français et Étranger* 68, 1990, p. 346 e nt. 32.

⁸³ A tal proposito SCHERILLO, *Sulle citazioni di giureconsulti classici nella legislazione di Giustiniano anteriore alla costituzione «Deo auctore»*, cit., p. 419 (= *Scritti giuridici*, I, cit., p. 203), ha sostenuto che la citazione dei Sabiniani sarebbe stata tratta dai libri ad Sabinum di Ulpiano; *contra* MASSEI, *Le citazioni della giurisprudenza classica nella legislazione imperiale*, cit., p. 457, nt. 1.

⁸⁴ Quando il nato deformato era giudicato «*contra formam humani generis*», si escludeva il suo rilievo come *persona* (cfr. PS. 4, 9, 3-4: *Mulier si monstruosum aliquid aut prodigiosum enixa sit, nihil proficit: non sunt enim liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur*. 4. *Partum, qui membrorum humanorum officia duplicavit, quia hoc ratione aliquatenus videtur effectum, matri prodesse placuit*). Perfettamente conforme appare il diritto giustiniano, come risulta appunto dal provvedimento in esame (cfr. C.I. 6, 29, 3, 1), nonché dalla circostanza che il brano delle *Sententiae* paoline è stato inserito sotto il titolo «*de statu hominum*», di cui D. 1, 5 (cfr. D. 1, 5, 14 [Paul. 4 *Sent.*]). Sull'argomento cfr. IMPALLOMENI, *In tema di vitalità e forma umana come requisiti essenziali alla personalità*, cit., pp. 99-120; D. DALLA, *Status e rilevanza dell'«ostentum»*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, II, Napoli, 1984, pp. 530-531 (= *Ricerche di diritto delle persone*, Torino, 1995, pp. 43-44).

⁸⁵ Sull'avverbio «*perfecte*» utilizzato dalla cancelleria giustiniana al § 1 del testo legislativo esaminato, v. tra gli altri LEFEBVRE-TEILLARD, *Infans conceptus. Existence physique et existence juridique*, cit., p. 513 e ss.

6. *Il quadro conclusivo*

È opportuno, prima di proseguire la nostra indagine, riepilogare brevemente le conclusioni cui siamo fin qui giunti.

Da quanto siamo andati dicendo risulta, innanzi tutto, che nelle costituzioni che si collocano nel periodo che va dall'agosto al novembre del 530, oltre ai giuristi della legge delle citazioni e più precisamente a Papiniano (due volte), a Ulpiano (tre volte) e a Paolo, vengono nominativamente ricordati Celso, Giuliano (tre volte)⁸⁶, Africano, Marcello (due volte), Marciano e Tertulliano. A tali citazioni se ne deve aggiungere un'altra, per così dire 'collettiva', riguardante i Sabiniani.

Alla luce di questo censimento, non pare si possa prestar fede alla tesi di Scherillo, secondo cui nella redazione delle *decisiones* la cancelleria di Giustiniano avrebbe ancora impiegato esclusivamente le opere dei cinque autori previsti dalla legge di Valentiniano III e che pertanto, nei casi in cui si menzionano giuristi diversi, le citazioni dovrebbero comunque essere considerate di seconda mano⁸⁷.

Orbene, è vero che la maggior parte delle citazioni nominative inserite nelle *decisiones*, sembrano essere state desunte dalle opere di Paolo e Ulpiano⁸⁸, ma ciò non vuol affatto dire che le citazioni sia-

⁸⁶ Ovviamente non computo la menzione delle note di Marcello a Giuliano inserita in C.I. 7, 7, 1, 1a: *...quod et Marcellus apud Iulianum in eius digestis notat: hocque et Marcellum, cum Iulianum notaret, rettulisse palam est.*

⁸⁷ Cfr. SCHERILLO, *Sulle citazioni di giureconsulti classici nella legislazione di Giustiniano anteriore alla costituzione «Deo auctore»*, cit., p. 419 e ss. (= *Scritti giuridici*, I, cit., p. 203 e ss.). L'ipotesi di Scherillo è già stata criticata, pur se incidentalmente, da MASSEI, *Le citazioni della giurisprudenza classica nella legislazione imperiale*, cit., p. 450 e ss.; SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., p. 65, nt. 11; PESCANI, *Il piano del Digesto e la sua attuazione*, cit., p. 224 e ss.; nonché nella letteratura più recente da VARVARO, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 503 e nt. 396.

⁸⁸ Mi riferisco a C.I. 4, 5, 10, 1 ove si legge che Ulpiano riferiva l'opinione di Celso e Marcello; C.I. 7, 7, 1, 1a in cui i *libri de fideicommissis* di Paolo e di Ulpiano, oltre a costituire la fonte di cognizione di costituzioni imperiali precedenti, sembrano fornire ai compilatori la citazione di Africano; C.I. 2, 18 (19), 24, 1 ove sembra che la lettura dei *digesta* di Giuliano sia stata suggerita dal commentario *ad edictum* di Ulpiano (D. 3, 5, 7, 3 [Ulp. 10 *ad ed.*]). Tuttavia quest'ultimo caso presenta una differenza rispetto alle altre due costituzioni summenzionate, ossia in C.I. 2, 18 (19), 24, 1 la cancelleria non fa riferimento all'opera ulpiana che forse aveva offerto lo spunto per il controllo sul lavoro originale dell'autore richiamato.

no tutte necessariamente di seconda mano. Esaminando i testi legislativi e operando, ove possibile, il loro confronto con i passi del Digesto, si ha l'impressione che la cancelleria non si sia accontentata di riportare quanto trovato nelle opere dei giuristi della legge delle citazioni, sembrando piuttosto che abbia provveduto a leggere, quantomeno su rinvio, le opere originali degli autori menzionati. L'ipotesi appena formulata trova particolare conforto nel testo tramandato in C.I. 5, 70, 7, in cui risulta inserita la citazione di Tertulliano, completa persino della menzione dell'opera giurisprudenziale cui si riferisce, nonché nei richiami a Giuliano contenuti in C.I. 4, 5, 10, in C.I. 3, 33, 15 e in C.I. 2, 18 (19), 24⁸⁹.

Quando le opinioni degli autori menzionati sono tratte dalle opere di uno dei cinque dell'*oratio* ravennate, il legislatore giustiniano del resto lo dichiara espressamente, come in C.I. 7, 7, 1, 1a («*et Ulpianus libro sexto fideicommissorum et Paulus libro tertio fideicommissorum refert, ubi et hoc relatam est, quod Sextus Caecilius iuris antiqui conditor definivit...*»), o come in C.I. 4, 5, 10, 1 («*Et Ulpianus...et tam Marcellum quam Celsum sibi consonantes refert*»), tuttavia anche in questi casi non si può escludere un controllo sulle opere originali degli autori citati⁹⁰.

In particolare, per quanto riguarda il richiamo dei giuristi contemplati dalla legge di Valentiniano III, i pareri di Paolo e di Ulpiano si citano solo per respingerli (C.I. 4, 5, 10, 1 e C.I. 7, 7, 1, 1), tranne in un caso in cui Ulpiano è semplicemente fonte di cognizione espli-

⁸⁹ Dal tenore letterale di C.I. 5, 70, 7, 1a («*licet Tertullianus iuris antiqui interpretis libro singulari, quem de castrensi peculio condidit, tali tractatu proposito videatur obscure eandem attingere sententiam, tamen nos hoc apertissime introduximus*»), sembra emergere con una certa chiarezza che i compilatori leggessero direttamente l'opera di Tertulliano richiamata; per quanto concerne C.I. 4, 5, 10, 1 («*et huiusmodi sententiae sublimissimum testem adducit Salvium Iulianum summae auctoritatis hominem et praetorii edicti ordinatorem*»), C.I. 3, 33, 15, 1 («*et in novissimam sententiam et summum auctorem iuris scientiae Salvium Iulianum esse invenimus*») e C.I. 2, 18 (19), 24, 1 («*aliis negantibus, in quibus et Salvius Iulianus fuit*»), si tratta di casi in cui il nome di Giuliano – accompagnato, tra l'altro nei primi due testi da espressioni laudative – viene indicato senza la mediazione di autori della legge delle citazioni.

⁹⁰ A proposito della *decisio* tramandata in C.I. 4, 5, 10 – come ho già spiegato –, la soluzione prospettata da Ulpiano, assieme a quella dei giureconsulti da lui citati, viene rigettata, soluzione che invece sarebbe forse prevalsa in forza del meccanismo stabilito dalla legge delle citazioni.

cita di una costituzione imperiale (C.I. 5, 4, 25), mentre l'opinione di Papiniano è pienamente condivisa (cfr. C.I. 6, 2, 22, 3a), e a maggior ragione quando è menzionata insieme a quella di Giuliano (C.I. 4, 5, 10, 1-2).

A proposito di Papiniano va altresì rilevato che il suo nome non è mai accompagnato da espressioni laudative, mentre ora è piuttosto Giuliano ad essere celebrato più volte con parole di ammirazione (cfr. C.I. 4, 5, 10, 1: *...Salvium Iulianum summae auctoritatis hominem et praetorii edicti ordinatorem...*; C.I. 3, 33, 15, 1: *...summum auctorem iuris scientiae Salvium Iulianum...*).

In conclusione, sembra potersi affermare che le costituzioni emanate dall'agosto al novembre del 530 erano probabilmente già suggerite dal lavoro dei compilatori sui materiali classici, lavoro che però non era ancora stato impiantato nel senso congetturato dal Bluhme, ossia i compilatori non escerpivano, in tale periodo, contemporaneamente e per ordine i libri appartenenti alle tre masse⁹¹.

⁹¹ La ragionevole probabilità che i lavori di spoglio delle opere giurisprudenziali classiche siano stati iniziati contemporaneamente per le tre masse principali, sostenuta dalla dottrina prevalente, è stata più di recente ribadita anche da F. WIEACKER, *Zur Herstellung der Digesten. Rahmenbedingungen ihrer Rekonstruktion*, in *Ars boni et aequi. Festschrift für W. Waldstein zum 65. Geburtstag*, cit., p. 417 e ss. Per quanto riguarda la c.d. *appendix* la stessa opinione fu in passato sostenuta, pur con alcune esitazioni, da H. KRÜGER, *Die Herstellung der Digesten Justinians und der Gang der Exzerption*, Münster in Westfalen, 1922, p. 175 e ss.

CAPITOLO III

LE CITAZIONI NOMINATIVE DEI GIURISTI NELLA LEGISLAZIONE DEL 531-534 CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALLE *CONSTITUTIONES AD COMMODUM PROPOSITI OPERIS PERTINENTES*

1. *La capacità di testare del sordomuto e l'opinione di Celso (C.I. 6, 22, 10)*

In diritto classico il sordo e il muto, a prescindere dalla loro attitudine psichica, non potevano fare testamento a causa dell'incapacità di udire o di ascoltare¹, menomazione ostativa agli atti fondati su solennità orali².

In epoca giustiniana, venuto meno il testamento *per aes et libram* ed invalso il testamento scritto, si imponeva una revisione normativa. Tale revisione sarà attuata il 20 febbraio del 531 con la costi-

¹ Sul punto cfr. Voci, *Diritto ereditario romano*, I², cit., p. 395, che sostiene che l'incapacità del sordomuto di fare testamento deriva, più che dalla impossibilità di udire e di esprimersi, dalla sua immaturità mentale; al proposito v. anche D. DALLA, *Note sulle corrispondenze dei testi della compilazione in tema di testamento del sordo e del muto*, in *Estudios en homenaje al profesor J. Iglesias*, II, Madrid, 1988, p. 675 e ss., che fa invece riferimento alla sola incapacità di udire o di ascoltare.

² Cfr. *Epitome Ulpiani*, 20, 13: *Mutus et surdus... testamentum facere non possunt: mutus quoniam verba nuncupationis loqui non potest: surdus, quoniam verba familiae emptoris exaudire non potest...* Questi motivi di incapacità si riferiscono al *testamentum per aes et libram* (cfr. anche D. 28, 1, 6, 1 [Gai. 17 *ad ed. provinc.*]; D. 28, 1, 16 pr. [Pomp. *l. s. reg.*]; D. 29, 7, 8, 3 [Paul. *l. s. de iure codicill.*]; D. 38, 8, 9, 1 [Pap. 6 *resp.*]); non è invece testimoniato che cosa fosse stabilito in relazione al testamento pretorio. La dottrina è oramai concorde nel ritenere che le incapacità valessero anche per il testamento pretorio, dato che le fonti non fanno nessuna distinzione ed inoltre il privilegio imperiale, in forza del quale è possibile rimuovere l'incapacità (cfr. D. 28, 1, 7 [Macer 1 *ad l. vices hered.*]: *Si mutus aut surdus, ut liceret sibi testamentum facere, a principe impetraverit, valet testamentum*) non sembra potersi riferire che al testamento pretorio; sul punto cfr., per tutti, Voci, *Diritto ereditario romano*, I², cit., p. 395 e nt. 51.

tuzione conservata in C.I. 6, 22, 10⁵. Con questa riforma, al criterio classico che impediva al sordo e al muto di fare testamento sempre, si sostituisce un criterio articolato e diversificato a seconda delle diverse patologie, prevedendo per ciascuna apposite norme specifiche⁴:

C.I. 6, 22, 10: *Idem A. Iuliano pp. Discretis surdo et muto, quia non semper huiusmodi vitia sibi concurrunt, sancimus, si quis utroque morbo simul laborat, id est ut neque audire neque loqui possit, et hoc ex ipsa natura habeat, neque testamentum facere neque codicillos neque fideicommissum relinquere neque mortis causa donationem celebrare concedatur nec libertatem sive vindicta sive alio modo imponere: eidem legi tam masculos quam feminas oboedire imperantes. 1. Ubi autem et in huiusmodi vitiis non naturalis sive masculo sive feminae accedit calamitas, sed morbus postea superveniens et vocem abstulit et aures conclusit, si ponamus huiusmodi personam litteras scientem, omnia, quae priori interdiximus, haec ei sua manu scribenti permittimus. 2. Sin autem infortunium discretum est, quod ita raro contingit, et surdis, licet naturaliter huiusmodi sensus variatus est, tamen omnia facere et in testamentis et in codicillis et in mortis causa donationibus et in libertatibus et in aliis omnibus permittimus. 3. Si enim vox articulata ei a natura concessa est, nihil prohibet eum omnia*

⁵ La dottrina maggioritaria ritiene che questa costituzione rientri tra quelle *ad commodum propositi operis pertinentes*. Tale ipotesi sembra trovare conferma tra l'altro nel riferimento alle opinioni dei *veteres auctores* cui fa a più riprese richiamo la cancelleria; sul punto cfr. LONGO, *Contributo alla storia della formazione delle Pandette*, cit., pp. 147-149 e, nella letteratura più recente, LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., p. 236, nt. 156, nonché VARVARO, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 483, nt. 347.

⁴ Quanto alla portata innovativa della riforma giustiniana, da mettersi anche in relazione al definitivo superamento delle formalità orali richieste per la confezione del testamento *per aes et libram*, cfr. in specie DALLA, *Note sulle corrispondenze dei testi della compilazione in tema di testamento del sordo e del muto*, cit., p. 677. La riforma introdotta con C.I. 6, 22, 10 viene richiamata dai compilatori in I. 2, 12, 3 (*Item mutus et surdus non semper facere testamentum possunt. utique autem de eo surdo loquimur, qui omnino non exaudit, non qui tarde exaudit: nam et mutus is intellegitur, qui eloqui nihil potest, non qui tarde loquitur. saepe autem etiam litterati et eruditi homines variis casibus et audiendi et loquendi facultatem amittunt: unde nostra constitutio etiam his subvenit, ut certis casibus et modis secundum normam eius possint testari, aliaque facere quae eis permissa sunt. sed si quis post testamentum factum valetudine aut quolibet alio casu mutus aut surdus esse coeperit, ratum nihilo minus eius remanet testamentum*); sul punto v. in specie LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., p. 231 e ss.

quae voluit facere, quia scimus quosdam iuris peritos et hoc subtilius cogitasse et nullum esse exposuisse, qui penitus non exaudit, si quis supra cerebrum illius loquatur, secundum quod Iuventio Celso placuit. 4. In eo autem, cui morbus superveniens auditum tantummodo abstulit, nec dubitari potest, quin possit omnia sine aliquo obstaculo facere. 5. Sin vero aures quidem apertae sint et vocem recipientes, lingua autem penitus praepedita, licet a veteribus auctoribus saepius de hoc variatum est, attamen si et hunc peritum litterarum esse proponamus, nihil prohibet et eum scribentem omnia facere, sive naturaliter sive per interventum morbi huiusmodi infortunium ei accessit. 6. Nullo discrimine neque in masculis neque in feminis in omni ista constitutione servando. D. x k. mart. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc. (20 febbraio 531)⁵.

Si distingue tra sordomuto dalla nascita (cfr. pr.: *...si quis utroque morbo simul laborat, id est ut neque audire neque loqui possit, et hoc ex ipsa natura habeat...*), sordomuto per causa sopravvenuta (cfr. § 1: *...non naturalis...calamitas, sed morbus postea superveniens et vocem abstulit et aures conclusit...*), sordo, non muto, dalla nascita (cfr. § 3: *Si enim vox articulata ei a natura concessa est...*), sordo per causa sopravvenuta (cfr. § 4: *In eo autem, cui morbus superveniens auditum tantummodo abstulit...*) e muto, non sordo «*sive naturaliter sive per interventum morbi*» (§ 5)⁶.

A parte il caso del sordomuto dalla nascita cui, come previsto nel *principium*, rimaneva preclusa la possibilità di fare testamento, di redigere codicilli e comunque di compiere atti *mortis causa*, si

⁵ Tenendo conto anche degli emendamenti cronologici proposti da Krüger, il 20 febbraio del 531 viene emanato un gruppo di sedici costituzioni (inclusa quella in esame): C.I. 2, 58 (59), 2; C.I. 3, 1, 15; C.I. 3, 1, 16 (per KRÜGER, *Editio maior*, p. 230, nt. 3, queste prime tre costituzioni avrebbero formato in origine un unico provvedimento normativo); C.I. 4, 18, 2; C.I. 4, 21, 21; C.I. 5, 37, 25; C.I. 5, 59, 4; C.I. 6, 23, 29 (cfr. *Editio maior*, p. 545, nt. 1 [v. già *Über die Zeitfolge der im Justinianischen Codex enthaltenen Constitutionen Justinians*, cit., p. 178]); C.I. 6, 28, 3; C.I. 6, 38, 3 (cfr. *Editio maior*, p. 577, nt. 1 [cfr. già *Über die Zeitfolge der im Justinianischen Codex enthaltenen Constitutionen Justinians*, cit., p. 178]); C.I. 6, 40, 2; C.I. 6, 43, 2; C.I. 7, 71, 7; C.I. 8, 40 (41), 27; C.I. 11, 48 (47), 22 (cfr. *Editio maior*, p. 987, nt. 1).

⁶ Sul linguaggio utilizzato per indicare le varie tipologie prese in esame dalla cancelleria v. in specie C. LANZA, «*Surdus mutus*» in *D. 5. 1. 12. 2*, in *Labeo* 40, 1994, p. 235, che sottolinea, tra l'altro, come in C.I. 6, 22, 10 risalti la difficoltà concettuale e terminologica di definire dell'argomento.

stabiliva (§ 1) che il sordomuto per malattia sopravvenuta potesse invece compiere tutti gli atti interdetti al primo a condizione che si trattasse di *persona litteras sciens* e sempre che manifestasse la propria volontà attraverso un documento scritto di suo pugno («*haec ei sua manu scribenti permittimus*»). La stessa disposizione valeva, come si aggiunge nella parte finale del testo, per il mutismo congenito o acquisito, sempre che si trattasse di muto *litterarum peritus* (§ 5).

Diversa la posizione di colui che invece fosse sordo fin dalla nascita cui, richiamando anche l'opinione di Celso (cfr. § 3: *...secundum quod Iuventio Celso placuit...*), secondo il quale nessuno si sarebbe rivelato del tutto privo dell'udito «*si quis supra cerebrum illius loquatur*», si concedeva invece di fare liberamente testamento e di compiere qualunque altro atto sia *mortis causa* che *inter vivos* (cfr. § 2: *...omnia facere et in testamentis et in codicillis et in mortis causa donationibus et in libertatibus et in aliis omnibus...*), disposizione questa ritenuta a maggior ragione applicabile anche a chi fosse diventato sordo per causa sopravvenuta⁷.

Per introdurre la riforma appena illustrata, la cancelleria richiama a più riprese le opinioni dei *veteres auctores* («*quia scimus quosdam iuris peritos et hoc subtilius cogitasse et nullum esse exposuisse*»; «*secundum quod Iuventio Celso placuit*»; «*licet a veteribus auctoribus saepius de hoc variatum est*»), opinioni di cui tuttavia non rimane alcun ricordo nei *Digesta*⁸.

⁷ Per un esame dettagliato della costituzione v. A. KÜSTER, *Blinde und Taubstumme im römischen Recht*, Köln-Weimar-Wien, 1991, p. 96 e ss. (in specie pp. 99-104); cfr. anche la recensione al succitato lavoro di V. CARRO, in *Index* 23, 1995, pp. 538-557 (in specie p. 541). Per un aspetto significativo della costituzione, poco preso in considerazione dalla dottrina, cfr. LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., p. 232 e ss. e nt. 155, che esaminando il provvedimento in relazione al suo richiamo nelle Istituzioni giustinianee, pone l'accento sul fatto che il legislatore richiami per ben due volte la necessità di eliminare ogni disparità tra i sessi (cfr. C.I. 6, 22, 10 pr. [*«eidem legi tam masculos quam feminas oboedire imperantes»*]) e § 6 [*«nullo discrimine neque in masculis neque in feminis in omni ista constitutione servando»*]); sul punto per un accenno v. anche D.A. MANFREDINI, *La volontà oltre la morte. Profili di diritto ereditario romano*, Torino, 1991, p. 35.

⁸ Al proposito per un accenno v. D. DALLA, s.v. *Sordo, Muto e Sordomuto (diritto romano)*, in *ED* 42, 1990, p. 1295; sul punto cfr. anche VOGLI, *Diritto ereditario romano*, I², cit., p. 395, nt. 52.

Appare, però, significativo il fatto che un testo di Ulpiano, conservato dai compilatori in D. 40, 9, 1 ([Ulp. 1 *ad Sab.*]: *Celsus libro duodecimo digestorum utilitatis gratia motus surdum ita natum manumittere posse ait*), ricordi un'opinione di Celso relativa alla manomissione compiuta dal sordo. Probabilmente la trattazione celsina in materia era piuttosto ampia e si occupava anche della capacità di testare del sordo e del muto. Il frammento ulpiano sembra dunque dimostrare che la costituzione in esame sia stata provocata dallo spoglio del primo libro *ad Sabinum* di Ulpiano – libro che, come è noto, si occupava di coloro che possono fare testamento⁹ – luogo in cui i compilatori, molto verosimilmente, avevano incontrato la citazione celsina poi inserita in C.I. 6, 22, 10, 3¹⁰.

2. *Le costituzioni del 29 luglio del 531. A) La formula di istituzione «Sempronius Plotii heres esto» trovata in Ulpiano (C.I. 6, 24, 14)*

Il 29 luglio del 531, secondo Krüger, vennero emanate dalla cancelleria giustiniana quattordici costituzioni¹¹. Tra questi prov-

⁹ Su questo aspetto cfr. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., c. 1019, che ha ipotizzato che il primo libro *ad Sabinum* di Ulpiano iniziasse proprio con la rubrica «*qui testamenta facere possunt*»; sul punto cfr. altresì R. ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*², Milano, 2001, p. 61, che ricostruisce la struttura e il contenuto dei *libri tres iuris civilis* di Sabino basandosi sui commentari *ad Sabinum* di Pomponio, Paolo e Ulpiano partendo dal presupposto che l'ordine degli argomenti seguito dai tre commentatori sia lo stesso proposto da Sabino.

¹⁰ Al riguardo cfr. LONGO, *Contributo alla storia della formazione delle Pandette*, cit., p. 147 e ss., che già ha sostenuto che C.I. 6, 22, 10 fosse stata provocata dal fatto che i compilatori avevano iniziato lo spoglio del commentario a Sabino di Ulpiano. Sul punto cfr. anche la ricostruzione palingenetica di LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., c. 145, che ha ritenuto che Celso avesse affrontato la questione oggetto della riforma giustiniana nel quindicesimo libro dei *digesta*.

¹¹ Mi riferisco a C.I. 1, 3, 47; C.I. 1, 4, 30; C.I. 1, 5, 21 (cfr. KRÜGER, *Index constitutionum ad temporis ordinem redactus* [Editio maior, p. 47]); C.I. 3, 28, 34 (Editio maior, p. 267, nt. 2); C.I. 6, 22, 11; C.I. 6, 24, 14 (cfr. Editio maior, p. 548, nt. 1 [v. già *Über die Zeitfolge der im Justinianischen Codex enthaltenen Constitutionen Justinians*, cit., p. 179]); C.I. 6, 25, 8 (7) (cfr. Editio maior, p. 550, nt. 3 [v. già *Über die Zeitfolge der im Justinianischen Codex enthaltenen Constitutionen Justinians*, cit., p. 178]); C.I. 6, 25, 9 (8) (cfr. Editio maior, p. 550, nt. 3 [v. già *Über die Zeitfolge der im Justinianischen Codex enthaltenen Constitutionen Justinians*, cit., p. 178]); C.I. 6, 25, 10 (9) (cfr. Editio maior, p. 551, nt. 1 [v. già *Über die*

vedimenti ben sei contengono citazioni nominative di giuristi classici (C.I. 6, 24, 14; C.I. 6, 25, 9 [8]; C.I. 6, 25, 10 [9]; C.I. 6, 26, 10; C.I. 6, 26, 11; C.I. 6, 46, 7 [6]).

Nel testo tramandato in C.I. 6, 24, 14, la cancelleria dichiara di aver incontrato nei libri di Ulpiano, «*quos ad Massurium Sabinum scripsit*», una controversa fattispecie:

C.I. 6, 24, 14: *Idem A. Iohanni pp. Cum in libris Ulpiani, quos ad Massurium Sabinum scripsit, talis species relata est, hanc apertius expedire nobis visum est. 1. Quidam testamentum faciens ita instituit: 'Sempronius Plotii heres esto'. veteres quidem existimabant errorem nominis esse et sic institutionem valere, quasi testator Plotius nominaretur et Sempronium sibi scripsisset heredem. 2. Sed huiusmodi sententiam crassiorem esse existimamus: neque enim sic homo supinus, immo magis stultus invenitur, ut suum nomen ignoret. sed si quidem ipse testator Plotio cuidam heres extitit, manifestissimum esse sibi Sempronium heredem instituisse, ut per mediam ipsius personam Plotii heres efficiatur: et hoc argumentamur ex antiqua regula, quae voluit heredem heredis testatoris esse heredem. 3. Sin autem nihil tale factum est, supervacuum esse et inanem huiusmodi institutionem, nisi prius herede Plotio sibi instituto sic adiecit: 'Sempronius Plotii heres esto'. tunc etenim existimandum est eum dixisse, si non Plotius heres sibi fuerit, tunc Sempronium in locum partemve Plotii ex substitutione vocari, ut ita ex consequentia verborum Plotius quidem institutus, Sempronius autem substitutus inveniatur. 4. Sin autem neque ipse testator Plotio heres extitit neque Plotium heredem antea scripsit et sic*

Zeitfolge der im Justinianischen Codex enthaltenen Constitutionen Justinians, cit., p. 178]); C.I. 6, 26, 10 (cfr. *Editio maior*, p. 553, nt. 1 [v. già *Über die Zeitfolge der im Justinianischen Codex enthaltenen Constitutionen Justinians*, cit., p. 179]); C.I. 6, 26, 11; C.I. 6, 27, 6 (cfr. *Editio maior*, p. 555, nt. 2 [v. *Über die Zeitfolge der im Justinianischen Codex enthaltenen Constitutionen Justinians*, cit., p. 179]); C.I. 6, 46, 7 (6) (cfr. *Editio maior*, p. 590, nt. 2 [v. già *Über die Zeitfolge der im Justinianischen Codex enthaltenen Constitutionen Justinians*, cit., p. 179]); C.I. 6, 61, 8. Tuttavia tra i provvedimenti che, come data originaria o corretta, vengono riportati da Krüger al 29 luglio 531 solo alcuni, secondo DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR* 23, cit., p. 7, appartengono alle costituzioni emanate in funzione della redazione dei *Digesta*; si tratta di C.I. 3, 28, 34; C.I. 6, 22, 11; C.I. 6, 24, 14; C.I. 6, 25, 8 (7); C.I. 6, 25, 9 (8); C.I. 6, 25, 10 (9); C.I. 6, 26, 10; C.I. 6, 26, 11; C.I. 6, 27, 6; C.I. 6, 46, 7 (6).

Sempronium Plotio heredem voluit esse, nullius esse momenti talem institutionem, cum non est versimile in suum nomen quendam errasse. D. [III] <III> k. Aug. post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc. (29 luglio 531)¹².

La «*species*» riferita da Ulpiano riguarda l'interpretazione della singolare formula di istituzione «*Sempronius Plotii heres esto*», nell'ipotesi che il testatore non si chiamasse Plotio. Nel caso in cui il testamento contenesse una siffatta istituzione, i *prudentes* applicavano il regime dell'*error in nomine* (cfr. § 1: *...existimabant errorem nominis...*) e, reputando l'appellativo superfluo, lo consideravano non scritto¹³.

La *sententia* dei *veteres* richiamata dalla cancelleria imperiale è dalla stessa giudicata «*crassiorem*» (cfr. § 2: *Sed huiusmodi sententiam crassiorem esse existimamus...*). In effetti la soluzione classica, così come è presentata dai compilatori, cioè come giustificata dalla finta presunzione che il testatore ignorasse il proprio nome, appare veramente singolare, per il fatto che, come afferma la cancelleria, non può trovarsi uomo così sciocco da ignorare «*suum nomen*» (cfr. § 2: *...neque enim sic homo supinus, immo magis stultus invenitur, ut suum nomen ignoret...*). Verosimilmente, però, la questione studiata dai classici doveva essere molto più complessa e la soluzione molto meno grossolana di quella presentata dai giustinianeî, che probabilmente volevano attribuirsi tutti i meriti per aver fatto luce sull'interpretazione della formula di istituzione¹⁴.

La cancelleria risolve il problema in modo diverso dai *veteres* proponendo delle interpretazioni basate sulla volontà¹⁵. Si decide per

¹² Cfr. KRÜGER, *Editio maior*, p. 548, nt. 1 (v. già *Über die Zeitfolge der im Justinianischen Codex enthaltenen Constitutionen Justinians*, cit., p. 179).

¹³ Si applicava cioè il criterio della cancellazione delle parole superflue e danose: sul punto v. per tutti VOCI, *Diritto ereditario romano*, II², cit., p. 921, nt. 22.

¹⁴ Per la non corrispondenza tra il diritto classico e quanto riferito dalla cancelleria giustiniana nella costituzione in esame, cfr. già DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR* 23, cit., p. 15 e ss.; nella letteratura successiva v. in specie SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., p. 198.

¹⁵ Sulle interpretazioni della cancelleria giustiniana della singolare formula di istituzione di erede v., tra gli altri, VOCI, *Diritto ereditario romano*, II², cit., p. 982, nt. 118, nonché MANFREDINI, *La volontà oltre la morte*, cit., pp. 56-58.

la nullità dell'istituzione (cfr. § 3: ...*supervacuum esse et inanem huiusmodi institutionem...*), tranne nel caso in cui il testatore sia stato a sua volta erede di un *Plotius* (in tal caso si presume che il testatore avesse voluto applicare la *regula antiqua*, «*quae voluit heredem heredis testatoris esse heredem*», anche se ciò non fosse risultato dal contesto delle disposizioni testamentarie [§ 2]) e nel caso in cui abbia istituito erede un *Plozio*, in modo che nelle parole «*Sempronius Plotii heres esto*» si possa ritenere implicita una sostituzione (§ 3)¹⁶.

Da quanto affermato dai compilatori (al § 1 si ricorda che i «*veteres existimabant errorem nominis esse*» e nel § 4 si afferma non essere verosimile che «*in suum nomen quendam errasse*»), risulta evidente che la *quaestio* discussa si ricollegava alle controversie classiche relative all'*error nominis* nelle disposizioni di ultima volontà¹⁷ e ciò ci permette, benché non si trovino espliciti riscontri nelle fonti, di fissare con una certa precisione il luogo in cui si doveva collocare il testo che provocò la *lex*, vale a dire, come ebbe a pensare giustamente Lenel, nel quinto libro di Ulpiano *ad Sabinum*, che secondo lo studioso tedesco si sarebbe aperto con la rubrica «*de institutionibus vitiosis*»¹⁸.

3. B) C.I. 6, 25, 9 (8) -10 (9) e C.I. 6, 26, 10-11

C.I. 6, 25, 9 (8)-10 (9) e C.I. 6, 26, 10-11, pur risultando nella tradizione manoscritta datate in giorni finitimi, ma diversi, avrebbero fatto parte, secondo Krüger, di un unico contesto normativo poi smembrato in varie parti dai compilatori¹⁹.

¹⁶ Sulla *regula vetus* «*quae voluit heredem heredis testatoris esse heredem*», v. D. 50, 16, 65 (Ulp. 72 *ad ed.*); D. 50, 16, 70 (Paul. 73 *ad ed.*) e D. 50, 17, 194 (Mod. 6 *diff.*); sul punto v. ancora DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR* 23, cit., p. 7 e ss.

¹⁷ A tal proposito cfr. in specie U. ZILLETTI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano, 1961, p. 444 e ss.

¹⁸ Cfr. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., c. 1030; segue la proposta di Lenel, DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR* 23, cit., p. 14. Sulla struttura del quinto libro del commento a Sabino di Ulpiano v. ancora LENEL, *ibidem*, cc. 1029-1031, nonché ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*², cit., pp. 71-73.

¹⁹ Cfr. KRÜGER, *Editio maior*, p. 550, ntt. 2-3; p. 551, nt. 1 e p. 553, nt. 1 (v. già *Über die Zeitfolge der im Justinianischen Codex enthaltenen Constitutionen Justi-*

C.I. 6, 25, 9 (8) riguarda le istituzioni condizionali, mentre C.I. 6, 25, 10 (9) e C.I. 6, 26, 10 si riferiscono alla sostituzione pupillare. Istituito questo che ritorna anche in C.I. 6, 26, 11, ma solo per fornire un esempio per la particolare questione ivi trattata riguardante la *coniunctio* o la *disiunctio* nella vocazione di più persone contenuta nella stessa proposizione.

Con il primo provvedimento summenzionato, la cancelleria imperiale si occupa della validità dell'istituzione di erede, subordinata a condizioni, che poi non figurano scritte nel corpo del testamento:

C.I. 6, 25, 9 (8): *Idem A. Iohanni pp. Si testamentum ita scriptum inveniatur: 'ille heres esto secundum condiciones infra scriptas', si quidem nihil est adiectum neque aliqua condicio in testamento posita est, supervacuum esse condicionum pollicitationem sancimus et testamentum puram habere institutionem. 1. Et argumento utimur, quod Papinianus respondit vicos rei publicae relictos, qui proprios fines habebant, non ideo ex fideicommissio minus deberi, quod testator fines eorum et certaminis formam, quam celebrari singulis annis voluit, alia scriptura se declaraturum promisit ac postea morte praeventus non fecit. 2. Sin autem condiciones quasdam in quavis parte testamenti posuit, tum videri ab initio condicionalem esse institutionem et sic omnia compleri, tamquam si testator ipsas institutiones eisdem condicionibus copulasset, quae infra scriptae sunt. D. [VI] <IIII> k. Aug. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc. (29 luglio 531)²⁰.*

nians, cit., pp. 178-179), che per tutte propone la *subscriptio* «*IIII k. Aug.*». Segue la proposta di datazione di Krüger, FALCHI, *Studi sulle relazioni tra la legislazione di Giustiniano (528-534) e la codificazione di «leges» e «iura»*, cit., p. 62 e ss., nonché VOCI, *Vicende della legislazione giustiniana negli anni 528-534*, cit., p. 110 e ss. (= *Ultimi studi di diritto romano*, cit., p. 344 e ss.). Non vede invece ragione di procedere ad una modifica della data tramandata nella tradizione manoscritta in quella del 29 luglio 531, M. TALAMANCA, «*Adscriptio partium*» e «*pollicitatio condicionis*»: *il problema dell'assenza del relato nel testamento per relationem*, in *BIDR* 98-99, 1995-1996, p. 710 e ss., che sostiene che non si possa confermare l'ipotesi di un unico testo legislativo del 29 luglio 531, in quanto se così fosse non si spiegherebbe il motivo per cui i compilatori avrebbero scelto di dividere il provvedimento unitario in più costituzioni, che, con data fra di loro diversa, inserivano nel medesimo titolo. Sul punto, per un accenno, v. anche O. GRADENWITZ, *Zu dem Titel C. 8, 36, de litigiosis und einigen anderen Gesetzen Justinians*, in *ZSS* 53, 1933 p. 410, nt. 1.

²⁰ Cfr. KRÜGER, *Editio maior*, cit., p. 550, nt. 2 (già *Über die Zeitfolge der im Justinianischen Codex enthaltenen Constitutionen Justinians*, cit., p. 178).

Se il testatore, disponendo appunto una *heredis institutio*, rinvia a condizioni che si riserva di inserire nel seguito del testamento, ma poi «*nihil est adiectum*», si considera *supervacua* la *condicionum pollicitatio* e *pura* e valida l'*institutio* (cfr. pr. ...*supervacuam esse condicionum pollicitationem sancimus et testamentum puram habere institutionem*).

La cancelleria, per giustificare la soluzione adottata, dichiara di essersi valsa di un'argomentazione di un responso di Papiniano (cfr. § 1: *Et argumento utimur, quod Papinianus respondit...*) conservato in D. 31, 77, 33 e riferito, nella costituzione in esame, quasi alla lettera²¹:

D. 31, 77, 33 (Pap. 8 resp.): *Vicos civitati relictos, qui proprios fines habebant, ex causa fideicommissi non ideo minus debere placuit, quod testator fines eorum significaturum et certaminis formam, quam celebrari singulis annis voluit, alia scriptura se declaraturum promisit ac postea morte praeventus non fecit.*

Il responso richiamato, per analogia, dai giustinianeî, si riferisce ad un lascito per fedecommissso avente ad oggetto una cosa non ben determinata. Più esattamente il testatore lascia per fedecommissso dei *vici*, riservandosi di indicarne i confini con una «*alia scriptura*», ma «*postea morte praeventus non fecit*». In un caso del genere, Papiniano ritiene che il fedecommissso debba essere considerato valido in quanto l'oggetto del lascito, trattandosi appunto di *vici*, era ben determinabile pur mancando l'indicazione specifica dei *fines*²².

Il ricorso, da parte del legislatore giustiniano, all'argomentazione papiniana lascia abbastanza perplessi se si considera che, come abbiamo visto, il *responsum* non si riferiva ad una condizione ed inoltre era stato formulato tenendo presente un fedecommissso e non una *heredis institutio*²³. È evidente che il caso risolto da Papi-

²¹ Per le varianti formali apportate dai redattori della costituzione, cfr. in specie TALAMANCA, «*Adscriptio partium*» e «*pollicitatio condicionis*»: *il problema dell'assenza del relato nel testamento per relationem*, cit., p. 698, nt. 473.

²² Per il significato del verbo *declarare* che compare nel responso papiniano (D. 31, 77, 33 i.f.: ... *alia scriptura se declaraturum promisit...*), cfr. F. PRINGSHEIM, *Id quod actum est*, in ZSS 78, 1961, p. 23, nt. 73.

²³ Sul punto v. E. BETTI, «*Declarare voluntatem*» nella dogmatica bizantina, in *Studi E. Albertario*, II, Milano, 1953, p. 440; nella letteratura successiva cfr. KA-

niano è ben diverso da quello prospettato dalla cancelleria giustiniana, perché la mancanza di indicazione dei confini dei *vici* oggetto del fedecommesso non aveva grande influenza sulla natura della disposizione, in quanto l'oggetto di essa risultava facilmente riconoscibile malgrado quella deficienza. Nel caso di C.I. 6, 25, 9 (8) invece si trattava di vedere se la disposizione dovesse considerarsi come *pura* o come condizionale e, in quest'ultima ipotesi, se dovesse ritenersi nulla, dato che la condizione, alla quale era subordinata, non era stata espressa.

Probabilmente il problema della *pollicitatio condicionum* non adempiuta non era stato affrontato dai classici²⁴. Tale ipotesi sembra suffragata, tra l'altro, dal fatto che a creare problemi ai redattori della costituzione non era soltanto il caso dell'istituzione di erede subordinata a condizioni, poi non apposte nel testamento, ma anche le modalità con cui si doveva considerare adempiuta la *pollicitatio condicionum*, ove si rinvenissero delle condizioni inserite «*in quavis parte testamenti*» (§ 2). Sembra dunque che la cancelleria volesse parare i dubbi che si sarebbero presentati circa la possibilità di procedere ad un'istituzione condizionale nel modo descritto nel *principium*. Si trattava probabilmente di dubbi che si ponevano gli stessi compilatori giustinianeî nel procedere a regolare una fattispecie di cui non si aveva traccia nella giurisprudenza classica. Se infatti fosse esistita una controversia in materia o se la disciplina fosse stata discussa nel periodo classico, Giustiniano non ne avrebbe ommesso il ricordo, non foss'altro che per celebrare il ruolo svolto nel migliorare le soluzioni avanzate dai *prudentes*. Fa propendere per tale soluzione anche il contesto originario da cui sarebbe stata tratta C.I. 6, 25, 9 (8), infatti, negli altri testi facenti parte dell'unitario provvedimento del 29 luglio del 531, risulta inserito sempre il ricordo di *dissentiones prudentium*.

SER, *Das römische Privatrecht*, II², cit., p. 490 e ss., nonché TALAMANCA, «*Adscriptio partium*» e «*pollicitatio condicionis*»: il problema dell'assenza del relato nel testamento per relationem, cit., p. 698 e nt. 476.

²⁴ Dello stesso avviso SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., p. 132 e ss., che, considerando appunto la questione non di origine classica, non si sofferma sul testo di C.I. 6, 25, 9 (8), mentre procede ad una disamina dettagliata degli altri provvedimenti che si ritengono essere parti della stessa originaria costituzione del 29 luglio del 531.

Pare, quindi, potersi concludere che le tematiche trattate in C.I. 6, 25, 9 (8) fossero proprie della cancelleria di Giustiniano, senza precisi legami con il *ius controversum*, o comunque, con le *sententiae* dei *prudentes*. Ciò non vuol affatto dire che non sia ravvisabile una connessione tra il provvedimento normativo e lo spoglio dei materiali classici. Se si tiene conto del fatto che, come vedremo, C.I. 6, 25, 10 (9) e C.I. 6, 26, 10-11 si debbono collegare al commentario *ad Sabinum* di Ulpiano e si ipotizza, come abbiamo fatto, che esse facessero parte in origine, insieme a C.I. 6, 25, 9 (8), di un provvedimento normativo unitario, non si può escludere che lo spunto per l'intervento legislativo sia stato offerto, nel caso in esame, dal quarto tra i libri *ad Sabinum* di Ulpiano, libro in cui si trattava appunto dell'istituzione condizionata di erede²⁵. A sostegno di quanto appena detto interviene altresì la circostanza che in C.I. 6, 24, 14 – che, se si accetta la probabile correzione della data proposta da Krüger, deve considerarsi emanata nello stesso giorno di C.I. 6, 25, 9 (8) – si dichiara espressamente che «*cum in libris Ulpiani, quos ad Massurium Sabinum scripsit, talis species relata est*». Tuttavia l'ipotesi appena avanzata non comporta, come ha sostenuto de Francisci, che la citazione di Papiniano debba considerarsi di seconda mano²⁶. È

²⁵ Per gli argomenti trattati nel quarto libro *ad Sabinum* di Ulpiano cfr. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., cc. 1026-1029, e ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*², cit., pp. 68-71.

²⁶ Secondo DE FRANCISCI *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR* 23, cit., pp. 7-12, l'occasione per l'intervento della cancelleria sarebbe stata fornita dai libri *ad Sabinum* di Paolo, ove sarebbe stata trovata la citazione di Papiniano; diversamente TALAMANCA, «*Adscriptio partium*» e «*pollicitatio condicionis*», cit., p. 702, nt. 494, ritiene che se la fonte di cognizione dell'opinione papiniana fossero stati i libri *ad Sabinum* di Paolo, la cancelleria avrebbe fatto riferimento direttamente a quest'ultimo giurista. Sull'argomento cfr. anche PESCANI, *Il piano del Digesto e la sua attuazione*, cit., p. 402, che sostiene che la costituzione sia stata provocata dalla lettura dei *responsa* di Papiniano. A mio modesto parere, le ipotesi dei tre suddetti studiosi, per motivi diversi, non possono essere condivise. In particolare per quanto attiene alla tesi di de Francisci, non esistono elementi che ci permettono di affermare che si trattasse del commento a Sabino di Paolo. L'ipotesi di Talamanca sembra invece non tener conto di quanto accade in un'altra delle *constitutiones ad commodum*; mi riferisco a C.I. 6, 22, 10 ove, pur se la fonte di cognizione dell'opinione di Celso è da individuarsi, con molta probabilità, nel primo libro *ad Sabinum* di Ulpiano, la cancelleria ricorda direttamente il giurista citato omettendo di menzionare l'opera ulpiana. Infine, alla luce delle osservazioni svolte, non credo plausibile ritenere, come fa Pescani, che la

probabile che il richiamo del responso papiniano sia da attribuire, più che ai commissari, alla cancelleria. Credo cioè plausibile ritenere che, avendo gli escriptori della massa sabiniana ‘suggerito’ l’emanazione di una *lex*, il legislatore sia intervenuto con una riforma più ampia rispetto alle problematiche del *ius controversum* e, *in itinere*, abbia fatto ricorso al *responsum* papiniano per giustificare le disposizioni che si accingeva ad emanare. L’ipotesi formulata sembra trovare altresì alimento nel tenore letterale del testo, ove si dichiara che «*argumento utimur, quod Papinianus respondit*». A ciò si aggiunga che il responso papiniano richiamato riguarda un caso diverso da quello prospettato dalla cancelleria. La citazione di Papiniano mostrerebbe dunque la ‘non eliminabilità’, agli occhi del legislatore giustiniano, del diritto classico, ossia la concreta impossibilità di separare il diritto romano dalla sua storia²⁷.

Si analizza poi un caso particolare di sostituzione pupillare:

C.I. 6, 25, 10 (9): *Idem A. Iohanni pp. Cum quidam praegnantem habens coniugem scripsit heredem ipsam quidem uxorem suam ex parte, ventrem vero ex alia parte, et adiecit, si non postumus natus fuerit, alium sibi esse heredem, postumus autem natus impubes decessit, dubitabatur, quid iuris sit, tam Ulpiano quam Papiniano viris disertissimis voluntatis esse quaestionem scribentibus, cum opinabatur Papinianus ideo testatorem voluisse postumo nato et impubere defuncto matrem magis ad eius venire successionem quam substitutum. si enim et suae substantiae partem uxori dereliquit, multo magis et luctuosam hereditatem ad matrem venire curavit. 1. Nos itaque in hac specie Papiniani dubitationem resecantes substitutionem quidem in huiusmodi casu, ubi postumus natus adhuc impubes viva matre decesserit, respuendam*

costituzione sia stata provocata dalla lettura diretta dei *responsa* di Papiniano che costituiscono la *ratio decidendi* e non l’*occasio legis*.

²⁷ Tuttavia a proposito della citazione nominativa, va rilevato che Papiniano è ricordato, nella costituzione in esame, senza appellativi quasi a voler sottolineare una rimeditazione del ruolo di assoluta preminenza attribuito al giurista tardo-classico. Nella legislazione del 531 ben tre costituzioni su quattro citano Papiniano senza nessuna espressione laudativa (C.I. 6, 25, 9 [8]; C.I. 3, 28, 35, 1; C.I. 8, 47 [48], 10) e nella quarta (cfr. C.I. 6, 25, 10 [9] pr.) il giurista viene semplicemente indicato come *vir disertissimus* insieme ad Ulpiano.

esse censemus. tunc autem tantummodo substitutionem admittimus, cum postumus minime editus fuerit vel post eius partum mater prior decesserit. D. [III] <III> k. Aug. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc. (29 luglio 531)²⁸.

La fattispecie riguarda il *de cuius* che lascia parte dei suoi beni all'*uxor praegnans* e parte al *venter* (cfr. pr. ...*habens coniugem scripsit heredem ipsam quidem uxorem suam ex parte, ventrem vero ex alia parte...*) e nomina, al *venter* stesso, un sostituto per il caso di mancata nascita (cfr. pr.: ...*si non postumus natus fuerit, alium sibi esse heredem...*). A tal proposito nel diritto classico «*dubitabatur*» se, nel caso in cui il postumo fosse nato e poi morto ancora impubere (cfr. pr.: ...*postumus autem natus impubes decessit...*), l'eredità spettasse alla vedova interamente – potendo essere chiamata, *ex senatoconsulto Trebelliano*, alla successione *ab intestato* – ovvero si facesse luogo a sostituzione nella parte del pupillo. Infatti nella sostituzione volgare, chiaramente indicata dalle parole del testatore «*si non postumus natus fuerit, alium sibi esse heredem*», poteva, come è noto, essere ravvisata una tacita sostituzione pupillare²⁹. Benché ciò sia presentato in D. 28, 6, 4 pr. (Mod. *l. s. de heurem.*)³⁰ come un indiscusso principio giuridico, i *veteres* non avevano probabilmente

²⁸ Cfr. KRÜGER, *Editio maior*, cit., p. 550, nt. 3 (v. già *Über die Zeitfolge der im Justinianischen Codex enthaltenen Constitutionen Justinians*, cit., p. 178).

²⁹ Che la questione sulla quale discutevano Papiniano e Ulpiano presupponesse che la sostituzione disposta a condizione «*si non postumus natus fuerit*», dispiegasse i suoi effetti anche come sostituzione pupillare tacita è pacifico per G. FINAZZI, *La sostituzione pupillare*, Napoli, 1997, p. 457; sul punto v. anche SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., p. 154, nt. 40, per il quale la sostituzione pupillare doveva valere come disposta anche nel caso di nascita del *postumus* e premorte della madre. Sulla regola classica per cui la sostituzione volgare poteva valere come sostituzione pupillare, v., per una sintesi, tra gli altri, G. NEGRI, s.v. *Sostituzione (dir. rom.)*, in *ED* 43, Milano, 1990, p. 130 e ss., e MANFREDINI, *La volontà oltre la morte*, cit., p. 55 e ss.

³⁰ Cfr. D. 28, 6, 4 pr. (Mod. *l. s. de heurem.*): *Iam hoc iure utimur ex divi Marci et Veri constitutione, ut, cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intellegatur, sive filius heres non exstiterit sive exstiterit et impubes decesserit*. Su questo frammento v. FINAZZI, *La sostituzione pupillare*, cit., p. 82 e ss.; sull'evoluzione storica della sostituzione pupillare v. in specie B. PERRIN, *L'évolution de la substitution pupillaire à l'époque classique*, in *Varia*, I, Paris, 1952, p. 267 e ss.

mai perduto la consapevolezza della derivazione di questo principio da un'interpretazione della *voluntas testatoris*³¹.

I giustinianeî riferiscono infatti che Ulpiano e Papiniano ritenessero decisiva la ricerca della volontà del testatore (cfr. pr.: ...*tam Ulpiano quam Papiniano viris disertissimis voluntatis esse quaestionem scribentibus...*). In particolare si ricorda l'opinione di Papiniano che propendeva per far valere il diritto di successione della madre (cfr. pr.: ...*cum opinabatur Papinianus ideo testatorem voluisse postumo nato et impubere defuncto matrem magis ad eius venire successionem quam substitutum...*), perché, se il testatore «*suae substantiae partem uxori dereliquit*», tanto più «*luctuosam hereditatem ad matrem venire curavit*». Tuttavia, dalla testimonianza riferita nella costituzione in esame («*cum opinabatur Papinianus*»), pare che Papiniano non fosse molto sicuro della soluzione indicata³².

Giustiniano, in coerenza con i principi ispiratori della sua legislazione, respinge i dubbi (cfr. § 1: ...*in hac specie Papiniani dubitationem resecantes...*) accogliendo l'opinione favorevole alla madre e stabilisce che il sostituto può succedere quando il postumo non nasce o quando la madre muore nel darlo alla luce; se pertanto nasce, ma muore prima di sua madre, questa gli succede escludendo il sostituto (cfr. § 1: ...*ubi postumus natus adhuc impubes viva matre decesserit, respuendam esse censemus. tunc autem tantummodo substitutionem admittimus, cum postumus minime editus fuerit vel post eius partum mater prior decesserit*).

Se si prosegue nei commentari *ad Sabinum* di Ulpiano – ai quali, come abbiamo visto, pare si debbano connettere le costituzioni *ad commodum* precedentemente esaminate – troviamo che la materia delle sostituzioni pupillari era affrontata nel sesto libro da cui deriva tra l'altro il frammento conservato in D. 28, 6, 2, 6 in cui è dichiarato che la sostituzione volgare può valere come sostituzione pupillare

³¹ Era dunque ben chiaro ai *prudentes* che in alcuni casi il testatore non volesse una sostituzione pupillare avendo egli disposto semplicemente una sostituzione ordinaria; al proposito per un approfondimento e per l'indicazione delle fonti, cfr. ancora FINAZZI, *La sostituzione pupillare*, cit., p. 84.

³² Così già VOCI, *Vicende della legislazione giustiniana negli anni 528-534*, cit., p. 113 (= *Ultimi studi di diritto romano*, cit., p. 345), che fa appunto riferimento a dubbi di Papiniano sull'argomento oggetto della costituzione giustiniana.

tacita³⁵. È probabile dunque che C.I. 6, 25, 10 (9) fosse stata provocata proprio dalla lettura del sesto libro *ad Sabinum* di Ulpiano, in cui la cancelleria aveva incontrato l'opinione di Papiniano che forse aveva prestato l'occasione per un confronto³⁴.

A tematiche attinenti al diritto successorio è dedicata altresì C.I. 6, 26, 10:

C.I. 6, 26, 10: *Idem A. Iohanni pp. Cum quidam duobus impuberibus filiis suis heredibus institutis adiecit, si uterque impubes decesserit, illum sibi esse heredem, et dubitabatur apud antiquos legum auctores, utrumne tunc voluit substitutum admitti, cum uterque filius eius in prima aetate decesserit, an alterutro decedente ilico substitutus in eius partem succedat, placuit Sabino substitutionem tunc locum habere, cum uterque decesserit: cogitasse enim patrem primo decedente fratrem suum in eius portionem succedere. 1. Nos eiusdem Sabini veriore sententiam existimantes non aliter substitutionem admittendam esse censemus, nisi uterque eorum in prima aetate decesserit. D. [VI] <III> k. Aug. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc. (29 luglio 531)³⁵.*

³⁵ Cfr. D. 28, 6, 2, 6 (Ulp. 6 *ad Sab.*): *Sed et si ita scripserit: 'si filius mihi heres non erit, Seius heres esto: filius heres esto', secundo quidem gradu Seius scriptus est heres et, si filius heres non exstiterit, procul dubio Seius ei heres erit: sed et si exstiterit filius heres et intra pubertatem defunctus est, Seius admittendus recte videtur, ut non ordo scripturae, sed ordo successionis spectetur.*

³⁴ Sull'argomento v. la ricostruzione palinogenetica di LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., c. 908; e II, cc. 1032-1033, ove si ipotizza che la problematica oggetto della costituzione fosse stata affrontata da Papiniano nei suoi *responsa* e da Ulpiano nel sesto libro *ad Sabinum*, sotto la rubrica «*de substitutione pupillari*». A tal proposito cfr. anche DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR* 23, cit., pp. 26-30, che collega C.I. 6, 25, 10 (9) con la massa sabiniana e più esattamente con il sesto libro del commentario a Sabino di Ulpiano e ritiene che in tale luogo fosse stato trovato il parere di Papiniano. Secondo l'autore la suddetta ipotesi risulta suffragata dalla circostanza che il legislatore giustiniano citi i due giuristi invertendo l'ordine cronologico (cfr. pr.: *...tam Ulpiano quam Papiniano viris disertissimis...*), «cosa questa poco verosimile se il parere di Papiniano fosse stato trovato direttamente nello spoglio delle sue opere» (per la citazione cfr. *ibidem*, p. 30). Non credo che tale ultima argomentazione si possa condividere poiché i due giuristi citati, agli occhi dei giustiniani, potevano apparire quasi contemporanei tra di loro.

³⁵ Cfr. KRÜGER, *Editio maior*, cit., p. 551, nt. 1 (v. già *Über die Zeitfolge der im Justinianischen Codex enthaltenen Constitutionen Justinians*, cit., p. 179).

L'ipotesi è quella in cui un padre abbia istituito eredi due figli impuberi e abbia nominato un terzo come sostituto «*si uterque impubes decesserit*»³⁶. «*Apud antiquos legum auctores*», si discuteva se, nel caso in cui fosse morto uno solo dei due pupilli, l'eredità dovesse andare al fratello o al sostituto. Sabino riteneva che dovesse farsi luogo alla sostituzione solamente nel caso in cui ambedue i figli fossero morti (cfr. pr.: ...*placuit Sabino substitutionem tunc locum habere, cum uterque decesserit...*)³⁷ e ciò in base ad una presunzione sull'intenzione del testatore: «*cogitasse enim patrem primo decedente fratrem suum in eius portionem succedere*»³⁸.

La cancelleria accoglie l'opinione di Sabino (cfr. § 1: *Nos eiusdem Sabini veriore sententiam existimantes...*) facendo così prevalere la *voluntas testatoris*³⁹.

³⁶ Come ha già osservato Voci, *Diritto ereditario romano*, II², cit., p. 222, il termine «*uterque*» va inteso nel significato di «ognuno dei due» singolarmente considerati.

³⁷ A tal proposito ha osservato giustamente DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR* 23, cit., p. 31, nt. 1, che non è possibile sostenere, vista l'attribuzione di tale opinione a Sabino, che la contraria tesi favorevole alla sostituzione parziale fosse sostenuta dai Proculiani, in quanto le fonti non offrono conferma al riguardo.

³⁸ Sul punto v. BESELER, *Romanistische Studien*, cit., p. 71, che ha dubitato della genuinità di «*cogitasse enim patrem primo decedente fratrem suum in eius portionem succedere*»; contro l'ormai superata ipotesi di Beseler, cfr., tra gli altri, SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., p. 155.

³⁹ Si può notare che la soluzione accolta dai compilatori, conforme a quella di Sabino, pare fosse quella seguita anche da Papiniano, come dimostra un passo del primo libro delle *definitiones* in cui il giurista severiano, in una ipotesi analoga a quella prospettata in C.I. 6, 26, 10, prevede una soluzione identica a quella adottata dal legislatore giustiniano; cfr. D. 28, 6, 42 (Pap. 1 *definit.*): *Qui duos impuberes filios heredes reliquerat, ita substituit, si ambo mortui essent: deinde pueri post mortem patris simul perierunt: duae hereditates substituto deferuntur. sed si diversis temporibus vita decedant, in hereditate novissimi pueri eius fratris, qui ante mortuus est, hereditatem substitutus inveniet...* Su questo testo v., per un accenno, C. COSENTINI, *Noterella esegetica su D. 28, 6, 48 pr.*, in *Iura* 1, 1950, p. 277; per una sintesi v. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., p. 156 e ss., il quale, proprio sulla base del frammento papiniano, non ha dubitato della classicità della *quaestio* affrontata dalla cancelleria di Giustiniano. Per DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR* 23, cit., p. 33, la circostanza che la cancelleria giustiniana non ricordi l'opinione di Papiniano, pur favorevole alla soluzione imperiale, costituisce una prova evidente che i compilatori non erano giunti nello spoglio ai libri *definitionum* di Papiniano. Tuttavia l'autore non pare tener conto del fatto che la suddetta opera è posta all'inizio della massa papiniana, il cui spoglio era dunque affidato ad una sot-

La citazione nominativa è sicuramente decisiva per sostenere che il provvedimento legislativo fosse stato provocato dalla lettura dei libri *ad Sabinum*, ove i compilatori avevano forse incontrato l'opinione del giurista menzionato. Tale ipotesi trova conforto nel fatto che molto probabilmente i compilatori non disponevano dei libri *iuris civilis* di Sabino. È vero che i suddetti libri figurano nell'*index Florentinus* e che Sabino è ancora citato, sebbene tra i giuristi della seconda schiera, in C.Th. 1, 4, 3 («...*eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus, ut Scaevolae, Sabini, Iuliani atque Marcelli, omniumque, quos illi celebrarunt, si tamen eorum libri propter antiquitatis incertum codicum collatione firmentur...*»), ma è altrettanto vero che nel Digesto non risulta inserito nessun frammento tratto dai libri *iuris civilis*. È da ritenersi dunque altamente improbabile che i compilatori, avendo a disposizione una copia dell'opera, abbiano ommesso di farne uso, quanto meno *reverentiae antiquitatis causa*⁴⁰. Credo dunque ragionevole considerare la citazione di Sabino di seconda mano. In questo quadro va però aggiunto che, se si aderisce alla tesi dello spoglio parallelo dei libri sabiniani di Ulpiano, di Paolo e di Pomponio, può apparire difficile stabilire quale dei tre commenti *ad Sabinum* abbia offerto ai giustinianeï l'*occasio legis*⁴¹. Tuttavia, alla luce delle conclusioni cui siamo fin qui giunti a proposito delle altre costituzioni – in particolar modo

tocommissione diversa rispetto a quella preposta all'esame dei libri *ad Sabinum* cui deve riconnettersi la costituzione in esame. Comunque ammesso pure che i compilatori non fossero giunti nella lettura ai libri *definitionum*, essi certamente conoscevano l'opinione di Papiniano.

⁴⁰ Sul punto cfr. le osservazioni di F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961, p. 187 (trad. it. *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968, p. 278), e, per un accenno, v. LUCHETTI, *La const. ad senatum del 22 luglio del 530 e il progetto delle Quinquaginta decisiones*, cit., pp. 19-20 e nt. 8. Non appare convincente la ricostruzione di PUGSLEY, *On Compiling Justinian's Digest (5): The Constitution «ad senatum» of 22 July 530*, cit., p. 304 e nt. 32, laddove si ipotizza che i compilatori disponessero dei libri *iuris civilis* di Sabino e che tuttavia avessero pensato di utilizzarli esclusivamente per la redazione delle rubriche.

⁴¹ I luoghi dei commenti *ad Sabinum* dedicati al tema delle sostituzioni pupillari erano i libri II di Pomponio, I di Paolo e VI di Ulpiano. Sul punto cfr. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., cc. 1251-1252 e II, cc. 88-89; cc. 1031-1034; in particolare per quanto riguarda il primo libro del commentario di Paolo, cfr. anche ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*², cit., p. 19.

riguardo a C.I. 6, 25, 10 (9) in tema di sostituzione pupillare – e tenendo presente che per i compilatori il commento di Ulpiano costituiva molto verosimilmente il ‘testo guida’, pare potersi concludere che anche C.I. 6, 26, 10 sia stata provocata dal sesto libro *ad Sabinum* di Ulpiano dedicato appunto alla materia delle sostituzioni⁴².

Sempre connessa con questioni di interpretazione del testamento è la materia discussa in C.I. 6, 26, 11, l’unica datata secondo la tradizione manoscritta al 29 luglio del 531. In particolare il provvedimento legislativo risolve questioni di distribuzione dell’asse ereditario⁴³:

C.I. 6, 26, 11: *Idem A. Iohanni pp. Si quis duobus heredibus institutis filio suo impuberi eos una cum alio tertio substituit et verba testamenti ita composuerit: ‘quisquis mihi heres erit, et Titius filio meo heres esto’, secundum quod apud Ulpianum invenimus, mortuo impubere filio quaerebatur, quomodo ad substitutionem vocentur tres substituti: utrumne duo priores, qui et patri heredes fuerant scripti, in dimidiam vocantur et Titius in reliquam dimidiam, an tres substituti unusquisque ex triente ad substitutionem vocantur? alia applicata dubitatione, si quis ita heredem scripserit: ‘Titius una cum filiis suis et Sempronius heredes mihi sunt’. et in praesente etenim specie quaerebatur secundum Ulpianum voluntas testantis: utrumne Titium una cum suis filiis in dimidiam vocat et Sempronium in aliam dimidiam, an omnes in virilem portionem? 1. Nobis autem in prima quidem specie videtur tres substitutos unumquemque in trientem vocari, in secunda autem specie, cum et natura pater et filius eadem persona paene intelleguntur, dimidiam quidem partem Titio cum filiis, alteram autem partem Sempronio adsignari. D. IIII k. Aug. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc. (29 luglio 531).*

⁴² Così già DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR* 23, cit., p. 33. Sul punto cfr. anche la ricostruzione palinogenetica di LENEL, *Palinogenesia iuris civilis*, II, cit., c. 202, che inserisce C.I. 6, 25, 10 (9) pr. nello «*index locorum, quibus non indicato libro aut Sabinus aut Sabiniani laudantur*».

⁴³ Sulla *ratio* di fondo della costituzione giustiniana, è ancora di qualche utilità il lavoro di C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, I³, Paris, 1882, p. 167; per un’analisi completa del provvedimento v. in specie SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., p. 193 e ss.

Due sono i casi affrontati dalla cancelleria; il primo, trovato «*apud Ulpianum*», riguarda il testatore che, istituiti due eredi, nomina, insieme a questi, un terzo come sostituto al figlio impubere utilizzando la formula «*quisquis mihi heres erit et Titius filio meo heres esto*»⁴⁴. Nel caso in cui il figlio fosse morto impubere, si discuteva «*quomodo ad substitutionem vocentur tres substituti*». L'alternativa che si sarebbe presentata ai giuristi classici era la seguente: far succedere i due fratelli per la metà e il terzo sostituto per l'altra metà oppure dividere l'eredità in parti uguali (cfr. pr.: ...*utrumne duo priores, qui et patri heredes fuerant scripti, in dimidiam vocantur et Titius in reliquam dimidiam, an tres substituti unusquisque ex triente ad substitutionem vocantur?*...). L'altra dubitatio riguarda invece il testatore che istituisce eredi Sempronio e Tizio assieme ai suoi figli, utilizzando la formula «*Titius una cum filiis suis et Sempronius heredes mihi sunt*».

La cancelleria imperiale, nel primo caso prospettato, nega la *coniunctio*⁴⁵ tra i due eredi del *pater* (ossia tra i due fratelli che erano stati nominati sostituti di un altro fratello impubere, assieme ad un terzo) ed ammette pertanto che il patrimonio del pupillo sia diviso in tre parti, nel secondo caso invece ammette la *coniunctio* tra padre e figli e decide per la divisione dell'asse in due parti poiché «*cum et natura*»⁴⁶ *pater et filius eadem persona paene intelleguntur*⁴⁷.

⁴⁴ Per H.J. WOLFF, *Die Pupillarsubstitution, Eine Untersuchung zur Geschichte des «Heres»-Begriffs und der römischen Rechtswissenschaft*, in *Studi Riccobono*, III, Palermo, 1936, p. 435 e ss., la formula contenente «*quisquis mihi heres erit*» sarebbe la più congeniale al caso di diseredazione dell'impubere; sul punto nella letteratura più recente cfr. FINAZZI, *La sostituzione pupillare*, cit., p. 117 e nt. 5.

⁴⁵ Sul regime classico della *coniunctio* e sul contributo giustiniano, v. R. VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, Città di Castello, 1941, p. 43 e ss.; successivamente cfr. ROBBE, *Il diritto d'accrescimento e la sostituzione volgare nel diritto romano classico*, cit., p. 313 e ss.; nonché VOCI, *Diritto ereditario romano*, II², cit., p. 138 e ss.

⁴⁶ Per la valenza assunta dal termine «*natura*» nel testo legislativo in esame, v. le considerazioni di G. GROSSO, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*², Torino, 1966, p. 99 e ss.; sul punto cfr. altresì W. WALDSTEIN, *Entscheidungsgrundlagen der römischen Juristen*, in *ANRW* II.15, 1976, p. 78 e ss.; per le ripercussioni del cristianesimo sul significato del termine, v. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, II, cit., pp. 1-28.

⁴⁷ Sul dato filologico, v. E. ALBERTARIO, «*Conceptus pro iam nato habetur*», in *Studi di diritto romano*, I, *Persone e famiglia*, Milano, 1933, p. 6 e ss. e p. 19. Sulle

Nei *Digesta* si trovano tracce sia della prima che della seconda questione affrontata dalla cancelleria nella costituzione in esame. In particolare per quanto riguarda la prima *quaestio*, nella raccolta di *iura* risultano conservati sia un testo di Giuliano, che offre una soluzione conforme a quella adottata dal legislatore giustiniano⁴⁸, sia un frammento di Labeone in cui è possibile leggere la soluzione rifiutata dai compilatori⁴⁹.

Relativamente al secondo caso illustrato nel testo giustiniano, Ulpiano ammetteva la *coniunctio* in un'ipotesi analoga come testimonia un passo del settimo libro *ad Sabinum* conservato nel Digesto (D. 28, 5, 13 pr.)⁵⁰.

varie interpretazioni dell'espressione «*cum et natura pater et filius eadem persona paene intelleguntur*», cfr. G. LOBRANO, *Pater et filius eadem persona. Per lo studio della patria potestas*, I, Milano, 1984, p. 30 e ss. Per l'influenza degli interessi teologici di Giustiniano sul principio «*pater et filius eadem persona*», cfr. M. AMELOTI-L. MIGLIARDI ZINGALE (a cura di), *Scritti teologici di Giustiniano (= Legum Iustiniani Imperatoris vocabolarium – Subsidia, III)*, Milano, 1977, p. VII e ss. (cui rinvio per i riferimenti alla dottrina precedente).

⁴⁸ Cfr. D. 28, 6, 32 (Iul. 1 *ad Urs. Fer.*): *Qui complures heredes ex disparibus partibus instituerat et in his Attium, si Attius non adierit, ceteros ex isdem partibus quibus instituerat heredes ei substituerat: deinde, si Attius non adisset, Titium coheredem eis qui substituti sunt adiecit. quaesitum est, quam partem is et quam ceteri habituri essent. respondi Titium virilem, ceteros hereditarias: veluti si tres fuissent, Titium partem quartam Attianae partis habiturum, reliquarum partium hereditarias partes, ex quibus instituti erant, reliquos habituros esse. quod si non solum Titium, sed etiam alios adiecisset heredes, hos quidem viriles partes habituros: veluti si tres puta coheredes fuissent substituti, extranei duo adiecti, hos quintas partes Attianae partis, reliquos autem coheredes hereditarias partes habituros esse dixit.*

⁴⁹ Cfr. D. 28, 6, 9 (Lab. 1 *post. a Iav. epit.*): *Si pater filio impuberi eosdem quos sibi et te unum praeterea heredem instituit, bonorum filii te dimidium, ceteros patris heredes communiter dimidium ita habere, ut unus semis apud te maneat, alterius semissis pro his partibus inter heredes paternos divisio fiat, quibus ex partibus hereditatem paternam haberent*; sul frammento, anche per l'analisi terminologica, cfr. per tutti FINAZZI, *La sostituzione pupillare*, cit., p. 115 e ss. Che nella fattispecie trattata in D. 28, 6, 9 il testatore avesse disposto con una formula analoga a quella della costituzione giustiniana («*quisquis mihi heres erit, et Titius filio meo heres esto*») sembrerebbe presupposto dalla collocazione sistematica del passo, inserito tra D. 28, 6, 8 pr.-1 (Ulp. 4 *ad Sab.*) e D. 28, 6, 10 pr. (Ulp. 4 *ad Sab.*) dove sono discussi gli effetti di formule di tal genere. Per FINAZZI, *ibidem*, p. 117, nt. 7, la precisazione «*unum*» appoggiata a «*te*» potrebbe far pensare, *a contrario*, che nella originaria fattispecie anche gli eredi paterni fossero chiamati nominativamente e *coniunctim*.

⁵⁰ Cfr. D. 28, 5, 13 pr. (Ulp. 7 *ad Sab.*): *Interdum haec adiectio 'aeque heredes sunt' testatoris voluntatem exprimit, ut puta 'Primus et fratris mei filii aequae*

Alla luce delle asserzioni della cancelleria («*apud Ulpianum invenimus*» e «*secundum Ulpianum*») e del passo ulpiano succitato, appare evidente che la costituzione in esame sia stata suggerita dallo spoglio del commentario ad *Sabinum* di Ulpiano, opera che, in questo caso, fornisce sia l'*occasio legis* che la *ratio decidendi*. Possiamo forse concludere, più esattamente, che la costituzione era stata provocata dalla lettura del settimo tra i libri del commentario ulpiano, libro in cui si affrontava anche il tema della *distributio portionum*⁵¹.

4. C) «Si plures personae unam condicionem implere fuerint iussae» e i dubbi di Ulpiano (C.I. 6, 46, 7 [6])

C.I. 6, 46, 7 (6), riguarda il caso in cui, in una disposizione di ultima volontà, sia dedotta in condizione una prestazione indivisibile, imposta a più onorati:

C.I. 6, 46, 7 (6) pr.: *Idem A. Iohanni pp. Si plures personae unam condicionem implere fuerint iussae, apud Ulpianum dubitabatur, utrumne omnes simul eandem facere debent, an singuli quasi soli implere eam compelluntur. 1. Videtur autem nobis unumquemque necessitatem habere condicionem implere et pro portione sibi contingente accipere, quidquid ex hoc commodum est, ut hi quidem, qui compleverint iussa, ad lucrum vocentur, qui autem neglexerint, sibi imputent, si ab huiusmodi commodo repellentur. D. [III] <III> k. Aug. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc. (29 luglio 531).*

heredes sunt': nam haec adiectio declarat omnes ex virilibus partibus institutos, ut et Labeo scripsit: qua detracta semissem fratris filii, semissem Primus haberet. Quantunque, nel frammento ulpiano, il discorso verta soprattutto intorno al significato e alla portata dell'avverbio «*aeque*», tuttavia Ulpiano, che richiama il parere di Labeone, segue lo stesso principio adottato dalla cancelleria nella costituzione in esame; al proposito v. in specie SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., p. 185 e ss.

⁵¹ Dello stesso avviso già DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR* 23, cit., p. 45; diversamente LENEL, *Paltingenesia iuris civilis*, II, cit., c. 1199 e nt. 2, che, pur collocando C.I. 6, 26, 11 pr. «*ex libris incertis*», ritiene probabile che Ulpiano avesse affrontato la questione nel quarto libro, relativo all'istituzione condizionata di erede.

La cancelleria riferisce che «*apud Ulpianum*» si discuteva se tutti i coobbligati dovessero eseguire «*simul*» la prestazione dedotta nella condizione oppure fosse ammissibile che ciò avvenisse da parte di uno solo (cfr. pr.: ...*utrumne omnes simul eandem facere debent, an singuli quasi soli implere eam compelluntur*).

Nel successivo § 1, contenente la parte dispositiva del testo, si legge che colui che vuole conseguire «*pro portione sibi contingente*», deve adempiere la condizione, né il contegno degli altri può arrecargli pregiudizio per quanto riguarda la parte a lui spettante, come nessun vantaggio può portare all'inadempiente la condotta dell'adempiente («*ut hi quidem, qui compleverint iussa, ad lucrum vocentur, qui autem neglexerint, sibi imputent, si ab huiusmodi commodo repellentur*»)⁵².

Che i *veteres* avessero delle opinioni differenti riguardo al problema oggetto della *constitutio* in esame è attestato dai frammenti conservati nei *Digesta*⁵³. Molti sono i testi classici in cui si ritiene che la prestazione indivisibile debba essere adempiuta per intero. Per Pomponio addirittura tutti gli onerati debbono eseguire la prestazione (cfr. D. 35, 1, 112 pr. [Pomp. 12 *epist.*]: *Tales condiciones 'si monumentum' puta 'fecerint' pluribus propositae non possunt nisi in omnibus simul personis exsistere*)⁵⁴. Più mite, rispetto a quel-

⁵² Sulla soluzione adottata dalla cancelleria giustiniana v. SCHINDLER, *Justini- nians Haltung zur Klassik*, cit., p. 168 e ss., che rileva che in C.I. 6, 46, 7 (6), benché vengano condivise opinioni classiche, si adotta una soluzione diversa da quella dei *veteres*. Per una sintesi delle disposizioni giustiniane emanate con la costituzione in esame cfr. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II², cit., p. 594 e nt. 23.

⁵³ Cfr. D. 35, 1, 56 (Iav. 14 *epist.*) e D. 40, 7, 15, 2 (Iul. 43 *dig.*). Per una ricognizione completa dei passi del Digesto attestanti le diverse opinioni dei classici, v. DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR* 23, cit., p. 36 e ss.

⁵⁴ In questo caso, affinché la condizione possa dirsi adempiuta, è necessario che tutti coloro, cui essa fu imposta, si siano adoperati per la costruzione del monumento: nessuna importanza ha il fatto che uno o parte soltanto degli obbligati abbia adempiuto la condizione. Nel § 2 del brano (*De illo quoque quaeritur: fundus quibusdam legatus est, si pecuniam certam in funus impensamque perferendi corporis in aliam regionem dedissent. nam nisi uterque dederit, neutri est legatum, quoniam condicio nisi per utrumque expleri non potest. sed haec humanius interpretari solemus, ut, cum duobus fundus legatus sit, si decem dedissent, et alteri dando partem legatum quoque debeatur*) la condizione è apparentemente divisibile, perché il denaro serve per una prestazione indivisibile. La seconda parte del testo cambia,

la di Pomponio, sembra essere l'opinione di Ulpiano esposta nelle *disputationes* (D. 40, 4, 13 pr.-2), opinione secondo la quale, se un coobbligato esegue la prestazione per intero, ciò causa l'avveramento della condizione, però solo nei suoi confronti⁵⁵.

Quanto previsto dal giurista tardoclassico è comunque sempre subordinato all'assenza della dimostrazione di una diversa volontà del testatore. Qualora, infatti, risulti che il testatore volesse l'adempimento da parte di tutti, la prestazione, anche intera di uno solo non gioverebbe neppure a lui. La soluzione fornita da Ulpiano nelle *disputationes* non è esattamente quella adottata dalla cancelleria giustiniana. Ciò dimostrerebbe, secondo de Francisci, che la costituzione in esame non è da ricollegare allo spoglio dei libri *disputationum* di Ulpiano, poiché, in tal caso, i compilatori avrebbero diversamente modificato il frammento tramandato in D. 40, 4, 13 pr.-

dunque, i presupposti; per la tesi che la commistione delle ipotesi derivi dai compilatori, cfr. Voci, *Diritto ereditario romano*, II², cit., p. 593, nt. 21.

⁵⁵ Cfr. D. 40, 4, 13 pr.-2 (Ulp. 5 disp.): *Si ita fuerit servis duobus libertas data, si insulam aedificaverint vel si statuam posuerint, dividi haec condicio non poterit. solummodo illud habebit dubitationem, an altero faciente satisfactum voluntati videatur ideoque ad libertatem perveniat: quod magis est, nisi aliud expressit testator. faciendo tamen sibi condicionem implevit, alteri non: quin immo extinguitur ei condicio: nec enim amplius parere condicioni potest, cum semel expleta sit. 1. Idem quaeri potest et si fabris duobus vel pictoribus, si membrum depinxissent vel si fabricassent navem, quid adscriptum sit: nam voluntatis erit quaestio, num alteri alterius facti condicionem iunxerit: quae res efficit, ut, quod alter cessat, alteri quoque, qui facere paratus est, condicio deficiat. quod si ex his, quae scripsit vel dixit, ostenditur contentus esse testator vel alterum facere, res erit expedita: nam alter faciendo aut et sibi et socio proderit aut sibi tantum, prout voluisse testatorem apparuerit. 2. Haec quaestio et in eo tractatur, si quis libertatem dederit servis duobus, si rationes reddiderint. Iulianus enim tractat, si alter reddere sit paratus, alter non sit, an alter per alterum impediatur: et rectissime ait, si quidem separatim rationes gesserunt, sufficere ad libertatem adipiscendam ei qui suas rationes reddit: si vero simul, non alias videri alterum paruisse, nisi utriusque reliqua exsolverit. in reliquis accipere debemus, ut et ipsa volumina rationum reddantur. In questo testo Ulpiano ricorda che Giuliano era stato della stessa opinione («Iulianus enim tractat»). Il frammento giuliano cui si riferisce l'autore tardoclassico sembrerebbe essere quello conservato in D. 40, 7, 13, 2 (Iul. 43 dig.): *Si duo servi rationibus redditis liberi esse iussi fuerint et separatim rationes gesserint, non dubie separatim quoque condicioni parere poterunt. sed si actus eorum communiter gestus ita immixtus fuerit, ut separari non possit, necessario alter cessando alterius libertatem impedit. nec videbitur condicio in alterius persona impleta, nisi id, quod computatione rationum habita reliquum fuerit, aut uterque aut alter totum solverit. Su questo passo v., tra gli altri, ancora Voci, *Diritto ereditario romano*, II², cit., p. 593 e ntt. 18-20.**

2 (Ulp. 5 *disp.*), bensì ai commenti *ad Sabinum* e più esattamente al sesto libro del commentario di Ulpiano nella trattazione sul tema «*de acquirenda vel omittenda hereditate*»⁵⁶. Tale ipotesi sarebbe, secondo l'autore, avallata anche dal fatto che i commenti *ad Sabinum* precedono, secondo le schede di Bluhme, le *disputationes* di Ulpiano. Ritengo condivisibile la tesi di de Francisci, ma non escluderei l'ipotesi che i giustinianeî, incontrata la questione nella lettura del commentario *ad Sabinum* di Ulpiano, avessero, per aver un quadro più completo, letto e confrontato i libri *disputationum*, decidendo per una soluzione in parte diversa da quella trovata in quest'ultima opera. Meno convincente appare, a mio avviso, la ricostruzione di de Francisci laddove individua nel sesto libro del commentario ulpiano a Sabino il luogo preciso cui deve essere ricollegata la costituzione. Al proposito va infatti osservato che i libri VI-IX dell'opera di Ulpiano trattano tutti del tema «*de acquirenda vel omittenda hereditate*» e in questo contesto il giurista si occupava anche delle *condiciones institutionum*. Pertanto non risulta possibile fissare con precisione il punto preciso compreso tra il libro sesto e il libro nono, che aveva offerto l'*occasio legis*.

5. *Il provvedimento unitario del 1° settembre del 531 (C.I. 3, 28, 35-36 e C.I. 6, 28, 4)*

Le *constitutiones* tramandate in C.I. 3, 28, 35-36, riguardanti entrambe la *querela inofficiosi testamenti*, facevano parte, insieme a C.I. 6, 28, 4, di un unico contesto normativo⁵⁷.

⁵⁶ Cfr. DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR* 23, cit. pp. 36-41; diversamente LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., cc. 1199-1200, che non prende posizione al riguardo inserendo la parte di C.I. 6, 46, 7 (6) contenente la citazione nominativa, «*ex libris incertis*».

⁵⁷ Per questa ipotesi cfr. KRÜGER, *Editio maior*, p. 267, nt. 3; p. 268, nt. 1 e p. 556, nt. 1; sul punto cfr. altresì FALCHI, *Studi sulla legislazione di Giustiniano (528-534) e la codificazione di «leges» e «iura»*, cit., p. 64, che ritiene che dello stesso provvedimento normativo unitario facesse parte anche C.I. 3, 28, 37 (*lex* con cui si stabilisce che i titolari dei c.d. peculi quasi castrensi devono seguire le regole del *ius commune* nel fare testamento, che però non è impugnabile mediante la *querela de inofficioso*); diversamente KRÜGER, *Editio maior*, p. 269, nt. 1, che propone invece

Che le tre suddette costituzioni rientrassero tra quelle *ad commodum propositi operis pertinentes* risulta sia dalla data sia dal contenuto ed in particolare dall'esplicito richiamo all'attività svolta dai compilatori del Digesto in relazione alle questioni riscontrate nella lettura delle opere classiche⁵⁸. La formulazione letterale del provvedimento normativo sembra costituire una prova della partecipazione diretta dell'imperatore alle discussioni relative alla compilazione del Digesto⁵⁹, partecipazione che, in generale, risulta testimoniata da quanto si legge nel *principium* della costituzione *Tanta (...nostra quoque maiestas semper investigando et perscrutando ea quae*

di ricollegare C.I. 3, 28, 37 a C.I. 1, 3, 49 (provvedimento con cui si ripete la stessa regola dettata in C.I. 3, 28, 37, ma riferendola ai soli ecclesiastici) e a C.I. 1, 5, 22 (con cui si stabilisce l'incapacità successoria degli eretici anche in caso di testamento militare). In questo quadro va altresì osservato che i §§ 1e-1f di C.I. 3, 28, 37 sono riprodotti in forma epitomata in C.I. 6, 22, 12; per l'opinione che la stesura di quest'ultimo testo normativo sia dovuta ai compilatori del secondo Codice (e che quindi la costituzione originaria sia stata suddivisa dai giustinianeî in tre parti [appunto C.I. 1, 3, 49; C.I. 1, 5, 22 e C.I. 3, 28, 37]), v. le osservazioni di G.G. ARCHI, *In tema di peculio quasi castrense*, in *Studi di storia e diritto in onore di E. Besta*, I, Milano, 1939, p. 123 (= *Scritti di diritto romano*, III, cit., p. 1763).

⁵⁸ Sul punto v. particolarmente DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR* 23, cit., in specie pp. 202-227; nella letteratura meno risalente v. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., p. 97 e nella letteratura più recente cfr. LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., p. 242, nt. 165, nonché VARVARO, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 471 e ss. Per quanto riguarda C.I. 3, 28, 35, questa costituzione è stata impropriamente considerata una *decisio* unicamente da MESSANA, *Sui «libri definitionum» di Emilio Papiniano*, cit., pp. 279 e 281, per la presenza nel testo di un'espressione 'definitoria' (cfr. § 2: *Generaliter definimus...*) e della *sanctio*.

⁵⁹ Si consideri in particolare C.I. 6, 28, 4, 3 in cui si dichiara espressamente che «*et ex hac iniquitate vitium emersit, quale ex libris Ulpiani, quos ad edictum fecit praetoris, inventum a Triboniano viro gloriosissimo nostro quaestore ceterisque viris facundissimis compositoribus iuris enucleati ad nostras aures relatum est*»; sull'importanza del testo come testimone appunto della partecipazione di Giustiniano ai lavori della compilazione, cfr. ARCHI, *Giustiniano e l'insegnamento del diritto*, cit., p. 102, nt. 12 (= *Scritti di diritto romano*, III, cit., p. 1908, nt. 12). Risulta altresì interessante che in C.I. 3, 28, 35, 1-2 i compilatori riferiscano che «*vetere iurgio exploso*» e perciò «*generaliter definimus*», nonché la circostanza che C.I. 3, 28, 36 cominci con il richiamare una precedente costituzione giustiniana che probabilmente doveva essere armonizzata con quanto i commissari che attendevano alla redazione del Digesto leggevano nelle opere dei giuristi classici; sul punto cfr. già le osservazioni di VARVARO, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, cit., pp. 471-472, ntt. 289-290 (cui rinvio per l'indicazione della letteratura precedente).

ab his componebantur, quidquid dubium et incertum inveniebatur, hoc numine caelesti erecta emendabat et in competentem formam redigebat...)⁶⁰. Al proposito risulta particolarmente interessante la notazione, che ritengo debba essere condivisa, formulata da Schindler secondo cui, dopo l'ordine di compilazione del Digesto, in relazione alla risoluzione delle controversie classiche, si offrivano due soluzioni: o effettuare le interpolazioni necessarie nei passi dei giuristi da inserire nei *Digesta*, oppure, in alternativa, emettere una costituzione. Il ricorso alla *lex* si sarebbe reso indispensabile quando i commissari che attendevano alla redazione della raccolta di *iura* non fossero stati d'accordo circa la soluzione da adottare, e avrebbero, quindi, rimesso la questione all'imperatore perché la risolvesse autoritativamente⁶¹.

Il primo dubbio che doveva essersi presentato nella pratica, a proposito di C.I. 3, 28, 35, riguardava il caso in cui l'imperatore avesse concesso a qualcuno la *libera testamenti factio*. Si poteva dubitare, infatti, che il beneficiario della concessione imperiale non fosse tenuto ad osservare le regole generali della successione testamentaria relativamente ai diritti dei legittimari⁶². Si tratta però di una questione postclassica che pare non presentare nessun collegamento con lo spoglio delle opere classiche⁶³. Ciò che qui più diretta-

⁶⁰ Sull'intervento diretto di Giustiniano nella redazione delle costituzioni imperiali, v. W. SCHUBART, *Justinian und Theodora*, München, 1943, p. 78; M. BIANCHINI, *Osservazioni minime sulle costituzioni introduttive alla compilazione giustiniana*, in *Studi in memoria di Guido Donatuti*, I, Milano, 1973, p. 127 e ss., ed ivi nt. 35; T. HONORÉ, *Some Constitutions composed by Justinian*, in *JRS* 65, 1975, p. 107 e ss.; W. WALDSTEIN, *Tribonianus*, in *ZSS* 97, 1980, p. 235 e ss.; A. GIOMARO, *Ipotesi sulla datazione della «Deo auctore»*, in *Studi Urbinati di Scienze giuridiche, politiche ed economiche* 37, 1985, p. 235, nt. 85; sull'argomento, con particolare riferimento alle *decisiones*, v. RUSSO RUGGERI, *Studi sulle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 107 e ss.

⁶¹ Cfr. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., p. 69 e ss. Sulla suddetta notazione formulata dallo studioso tedesco v., nella letteratura più recente, VARVARO, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 472, nt. 290.

⁶² Cfr. C.I. 3, 28, 35 pr.: *Idem A. Iohanni pp. Si quando talis concessio imperialis processerit, per quam libera testamenti factio conceditur, nihil aliud videri principem concedere, nisi ut habeat consuetam et legitimam testamenti factionem. neque enim credendum est Romanum principem qui iura tuetur huiusmodi verbo totam observationem testamentorum multis vigiliis excogitatam atque inventam velle everti.*

⁶³ Così già SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., p. 97, che esamina da una parte il *principium* della costituzione e, dall'altra, il seguito del provvedi-

mente interessa è la *vetus controversia* («*vetere iurgio exploso*») relativa al valore delle rinunce ad agire per l'inefficacia del testamento, di cui si fa parola nei §§ 1-3:

C.I. 3, 28, 35, 1-3 (*Idem A. Iohanni pp.*): *Illud etiam sancimus, ut, si quis a patre certas res vel pecunias accepisset et pactus fuisset, quatenus de inofficiosi querella adversus testamentum paternum minime ab eo moveretur, et post obitum patris filius cognito paterno testamento non agnoverit eius iudicium, sed oppugnandum putaverit, vetere iurgio exploso huiusmodi pacto filium minime gravari secundum Papiniani responsum, in quo definivit meritis filios ad paterna obsequia provocandos quam pactionibus adstringendos. 1a. Sed hoc ita admittimus, nisi transactiones ad heredes paternos filius celebraverit, in quibus apertissime iudicium patris agnoverit. 2. Et generaliter definimus, quando pater minus legitima portione filio reliquerit vel aliquid dederit vel mortis causa donatione vel inter vivos sub ea condicione, ut haec inter vivos donatio in quartam ei computetur, si filius post obitum patris hoc quod relictum vel datum est simpliciter agnoverit, forte et securitatem heredibus fecerit quod ei relictum est accepisse, non adiciens nullam sibi superesse de repletione quaestionem, nullum filium sibi facere praeiudicium, sed legitimam partem repleri, nisi hoc specialiter sive in apocha sive in transactione scripserit vel pactus fuerit, quod contentus relicta vel data parte de eo quod deest nullam habet quaestionem: tunc etenim omni exclusa querella paternum amplecti compellitur iudicium 3. Quae omnis sanctio suas radices extendat non solum ad filium vel filiam, sed etiam ad omnes personas, quae de inofficioso querellam contra mortuorum ultima elogia possunt movere. D. k. Sept. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestae vv. cc. (1° settembre 531)⁶⁴.*

mento come se fossero due *leges* diverse (lo stesso avviene per C.I. 3, 28, 36).

⁶⁴ Oltre a C.I. 3, 28, 35-36 e a C.I. 6, 28, 4, gli altri provvedimenti che, come data originaria o corretta, vengono riportati da Krüger (cfr. *Index constitutionum ad temporis ordinem redactus* [Editio maior, p. 47]) al 1° settembre 531 sono: C.I. 1, 3, 49; C.I. 1, 5, 22; C.I. 3, 28, 37; C.I. 6, 22, 12 (a proposito di queste quattro costituzioni cfr. quanto osservato *supra*, in questo capitolo, nt. 57); C.I. 1, 3, 50 (51) e C.I. 2, 3, 29 (in parte *geminæ* [cfr. KRÜGER, *Editio maior*, p. 52 e p. 169]); C.I. 2, 41, 2; C.I. 2, 52, 7; C.I. 2, 55 (56), 6; C.I. 3, 31, 12 (per la probabile correzione della data di questa costituzione, v. l'emendazione proposta da KRÜGER, *Editio maior*, p. 274); C.I. 5, 59, 5; C.I. 6, 43, 3; C.I. 7, 17, 2 (la *subscriptio* di que-

Si considera l'ipotesi di un figlio che, in cambio del pagamento di una somma di denaro o della cessione di determinate cose, avesse pattuito con il padre di rinunciare ad impugnare il testamento dal punto di vista dell'inofficosa (cfr. § 1: *...si quis a patre certas res vel pecunias accepisset et pactus fuisset, quatenus de inofficiosi querella adversus testamentum paternum minime ab eo moveretur...*). La cancelleria giustiniana sancisce la nullità di un patto del genere, il quale non può impedire appunto al figlio di valersi eventualmente della *querela inofficiosi testamenti*. La decisione imperiale non poteva essere diversa, poiché in seguito alla rinuncia ad esperire la *querela*, in cambio di denaro o di una certa quantità di beni, il figlio avrebbe avuto meno della quota di legittima che gli sarebbe spettata e dunque ci sarebbe stata una deroga al principio esposto nelle Istituzioni che «*quartam quis debet habere, ut de inofficioso testamento agere non possit*»⁶⁵.

Senonché i giustiniani hanno voluto aggiungere anche un altro argomento di ordine morale (cfr. § 1: *...meritis filios ad paterna obsequia provocandos quam pactionibus adstringendos*), attinto da un responso di Papiniano («*secundum Papiniani responsum*»), circa l'ammissibilità del patto rinunciativo⁶⁶. Tale *responsum*, secondo

sta costituzione risulta incompleta essendo indicato solo il giorno e il mese [*«D. k. Sept.»*]; per l'attribuzione all'anno 531 cfr. *Editio maior*, p. 653, nt. 1); C.I. 7, 47, 1; C.I. 8, 10, 13; C.I. 8, 39 (40), 4 (5); C.I. 8, 47 (48), 10 (sulla datazione di questa costituzione v. quanto osservato *infra*, in questo capitolo, § 6, nt. 95); C.I. 8, 56 (57), 4; C.I. 12, 33, 7.

⁶⁵ Cfr. I. 2, 18, 6; sul testo istituzionale v. per tutti LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., p. 264 e ss.

⁶⁶ La circostanza che Giustiniano non riferisca la motivazione di ordine giuridico che Papiniano dovette addurre, limitandosi a riferire la considerazione di ordine morale, la quale di per sé non è sufficiente a determinare la nullità del patto in questione, sembra dimostrare che la ragione di ordine morale che infirmava il patto rinunciativo alla *querela de inofficioso* doveva essere per Giustiniano prevalente su qualsiasi ragione di ordine giuridico. Per un *excursus* storico sul patto rinunciativo, cfr. G. VISMARA, *Storia dei patti successori*, I, Milano, 1941, pp. 152-153; sulla scelta della cancelleria giustiniana di richiamare la motivazione di ordine morale del *responsum papiniano*, cfr. in specie SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., p. 137. Al proposito va altresì rilevato che la giustificazione morale del *responsum Papiniani* si trova formulata, negli stessi termini, nelle *Pauli Sententiae* (cfr. PS. 4, 5, 8 [*De inofficiosi querella*]: *Pactio talis, ne de inofficioso testamento dicatur, querellam super iudicio futuram non excludet: meritis enim liberos quam pactionibus adstringi placuit*). Quest'ultima circostanza dimostrerebbe, secondo una

de Francisci, sarebbe stato desunto dai *libri ad edictum* di Ulpiano, libri che avrebbero offerto appunto ai compilatori l'*occasio legis*⁶⁷. In particolare la costituzione deve essere ricollegata al quattordicesimo libro nel cui contesto si trattava il tema della *querela inofficiosi testamenti*. L'ipotesi del collegamento tra la costituzione in esame e il commentario all'editto di Ulpiano formulata dallo studioso sembra trovare alimento nel fatto che C.I. 6, 28, 4 – indicata da Krüger come parte di un provvedimento unitario formato anche da C.I. 3, 28, 35-36 – faccia espressamente riferimento ad un «*vitium ex libris Ulpiani, quos ad edictum fecit praetoris, inventum a Triboniano*». Per quanto riguarda invece più direttamente l'opinione papiniana richiamata, è probabile, come ha sostenuto de Francisci, che essa fosse stata estrapolata dal commentario all'editto, tuttavia non mi sentirei di escludere che la cancelleria la citasse autonomamente al fine di giustificare le disposizioni emanate per risolvere la problematica di origine edittale. Si tratta, comunque, di mere congetture in quanto della controversia *vetus* e del *responsum Papiniani* non rimane traccia nei *Digesta*⁶⁸.

L'opinione di Papiniano è accolta dal legislatore giustiniano pur se viene attenuato il principio della nullità delle rinunce contrattuali alla *querela inofficiosi testamenti*. Si ammette la validità di un patto con cui il figlio rinunci a far valere la *querela*, qualora tale patto fosse stato confermato da transazioni concluse dal rinunciante con gli altri eredi del padre, dopo la morte di quest'ultimo (§ 1*a*). Si stabilisce inoltre che quando il padre abbia lasciato al figlio «*minus legi-*

parte della dottrina, che la soluzione del problema affrontato da Giustiniano nella costituzione in esame, era ormai pacifico all'epoca dei Severi.

⁶⁷ Cfr. DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR* 23, cit., pp. 202-207. Sul punto v. anche la ricostruzione palinogenetica di Lenel (cfr. *Palinogenesia iuris civilis*, I, cit., c. 888), in cui si ritiene che il parere di Papiniano sarebbe stato originariamente espresso nel secondo libro dei *responsa*, nel titolo contraddistinto dalla rubrica «*de inofficioso testamento*».

⁶⁸ Sull'argomento v. in specie SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., p. 136 e ss., per il quale la controversia cui fa riferimento Giustiniano era stata risolta già nell'epoca classica, ma l'imperatore ritiene di dover decidere essendo rimasta nelle fonti traccia della *dubitatio*.

tima portione»⁶⁹ o gli abbia dato qualche cosa mediante *mortis causa donatio* o mediante *inter vivos donatio*, a condizione che questa donazione venga computata nella *quarta*, se il figlio avendo ricevuto una tale *donatio*, rinuncia mediante un patto all'*actio ad implendam legitimam*⁷⁰, questo patto è valido «*nisi hoc specialiter sive in apocha sive in transactione scripserit vel pactus fuerit, quod contentus relicta vel data parte de eo quod deest nullam habet quaestionem: tunc etenim omni exclusa querella paternum amplecti compellitur iudicium*» (§ 2). Nel paragrafo conclusivo si precisa infine che le disposizioni appena emanate non si applicano solo al figlio o alla figlia, ma a tutti i legittimati alla *querela inofficiosi testamenti* (cfr. § 3: *Quae omnis sanctio suas radices extendat non solum ad filium vel filiam, sed etiam ad omnes personas, quae de inofficioso querellam contra mortuorum ultima elogia possunt movere*)⁷¹.

Si presenta come un aggregato di più soluzioni anche l'altro testo facente parte del provvedimento normativo unitario del 1° settembre del 531 e tramandato in C.I. 3, 28, 36. Il primo dubbio risolto dalla cancelleria imperiale riguardava il caso in cui le cose avute dal figlio per donazione *inter vivos* o *mortis causa* o per testamento, fossero state soggette ad evizione o a diminuzione per effetto della

⁶⁹ La quota legittima prima chiamata *portio debita*, è qui definita *portio legitima* (così anche in C.I. 3, 28, 30 pr.; C.I. 3, 28, 32; C.I. 3, 28, 34, 1; C.I. 3, 28, 36, 1 e prima in C.Th. 2, 19, 2; su tali costituzioni v. per tutti Voci, *Diritto ereditario romano*, II², cit., pp. 750-752).

⁷⁰ La cancelleria giustiniana aveva introdotto l'*actio ad implendam legitimam* con C.I. 3, 28, 30 del 1° giugno 528; sul punto cfr. in particolare G. WESENER, *Vorjustinianische Ansätze zur actio ad supplendam legitimam*, in *Festschrift für A. Kränzlein*, Graz, 1986, p. 149 e ss. (cui rinvio, p. 154, nt. 1, per l'indicazione della letteratura precedente). Per un aspetto particolare della riforma giustiniana del 528 cfr. anche E. NARDI, *In tema di indegnità da soccombenza nella «Querella inofficiosi testamenti»*, in *SDHI* 2, 1939, pp. 450-457 (= *Scritti minori*, I, Bologna, 1991, pp. 138-145). Per il richiamo di C.I. 3, 28, 30 nelle Istituzioni giustiniane v. in specie LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., p. 264 e ss. Per un quadro di sintesi degli interventi normativi giustiniane in materia di *querela de inofficioso*, v., tra gli altri, FALCHI, *Studi sulla legislazione di Giustiniano (528-534) e la codificazione di «leges» e «iura»*, cit., pp. 141-142.

⁷¹ Al proposito, per un rapido accenno, cfr. A. FERNANDEZ DE BUJÁN, *La legitimación de los parientes colaterales privilegiados en la impugnación del testamento inoficioso*, in *SDHI* 55, 1989, p. 106.

lex Falcidia (§ 1)⁷². A tal proposito Giustiniano interviene decidendo che si debba far luogo alla *repletio*, «*nulla Falcidia interveniente*» (§ 1a). La *repletio* della quota deve farsi «*ex ipsa substantia patris*» e quindi non deve essere computata in essa quanto «*ex aliis causis filius lucratus est vel ex substitutione vel ex iure adcrendi, puta usus fructus*» (§ 1b)⁷³.

L'altra questione discussa in C.I. 3, 28, 36 riguardava il caso del testatore che avesse nominato erede un estraneo, imponendogli la restituzione dell'eredità al figlio, «*cum moriatur*» oppure «*in tempus certum*». A tal proposito sorgevano dubbi («*dubitabatur*») poiché in una precedente costituzione («*constitutio, quae antea posita est*»), era stato stabilito che «*omnem dilationem omnem moram censuit esse abstrahendam, ut quarta pars pura et mox filio restituatur*» (§ 1c)⁷⁴. Per mantenere integro il principio fissato in tale provvedimen-

⁷² Cfr. C.I. 3, 28, 36, pr.-1: *Idem A. Iohanni pp. Scimus ante constitutionem fecisse, qua cautum est, si pater minorem debita portionem filio suo reliquisset, omnimodo, etsi non adiciatur viri boni arbitrato repleti filio, attamen ipso iure inesse eandem repletionem. 1. Quaerebatur itaque, si quis rem donatam vel inter vivos vel mortis causa vel in testamento relictam agnoverit et pro parte sua habuerit, deinde eadem res evicta vel tota vel pro parte fuerit, an debeat ex nostra constitutione pars legitima post evictionem suppleri: vel si ex lege Falcidia minuantur legata vel fideicommissa vel mortis causa donationes, debet tamen ex hoc casu supplementum introduci: ne, dum totam Falcidiam accipere heres nititur, etiam totum commodum hereditatis amittat.* La costituzione richiamata dalla cancelleria nel provvedimento in esame («*scimus ante constitutionem fecisse*» [pr.] e «*ex nostra constitutione*» [§ 1]) è C.I. 3, 28, 30 del 528; sul punto cfr. KRÜGER, *Editio maior*, p. 268, nt. 2.

⁷³ Cfr. C.I. 3, 28, 36, 1a-1b: *Sancimus itaque in omnibus istis casibus, sive in totum evictio subsequatur sive in partem, emendari vitium et vel aliam rem vel pecunias restitui vel repletionem fieri, nulla Falcidia interveniente, ut, sive ab initio minus fuerit derelictum sive extrinsecus qualiscumque causa interveniens aliquod gravamen imponat vel in quantitate vel in tempore, hoc modis omnibus repleti et nostrum iuvamen purum filiis inferri. 1b. Repletionem autem fieri ex ipsa substantia patris, non si quid ex aliis causis filius lucratus est vel ex substitutione vel ex iure adcrendi, puta usus fructus: humanitatis etenim gratia sancimus ea quidem omnia quasi iure adventicio eum lucrari, repletionem autem ex rebus substantiae fieri.* La cancelleria giustifica le disposizioni emanate facendo ricorso all'*humanitas*: sul punto cfr., tra gli altri, WUBBE, *L'«humanitas» de Justinien*, cit., p. 258. Per quanto concerne i richiami, nella legislazione giustiniana, di concetti quali *iustitia*, *aequalitas*, *humanitas*, *clementia* e alla minore ricorrenza del concetto di *aequitas* e del corrispondente greco *ἐπιείκεια*, cfr. in specie SILLI, «*Aequitas*» ed «*ἐπιείκεια*» nella legislazione giustiniana, cit., pp. 281-340.

⁷⁴ Cfr. 3, 28, 36, 1c: *Cum autem quis extraneo herede instituto filio suo restituere eum hereditatem suam, cum moriatur, disposuerit, vel in tempus certum re-*

to e per contemperare l'interesse dell'estraneo istituito con quello del figlio, Giustiniano stabilisce che al figlio debba sempre spettare integra e senza limitazioni la *portio debita*⁷⁵.

Infine si affronta il problema derivante da un dissenso esistente nella giurisprudenza classica circa il momento dal quale far decorrere i cinque anni entro i quali esercitare la *querela inofficiosi testamenti*:

C.I. 3, 28, 36, 2-2b (*Idem A. Iohanni pp.*): *Illud praeterea sancimus, ut tempora de inofficiosi querellae ab adita hereditate secundum Ulpiani opinionem currant, Herennii Modestini sententia recusata, qui a morte testatoris ilico cursum de inofficioso querellae temporibus dabat, ut non liceat heredi quando voluerit adire, ne per huiusmodi tramitem iterum filius defraudetur debito naturali. 2a. Sancimus itaque, ubi testator decesserit alio scripto herede et speratur de inofficioso querella, necessitatem habere scriptum heredem, si quidem praesto est in eadem commanens provincia, intra sex mensuum spatium, sin autem seorsum utraque pars in diversis provinciis degit, tunc intra annale tantummodo spatium simili modo per continuum a morte testatoris numerandum omnimodo adire huiusmodi hereditatem, vel manifestare suam sententiam,*

stitutionem distulerit, quia nostra constitutio, quae antea posita est, omnem dilationem omnem moram censuit esse abstrahendam, ut quarta pars pura et mox filio restituatur, in huiusmodi specie quid faciendum sit, dubitabatur. La costituzione richiamata dalla cancelleria nel surriportato paragrafo è C.I. 3, 28, 31 dell'11 dicembre 528 (cfr. KRÜGER, *Editio maior*, p. 268, nt. 3) con cui si stabilisce che il regime dell'*actio ad implendam legitimam* vale anche per il testamento orale (cfr. C.I. 3, 28, 31: *Idem A. Menae pp. Quae nuper ad testamenta conservanda nec facile retractanda sancimus, ut ratione Falcidiaae minime illis personis derelicta, quae ad inofficiosi testamenti querellam ex prioribus vocabantur legibus, non periclitentur testamenta, sed quod deest legitimae portioni, id est quartae parti ab intestato successionis, tantum repleatur, exceptis illis quibus nihil in testamento derelictum est, in quibus prisca iura illibata servavimus, etiam ad testamenta sine scriptis facienda locum habere sancimus. D. III id. Dec. Constantinopoli dn. Iustiniano pp. A. II cons.*).

⁷⁵ Cfr. C.I. 3, 28, 36, 1d-1e: *Sancimus itaque quartae quidem partis restitutionem iam nunc celebrari non expectata nec morte heredis nec temporis intervallo, reliquum autem, quod post legitimam portionem restat, tunc restitui, quando testator disposuit. 1e. Sic etenim filius suam habebit portionem integram et qualem leges et nostra constitutio definivit, et scriptus heres commodum quod ei testator dereliquit cum legitimo moderamine sentiet.* Per una rapida sintesi delle disposizioni contenute nella prima parte della costituzione in esame cfr. VOCI, *Vicende della legislazione giustiniana negli anni 528-534*, cit., p. 114 (= *Ultimi studi di diritto romano*, cit., p. 346).

quod hereditatem minime admittit: expeditus etenim ita tractatus inducitur filio memoratam movere querellam: sin vero scriptus heres intra statuta tempora minime adierit, per officium quidem iudicis scriptum compelli hoc facere. 2b. In medio tamen, id est a morte quidem testatoris, ante aditam autem hereditatem, etsi decesserit filius, huiusmodi querellam, licet non se praeparavit, ad suam posteritatem transmittet, ad extraneos vero heredes tunc tantummodo, quando antiquis libris insertam faciat praeparationem. D. k. Sept. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestae vv. cc. (1° settembre 531).

La cancelleria riferisce che tra i giuristi classici sorgeva la questione se il decorso del quinquennio dovesse computarsi dalla morte del testatore o dall'adizione dell'eredità⁷⁶. Ulpiano faceva iniziare la prescrizione dal giorno dell'adizione dell'eredità da parte dell'*heres scriptus* (cfr. § 2: *...ab adita hereditate...*), mentre Modestino la faceva decorrere da quello della morte del testatore (cfr. § 2: *...a morte testatoris ilico cursum de inofficioso querellae temporibus dabat...*). Giustiniano accoglie la prima opinione, che riconosciamo essere stata veramente quella di Ulpiano da D. 5, 2, 8, 10 (Ulp. 14 *ad ed.*)⁷⁷, mentre respinge la *sententia Herennii Modestini*, *sententia* che non risulta conservata nel Digesto. Tuttavia, allo stato delle nostre conoscenze, possiamo dire che l'opinione di Modestino poteva essere stata espressa tanto nel suo *liber singularis de inofficioso testamento*, come nei *libri responsorum*, o nel contesto del *liber singularis de praescriptionibus*. Sono queste infatti le opere da cui derivano i tre soli testi di Modestino inseriti nel titolo D. 5, 2 «*de inoffi-*

⁷⁶ Per il termine della prescrizione della *querela inofficiosi testamenti* nel diritto classico, v. per tutti M. AMELOTI, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milano, 1958, p. 130. Sulla questione classica riferita da Giustiniano v., in specie, SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., p. 176 e ss.

⁷⁷ Cfr. D. 5, 2, 8, 10 (Ulp. 14 *ad ed.*): *Si condicioni parere testator heredem iussit in persona filii vel alterius qui eandem querellam movere potest et sciens is accepit, videndum, ne ab inofficiosi querella excludatur: adgnovit enim iudicium. idem est et si legatarius ei vel statuliber dedit. et potest dici excludi eum, maxime si heredem ei iusserat dare: ceterum si legatarium, numquid semel natam inofficiosi querellam non peremat legatarii oblatio? cur ergo in herede absolute diximus? quoniam ante aditam hereditatem nec nascitur querella. ego eventum puto sequendum in hac re, ut, si forte antequam iudicium moveatur oblatio ei fiat eius quod relictum est, quasi ex voluntate testatoris oblato eo satis ei factum videatur.*

cioso testamento» (D. 5, 2, 9, [Mod. l. s. de inoff. test.]; D. 5, 2, 11 [Mod. 3 resp.] e D. 5, 2, 12 [Mod. l. s. de praescr.]⁷⁸.

Avendo accolto l'opinione di Ulpiano, bisognava fissare all'*heres scriptus* un termine per l'adizione «*ut non liceat heredi quando voluerit adire, ne per huiusmodi tramitem iterum filius defraudetur debito naturali*»⁷⁹. Viene così imposto un termine di sei mesi, se istituito e necessario dimoravano nella stessa provincia (cfr. § 2a: ...*si quidem praesto est in eadem commanens provincia, intra sex mensuum spatium...*), di un anno nel caso contrario (cfr. § 2a ...*sin autem seorsum utraque pars in diversis provinciis degit, tunc intra annale tantummodo spatium...*). Trascorso inutilmente il tempo fissato, colui che avesse voluto agire con la *querela* avrebbe potuto costringere l'*heres scriptus* all'adizione *per officium iudicis*⁸⁰. Infine nella parte conclusiva del testo vengono ripetuti i principi relativi alla trasmissione della *querela* già fissati con una *lex* emanata pochi mesi prima⁸¹.

⁷⁸ Secondo LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., c. 720, il parere di Modestino sarebbe stato espresso nel contesto del *liber singularis de inofficioso testamento*.

⁷⁹ Si qualifica *debitum naturale* l'obbligo sanzionato da *querela inofficiosi testamenti* a favore del figlio relativamente alla successione paterna; sul punto cfr., tra gli altri, A. BURDESE, *Dubbi in tema di «naturalis obligatio»*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, II, 1972, pp. 485-513 (in specie p. 494).

⁸⁰ Si tratta di un rimedio per il caso in cui qualcuno avesse voluto intentare la *querela*, ma l'erede non poteva considerarsi ancora accettante. È infatti solamente con C.I. 6, 30, 22 del 27 novembre 531 che si introduce la riforma dello *spatium deliberandi*, trascorso il quale l'*heres scriptus* si riteneva come accettante. Nel diritto classico il chiamato che non accettava entro lo *spatium deliberandi* veniva, invece, ritenuto rinunciante. A proposito del regime dell'adizione dopo l'emanazione della riforma giustiniana e per un quadro di sintesi dei diversi effetti derivanti dall'accettazione con o senza l'utilizzo dello *spatium deliberandi*, v. per tutti VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, cit., pp. 685-687 e, successivamente, con ulteriori dettagli, WESENER, *Beschränkungen der Erbenhaftung im römischen Recht: «separatio bonorum» und «beneficium inventarii»*, in *Ars boni et aequi. Festschrift für W. Waldstein zum 65. Geburtstag*, cit., pp. 413-416. Per il richiamo di C.I. 6, 30, 22 in I. 2, 19, 6, cfr. in specie LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., pp. 267-276.

⁸¹ Mi riferisco a C.I. 3, 28, 34: *Idem A. Iohanni pp. Si quis filium suum exheredatum fecerit alio scripto herede, reliquerit autem ex eo nepotem vel vivum vel in ventre nurus suae constitutum, deliberante vero scripto herede filius decesserit, nulla hereditatis petitione ex nomine de inofficioso constituta vel praeparata omne adiutorium nepotem dereliquit. nec enim pater nepoti aliquod ius, cum decesserit, contra patris sui testamentum dereliquit, quia postea et adita est ab extraneo hereditas et supervixit avo pater eius, ut neque ex lege Vellaea possit in locum patris sui succedere et rescindere testamentum. et hoc nonnulli iuris consulti in medio pro-*

Alla luce del frammento ulpiano conservato in D. 5, 2, 8, 10 (Ulp. 14 *ad ed.*), nonché sulla base dei rilievi effettuati a proposito di C.I. 3, 28, 35, pare evidente che l'opinione di Ulpiano, richiamata ed accolta nella costituzione in esame, derivi dal quattordicesimo libro del commentario all'editto composto dal giurista tardoclassico. In questo contesto de Francisci ha sostenuto che probabilmente la divergenza tra Ulpiano e Modestino era saltata all'occhio dei compilatori nel riavvicinamento tra il sopra ricordato libro *ad edictum* e il *liber singularis de inofficioso testamento* di Modestino⁸². Tale opinione appare tuttavia difficile da condividere se non altro per il fatto che la monografia di Modestino risulta essere stata oggetto di spoglio in un momento successivo rispetto al commentario all'editto di Ulpiano. La divergenza di opinioni tra i due giuristi citati non proveniva, a mio avviso, da uno spoglio comparativo trattandosi appunto di due opere appartenenti alla stessa massa. Credo più probabile ritenere che i commissari, avendo incontrato la questione nel commentario ulpiano, avessero ricordato la differente *sententia Modestini*. Si tratta infatti di una disputa di natura giudiziale e pertanto tipica della legge delle citazioni.

La terza costituzione facente parte del provvedimento normativo unitario del 1° settembre del 531 è quella conservata in C.I. 6, 28, 4.

*ponentes inhumane reliquerunt. 1. Sed nos, qui omnes subiectos nostros et filios et nepotes habere existimamus adfectione paterna et imitatione, secundum quod possibile est omnium commodo prospicientes iubemus in tali specie eadem iura nepoti dari, quae filius habebat, et nisi praeparatio facta est ad inofficiosi querellam instituendam, tamen posse nepotem eandem causam proponere: et si non heres apertissimis probationibus ostenderit ingratum patrem nepotis circa testatorem fuisse, testamento remoto ab intestato eum vocari, nisi certa quantitas patri eius minor parte legitima relicta est: tunc etenim secundum novellam nostri numinis constitutionem repletio quartae partis nepoti superest, si qua patri eius competeat: et perfruatur nostro beneficio a vetustate quidem neglectus, a nostro autem vigore recreatus, nisi pater adhuc superstes vel repudiavit querellam vel quinquennium tacuit, scilicet post aditam hereditatem. D. [III] <III> k. Aug. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestae vv. cc. Per la correzione della data della costituzione cfr. KRÜGER, *Über die Zeitfolge der im Justinianischen Codex enthaltenen Constitutionen Justinians*, cit., p. 179 (cfr. anche *Editio maior*, p. 267, nt. 2).*

⁸² Cfr. DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR* 23, cit., p. 212 e ss. Per quanto riguarda la citazione di Ulpiano, non prende invece posizione LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., c. 1199, che colloca la testimonianza riferita in C.I. 3, 28, 36, 2 «*ex libris incertis*».

Con questa *lex* – emanata, come già accennato, allo scopo di eliminare un *vitium* che si dice espressamente riscontrato dai compilatori nell’opera di Ulpiano – si riforma il regime della *exhereditatio*, reso unico per tutti i possibili delati e fondato sulla diseredazione nominativa⁸⁵. Nella prima parte del testo viene enunciata la *ratio* della riforma:

C.I. 6, 28, 4 pr.-3: *Idem A. Iohanni pp. Maximum vitium antiquae subtilitatis praesenti lege corrigimus, quae putavit alia esse iura observanda in successione parentum, si ex testamento veniant, in masculis et in feminis, cum ab intestato simile ius utrique sexui servaverunt, et aliis verbis exheredari debere filium sanxerunt, aliis filiam, et inter nepotes exheredandos alia iura civilia, alia praetoris introduxerunt. 1. Et si praeteritus fuerat filius, vel ipso iure testamentum evertibat vel contra tabulas bonorum possessionem in totum accipiebat, filia autem praeterita ius adcrendi ex iure vetere accipiebat, ut eodem momento et testamentum patris quodammodo ex parte iure adcrendi evertat et ipsa quasi scripta legatis supponeretur, ex praetore autem habebat contra tabulas bonorum possessionem in totum, constitutio autem magni Antonini eam in tantum coartabat, in quantum ius adcrendi competebat. qui enim tales differentias inducunt, quasi naturae accusatores existunt, cur non totos masculos generavit, ut, unde generentur, non fiant. 2. Nam haec corrigentes et maiorum nostrorum sequimur vestigia, qui eandem observationem colere manifestissimi sunt. scimus etenim antea simili modo et filium et alios omnes inter ceteros exheredatos scribere esse concessum, cum etiam centumviri aliam differentiam introduxerunt. 3. Et ex hac iniquitate vitium emersit, quale ex libris Ulpiani, quos ad edictum fecit praetoris, inventum a Triboniano viro gloriosissimo nostro quaestore ceterisque viris facundissimis compositoribus iuris enucleati ad nostras aures relatum est.*

Si dichiara di voler correggere quel «*maximum vitium antiquae subtilitatis*» che derivava dall’aver voluto distinguere tra maschi e

⁸⁵ Per una sintesi della riforma giustiniana introdotta con la costituzione che mi accingo ad analizzare cfr., per tutti, VOCI, *Diritto ereditario romano*, II², cit., p. 668 e ss., e dello stesso autore *Vicende della legislazione giustiniana negli anni 528-534*, cit., p. 115 (= *Ultimi studi di diritto romano*, cit., p. 347).

femmine quanto alle modalità ed agli effetti della diseredazione e ciò non solo in contrasto con il diverso regime delle successioni intestate (cfr. pr.: ...*cum ab intestato simile ius utriusque sexui servaverunt...*), ma anche con le stesse leggi di natura (cfr. § 1: ...*qui enim tales differentias inducunt, quasi naturae accusatores existunt, cur non totos masculos generavit, ut, unde generentur, non fiant*)⁸⁴.

Il legislatore giustiniano si sofferma ampiamente sul precedente regime della *praetiritio* della figlia ricordando in particolare che a lei sarebbe spettata una quota dell'eredità variabile secondo la qualità e la quantità degli eredi cui si sarebbe venuta ad aggiungere (§ 1: ...*filia autem praeterita ius ad crescendi ex iure vetere accipiebat, ut eodem momento et testamentum patris quodammodo ex parte iure ad crescendi evertat et ipsa quasi scripta legatis supponeretur...*)⁸⁵, e ciò almeno fino a quando il pretore non le concesse di ottenere l'intero concedendole la *bonorum possessio contra tabulas*, beneficio questo peraltro successivamente limitato ai soli discendenti di sesso maschile dall'imperatore Antonino (cfr. §

⁸⁴ La natura ritorna nella legislazione imperiale ogni volta che si desidera dare alle disposizioni di legge un significato che vada al di là dell'ambito giuridico. In questo caso si tratta di un rimprovero a coloro i quali, in rapporto ai sessi, «*tales differentiae inducunt*», da atteggiarsi a «*naturae accusatores*», una natura rea di non aver generato esseri tutti di sesso maschile; sul punto v. in particolare LANATA, *Legislazione e natura nelle Novelle giustiniane*, cit., p. 172 e nt. 18. Proprio per l'eliminazione di ogni differenza tra maschi e femmine quanto alle modalità della diseredazione e agli effetti di una eventuale *praetiritio*, la costituzione in esame è stata individuata come una di quelle in cui si manifesta in maniera più evidente il c.d. femminismo giustiniano: sul punto v. in specie E. GIANTURCO, *L'influenza dell'imperatrice Teodora nella legislazione giustiniana*, in *Studi giuridici in onore di C. Fadda*, IV, Napoli, 1906, pp. 3-12 (= *Opere giuridiche*, II, Roma, 1947, pp. 308-312); nella letteratura successiva v. in particolare J.E. SPRUIT, *L'influence de Théodora sur la législation de Justinien*, in *RIDA* 3° s. 24, 1977, p. 420, nt. 90. Più in generale, per l'attenzione manifestata in C.I. 6, 28, 4 nei confronti della condizione femminile in relazione alla materia successoria, cfr., nella letteratura meno risalente, J. BEAUCAMP, *Le statut de la femme (4^e-7^e siècle)*, I. *Le droit impérial*, Paris, 1990, p. 25 e nt. 20.

⁸⁵ Cfr. anche I. 2, 13, pr. in cui si descrive il regime classico. La costituzione in esame viene richiamata in I. 2, 13, 5: sul punto cfr., in specie, LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., p. 240 e ss. Per un *excursus* storico sul trattamento riservato alla *filia* nel *ius civile* e nel *ius honorarium*, cfr., tra gli altri, R. QUADRATO, «*Hominis appellatio*» e gerarchia dei sessi. D. 50, 16, 152 (*Gai. 10 ad l. Iul. et Pap.*), in *BIDR* 94-95, 1991-1992, p. 322 e ss.

1: ...*ex praetore autem habebat contra tabulas bonorum possessionem in totum, constitutio autem Magni Antonini eam in tantum coartabat, in quantum ius ad crescendi competebat...*)⁸⁶.

È in questo quadro, rivolto a sottolineare i difetti e le iniquità prodotte dal precedente regime, che la riforma trova altresì il proprio fondamento nella dichiarata opportunità di modellare il diritto vigente sull'esempio di quello già adottato dagli antichi. Il nuovo regime viene dunque indicato come conforme a quello del *ius vetus*; sarebbe, infatti, stato il collegio dei *centumviri* a distinguere, quanto alle modalità della diseredazione, tra i figli maschi da un lato e le figlie e gli ulteriori discendenti dall'altro⁸⁷.

Dalla denunciata iniquità emergeva un altro *vitium* che si dice «*inventum*», nei *libri ad edictum praetoris* di Ulpiano, da Triboniano e dagli altri commissari che attendevano alla redazione della raccolta di *iura* (cfr. § 3: *Et ex hac iniquitate vitium emersit, quale ex libris Ulpiani, quos ad edictum fecit praetoris, inventum a Triboniano viro gloriosissimo nostro quaestore ceterisque viris facundissimis compositoribus iuris enucleati...*)⁸⁸. Si precisa altresì che il difetto veniva riferito all'imperatore («*ad nostras aures relatum est*»), verosimilmente affinché risolvesse la questione con

⁸⁶ La costituzione attribuisce, forse per errore, la disposizione ad Antonino Caracalla. Si tratta invece di un rescritto di Antonino Pio (cfr. Gai. 2, 125-126); sul punto v., per tutti, K. P. MÜLLER-EISELT, *Divus Pius constituit. Kaiserliches Erbrecht*, Berlin, 1982, p. 65 e nt. 13.

⁸⁷ Secondo F. PRINGSHEIM, *Die archaische Tendenz Justinians*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, I, Milano, 1929, p. 568 (= *Gesammelte Abhandlungen*, II, Heidelberg, 1961, p. 26), in C.I. 6, 28, 4 ci sarebbe addirittura un ritorno alla legge delle dodici tavole. Sulla dichiarata conformità del nuovo regime rispetto a quello adottato dagli antichi, cfr. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., p. 30 e ss. Quanto alla testimonianza fornita dalla cancelleria a proposito della distinzione introdotta dal collegio dei *centumviri*, cfr. in specie DI LELLA, *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, cit., pp. 93-95. Per un accenno v. altresì, con riferimento ad un aspetto particolare, A. SANGUINETTI, *Considerazioni sull'origine del principio «heredes instituendi sunt vel exheredandi»*, in *SDHI* 59, 1993, p. 262.

⁸⁸ Risulta interessante l'uso degli aggettivi in forma superlativa assoluta («*gloriosissimo*», «*facundissimis*») che accompagnano il nome di Triboniano e dei suoi collaboratori, quasi a sottolineare l'importanza del lavoro che stavano compiendo. Sul participio passato singolare «*inventum*», cfr. PUGSLEY, *On Compiling Justinian's Digest (5): The Constitution «ad senatum» of 22 July 530*, cit., pp. 307-308 e ntt. 36-37, che propone di sostituirlo con la forma *inventis*.

una costituzione. A parere di Lenel, l'*occasio legis* sarebbe stata fornita al legislatore giustiniano dalla lettura del quarantesimo libro del commentario ulpiano, diversamente per de Francisci si tratterebbe del quattordicesimo tra i libri editali⁸⁹. Ipotesi questa che credo debba essere condivisa se, come noi abbiamo fatto, si considera esatta la congiunzione indicata da Krüger tra C.I. 3, 28, 35-36 e C.I. 6, 28, 4.

Bisogna attendere i paragrafi conclusivi per incontrare la parte più strettamente dispositiva della costituzione. Dopo aver descritto, infatti, il *vitium* emerso⁹⁰, viene dettata la nuova disciplina della *exhereditio*, fissata nei successivi §§ 6-8⁹¹:

⁸⁹ Cfr. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit. c. 695, che ritiene appunto che Ulpiano avesse trattato della questione nel quarantesimo libro *ad edictum* – libro dedicato al tema della *bonorum possessio* – sotto il titolo contraddistinto dalla rubrica «*de legatis praestandis*». Per DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR* 23, cit., p. 226 e ss., la tesi di Lenel non può essere accettata perché il quarantesimo libro *ad edictum* di Ulpiano è fra quelli che per ragione di materia sono stati aggregati alla massa sabiniana, massa nel cui spoglio i compilatori non sarebbero stati ancora occupati e poiché avrebbero proceduto per ordine, non sarebbe probabile un salto da un'opera all'altra disordinatamente. Dunque, secondo l'autore, bisognerebbe ricercare nei libri *ad edictum* di Ulpiano, anteriormente al venticinquesimo libro col quale comincia appunto la parte aggregata alla massa sabiniana.

⁹⁰ Cfr. C.I. 6, 28, 4, 4-5: *Nam cum ultimum adiutorium de inofficiosi querella positum est et nemo ex alio ortus praesidio ad hanc decurrere possit, inventa fuerat filia praeterita minus habens quam filia exheredata. cum enim per contra tabulas bonorum possessionem vel ius adcrendi semissem substantiae filia praeterita accipiebat et omnibus legata praestare compellebatur, scilicet usque ad dodrantem suae portionis, remanebat ei sescuncia tantummodo in sua successione. 5. Quod si fuisset exheredata, quarta pars omnimodo totius substantiae ei relinqui debebat, et quam iniuria dignam pater existimabat, amplius habebat ea, quam taciturnitate in institutione praeteriit: et si secundum nostrae constitutionis definitionem, quam de supplemento quadrantis posuimus repletio fuerat introducta, simili modo exheredatae in quarta repletio accedebat et ita vitium permansit, ut nec ex nostra constitutione emendationem aliquam sentiret.* Giustiniano fa notare che l'inconveniente sussisteva nonostante una precedente *constitutio* (ci si riferisce a C.I. 3, 28, 30 del 528). La *querela inofficiosi testamenti* è vista dalla cancelleria come un mezzo ingiusto; quando, infatti, il testamento è nullo per preterizione di *suus*, o quando è invocabile la *bonorum possessio contra tabulas*, non si può esercitare la *querela inofficiosi testamenti*; inoltre tale mezzo poteva far sì che la figlia diseredata conseguisse dall'eredità più di quanto conseguisse quella *praeterita*. Sul punto cfr., per una sintesi, Voci, *Diritto ereditario romano*, II², cit., p. 699.

⁹¹ Le disposizioni contenute in questi paragrafi sono richiamate, in un efficace quadro di sintesi, dai compilatori delle Istituzioni (cfr. I. 2, 13, 5); sul punto v.

C.I. 6, 28, 4, 6-8: *Sancimus itaque, quemadmodum in successioneibus parentium, quae ab intestato deferuntur, aequa lance et mares et feminae vocantur, ita et in scriptura testamentorum eas honorari et similibus verbis exheredationes nominatim procedere et contra tabulas possessionem talem habere, qualem filius suus vel emancipatus, ut et ipsa, si fuerit praeterita, ad instar filii emancipati vel sui vel testamentum ipso iure evertat vel per contra tabulas bonorum possessionem stare hoc non patiat. 7. Et hoc non solum in filiabus obtinere, sed etiam in nepotibus et in neptibus et deinceps observari censemus, si tamen ex masculis progeniti sunt. 8. Sed quia et aliud vitium fuerat sub obtentu differentiae introductum et alia iura exheredationis in postumis, alia in iam natis observabantur, cum necesse fuerat postumam inter ceteros exheredatam etiam legato honorari, filiam autem iam progenitam et sine datione, et hoc brevissimo incremento verborum ad plenissimam definitionem deduximus sancientes eadem iura obtinere et in postumis exheredandis, sive masculini sive feminini sexus sint, quae in filiis et filiabus iam statuimus, ut etiam ipsi vel ipsae nominatim exheredentur, id est postumi vel postumae facta mentione. D. k. Sept. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc. (1° settembre 531).*

Viene stabilito che la diseredazione sarebbe dovuta avvenire nominativamente per tutti i discendenti in linea maschile, indipendentemente dalla circostanza che si trattasse di maschi o di femmine, di figli o di nipoti⁹², e che invece, in caso di preterizione, caduto *ipso iure* il testamento, a tutti, senza distinzioni, si sarebbe dovuta concedere la *bonorum possessio contra tabulas*. La stessa disposizione, come si precisa nel paragrafo conclusivo (§ 8), sarebbe dovuta

in specie LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., p. 242 e ss.

⁹² Non si tratta tuttavia di una novità in senso assoluto. Per quanto riguarda la diseredazione nominativa, già l'*Epitome Ulpiani* si pronunciava in tal senso (v. *Ep. Ulp.* 22, 22: *Nepotes et pronepotes ceterique masculi postumi praeter filium vel nominatim vel inter ceteros cum adiectione legati sunt exheredari; et id observatur magis*) e le *Sententiae* non conoscono che la diseredazione nominativa del nipote postumo (cfr. PS. 3, 4b, 10: *Nepos postumus, qui in locum patris succedere potest, ab avo aut heres instituendus est aut nominatim exheredandus, ne agnascendo rumpat testamentum*); a tal proposito v. Voci, *Diritto ereditario romano*, II², cit., pp. 668-669.

valere oltre che per i già nati anche per i *postumi*. In questo modo si sarebbe sanato un ulteriore difetto («*aliud vitium*») riscontrabile nel regime in precedenza vigente, difetto che si manifestava nel diverso trattamento della postuma rispetto alla già nata, laddove per quest'ultima non era richiesto quanto invece ritenuto necessario per la prima, che cioè, in caso di diseredazione *inter ceteros*, dovesse essere almeno onorata di un legato⁹³.

6. *Le opinioni di Papiniano, di Paolo e di Marciano a proposito della querela inofficiosi testamenti del figlio adottato (C.I. 8, 47 [48], 10)*

Citazioni nominative di giuristi classici risultano inserite anche nella ben nota costituzione con cui Giustiniano introduce la distinzione tra *adoptio minus plena* e *adoptio plena*⁹⁴.

La parte del lungo testo legislativo che qui più direttamente interessa è quella riguardante la controversia che sarebbe intercorsa tra i giuristi classici in merito alla legittimazione del figlio adottato ad esercitare la *querela inofficiosi testamenti* nei confronti del padre naturale:

C.I. 8, 47 (48), 10 pr.-1b: *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. Cum in adoptivis filiis, qui filii familias constituti a patribus naturalibus aliis dantur, antiquae sapientiae incidit quaedam dubitatio, si oportet talem filium, si praeteritus a naturali patre fuerat, habere contra eius testamentum de inofficioso actionem (quam Papinianus quidem negat, Paulus autem sine effectu derelinquit, Marcianus vero distinguit, ne ex hac causa utriusque patris perderet successionem, naturalis quidem voluntate eius circumventus, adoptivi propter egestatem, quam forte habebat), et iterum aliud vitium erat exortum: si enim post patris*

⁹³ Tuttavia, come osserva VOCI, *Diritto ereditario romano*, II², cit., pp. 668-669, la pratica doveva preferire in ogni caso la diseredazione nominativa dei *postumi*, che era più sicura ed evitava la necessità di disporre il legato.

⁹⁴ Le qualifiche di *plena* e *minus plena* non sono state attribuite all'*adoptio* da Giustiniano, ma dagli interpreti; in I. 1, 12, 8 si parla di *adoptio plenissima* (sul testo istituzionale v. tra gli altri LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., p. 73 e ss.); sulla questione v., per tutti, ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., p. 231.

naturalis obitum pater adoptivus per emancipationis modum iura adoptionis dissolvisset, nulla spes ei remanebat neque contra patris naturalis voluntatem, quia mortis eius tempore in aliena fuerat familia constitutus, neque contra adoptivum patrem, quia per emancipationem eius familia exemptus est: ideo talem dubitationem et tale vitium corrigentes sancimus per adoptionem quidem ad extraneam personam factam iura naturalis patris minime dissolvi, sed ita eum permanere, quasi non fuisset in alienam familiam translatus. cum enim tanta fragilitas est adoptionis, ut possit in ipso die et filius fieri et extraneus per emancipationem inveniri, quis patiatur iura patris naturalis nexu divino copulata ludibrio defraudari, cum in hoc casu et contradicendi filio ex iure vetere datur licentia et invitus transire ad aliam familiam non cogitur? 1. Omnia igitur, secundum quod iam disposuimus, cum ad extraneum patrem filius per adoptionem transfertur, maneat integra iura sive ad de inofficiosi querellam sive ad alias omnes successiones sive ab intestato sive ex testamento, quae liberis deferuntur, ut et ipse possit prodesse patri naturali et ab eo naturalia debita percipere. 1a. Si vero pater naturalis avo materno filii sui vel, si ipse fuerit emancipatus, etiam paterno, vel proavo simili modo paterno vel materno filium suum dederit in adoptionem, in hoc casu, quia in unam personam concurrunt et naturalia et adoptiva iura, maneat stabile ius patris adoptivi et naturali vinculo copulatum et legitimo adoptionis modo constrictum: et ad eum solum respiciat filius, cui eum et natura adgregavit et lex per adoptionem adsignavit, et Papiniani sententia in hac specie procedat, et ad eum tantummodo filius adoptivus spes totas extendat et non patris naturalis successionem molestare concedatur, sed avita et proavita tantummodo reverentia protegetur, eique adquirat quae possunt acquiri et prodesse, et is ei solus pater intellegatur, quem lex fecit et natura non dereliquit. 1b. Neque enim Marciani distinctioni locum esse in hoc casu invenimus, ubi nullius circumventionis suspicio potest aliquam sibi vindicare licentiam, avita et proavita adfectione haec omnia resecante. (D. k. Sept. Constantinopoli Lampadio et Oreste vv. cc. cons.) (1° settembre 531)⁹⁵.

⁹⁵ La data di emanazione del provvedimento va probabilmente posticipata al 1° settembre 531 seguendo la proposta di KRÜGER, *Über die Zeitfolge der im Justinianischen Codex enthaltenen Constitutionen Justinians*, cit., p. 169 e nt. 9 (cfr. anche *Editio maior*, p. 785, nt. 1) in quanto il primo settembre del 530 Giovanni di Cappadocia, che, secondo quanto si legge nell'*inscriptio*, è il destinatario della co-

Giustiniano innova in materia della adozione di un figlio di famiglia disponendo innanzi tutto che, salvo che l'adottante fosse un avo o un proavo, il *pater naturalis* mantenesse la *patria potestas* sull'adottato (cfr. pr.: ...*sancimus per adoptionem quidem ad extraneam personam factam iura naturalis patris minime dissolvi, sed ita eum permanere, quasi non fuisset in alienam familiam translatus...*) e costui conservasse le proprie aspettative successorie verso il padre naturale (cfr. § 1: ...*cum ad extraneum patrem filius per adoptionem transferetur, maneat integra iura sive ad de inofficiosi querellam sive ad alias*

stituzione, non era ancora *praefectus praetorio*. Nella letteratura ritengono corretta la datazione al 531 KRÜGER, *Die Herstellung der Digesten Justinians und der Gang der Exzerption*, cit., p. 130; C.G. BERGMAN, *Beiträge zum römischen Adoptionsrecht*, Lund, 1912 (rist. Roma, 1972), p. 4; DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR* 23, cit., p. 186; in tempi più recenti D. LIEBS, *Die Jurisprudenz im spätantiken Italien (260-640 n. Chr.)*, Berlin, 1987, p. 203, nt. 61; RUSSO RUGGERI, *La datio in adoptionem*, II, cit., p. 213 e ss.; LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., p. 71, nt. 89 (che fa notare, giustamente, che per lo spostamento della data di C.I. 8, 47 [48], 10 al 531 deve far propendere oltre al fatto che ne era destinatario Giovanni di Capadocia, anche la circostanza che la costituzione non si trova indicata come *decisio* né nel testo, assai ampio, riportato nel Codice, né nelle ripetute citazioni che ne vengono fatte nelle Istituzioni, e ciò nonostante che, se si accettasse la data del 1° settembre del 530, la si dovrebbe appunto invece far rientrare nel novero delle *decisiones*); MESSANA, *Sui «libri definitionum» di Emilio Papiniano*, cit., p. 284, nt. 645; VARVARO, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 475 e ss. Alcuni dei citati autori (v. LIEBS, *ibidem*, p. 203, nt. 61; RUSSO RUGGERI, *ibidem*, pp. 213-214. e ID., *Studi sulle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 60 e ss.; MESSANA, *ibidem*, p. 284, nt. 48), pur ritenendo corretta la datazione al 531, considerano il testo in esame una *decisio*. Ritengono, invece, di dover includere C.I. 8, 47 (48), 10 fra le *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes* DE FRANCISCI, *ibidem*, p. 186 e p. 227 e ss.; SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., p. 336, nt. 2; HONORÉ, *Tribonian*, cit., p. 145, nt. 47 (che ritiene in particolare che C.I. 8, 47 [48], 10 debba essere considerata una *constitutio ad commodum* poiché non vi sarebbe alcun «linguistic support» per includerla tra le *decisiones*); SCHELTEMA *Subsecivum XVIII. Les Quinquaginta Decisiones*, cit., p. 7; ID., *Subseciva*, II. *Die Turiner Institutionenglosse und die Quinquaginta decisiones*, in *RHD* 30, 1962, p. 255 e ss.; VARVARO, *ibidem*, p. 475 e ss. Accetta la data del 1° settembre del 530 e fa rientrare, coerentemente, il provvedimento in questione nel novero delle *decisiones*, ma senza produrre alcun elemento di giudizio FALCHI, *Osservazioni sulle «L decisiones» di Giustiniano*, cit., p. 126, nt. 13; ID., *Sulla codificazione del diritto romano nel V e VI secolo*, cit., p. 113; diversamente però lo stesso autore in *Studi sulle relazioni tra la legislazione di Giustiniano (528-534) e la codificazione di «leges» e «iura»*, cit., p. 66. Sulla questione, anche con riferimento agli altri autori che hanno ritenuto di dover mantenere ferma la data del 530, v. E. NARDI, *Una «dubitatio» da chiarire*, in *AG* 204, 1984, p. 5, nt. 1 (= *Scritti minori*, I, cit., p. 613, nt. 1), che da parte sua non prende a questo riguardo esplicita posizione.

omnes successiones sive ab intestato sive ex testamento, quae liberis deferuntur, ut et ipse possit prodesse patri naturali et ab eo naturalia debita percipere)⁹⁶. Il padre adottivo, di conseguenza, non acquistava

⁹⁶ La forte caratterizzazione innovativa della riforma è in particolare sottolineata da G. LAVAGGI, *Una riforma ignorata di Giustiniano: «Adrogatio plena» e «minus plena»*, in *SDHI* 12, 1946, pp. 45-46 e 53-54. Nelle Istituzioni giustinianee il tessuto innovativo di C.I. 8, 47 (48), 10 è richiamato, come fondamentale, in ogni sede opportuna; cfr. I. 1, 11, 2: *Sed hodie ex nostra constitutione, cum filius familias a patre naturali extraneae personae in adoptionem datur, iura potestatis naturalis patris minime dissolvuntur nec quicquam ad patrem adoptivum transit nec in potestate eius est, licet ab intestato iura successionis ei a nobis tributa sunt. si vero pater naturalis non extraneo, sed avo filii sui materno, vel si ipse pater naturalis fuerit emancipatus, etiam paterno, vel proavo simili modo paterno vel materno filium suum dedit in adoptionem: in hoc casu, quia in unam personam concurrunt et naturalia et adoptionis iura, manet stabile ius patris adoptivi et naturali vinculo copulatum et legitimo adoptionis modo constrictum, ut et in familia et in potestate huiusmodi patris adoptivi sit* (il tratto da «*si vero*» a «*constrictum*» ripete addirittura la parte iniziale del § 1a). La costituzione viene inoltre richiamata, insieme a C.I. 8, 47 (48), 11, in I. 1, 12, 8, e, da sola, in I. 2, 13, 5; I. 2, 17, 1; I. 2, 18, 2, ma il più corposo riferimento alla normativa del provvedimento in questione ricorre nel titolo (3, 1) sulle eredità *ab intestato*; v. I. 3, 1, 14: *Sed ea omnia antiquitati quidem placuerunt: aliquam autem emendationem a nostra constitutione acceperunt, quam super his personis posuimus, quae a patribus suis naturalibus in adoptionem alii dantur. invenimus etenim nonnullos casus, in quibus filii et naturalium parentum successionem propter adoptionem amittebant et adoptione facile per emancipationem soluta, ad neutrius patris successionem vocabantur. hoc solito more corrigentes constitutionem scripsimus, per quam definivimus, quando parens naturalis filium suum adoptandum alii dedit, integra omnia iura ita servari, atque si in patris naturalis potestate permansisset nec penitus adoptio fuerit subsequuta: nisi in hoc tantummodo casu, ut possit ab intestato ad patris adoptivi venire successionem. testamento autem ab eo facto neque iure civili neque praetorio aliquid ex hereditate eius persequi potest neque contra tabulas bonorum possessione agnita neque inofficiosi querella instituta, cum nec necessitas patri adoptivo imponitur vel heredem eum instituere vel exheredatum facere utpote nullo naturali vinculo copulatum: neque si ex Afiniano senatus consulto ex tribus maribus fuerit adoptatus: nam et in huiusmodi casu neque quarta ei servatur nec ulla actio ad eius persectionem ei competit. nostra autem constitutione exceptus est is, quem parens naturalis adoptandum susceperit: utroque enim iure tam naturali quam legitimo in hanc personam concurrente, pristina iura tali adoptioni servavimus, quemadmodum si pater familias sese dedit adrogandum. quae specialiter et singillatim ex praefatae constitutionis tenore possunt colligi. Sul punto cfr. in specie LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., p. 66 e ss., che sottolinea tra l'altro come l'innovazione di C.I. 8, 47 (48), 10 sia presente anche nella Parafraresi di Teofilo, precisamente nei paragrafi 1, 11, 1 i.f. e 2. Giustiniano non torna sul tema delle sue innovazioni in materia di adozione nelle Novelle, probabilmente perché, come ha osservato E. NARDI, *Giustiniano e l'adozione*, in *Atti della Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna, Classe di Scienze Morali, Rendiconti* 74,*

la *patria potestas*, ma si concedeva all'adottato la possibilità di ereditare anche dall'adottante che fosse morto senza aver fatto testamento.

La riforma ha il suo fondamento nel dichiarato proposito di eliminare un *vitium* (cfr. pr.: *...et iterum aliud vitium erat exortum: si enim post patris naturalis obitum pater adoptivus per emancipationis modum iura adoptionis dissolvisset, nulla spes ei remanebat neque contra patris naturalis voluntatem, quia mortis eius tempore in aliena fuerat familia constitutus, neque contra adoptivum patrem, quia per emancipationem eius familia exemptus est...*), e di superare, appunto, un'antica *dubitatio*: «*si oportet talem filium, si praeteritus a naturali patre fuerat, habere contra eius testamentum de inofficioso actionem*»⁹⁷.

A detta di Giustiniano, quindi, all'epoca dei Severi, era dubbio se il figlio, non essendo più, per effetto dell'adozione, in potestà del padre naturale, potesse esperire la *querela* nei confronti del testamento di quest'ultimo. Papiniano risolveva negativamente il problema (cfr. pr.: *...quam Papinianus quidem negat...*) e Marciano arrivava a distinguere, nel senso di consentire la *querela* se il figlio non potesse sperare nulla dal padre adottivo in ipotesi di povertà del medesimo (cfr. pr.: *...Marcianus vero distinguit, ne ex hac causa utriusque patris perderet successionem, naturalis quidem voluntate eius circumventus, adoptivi propter egestatem, quam forte habebat*).

Per quanto riguarda la posizione di Paolo, citato assieme a Papiniano e Marciano, va sottolineato un dato attinente alla struttura grammaticale del testo, vale a dire che se si riferisce il pronome relativo «*quam*» al sostantivo «*dubitatio*», Paolo avrebbe lasciato il problema insoluto (cfr. pr. *...Paulus autem sine effectu derelinquit...*), ma se il pronome si pone in relazione ad «*actionem*» e non a «*dubi-*

1985-1986, p. 54 (= *Estudos en homenaje al profesor J. Iglesias*, III, Madrid, 1988, p. 1506, e *Scritti minori*, I, cit., p. 699), i tempi erano ormai maturi, quindi trascorso il periodo caldo dell'introduzione e del sottolineamento, la concreta attuazione delle riforme di sostanza e di forma (rispettivamente contenute in C.I. 8, 47 [48], 10 e 8, 47 [48], 11) aveva ormai trovato piena e pronta accoglienza.

⁹⁷ Eliminazione del «*vitium*» e superamento della «*dubitatio*» non furono, peraltro, secondo M. KURILOWICZ, «*Adoptio plena*» und «*minus plena*», in *Labeo* 25, 1979, p. 163 e ss., il motivo unico della riforma. Le considerazioni dello studioso polacco riprendono, in parte, le osservazioni di DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR* 23, cit., p. 233.

tatio», come a mio avviso andrebbe fatto per rimanere fedeli al testo, allora sarebbe l'azione di inofficioso ad essere «*sine effectu*» e, quindi, l'opinione paolina non sarebbe senza importanza, ma rappresenterebbe una posizione intermedia tra quella di Marciano e quella di Papiniano⁹⁸. L'opinione di quest'ultimo giurista viene accettata solo parzialmente (cfr. §1a ...*et Papiniani sententia in hac specie procedat...*), mentre si rifiuta la distinzione di Marciano (§ 1b: *Neque enim Marciani distinctioni locum esse in hoc casu invenimus...*).

Come è già stato osservato in passato⁹⁹, trovare nelle residue fonti qualche traccia della «*dubitatio*» sarebbe vantaggioso per comprendere meglio il parere dei tre giuristi richiamati dalla cancelleria, ma purtroppo abbiamo solo un frammento delle Istituzioni di Marciano, inserito nel titolo D. 5, 2 «*de inofficioso testamento*», in cui si dà risposta positiva nella fattispecie inversa a quella di C.I. 8, 47 (48), 10: in rapporto cioè al testamento del figlio dato in adozione, anziché al testamento del padre naturale¹⁰⁰.

L'argomento oggetto della riforma, nonché le osservazioni svolte a proposito delle altre costituzioni emanate il 1° settembre del 531,

⁹⁸ In questo senso già, nella letteratura più risalente, K. VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, II, Warburg und Leipzig, 1876, p. 250; nonché BERGMAN, *Beiträge zum römischen Adoptionsrecht*, cit., p. 42, che ha osservato che «...*Ob das dagegen in Wirklichkeit der Fall ist, darüber gehen die Meinungen weit aus einander, denn hier drängt sich die äü erst zweifelhafte Frage nach der Abhängigkeit des materiellen Noterbrechtes von dem Intestaterbrecht zur Beantwortung auf...*»; nella letteratura più recente cfr. C. RUSSO RUGGERI, *La datio in adoptionem. I, Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana ed imperiale*, Milano, 1990, p. 453, nt. 67, e *La datio in adoptionem*, II, cit., p. 219, nt. 19.

⁹⁹ Cfr. DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR* 23, cit., p. 239 e NARDI, *Una «dubitatio» da chiarire*, cit., p. 9 e ss. (= *Scritti minori*, I, cit., p. 617 e ss.)

¹⁰⁰ Cfr. D. 5, 2, 30 pr. (Marc. 4 *inst.*): *Adversus testamentum filii in adoptionem dati pater naturalis recte de inofficioso testamento agere potest*. L'assenza di diretti riscontri nelle fonti ha fatto sì, soprattutto in passato, che alcuni studiosi dubitassero dell'esistenza della disputa riferita da Giustiniano; in tal senso cfr. nella letteratura più risalente G. LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, p. 420. Tuttavia successivamente la principale dottrina ha considerato veritiere le informazioni fornite dalla cancelleria giustiniana; in tal senso v., tra gli altri, SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., p. 286 e ss.; DI LELLA, *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, cit., p. 170; KURILOWICZ, «*Adoptio plena*» und «*minus plena*», cit., p. 164; NARDI, *Una «dubitatio» da chiarire*, cit., p. 5 e ss. (= *Scritti minori*, I, cit., p. 613 e ss.); RUSSO RUGGERI, *La datio in adoptionem*, I, cit., p. 454 e ss.

inducono a pensare che l'*occasio legis* fosse stata offerta dallo spoglio dei *libri ad edictum*. In particolare, tenendo conto delle citazioni nominative inserite nel testo, credo verosimile ritenere che lo spunto per la riforma derivasse dal commentario all'editto di Paolo e più esattamente dal sedicesimo libro relativo appunto al testamento inofficioso, libro in cui forse era stata trovata la stessa citazione di Papiniano, la cui opera originale probabilmente era stata poi confrontata direttamente. Per quanto riguarda invece l'opinione di Marciano, si può forse ritenere plausibile che fosse stata la cancelleria a ricordare la *distinctio* prevista dall'autore. Le Istituzioni marcianee erano infatti un'opera ben nota e ampiamente diffusa che circolava nell'impero¹⁰¹.

7. *Ulpiano e le restituzioni fedecommissarie (C.I. 6, 49, 7)*

C.I. 6, 49, 7 si presenta come un aggregato di soluzioni in materia di restituzioni fedecommissarie. In particolare nella prima parte del testo normativo si affronta il problema dell'acquisto del fedecommeso universale, quando onorato o onerato sia un pupillo o un *furiosus*. A tal proposito la cancelleria giustiniana stabilisce che, per i suddetti incapaci, possano effettuare la restituzione il tutore e il curatore e viceversa si possa restituire a tali rappresentanti quando il pupillo o il *furiosus* siano onorati anziché onerati. In sostanza l'atto può essere compiuto dal rappresentante legittimo, con effetto per il rappresentato¹⁰².

¹⁰¹ A tal proposito v. ancora DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR* 23, cit., p. 239, che ha già sostenuto, pur se con qualche diversità, che la costituzione fosse da ricollegare al sedicesimo libro del commentario all'editto di Paolo; al riguardo v. anche la ricostruzione palinogenetica di LENEL, *Palinogenesia iuris civilis*, I, cit., c. 658, in cui si ritiene che Marciano avesse preso in considerazione la questione nel quarto libro delle *Institutiones*, sotto il titolo contraddistinto dalla rubrica «*de inofficioso et rupto testamento*»; l'autore invece non prende posizione a proposito delle testimonianze di Paolo e di Papiniano riferite nella costituzione in esame.

¹⁰² Cfr. C.I. 6, 49, 7 pr.-1a: *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. Sancimus licentiam esse etiam soli tutori recte fieri fideicommissi nomine universitatis restitutionem, quod pupillo relictum est, et sine onere fideiussionis, ubi tamen pupillus dari non possit vel abesse noscitur, ne, dum nimia subtilitate circa res utimur pupillares, ipsa subtilitas ad perniciem eorum revertatur. 1. Idemque iuris esse oportet, et si furioso fideicommissaria debeat hereditas, ut restitutio curatorum eius soli, nomine scilicet furiosi, celebretur. quis enim sensus, quae vox certa furioso esse*

Nei §§ 1b-1c, che più interessano ai fini della nostra indagine, si tratta invece del problema della trasmissione delle azioni in capo al fedecommissario *ex senatoconsulto Trebelliano* nel caso in cui l'onerato non possa o non voglia effettuare la restituzione:

C.I. 6, 49, 7, 1b-1c (*Imp. Iustinianus A. Iohanni pp.*): *Cum autem aliquis hereditatem restituere iussus est et dolo malo vel post litem contestatam vel antea sese contumaciter celaverit, vel si suppositus fideicommissariae restitutioni, antequam restitueret hereditatem, ab hac luce subtractus est nullo herede vel successore existente, vel si fideicommissarius, cui restituta est ex Trebelliano hereditas, alii per fideicommissum restituere iussus fuerit res hereditarias: quemadmodum actionum translatio celebretur in tribus istis casibus, apud veteres dubitabatur: et Domitius Ulpianus constituendum esse super his putavit. 1c. Sancimus itaque, ut, sive per contumaciam afuerit is, cui restitutio imposita est, sive morte praeventus nullo relicto successore fuerit, sive a primo fideicommissario in secundum translatio celebrari iussa est, ipso iure utiles actiones transferantur. D. [x] <xv> k. Nov. Constantinopoli Lampadio et Oreste vv. cc. cons. (18 ottobre 531)¹⁰⁵.*

intellegitur, cum in utroque casu restituentes plenissimam consequantur ex nostra lege securitatem? 1a. *Hoc eodem observando, et si ipsi pupilli vel furiosi restitutione gravati sunt;* per una sintesi delle disposizioni riportate in questa parte del testo cfr., tra gli altri, Voci, *Diritto ereditario romano*, II², cit., p. 361. In generale per quanto riguarda gli effetti sul rappresentato degli atti compiuti dal rappresentante nel diritto romano, cfr. V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione degli atti giuridici mediante «conversione» in diritto romano*, Napoli, 1965, pp. 174-175, nonché D. SIMON, *Aus dem Codexunterricht des Thalelaios*, in *RIDA* 17, 1970, p. 289 e ss.

¹⁰⁵ La costituzione, a stare alla *subscriptio*, sembrerebbe emanata nel 530, ma per la probabile correzione della data v. l'emendazione proposta da KRÜGER, *Über die Zeitfolge der im Justinianischen Codex enthaltenen Constitutionen Justinians*, cit., p. 178 (cfr. anche *Editio maior*, p. 594, nt. 1), che propone di modificare la *subscriptio* originaria in «D. XV k. Nov. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc.», tuttavia non esclude che la costituzione possa essere del 532 («post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc. anno secundo»); sul punto v. anche DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR* 27, cit., p. 30, che ritiene giustamente che la costituzione, essendo diretta al prefetto del pretorio Giovanni, debba con tutta probabilità collocarsi nell'ottobre del 531; sul punto cfr. altresì Voci, *Diritto ereditario romano*, II², cit., p. 117, nt. 27, che attribuisce il provvedimento al 18 ottobre 530, ma diversamente lo stesso autore in *Vicende della legislazione giustiniana negli anni 528-534*, cit., p. 116 (= *Ultimi studi di diritto romano*, cit., p. 349), fa rientrare la *lex* tra le costituzioni emanate il 18 ottobre 531. Gli altri provvedimenti che, come

I giustinianeî riferiscono che i *veteres* erano incerti, in tre casi, sul modo in cui dovesse avvenire la «*actionum translatio*» (cfr. § 1b: ... *in tribus istis casibus, apud veteres dubitabatur...*) e aggiungono che «*Domitius Ulpianus constituendum esse super his putavit*» (§ 1b)¹⁰⁴.

La prima ipotesi controversa «*apud veteres*» era quella in cui colui che avrebbe dovuto eseguire la restituzione fosse contumace «*dolo malo*», e questo sia prima, sia dopo *la litis contestatio* (cfr. § 1b: *Cum autem aliquis hereditatem restituere iussus est et dolo malo vel post litem contestatam vel antea sese contumaciter celaverit...*). In tal caso il fedecommissario poteva intentare l'*hereditatis petitio* fedecommissaria, ma non avvenendo la regolare restituzione, che era la via mediante la quale le azioni trapassavano utilmente dall'erede al fedecommissario, era oscuro il modo con cui a questo effetto si potesse provvedere. Il secondo caso riguardava l'erede che, dopo l'adizione, ma prima di addivenire alla restituzione, fosse morto «*nullo herede vel successore existente*» (§ 1b)¹⁰⁵. Infine la terza ipotesi che faceva sorgere dubbi «*apud veteres*» era quella in cui il fedecommissario fosse a sua volta gravato dell'onere di una ulteriore restituzione (cfr. §1b: ...*vel si fideicommissarius, cui restituta est ex Trebelliano hereditas, alii per fideicommissum restituere iussus fuerit res hereditarias...*). Tuttavia a tal proposito va osservato che un testo tratto dal terzo tra i *libri fideicommissorum* di Ulpiano ed in-

data originaria o corretta, vengono riportati da Krüger (cfr. *Index constitutionum ad temporis ordinem redactus* [Editio maior, p. 47]) al 18 ottobre del 531 sono: C.I. 1, 4, 31 che risulta in parte *gemina* di C.I. 7, 40, 2; C.I. 3, 33, 17; C.I. 3, 34, 13 e C.I. 7, 31, 1 (queste due costituzioni, secondo KRÜGER, *Editio maior*, p. 283, nt. 2, in origine formavano un unico provvedimento normativo); C.I. 4, 1, 13; C.I. 4, 11, 1; C.I. 4, 51, 7 e C.I. 4, 54, 9 (ritiene che le due *leges* fossero *iungendae* KRÜGER, *Editio maior*, p. 380, nt. 1); C.I. 6, 23, 30; C.I. 6, 58, 12; C.I. 7, 40, 3; C.I. 8, 40 (41), 28; C.I. 8, 53 (54), 36.

¹⁰⁴ Sull'espressione «*constituendum esse*» del testo giustiniano v. U. MANTHE, *Das senatus consultum Pegasianum*, Berlin, 1989, p. 98 e ss., nonché quanto criticamente osservato, nella recensione alla monografia di Manthe, da M. TALAMANCA, in *BIDR* 92-93, 1989-1990, pp. 781-788 (in particolare p. 785).

¹⁰⁵ In questo caso infatti la restituzione doveva essere ottenuta dagli eredi; cfr. a tal proposito D. 36, 1, 41 (40), 1 (Paul. 20 *ad ed.*): *Persona autem heredis instituti Trebelliano continetur: verum hoc iure utimur, ut et successor heredis recte ex Trebelliano restituat, veluti heres bonorumve possessor, vel pater dominusve, quibus adquisita est hereditas: omnes enim quod iuris habent, ex Trebelliano senatus consulto restituere debent, nec interest, is qui institutus est an pater dominusve rogatus est restituere.*

serito nel titolo D. 36, 1 «*ad senatus consultum Trebellianum*» sembra testimoniare che quest'ultima questione, sebbene controversa, fosse già stata risolta nel periodo tardoclassico (D. 36, 1, 1, 8 [Ulp. 3 *fid.*]). Il giurista accorda infatti il trapasso delle azioni in capo al fedecommissario «*ex Trebelliano senatus consulto*»¹⁰⁶.

Il legislatore giustiniano, dopo aver sottolineato che Ulpiano aveva evidenziato l'opportunità di una costituzione imperiale, detta un'unica soluzione per le tre diverse ipotesi richiamate stabilendo che il trapasso delle azioni utili a favore del fedecommissario avvenga «*ipso iure*» (§1c).

Dal quadro appena definito sembra che i problemi risolti dalla cancelleria imperiale presentino una stretta connessione con i libri *fideicommissorum* ulpiani. Tuttavia tenendo conto dei precedenti risultati delle nostre ricerche, credo più ragionevole ritenere che l'occa-

¹⁰⁶ Cfr. D. 36, 1, 1, 8 (Ulp. 3 *fid.*): *De illo quaeritur, an is, cui ex causa fideicommissi restituta est hereditas ex Trebelliano senatus consulto, ipse quoque restituendo ex eodem senatus consulto transferat actiones: et Iulianus scribit etiam ipsum transferre actiones: quod et Maecianus probat et nobis placet.* Ulpiano ricorda che già Giuliano e Meciano erano stati del suo stesso avviso. La testimonianza riferita da Ulpiano sembra trovare riscontro in D. 36, 1, 67 (65), 3 (Mec. 5 *fid.*): *Si pupillo infanti restituere hereditatem quis rogatus sit, si sponte adierit, etiam servo eius et ipsi pupillo tutore auctore restituetur hereditas: si quidem eo, quod dari non potest, non magis ea res impeditur, quam in muto pubere volente sibi restitui hereditatem. si autem heres recuset adire hereditatem, quemadmodum res expediri possit, difficile est, quia neque tutore desiderante periculo pupilli adire hereditatem Trebelliano senatus consulto locus sit futurus neque pupillus ipse id desiderare possit, cum dari non possit. quod aliquatenus circa mutos expediri potest, nam si auditus capaces sunt vel interrogati nutu possint significare velle se periculo suo hereditatem adire, quomodo absentes per nuntium. sed et infanti non dubito omnimodo subveniendum idque ex similitudine iuris civilis vel honorarii constituendum est: sive enim heres institutus esset, non dubie pro herede tutore auctore gerere posse videtur, sive de bonorum possessione ageretur, peti ei per tutorem posset. ideoque et heres compelli per tutorem potest adire et restituere hereditatem. quo exemplo et mutus, qui nihil intellegere potest, per curatorem adiuvatur.* In questo passo Meciano richiama l'analogia del *ius civile* che permette di *gerere pro herede* e del *ius honorarium* che accorda al tutore la facoltà di chiedere la *bonorum possessio*. Pertanto egli conclude *constituendum esse*, che il tutore dell'infante possa agire affinché l'erede adisca e restituisca. Meciano invoca dunque la necessità di un intervento imperiale per eliminare le incertezze esistenti in materia di restituzioni fedecommissarie proprio come avrebbe fatto Ulpiano (v. C.I. 6, 49, 7, 1b). Il frammento di Meciano è stato considerato, specie in passato, interpolato; sul punto v. BESELER, *Romanistische Studien*, cit., p. 55 e DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR* 27, cit., p. 31 e nt. 3 e pp. 35-36.

sione per l'intervento legislativo fosse stata offerta dai commentari *ad edictum* e più esattamente dal sedicesimo tra i libri edittali di Ulpiano, libro in cui, secondo Lenel, era inserita una rubrica «*de fideicommissaria hereditatis petitione*»¹⁰⁷ ove è altamente probabile che si studiasse e si commentasse anche il senatoconsulto Trebelliano¹⁰⁸. È verosimile dunque che in questo contesto Ulpiano avesse discusso le problematiche risolte da Giustiniano. L'ipotesi appena formulata sembra trovare dei riscontri testuali in un frammento interpolato e conservato dai compilatori in D. 36, 1, 40 (39) (Ulp. 16 *ad ed.*): *Sed nec ipsi tutores indistincte restitui potest*¹⁰⁹. In questo testo riguardante le restituzioni fedecommissarie ai tutori, Ulpiano doveva aver esposto le diverse difficoltà riferite nella prima parte della costituzione in esame.

Tirando le fila del discorso mi sembra che si possa addivenire alla conclusione che i commissari che attendevano allo spoglio della massa edittale, avendo incontrato la materia delle restituzioni fedecommissarie, avessero ricordato che la questione era affrontata più in dettaglio nei *libri fideicommissorum* di Ulpiano. A tal proposito si può ipotizzare, sia pure con grande cautela, che la sopra menzionata opera ulpiana fosse stata trasmessa dai commissari alla cancelleria che forse la confrontava direttamente.

¹⁰⁷ Cfr. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., cc. 507-514.

¹⁰⁸ A tal proposito v. ancora DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR* 27, cit., pp. 29-37, che ha già sostenuto che la costituzione dovesse connettersi al libro XVI di Ulpiano *ad edictum*. A dire il vero l'autore prende anche in considerazione l'ipotesi di un collegamento tra C.I. 6, 49, 7 e i *libri fideicommissorum* di Ulpiano, ma la rigetta argomentando che i compilatori, nell'ottobre del 531, non erano ancora arrivati alla lettura dei suddetti *libri* occupando essi un posto alquanto avanzato nella massa papiniana. Per tal motivo lo studioso preferisce collegare la costituzione con il commentario all'editto di Ulpiano. Sul punto cfr. D. PUGSLEY, *La rédaction du Digeste e la thèse de Longo e de Francisci*, in *RIDA* 42, 1995, p. 499, che critica i risultati della ricerca di de Francisci basandosi proprio sulle citazioni dei giuristi nelle costituzioni *ad commodum propositi operis pertinentes*, citazioni che dimostrano, secondo l'autore, che i compilatori, avendo iniziato la lettura dei commentari *ad Sabinum* e *ad edictum* già durante la seconda metà del 530, prima della *constitutio Deo auctore*, alla fine dell'anno 531 erano ormai giunti alla fine delle tre masse principali. Sulla questione non è di aiuto la ricostruzione palingenetica di Lenel, in cui C.I. 6, 49, 7, 1b è inserita «*ex libris incertis*» (cfr. *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., c. 1200).

¹⁰⁹ Sul punto cfr. KRÜGER, *Digesta*, p. 570, nt. 15; al proposito cfr. anche LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., c. 508, nt. 2.

8. *La quaestio riscontrata «ex libris Sabinianis» (C.I. 3, 33, 17)*

In C.I. 3, 33, 17, la cancelleria ricorda un dubbio, che si dice genericamente riscontrato «*ex libris Sabinianis*»¹¹⁰:

C.I. 3, 33, 17: *Idem A. Iohanni pp. Ex libris Sabinianis quaestio nobis relata est, per quam dubitabatur, si usus fructus per servum adquisitus vel per filium familias capitis deminutione filii magna vel media vel morte vel emancipatione vel servi quacumque alienatione vel morte vel manumissione potest adhuc remanere. 1. Et ideo sancimus in huiusmodi casibus neque, si servus vel filius familias in praefatos casus inciderit, interrumpi patri vel domino usum fructum qui per eos adquisitus est, sed manere intactum, neque, si pater capitis deminutionem magnam vel mediam passus fuerit vel morte ab hac luce fuerit exemptus, usum fructum perire, sed apud filium remanere, etiamsi heres a patre non relinquatur. 2. Usum fructum enim per eum adquisitum apud eum remanere et post patris calamitatem oportet, cum plerumque verisimile est testatorem contemplatione filii quam patris usum fructum ei reliquisse. D. xv k. Nov. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestae vv. cc. (18 ottobre 531).*

La *quaestio* riguardava l'usufrutto acquistato per mezzo di un servo o di un *filius familias* (cfr. pr.: ...*si usus fructus per servum adquisitus vel per filium familias...*). Si dubitava se in tal caso l'usufrutto si estinguesse per morte, emancipazione, *capitis deminutio magna vel media* del figlio oppure per morte, manumissione, alienazione dello schiavo (cfr. pr.: ...*capitis deminutione filii magna vel media vel morte vel emancipatione vel servi quacumque alienatione vel morte vel manumissione potest adhuc remanere*). I giustinianeî risolvono la *quaestio* stabilendo che, qualunque siano i mutamenti di proprietà o di stato che colpiscano colui «*per quem usus fructus adquisitus est*», l'usufrutto debba rimanere presso il *pater* o il *dominus*, mentre dispongono che il diritto reale continui in testa al figlio in caso di morte o *capitis deminutio* del padre (§ 1). Quest'ultima statuizione può apparire in contraddizione con quanto stabilito prima, ma

¹¹⁰ Mi sembra opportuno rilevare che è la prima volta che si incontra l'espressione «*ex libris Sabinianis*».

la cancelleria dando prevalenza, in un caso, alla persona del *dominus* o del padre e, nell'altro, alla persona dello schiavo o del *filius*, sembra voler offrire una soluzione di compromesso¹¹¹. D'altra parte soltanto stabilendo che, morto il padre, l'usufrutto venga conservato dal *filius*, si può rendere omaggio alla volontà del testatore, di beneficiare il figlio anziché il padre (cfr. § 2: *...cum plerumque verisimile est testatorem contemplatione filii quam patris usum fructum ei reliquisse*).

La tendenza giustiniana di conservare l'usufrutto in testa al titolare era già stata dimostrata in C.I. 3, 33, 15 dell'anno precedente, ove la cancelleria aveva ricordato la disputa classica relativa al caso del servo, *per quem usus fructus adquisitus*, che venisse ad appartenere *pro parte* ad altri, ed aveva accolto l'opinione di Giuliano, della integrale conservazione dell'usufrutto in capo all'antico *dominus*¹¹². Durante i lavori per il Digesto, i commissari si imbattono dunque in una problematica, per alcuni aspetti, analoga a quella risolta con la *decisio* del 530. A tal proposito credo che si debba ritenere attendibile la ricostruzione palinogenetica di Lenel, che ha ipotizzato che la questione riferita dalla cancelleria in C.I. 3, 33, 17 fosse stata affrontata da Ulpiano nel diciassettesimo libro *ad Sabinum*, ove, secondo l'autore, sarebbe stata inserita una rubrica «*quibus modis ususfructus legatus amittitur*»¹¹³.

¹¹¹ Nelle fonti si trova traccia sia di casi in cui viene data prevalenza alla persona del figlio o del servo (cfr. D. 7, 2, 1, 1 [Ulp. 17 *ad Sab.*] e D. 45, 3, 1, 4 [Iul. 52 *dig.*] sia di casi in cui si dà prevalenza alla persona del *dominus* (cfr. D. 17, 2, 63, 9 [Ulp. 31 *ad ed.*] e D. 41, 1, 49 [Paul. 9 *ad Plaut.*]). Nelle fonti non mancano neppure testimonianze della soluzione respinta dalla cancelleria nella costituzione in esame; a tal proposito cfr. D. 7, 4, 5, 1 (Ulp. 17 *ad Sab.*); D. 7, 4, 18 (Pomp. 3 *ad Sab.*) nonché Frag. Vat., 57 (Paul. 1 *manual.*); su quest'ultimo passo cfr. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, cit., p. 220 (trad. it. *Storia della giurisprudenza romana*, cit., p. 327). Sull'opinione classica respinta dai giustiniani v. DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR* 27, cit., p. 24, nonché GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*², cit., pp. 324-326.

¹¹² Al proposito v. *supra*, cap. II, § 3. Riguardo al collegamento tra C.I. 3, 33, 15 e C.I. 3, 33, 17, cfr. ancora DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR* 27, cit., p. 25 e ss., e, successivamente, SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., p. 252 e ss.

¹¹³ Cfr. LENEL, *Palinogenesia iuris civilis*, II, cit., c. 1058, che unisce C.I. 3, 33, 17 pr. con D. 7, 4, 5, 1 ([Ulp. 17 *ad Sab.*): *Si quis usum fructum solum servi alienaverit, per quem usus fructus ei adquisitus est, dubium non est, quin usus fructus per eum adquisitus retineatur*), testo in cui Ulpiano afferma che se taluno avesse alienato solamente l'usufrutto del servo «*per quem usus fructus ei*

9. *La non osservanza della lex Iulia miscella nei casi trovati nei libri Sabiniani di Ulpiano (C.I. 6, 40, 3)*

Con due costituzioni del 531 (C.I. 6, 40, 2 e C.I. 6, 40, 3), la cancelleria giustiniana modifica il regime delle condizioni di vedovanza. In particolare con il primo provvedimento datato 20 febbraio, si abroga la norma con cui la *lex Iulia miscella*¹¹⁴ rendeva illecita la *condicio viduitatis* imposta alla donna¹¹⁵. All'abolizione della nul-

adquisitus est», non vi era dubbio che gli fosse conservato l'usufrutto acquisito mediante tale servo. L'ipotesi di Lenel è stata seguita da DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR* 27, cit., p. 23 e ss.

¹¹⁴ Tale perifrasi compare nella rubrica di C.I. 6, 40 («*De indicta viduitate et de lege Iulia miscella tollenda*»), in C.I. 6, 40, 2 pr. e 2 e in C.I. 6, 40, 3. È opinione diffusa in dottrina che di *lex Iulia miscella* si parlasse volgarmente al riguardo della legge *Iulia et Papia*, alla quale sarebbe da attribuire la disciplina della *condicio viduitatis* imposta al coniuge superstite; per l'esattezza l'aggettivo *miscella* corrisponderebbe, nel significativo, all'aggettivo *satura* o *mixta*, vale a dire una legge che disciplina più di un argomento, come appunto la *lex Iulia et Papia*. Si trattava probabilmente di una espressione scolastica. Si trova menzione di una *lex Iulia miscella* anche nelle Novelle che spiegano però l'aggettivo supponendo, probabilmente per ignoranza, che si tratti di una legge fatta approvare da un certo *Iulius Miscellus* (v. Nov. 22, 43); non si riscontra invece nessun riferimento alla *lex Iulia miscella* nei *Digesta*. Su tali aspetti v. HUMBERT, *Le remariage à Rome. Étude d'histoire juridique et sociale*, cit., p. 165 e nt. 15; in particolare per il significato da attribuire all'aggettivo *miscella* cfr. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., p. 60, nt. 206; nonché R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*³, Milano, 1995, p. 171, e dello stesso autore *Il matrimonio nel diritto romano classico*, Milano, 2006, pp. 22-23.

¹¹⁵ Cfr. C.I. 6, 40, 2: *Imp. Iustinianus A. Iuliano pp. Ambiguitates legis Iuliae miscellae generali lege tollentes nullum concedimus fieri iuramentum secundum praedictam legem, sed penitus ea cum Muciana cautione super hac causa quiescente licere mulieribus, etiam maritorum suorum interminatione spreta, quae viduitatem eis indicit, et non dato sacramento procreandae subolis gratia, tamen ad secundas migrare nuptias, poena huiusmodi cessante, sive habeat liberos, sive non, et percipere ea, quae maritus dereliquit (quorum omnium manifestissimum est dominium minime eas liberis existentibus habere usu fructu tantummodo apud eas manente et ad liberos prioris tori proprietate eorum deferenda secundum ea, quae de secundis nuptiis lucrisque ex his mulieribus statuta sunt), ne ex necessitate legis et sacramento colorato periurium committatur. 1. Cum enim mulieres ad hoc natura progenit, ut partus ederent, et maxima eis cupiditas in hoc constituta est, quare scientes prudentesque periurium committi patimur? 2. Tale igitur iuramentum conquiescat et lex Iulia miscella cedat cum Muciana cautione super hoc introducta, a re publica separata. augeri etenim magis nostram rem publicam et multis hominibus progenitis frequentari quam impiis*

lità della condizione di vedovanza imposta all'uomo, si provvederà invece pochi mesi più tardi con la costituzione di seguito riportata:

C.I. 6, 40, 3: *Idem A Iohanni pp. Legem Iuliam miscellam quemadmodum in feminis sustulimus, ita et in masculis esse sublatam pertinere quidem ad sensum nostrae legis, quam super hoc promulgavimus, non est incertum. 1. Ne tamen quaedam ambiguitas simplices animos moveat, etiam expressim sancimus legem Iuliam miscellam et senatus consulta, quae circa eam facta sunt, nec non Mucianam cautionem, quae super talibus nuptiis introducta est, non solum in feminis, sed etiam in masculis cessare. 2. Sed quia apud Ulpianum in libris Sabinianis invenimus quaedam verba, quae effugiunt legis miscellae observationem, ne quis et ea sublata esse putaverit, sancimus, cum huiusmodi verbis mulieribus aliquid relinquatur: 'si vidua erit' vel 'cum vidua erit' vel 'quotiens vidua erit', vel e contrario maribus: 'si amiserint uxores' vel 'quando ad caelibatum pervenerint', non vetari ea vindicare vel legitimo modo sumere, quae eis derelicta sunt. neque enim ut permaneant vel feminae in viduitate vel masculi in caelibatu relictum esse videtur, ut locum vel ante nostram legem habeat lex Iulia miscella, quae iam perempta est: sed cum primum hoc evenerit, ilico competat talibus personis eius quod relictum est persecutio, quia sub condicione relictum esse videtur, sive semel sive in annos singulos haec liberalitas fuerit conscripta, quasi pro solacio suae tristitiae. D. k. Nov. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc. (1° novembre 531)¹¹⁶.*

periuriis adfici volumus, cum satis esse inhumanum videtur per leges, quae periuria puniunt, viam periuriis aperiri. D. x K. Mart. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc. Sulle disposizioni contenute in questa costituzione v. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², München, 1971, p. 318 e ss.; per una lettura congiunta di C.I. 6, 40, 2 e 3, cfr. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II², cit., p. 606, p. 798 e p. 805, e HUMBERT, *Le remariage à Rome. Étude d'histoire juridique et sociale*, cit., p. 164 e ss.; per una sintesi sul regime della *condicio viduitatis* nel periodo classico e giustiniano v. R. ASTOLFI, *Note per una valutazione della «lex Iulia et Papia»*, in *SDHI* 39, 1973, p. 197, e dello stesso autore *La lex Iulia et Papia*³, cit., p. 169 e ss. Sull'ultima parte di C.I. 6, 40, 2 (...*cum satis esse inhumanum videtur per leges, quae periuria puniunt, viam periuriis aperiri*), v. in specie WUBBE, *L'«humanitas» de Justinien*, cit., p. 261.

¹¹⁶ Nella stessa data risultano emanate altresì le seguenti costituzioni (cfr. KRÜGER, *Index constitutionum ad temporis ordinem redactus* [Editio maior, p. 47]): C.I. 1, 3, 51 (52); C.I. 2, 3, 30; C.I. 2, 40, 5; C.I. 3, 1, 17; C.I. 3, 1, 18 (sulla

Si estendono agli uomini le disposizioni a favore della donna introdotte da C.I. 6, 40, 2 (cfr. pr.: *...ita et in masculis esse sublatam pertinere quidem ad sensum nostrae legis...*) e, «*ne tamen quaedam ambiguitas simplices animos moveat*», si ordina «*expressim*» che la *lex Iulia miscella* venga abolita assieme ai senatoconsulti emanati per integrare la disciplina della *condicio viduitatis* e alla *cautio Muciana* (cfr. § 1: *...sancimus legem Iuliam miscellam et senatus consulta, quae circa eam facta sunt, nec non Mucianam cautionem, quae super talibus nuptiis introducta est, non solum in feminis, sed etiam in masculis cessare*)¹¹⁷.

In questo quadro i giustinianeî informano di aver trovato, nei *libri ad Sabinum* di Ulpiano (cfr. § 2: *...apud Ulpianum in libris Sabinianis invenimus...*), «*quaedam verba, quae effugiunt legis miscellae observationem*». Ora, se si procede in ordine nel commentario ulpiano a Sabino, si può osservare che il giurista discuteva del legato di usufrutto nel diciottesimo libro, legato di cui è

subscriptio di quest'ultima costituzione, cfr. KRÜGER, *Editio maior*, p. 239, nt. 1); C.I. 4, 18, 3; C.I. 4, 27, 3 (2); C.I. 4, 29, 25 (che per KRÜGER, *Editio maior*, p. 434, nt. 2, è da ritenersi *iungenda* con C.I. 5, 13, 1, costituzione questa che, a stare alla *subscriptio*, sembrerebbe emanata nel 530, ma per la probabile correzione della data v. l'emendazione proposta da KRÜGER, *Editio maior*, p. 438, nt. 1); C.I. 4, 31, 14; C.I. 4, 39, 9; C.I. 5, 11, 7; C.I. 5, 14, 11; C.I. 5, 27, 12; C.I. 5, 37, 27; C.I. 6, 37, 25; C.I. 6, 50, 18; C.I. 6, 58, 13; C.I. 8, 47 (48), 11; C.I. 8, 48 (49), 6 (le ultime tre costituzioni indicate sono *iungendae*; cfr. KRÜGER, *Editio maior*, p. 611, nt. 8); C.I. 7, 6, 1; C.I. 7, 15, 3; C.I. 8, 37 (38), 14.

¹¹⁷ Riguardo ai senatoconsulti richiamati dalla cancelleria cfr. HUMBERT, *Le remariage à Rome. Étude d'histoire juridique et sociale*, cit., p. 166, che sostiene che si tratti dei *senatus consulta Pesicianum et Calvisianum* che, modificando il regime stabilito dalla *lex Iulia et Papia* riguardante il matrimonio delle persone anziane, si sarebbero occupati anche della *condicio viduitatis*; diversamente ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*³, cit., p. 167, che ritiene impossibile indicare i senatoconsulti. A proposito della *cautio Muciana* è ancora di qualche utilità il lavoro di E. LEVY, *Zur Lehre von der Muciana Cautio im klassischen römischen Recht*, in ZSS 24, 1903, pp. 122-141 (= *Gesammelte Schriften. Zu seinem achtzigsten Geburtstag mit Unterstützung der Akademien der Wissenschaften zu Göttingen, Heidelberg und München sowie von Basler Freunden ihm dargebracht von W. Kunkel und M. Kaser*, II, Köln-Graz, 1963, pp. 537-556); nella letteratura successiva cfr. C. COSENTINI, *Sull'origine dell'estensione della «cautio Muciana» all'eredità*, in *Miscellanea romanistica*, Catania, 1956, pp. 79-111; A. MASI, *In tema di «cautio Muciana»*, in *Iura* 13, 1962, pp. 175-192; B. BIONDI, *Intorno alla cautio Muciana applicata all'eredità*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1965, pp. 573-590; nonché A. BURDESE, s.v. *Muciana cautio*, in *ED* 27, Milano, 1977, pp. 347-349.

normalmente destinataria la vedova. La *condicio viduitatis* è dunque propria del legato di usufrutto, pertanto è altamente probabile che l'*occasio legis* fosse stata offerta dalla lettura del suddetto libro. Tale ipotesi trova, a mio avviso, conforto nella circostanza che dal diciottesimo libro *ad Sabinum* risulta tra l'altro estrapolato un testo di Ulpiano riguardante la *cautio Muciana* inserito nel titolo D. 35, 1 «*de condicionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur*»¹¹⁸.

Confermando così le disposizioni rinvenute nel diciottesimo libro del commentario sabiniano di Ulpiano, il legislatore giustiniano stabilisce che, nel caso di lasciti alla moglie sottoposti alla condizione «*si vidua erit*» oppure «*quotiens vidua erit*», oppure ai mariti sotto la condizione «*si amiserint uxores*», oppure «*quando ad caelibatum pervenerint*», le liberalità possano essere conseguite legittimamente dai beneficiari, pur in mancanza dell'avveramento della condizione, poiché, in casi del genere, la *condicio* sembra essere stata apposta «*ut permaneant vel feminae in viduitate vel masculi in caelibatu*»¹¹⁹.

¹¹⁸ Cfr. D. 35, 1, 7 (Ulp. 18 *ad Sab.*): *Mucianae cautionis utilitas consistit in condicionibus, quae in non faciendo sunt conceptae, ut puta 'si in Capitolium non ascenderit' 'si Stichum non manumiserit' et in similibus: et ita Aristoni et Neratio et Iuliano visum est: quae sententia et constitutione divi Pii comprobata est. nec solum in legatis placuit, verum in hereditatibus quoque idem remedium admissum est. 1. Unde si uxor maritum suum, cui dotem promiserat, ita heredem scripserit ex parte: 'si dotem, quam ei promisi, neque petierit neque exegerit', denuntiare eum posse coheredi paratum se accepto facere dotem vel cavere et ita adire posse hereditatem. sed si ex asse sit institutus maritus sub ea condicione, quoniam non est cui caveat, non impediri eum, quo minus adeat hereditatem: nam iure ipso videtur impleta condicio eo, quod non est, quem possit de dote convenire ipse adeundo hereditatem.* Alla luce delle osservazioni svolte, non credo che sia necessario mutare l'*inscriptio* del surriportato frammento, come propone invece LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., c. 1076, nt. 1, che non vede collegamento fra questo passo e C.I. 6, 40, 3, 2. Tuttavia va osservato che Lenel (*ibidem*, cc. 1197-1198 ed *ivi*, nt. 6), pur collocando il § 2 di C.I. 6, 40, 3 «*ex libris incertis*», fa notare che «*his, ut videtur, quae ad legata pertinent*».

¹¹⁹ Pochi anni più tardi Giustiniano ritorna sull'argomento disponendo la liceità di quelle condizioni (v. Nov. 22, 43 e 44); sul punto cfr. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II², cit., p. 805; per una sintesi delle innovazioni apportate dalle Novelle v. HUMBERT, *Le remariage à Rome. Étude d'histoire juridique et sociale*, cit., p. 165 e ss., nonché ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*³, cit., p. 169 e ss.

10. *La non pia differentia introdotta dalla posteritas e il liber singularis ad senatus consultum Tertullianum di Paolo (C.I. 6, 58, 14)*

Con C.I. 6, 58, 14, Giustiniano riforma il sistema della successione legittima e lo fa prendendo le mosse da quanto sarebbe stato stabilito in proposito dalla *lex duodecim tabularum*:

C.I. 6, 58, 14: *Idem A. Iohanni pp. Lege duodecim tabularum bene Romano generi prospectum est, quae unam consonantiam tam in maribus quam in feminis legitimis et in eorum successione nec non libertis observandam esse existimavit, nullo discrimine in successione habito, cum natura utrumque corpus edidit, ut maneat suis vicibus immortale et alterum alterius auxilio egeat, ut uno semoto et alterum corrumpatur. 1. Sed posteritas, dum nimia utitur subtilitate, non piam induxit differentiam, sicut Iulius Paulus in ipso principio libri singularis, quem ad senatus consultum Tertullianum fecit, apertissime docuit. 2. Qui enim ferendum est ab intestato successione suas quidem filias ad similitudinem masculae subolis in parentis vocari successione et iterum germanas iure consanguinitatis eandem sibi vindicare praerogativam, deinceps autem legitimas feminarum personas, si iura consanguinitatis non possident, a successione legitima repelli, cum maribus eadem successio pateat? 3. Quare enim patris soror non ad successione filii fratris sui una cum masculis vocatur, sed aliud ius in amita, aliud in patruis observatur? vel qua ratione fratris filius ad successione patruis vocatur, germana autem eius ab eadem successione recluditur?. 4. Huiusmodi itaque legis antiquae reverentiam et nos anteponi novitati legis censemus et sancimus omnes legitimas personas, id est per virilem sexum descendentes, sive masculini sive feminini generis sint, simili modo ad iura successione legitimae [ad successione intestatorum] vocari secundum gradus sui praerogativam non ideo excludendas, quia consanguinitatis iura secundum germanae observationem non habent¹²⁰.*

¹²⁰ Per l'espunzione delle parole «*ad successione intestatorum*», v. KRÜGER, *Editio maior*, p. 612, nt. 1. Per le corrispondenze fra C.I. 6, 58, 14, 4 e I. 3, 2, 3b i.f. (a partire da «*omnes legitimas personas*») v. C. FERRINI, *De Iustini Institutionum compositione coniectanea*, in ZSS 11, 1890, pp. 108-109 (= *Opere*, II, Mila-

5. *Cum enim unius sanguinis iura remanent per virilem sexum incorrupta, quare naturae offendimus et legitimo iuri derogamus? cum et aliam maximam iniuriam res in se continet plerisque quasi vulnus intestinum incognitum. cum enim ad earum mulierum successionem masculi iure agnationis vocantur, quis patiatur earum quidem hereditatem ad eos legitimo iure deferri, ipsas vero neque invicem sibi neque masculis posse eodem iure succedere, sed propter hoc solum puniri, quod feminae natae sunt, et paterno vitio (si hoc vitium est) prolem innocentem gravari?* 6. *In his igitur casibus legem duodecim tabularum sequentes et novum ius novissimo iure corrigentes etiam unum gradum pietatis intuitu transferri ab iure cognationis in legitimam volumus successionem, ut non solum fratris filius et filia secundum quod iam definivimus ad successionem patrum sui vocentur, sed etiam germanae consanguineae vel sororis uterinae filius et filia soli et non deinceps personae una cum his ad iura avunculi sui perveniant, et mortuo eo, qui patruus quidem est fratris sui filius, avunculus autem sororis suae suboli, simili modo ab utroque latere succedatur, tamquam si omnes legitimo iure veniant, scilicet ubi frater et soror superstites non sunt. his etenim personis praecedentibus et hereditatem admittentibus ceteri gradus remanent penitus semoti.* 7. *Illo procul dubio observando, ut successio non ad stirpes, sed in capita dividatur et is gradus in ordinem legitimum transferatur: ceteris omnibus successionibus secundum ius usque ad praesens tempus observatum in suo statu manentibus.* 8. *Si qui autem casus iam evenerunt, secundum quod pristina iura volebant, eorum fiat distributio.* *D. v k. Dec. post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc. (27 novembre 531)*¹²¹.

Secondo la cancelleria giustiniana la legge delle XII Tavole non aveva previsto, in materia di successioni, alcuna distinzione tra ma-

no, 1929, p. 293), e cfr. altresì in precedenza, dello stesso autore, *Intorno ai passi comuni ai Digesti e alle Istituzioni*, in *Rendiconti del Reale Istituto Lombardo di scienze e lettere* 22, 1889, p. 826 (= *Opere*, II, cit., p. 190).

¹²¹ Le altre costituzioni che come data originaria o corretta vengono riportate da Krüger (cfr. *Index constitutionum ad temporis ordinem redactus* [Editio maior, p. 47]) al 27 novembre del 531 sono: C.I. 1, 3, 52 (53); C.I. 5, 16, 27 (cfr. *Editio maior*, p. 445, nt. 1); C.I. 6, 30, 22; C.I. 6, 42, 32; C.I. 7, 33, 12; C.I. 7, 37, 3; C.I. 7, 54, 3; C.I. 8, 17, 12.

schi e femmine (pr.)¹²², sarebbe stata bensì la «*posteritas*» ad introdurre il *discrimen*¹²³ basandosi su quanto stabilito da Paolo «*in ipso principio libri singularis, quem ad senatus consultum Tertullianum fecit*» (§ 1)¹²⁴.

In particolare la cancelleria pone l'accento sulle restrizioni dei diritti delle donne previste rispetto alle successioni agnatizie dal *ius civile*, che escludeva dall'eredità le femmine agnate, a meno che non si trattasse di agnate consaguinee (§§ 2-3). L'intervento del legislatore giustiniano è dunque diretto a sanare la predetta situazione riportando l'intera normativa al diritto delle origini, cioè appunto a quanto sarebbe stato stabilito dalla legge delle XII Tavole.

Così dopo aver significativamente affermato che «*itaque legis antiquae reverentiam et nos anteponi novitati legis censemus*» (§ 4), i giustiniani introducono la riforma stabilendo che tutti i parenti (si fa in particolare riferimento ai discendenti) in linea maschile, di qualunque sesso, dovessero essere parimenti chiamati «*secundum gradus sui praerogativam*» alla successione *ab intestato*, dalla quale peraltro, in particolare, non si sarebbero più dovute escludere le femmine prive del legame di consaguineità riconosciuto invece alle sorelle germane, individuate in questo caso dalla cancelleria come

¹²² Per il richiamo alle XII Tavole contenuto in C.I. 6, 58, 14 pr. e § 6 v., tra gli altri, SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., p. 28 e ss. Con particolare riferimento al *principium* della costituzione cfr. anche R. LAMBERTINI, *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, Milano, 1977, p. 23 e nt. 30. Per l'influenza che avrebbe esercitato il cristianesimo sulla locuzione «*cum natura utrumque corpus edidit, ut maneat suis vicibus immortale et alterum alterius auxilio egeat, ut uno semoto et alterum corrumpatur*», v. in specie BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, II, cit., p. 214.

¹²³ Sul punto, per le origini dell'esclusione delle agnate non consaguinee dalla successione legittima degli agnati v. tra gli altri VOCI, *Diritto ereditario romano*, I², cit., p. 409; dello stesso autore v. altresì, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. Il IV secolo*, cit., p. 21 e nt. 10 (= *Studi di diritto romano*, II, cit., p. 85 e nt. 10); per una discussione della letteratura precedente, cfr. anche O. DILIBERTO, s.v. *Successione intestata (diritto romano)*, in *ED* 43, Milano, 1990, p. 1301 e nt. 40 (cui rinvio per ulteriori indicazioni bibliografiche).

¹²⁴ Al proposito cfr. la ricostruzione palinogenetica di LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, c. 1296, che basandosi appunto sulla notizia riferita dai giustiniani («*sicut Iulius Paulus in ipso principio libri singularis, quem ad senatus consultum Tertullianum fecit*») colloca il *principium* e il § 1 della costituzione all'inizio del *liber singularis ad senatus consultum Tertullianum* di Paolo.

parametro di riferimento (§ 4)¹²⁵. A tale riforma, rivolta per ragioni di equità a parificare sul piano successorio la posizione di maschi e femmine legati dal vincolo agnatizio e pertanto ad eliminare la *maxima iniuria* e l'offesa alla natura precedentemente determinata dalla deroga alla regola generale (§ 5)¹²⁶, se ne aggiunge un'altra. Dopo aver precisato che «*in his igitur casibus legem duodecim tabularum sequentes et novum ius novissimo iure corrigentes*», si trasferisce un particolare *gradus* dal settore della cognazione a quello della successione legittima, superando dunque, sotto questo profilo, la stessa distinzione tra agnati e cognati e mettendo in crisi i principi che avevano da sempre regolato l'antico sistema civilistico della successione intestata (§ 6). Viene conferita la qualità dei *legitimi* ai figli e alle figlie della sorella (senza distinguere se si trattasse di una *germana consanguinea* o di una *soror uterina*), chiamandoli all'eredità dello zio materno al pari dei figli e delle figlie del fratello (§ 6). Tali soggetti venivano quindi assimilati ai fini successorii agli *adgnati* di pari grado con i quali avrebbero dovuto dividere l'eredità per capi¹²⁷. Si precisava, però, che il trasferimento nella categoria dei *legitimi* dovesse riguardare esclusivamente i nipoti *ex sorore*, ma non i loro discendenti e tanto meno gli altri *cognati*. Tale limite veniva significativamente ribadito nel successivo § 7 in cui si era ritenuto opportuno ripetere con una affermazione che sembra assumere una valenza più generale, che tutte le altre successioni dovessero invece comunque rimanere sottoposte alla disciplina già allora vigente¹²⁸.

¹²⁵ Quanto disposto nel § 4 è ripreso quasi testualmente dai compilatori in I. 3, 2, 3b; sul punto v. in specie LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., p. 351 e ss.

¹²⁶ La *maxima iniuria* derivante dalla diversa posizione di maschi e femmine viene sottolineata nel § 5, come già nei precedenti §§ 2-3, ricorrendo all'uso di interrogative dirette: sul punto cfr. le osservazioni di SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., p. 30.

¹²⁷ Quanto previsto da C.I. 6, 58, 14, 6 è riprodotto in larga parte testualmente in I. 3, 2, 4; a tal proposito v. ancora LUCHETTI, *op. ult. cit.*, p. 352 e ss. Per la riferibilità della deroga prevista in questa parte del testo ai soli figli delle sorelle, ancorché uterine, v. LAMBERTINI, *I caratteri della novella 118 di Giustiniano*, cit., p. 22 e nt. 29.

¹²⁸ I limiti della disposizione sono ribaditi anche in C.I. 6, 58, 15, 1 del 534; su questo aspetto v., per un'ampia discussione, LAMBERTINI, *op. ult. cit.*, p. 32 e ss. Per il fatto che nella costituzione si riscontri l'unica citazione isolata delle Istituzioni presente nella legislazione giustiniana del Codice e delle Novelle, cfr. LANATA,

La notizia riferita dalla cancelleria imperiale (cfr. § 1: ...*Iulius Paulus in ipso principio libri singularis, quem ad senatus consultum Tertullianum fecit...*), potrebbe far pensare ad un collegamento tra il provvedimento normativo e il *liber singularis ad senatus consultum Tertullianum* di Paolo. Tuttavia tale monografia è un'opera appartenente alla *pars Papiniana*, all'interno della quale occupa, secondo le schede di Bluhme, un posto abbastanza avanzato. Ora, se si tiene conto della circostanza che, come risulta da quanto siamo andati fin qui dicendo, le sottocommissioni preposte alla lettura delle opere appartenenti alla *pars Sabiniana* e alla *pars edictalis*, nel novembre del 531, non erano neppure a metà del lavoro loro affidato, risulta difficile ammettere che gli escriptori della massa papiniana fossero giunti, nella stessa data, al punto di affrontare lo spoglio del *liber singularis ad senatus consultum Tertullianum* di Paolo. In questo contesto va altresì rilevato che non abbiamo incontrato nessuna costituzione connessa con le opere della *pars Papiniana*. A ciò si aggiunga che della materia del senatoconsulto Tertulliano si occupavano certamente anche i commentari a Sabino. Pertanto credo più plausibile ritenere che i commissari avessero rinvenuto la problematica proprio nei *libri ad Sabinum* e avessero poi effettuato il controllo sulla monografia paolina in cui si affrontava più in dettaglio l'argomento. Il collegamento più probabile deve essere individuato, a mio avviso, con il tredicesimo libro del commentario *ad Sabinum* di Ulpiano, libro in cui, secondo la ricostruzione palinogenetica di Lenel, era inserita una rubrica generale «*de legitimis heredibus*» che comprendeva quella «*ad senatus consultum Tertullianum*»¹²⁹. Né si può obiettare che l'ipotesi che si intende avanzare contrasti con i risultati delle ricerche cui siamo fin qui giunti, avendo ipotizzato che già il provvedimento normativo del 1° novembre del 531 fosse stato sollecitato dalla lettura del diciottesimo libro del commentario a Sabino di Ulpiano¹³⁰. Il leggero ritardo può

Legislazione e natura nelle Novelle giustiniane, cit., p. 43, nt. 74; LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustiniane*, cit., p. 153, nt. 153 e dello stesso autore *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., pp. 354-355 e ivi nt. 26.

¹²⁹ Cfr. LENEL, *Palinogenesia iuris civilis*, II, cit., cc. 1046-1050.

¹³⁰ Mi riferisco a quanto ipotizzato a proposito di C.I. 6, 40, 3; sul punto v. *supra*, in questo capitolo, § 9.

essere infatti dovuto al fatto che la fase dell'indagine aveva richiesto un ulteriore approfondimento su un'opera appartenente ad una massa diversa, ossia sul *liber singularis ad senatus consultum Tertullianum* di Paolo, supplemento di indagine che è da ritenersi tutt'altro che improbabile vista anche l'importanza della riforma che, parificando sul piano successorio la posizione di maschi e femmine, aveva forti ripercussioni sulla famiglia e dunque un peso economico-sociale non indifferente. Tuttavia non si può neppure escludere che C.I. 6, 58, 14 non rientrasse tra le *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*. La costituzione non risolve infatti nessuna controversia, ma introduce una riforma che si inserisce in un determinato filone normativo, quello sul c.d. femminismo giustiniano¹³¹.

11. *Le costituzioni di incerta datazione. A) Le citazioni di Ulpiano (C.I. 5, 4, 28 e C.I. 7, 2, 15)*

Dopo il 531 le citazioni relative ad opere e opinioni dei giuristi classici calano bruscamente di numero, fenomeno questo che, se può in parte ricollegarsi ad un rallentamento della produzione normativa negli anni 532-534, non può certo esclusivamente ricondursi a questa circostanza. In questo senso è significativo che, se si eccettuano quattro costituzioni di incerta datazione in cui si menzionano

¹³¹ Le altre costituzioni che possono essere inserite in questo contesto sono C.I. 8, 58 (59), 2 del 528, C.I. 6, 55, 12 del 528, C.I. 6, 28, 4 del 531 e C.I. 6, 58, 15 del 534, tuttavia tra queste solo una (C.I. 6, 28, 4 [v. *supra*, in questo capitolo, § 5]) può essere annoverata tra le *constitutiones ad commodum*. I citati provvedimenti vengono attribuiti direttamente all'influenza di Teodora da GIANTURCO, *L'influenza dell'imperatrice Teodora nella legislazione giustiniana*, cit., pp. 3-12 (= *Opere giuridiche*, II, cit., pp. 308-312). Sull'argomento v. anche CH. DIEHL, *Théodora impératrice de Byzance*, Paris, 1904, p. 125 e ss. (= *Teodora imperatrice di Bisanzio*, Firenze, 1939, p. 107 e ss.); F. DE MATTEIS, *La condizione giuridica della donna nella legislazione di Giustiniano. Il femminismo giustiniano e l'influenza dell'imperatrice Teodora*, Torino, 1912, p. 82 e ss.; SCHUBART, *Justinian und Theodora*, cit., p. 56. Sul punto, per un riesame del problema e per il ridimensionamento dell'influenza esercitata da Teodora sulla legislazione giustiniana soprattutto laddove le innovazioni legislative rivolte a migliorare la condizione femminile possano essere ricondotte ad altre motivazioni e particolarmente alla penetrazione nella legislazione delle concezioni morali del cristianesimo, v. per tutti SPRUIT, *L'influence de Théodora sur la législation de Justinien*, cit., p. 389 e ss.

Ulpiano (due volte) e i *libri Sabiniani* (altre due volte), bisogna attendere fino al 534 per trovare un'altra citazione giurisprudenziale.

Le due costituzioni, prive di *subscriptio* e indirizzate a Giovanni, in cui si menziona Ulpiano sono riportate in C.I. 5, 4, 28 e in C.I. 7, 2, 15.

Il primo dei due provvedimenti tratta il tema dei divieti matrimoniali previsti per gli appartenenti alla classe senatoria:

C.I. 5, 4, 28: *Idem A. Iohanni pp. Si libertam quis uxorem habeat, deinde inter senatores scribatur dignitate illustratus, an solvatur matrimonium, apud Ulpianum quaerebatur, quia lex Papia inter senatores et libertas stare conubia non patitur. 1. Nos igitur dei sequentes iudicium non patimur in uno eodemque conubio mariti felicitatem uxori fieri infortunium, ut, quantum vir in altum tollatur, tantum et coniux eius decrescat, immo magis penitus deperat. 2. Absit itaque a nostro tempore huiusmodi asperitas et firmum maneat matrimonium et uxor marito concreseat et sentiat eius fulgorem stabileque maneat matrimonium ex huiusmodi superventu minime deminutum. 3. Simili modo si privati hominis filia ad liberti veniat conubium et postea pater mulieris ad senatoris dignitatem fuerit elatus, taceat Papiae legis crudelissima sanctio et neque per hunc modum dissolvatur matrimonium inter facti senatoris filiam et libertum, ne soceri prosperitas sine genero inveniatur. 4. Melius est enim legis Papiae severitatem in utroque casu compescere, quam eam sequendo hominum matrimonia dispergere non ex vitio mulieris et mariti, sed ex prospera alterutrius partis fortuna: cum enim ex una radice vitium nascitur, consequens est, ut una lege tollatur.* (a. 531-532)¹⁵².

Si riferisce che nel caso in cui il marito della liberta «*deinde inter senatores scribatur dignitate illustratus*», si dubitava se il matrimonio si sciogliesse o meno. Tale dubbio sarebbe stato trovato «*apud Ulpianum*» (pr.). Come noto, la *lex Iulia de maritandis ordinibus* proibiva il matrimonio fra senatore e liberta e la *lex Papia* confermava tale di-

¹⁵² Cfr. KRÜGER, *Editio maior*, p. 414; sul punto cfr. altresì VOCI, *Vicende della legislazione giustiniana negli anni 528-534*, cit., p. 121 (= *Ultimi studi di diritto romano*, cit., p. 354), che ritiene più probabile far risalire il provvedimento al 531, «date le vicende del 532».

vieto. La sanzione della nullità assoluta dei matrimoni proibiti all'ordine senatorio, sarebbe stata invece irrogata successivamente da un senatoconsulto approvato per iniziativa degli imperatori Marco Aurelio e Commodo e ancora vigente in epoca giustiniana¹³⁵.

La cancelleria imperiale sintetizza questo processo storico scrivendo che «*lex Papia inter senatores et libertas stare conubia non patitur*» e richiamandosi al vincolo di indissolubilità imposto al matrimonio dal cristianesimo (§ 1: ...*dei sequentes iudicium...*), conferma – abrogando quindi le precedenti disposizioni di legge (§ 4) – pieno valore ai matrimoni contratti tra liberte e soggetti che avessero successivamente raggiunto la dignità senatoria (pr.-2) e a quegli altri conclusi tra liberti e figlie di *homines privati*, che avessero poi ottenuto a loro volta il rango di senatori (§ 3).

Per diretta asserzione del legislatore («*apud Ulpianum quaerebatur*»), sappiamo che lo spunto per la riforma era derivato dalla lettura delle opere di Ulpiano. Se volgiamo l'attenzione ai grandi commentari del giurista tardoclassico possiamo forse ipotizzare che la *lex* fosse stata occasionata dallo spoglio del ventiseiesimo tra i suoi libri *ad Sabinum*, luogo in cui si affrontava il tema della *patria potestas*¹³⁴. Tale dato contenutistico non appare ostativo alla nostra ipotesi per la stretta connessione del tema della *patria potestas* con quello del matrimonio e in particolare considerato che nelle Istitu-

¹³⁵ A proposito dei divieti di matrimonio determinati da motivi etico-sociali ancora vigenti in epoca tardo imperiale e giustiniana, cfr. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, Roma, 1925, p. 201 e ss. (rist. Milano, 1963, p. 350 e ss.); M. FALCÃO, *Les prohibiciones matrimoniales de caractère social en el Imperio Romano*, Pamplona, 1973, p. 59 e ss.; ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*³, cit., p. 93 e ss.; per un breve cenno v. anche LUCHETTI, *Il matrimonio cum scriptis e sine scriptis*, in *BIDR* 92-93, 1989-1990, p. 338 e nt. 18 (= *Contributi di diritto giustiniano*, cit., p. 56 e nt. 18). In particolare sul contenuto del senatoconsulto emanato in base ad una *oratio* di Marco Aurelio e di Commodo e sui rapporti dell'*oratio* con la *lex Iulia et Papia*, cfr. E. VOLTERRA, *Lezioni di diritto romano. Il matrimonio romano. Anno Accademico 1960-1961*, Roma, 1961, p. 348 e ss.; H. KUPISZEWSKI, *Studien zum verlobnis im klassischen römischen Recht 1*, in *ZSS* 84, 1967, p. 94; ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., p. 60; ASTOLFI, *ibidem*, p. 109 e ss., nonché più di recente C. FAYER, *La Familia Romana. Aspetti giuridici ed antiquari*, II, *Sponsalia. Matrimonio. Dote*, Roma, 2005, p. 152 e ss.

¹³⁴ Cfr. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., cc. 1109-1111, nonché ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*², cit., p. 113.

zioni giustinianee la notissima definizione di matrimonio risulta inserita proprio nel titolo 1, 9 «*de patria potestate*»¹³⁵.

Se si aderisce alla tesi del collegamento con il ventiseiesimo libro del commentario ulpiano a Sabino, bisogna – sulla base dei risultati delle nostre ricerche – far probabilmente risalire il provvedimento legislativo al 532. Dall’esame delle precedenti *constitutiones* emerge infatti che nel mese di novembre del 531 i commissari addetti alla lettura dei libri *ad Sabinum* erano giunti nel loro lavoro solamente al diciottesimo tra i libri ulpiani¹³⁶. Pertanto risulterebbe abbastanza inverosimile supporre che i compilatori avessero poi tanto accelerato i ritmi di lavoro da arrivare, alla fine dell’anno 531, al punto sopra ipotizzato. In questo contesto va tuttavia osservato che, come è ben noto, l’anno 532 si apre con la rivolta Nika a causa della quale Giustiniano deve allontanare Triboniano e il *praefectus praetorio* Giovanni e conseguentemente la produzione legislativa si ferma tanto che fino al mese di ottobre di quell’anno rimane una sola costituzione¹³⁷. Il primo gruppo di *leges* del 532 indirizzate a Giovanni, che nel frattempo aveva ripreso la sua carica¹³⁸, risulta emanato sotto la data «*xv k. Nov.*», gruppo in cui è possibile individuare – sulla base del loro contenuto e in particolare dall’esplicito riferimento all’*antiquitas* e alla risoluzione di antichi dubbi o controversie riscontrate nella lettura delle opere classiche – un ‘grappolo’ di *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*¹³⁹.

¹³⁵ Cfr. I. 1, 9, 1: *Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens*. Su questa parte del testo istituzionale v., tra gli altri, C. CASTELLO, *Nota su I. 1. 9 de patria potestate, I. 1. 10 de nuptiis e D. 23. 2. 1*, in *Diritto e società nel mondo romano*, I, *Atti di un incontro di studio (Pavia 21 aprile 1988)*, Como, 1988, p. 162 e ss.

¹³⁶ Cfr. quanto osservato *supra*, in questo capitolo, § 9 a proposito di C.I. 6, 40, 3.

¹³⁷ Si tratta di C.I. 1, 44, 2 in tema di distribuzione dei *panes civiles*; il riasunto, assai breve, è dato dai Basilici (Bas. 6, 1, 100).

¹³⁸ Per i ‘tempi’ della carica di *praefectus praetorio* di Giovanni, v. in specie J. R. MARTINDALE, *The prosopography of the later Roman Empire*, III B, Cambridge, 1992, p. 1473.

¹³⁹ I provvedimenti che, come data originaria o corretta, vengono riportati da Krüger sotto la data «*xv k. Nov. post cons. Lampadii et Orestae vv. cc. anno secundo*» (cfr. *Index constitutionum ad temporis ordinem redactus [Editio maior, p. 48]*) sono: C.I. 3, 10, 3; C.I. 3, 34, 14 (v. *infra*, in questo capitolo, § 12); C.I. 5, 37, 28 (cfr. *Editio maior*, p. 475, nt. 2 [v. già *Über die Zeitfolge der im Justinianischen Codex en-*

Alla luce di questi dati si può forse ritenere plausibile che C.I. 5, 4, 28 rientrasse proprio nel gruppo di costituzioni *ad commodum* emanate nella data «*xv k. Nov. post consulatum Lampadii et Orestae vv. cc. anno secundo*». Né si potrebbe obiettare, a mio avviso, l'insorgere di una contraddizione tra questa proposta di datazione e il collegamento, da noi ipotizzato, tra la *lex* e il ventiseiesimo tra i libri *ad Sabinum* di Ulpiano. Come è noto infatti le costituzioni giustiniane emesse singolarmente sono eccezionali, di norma esse vengono emanate per gruppi e in ogni anno si seguono varie emissioni distribuite nel tempo. Tuttavia nel 532 la cancelleria, probabilmente a causa delle vicende che avevano interessato i primi mesi dell'anno, emana un solo 'blocco' di *constitutiones*, 'blocco' in cui aveva dovuto far rientrare – vista l'impossibilità di legiferare prima – anche quelle provocate da controversie classiche rinvenute in opere che furono oggetto di spoglio in un momento antecedente rispetto a quelle nella cui lettura, in quel momento, erano impegnati i commissari¹⁴⁰. L'ipotesi che si intende avanzare pare trovare tra l'al-

thaltenen Constitutionen Justinians, cit., p. 180]); C.I. 6, 20, 21; C.I. 6, 21, 18; C.I. 6, 31, 6; C.I. 6, 35, 12; C.I. 6, 37, 26; C.I. 6, 38, 5; C.I. 6, 49, 7 (per tale costituzione abbiamo invece ipotizzato la data del 18 ottobre 531 [v. *supra*, in questo capitolo, § 7 e nt. 103]); C.I. 6, 49, 8; C.I. 6, 50, 19; C.I. 7, 72, 10; C.I. 8, 4, 11; C.I. 8, 10, 14 (11, 1) (cfr. *Editio maior*, p. 733, nt. 2 [v. già *Über die Zeitfolge der im Justinianischen Codex enthaltenen Constitutionen Justinians*, cit., p. 181]); C.I. 8, 14 (15), 7; C.I. 8, 25 (26), 11; C.I. 8, 36 (37), 5 (4); C.I. 8, 37 (38), 15; C.I. 9, 9, 35 (36) (cfr. *Editio maior*, p. 828, nt. 2 [v. già *Über die Zeitfolge der im Justinianischen Codex enthaltenen Constitutionen Justinians*, cit., p. 181])). Tra queste *leges* sembrano poter essere annoverate tra le *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes* le seguenti: C.I. 3, 10, 3 («*Odiosas contrahentium calliditates amputare properantes censemus*»); C.I. 3, 34, 14 («*Cum talis quaestio in libris Sabinianis vertebatur*»; sul punto v. *infra*, in questo capitolo, § 12); C.I. 5, 37, 28 («*Omnem autem dubitationem... amputantes*»); C.I. 6, 21, 18 («*Licet antiquis legibus permittebatur... concedimus*»); C.I. 6, 31, 6 («*...hoc corrigentes sancimus... quod et antiquitas observabat*»); C.I. 6, 35, 12 («*Talis de antiquo iure dubietas nostrae serenitati suggesta est*»); C.I. 6, 49, 8 («*quaerebatur*»); C.I. 6, 50, 19 («*quod veteribus legibus in ambiguitatem deductum est*»); C.I. 7, 72, 10 («*Cum apud veteres quaestionem ortam invenimus... huiusmodi dubitationem amputantes censemus*»); C.I. 8, 10, 14 (11, 1) («*quandam antiquis ortam fuisse dubitationem*»); C.I. 8, 37 (38), 15 («*impossibilis veteribus videbatur*»). Sui c.d. 'grappoli' di *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*, cfr. tra gli altri in particolare VARVARO, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 469 e ss.

¹⁴⁰ Non deve dunque apparire di ostacolo alla ipotesi che si intende avanzare il fatto che almeno tre delle *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*

tro sostegno nella circostanza che almeno un'altra costituzione del 'grappolo' dell'ottobre del 532 sembra sollecitata da problematiche riscontrate in punti dell'opera ulpiana immediatamente precedenti al ventiseiesimo libro. Si tratta di C.I. 6, 50, 19 con cui si stabilisce che se l'erede rimette la *Falcidia* con *stipulatio* non può tornare sulla sua decisione¹⁴¹. A tal proposito va rilevato che Ulpiano si occupa dei legati nei libri XV-XXV¹⁴². Ora, se si riflette sul fatto che nel novembre del 531 gli escriptori sembrano impegnati nella lettura del diciottesimo libro del commentario ulpiano a Sabino, si deve forse ritenere che l'*occasio legis* fosse stata fornita, nel caso di C.I. 6, 50, 19, da questioni incontrate o in punti prossimi al venticinquesimo libro o proprio nel suo contesto.

La tesi appena discussa non trova riscontro nella ricostruzione palinogenetica di Lenel che ha ritenuto probabile che i giustinianeî avessero incontrato la problematica risolta con C.I. 5, 4, 28 non nei libri *ad Sabinum*, bensì nel commento di Ulpiano alla *lex Iulia et Papia*¹⁴³.

dell'ottobre del 532, sembrano provocate dalla lettura di punti del commentario *ad Sabinum* di Ulpiano successivi rispetto a quello sopra ipotizzato. Mi riferisco a C.I. 3, 10, 3 riguardante la perdita del credito per *pluris petitio*, tema dunque attinente al processo e pertanto non si può escludere che la questione fosse stata trovata nel cinquantunesimo libro, in cui, secondo la ricostruzione palinogenetica di Lenel (cfr. *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., c. 1197) Ulpiano si occupava dei *iudicia*; C.I. 5, 37, 28 (sempre che si segua – come noi facciamo proprio in virtù del collegamento con i punti sotto indicati del commentario sabiniano – la proposta di datazione di KRÜGER, *Editio maior*, p. 475, nt. 2) in tema di tutela, argomento questo che Ulpiano affrontava nei libri XXXVI-XXXX del suo commentario a Sabino (cfr. LENEL, *ibidem*, cc. 1154-1160); C.I. 8, 37 (38), 15 in tema di *stipulatio*, argomento trattato dal commentatore nei libri XLV-L *ad Sabinum* (v. LENEL, *ibidem*, cc. 1180-1196). Sul rapporto tra lo spoglio delle opere classiche e le altre costituzioni *ad commodum* dell'ottobre del 532 v. *infra*, in questo stesso capitolo, § 12.

¹⁴¹ Cfr. C.I. 6, 50, 19: *Idem A. Iohanni pp. Cum certum sit heredem, qui plenam fidem testatori exhibet, in solidum legata dependentem non posse postea rationem legis praetendentem Falcidiae repetitione uti, quia videtur voluntatem testatoris sequi, iubemus hoc simili modo firmum haberi, et si cautionem super integra legatorum solutione fecerit: quod veteribus legibus in ambiguitatem deductum est. in utroque etenim casu, id est sive solverit sive super hoc cautionem fecerit, aequitatis ratio similia suadere videtur. D. xv k. Nov. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc. anno secundo.*

¹⁴² Cfr. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., cc. 1053-1109; sul punto v. anche ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*², cit., p. 209 e ss.

¹⁴³ Cfr. *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., c. 1199, nt. 1: «*fortasse in libris ad legem Iuliam et Papiam*».

Se si sostenesse l'ipotesi dello studioso tedesco, allora la data del provvedimento normativo dovrebbe essere, a mio avviso, posticipata addirittura al 533. I libri *ad legem Iuliam et Papiam* sono infatti un'opera appartenente alla massa edittale ove si collocano, secondo le schede di Bluhme, in una posizione abbastanza avanzata e dai risultati delle nostre ricerche emerge che nell'ottobre del 532 gli escriptori della *pars edictalis* leggevano ancora il sessantesimo libro del commentario di Ulpiano¹⁴⁴. Tuttavia a rendere altamente improbabile la datazione del 533 interviene la circostanza che in quell'anno non risulta emanata nessuna costituzione indirizzata a Giovanni. Tirando le fila del discorso credo dunque che si possa addivenire alla conclusione che, nel caso di C.I. 5, 4, 28, l'*occasio legis* fosse stata offerta da un dubbio riscontrato nel ventiseiesimo tra i libri *ad Sabinum* di Ulpiano e che forse non sarebbe destituito di logica far risalire la costituzione al 532.

Una *sententia* ulpiana costituisce non solo l'*occasio legis*, ma altresì la *ratio decidendi* nel testo tramandato in C.I. 7, 2, 15:

C.I. 7, 2, 15 pr.-1b: *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. Cum constitutio divi Marci declarat, si quis testamento condito vel sine testamento moriens, ut locus fiat ab intestato successioni, libertates reliquerit, nemo autem adire vult defuncti hereditatem eo, quod suspecta esse videtur, et si fuerint libertates forsitan et sine scriptis fideicommissariae relictas, licere vel cuilibet extraneo vel uni ex servis, qui et ipse libertate donatus est et pro sua periclitatur condicione, adire hereditatem sub hac condicione et satisdatione, quod et creditoribus omnibus satisfaciat et libertates imponat his, quibus voluerit testator, variae dubitationes ex hac constitutione emerunt. 1. Nam si res hereditariae herede minime invento venierint an et post venditionem earundem rerum possibile est vel servum vel quemlibet alium adire et recuperare quidem ab emptoribus res, satisfacere autem creditoribus et libertatibus, quaerebatur. 1a Et licet divus Severus semel rebus venditis hoc non admisit, nobis tamen Ulpiani sententia admonente placuit maxime propter libertates, ne depereant, et post venditionem rerum annale remedium dare divi Marci constitutioni, intra quod et creditoribus omnibus satisfaciat et emptores nihil novi patiantur,*

¹⁴⁴ Mi riferisco ai risultati ottenuti a proposito di C.I. 7, 2, 15.

qui annalem saepe sentiebant rescissionem, et licere servo, qui libertate donatus est, vel alii cuidam extraneo vel ante venditionem rerum vel post venditionem, intra annale tamen tempus, adire hereditatem et res recuperare, prius satisfactione danda, ut tam creditoribus quam libertatibus satisfaciat. 1b. Sin autem libertatibus quidem omnibus satisfacere quis polliceatur, creditoribus autem non in solidum, sed in partem solvere creditum, illi autem huiusmodi pactionem admiserint, sancimus et in huiusmodi casu consultissimi principis locum habere constitutionem et eum modis omnibus admittendum censemus, maxime cum ex voluntate creditorum hoc interponitur: nolentibus etenim creditoribus admitti talem petitionem nullo concedimus modo. (a. 531-532)¹⁴⁵.

Il provvedimento regola la c.d. *addictio bonorum libertatium conservandarum causa*, strumento introdotto da una costituzione di Marco Aurelio che aveva appunto stabilito che, qualora le *libertates* derivanti dalle manomissioni testamentarie (sia dirette che fedecommissarie) fossero in pericolo per la mancata adizione dell'eredità, fosse comunque ammesso conservarle se un estraneo o uno schiavo del *de cuius* manomesso nel testamento, richiedesse l'assegnazione dei beni ereditari alla condizione che venissero soddisfatti tutti i creditori del defunto e che si desse corso alle libertà che «*voluerit testator*» (pr.)¹⁴⁶. Da tali disposizioni sarebbero derivate «*variae dubitationes*». Ci si chiedeva infatti se fosse ancora possibile effettuare l'*addictio* dopo la *bonorum venditio* (§ 1). L'imperatore Settimio Severo avrebbe risolto il problema negativamente, mentre Ulpiano sarebbe stato propenso alla soluzione affermativa (§ 1a)¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Cfr. KRÜGER, *Editio maior*, p. 630; al riguardo v. altresì VOCI, *Vicende della legislazione giustiniana negli anni 528-534*, cit., p. 121 (= *Ultimi studi di diritto romano*, cit., p. 353).

¹⁴⁶ Sul rescritto di Marco Aurelio cfr., tra gli altri, IMPALLOMENI, *Le manomissioni mortis causa*, cit., p. 199 e ss.; T. MASIELLO, *Libertà e vantaggio patrimoniale in un rescritto di Marco Aurelio*, in *Labeo* 21, 1975, p. 12 e ss.; nella letteratura successiva v. G. BUSTELO, *Sobre la petición de la «bonorum addictio libertatium conservandarum causa» (A propósito de Ulpiano 60 ad ed.-D. 40, 5, 4, 3-5)*, Santiago de Compostela, 1991, p. 7 e ss.

¹⁴⁷ Sul contrasto delineato nel § 1a tra la soluzione prospettata da Settimio Severo e la diversa opinione di Ulpiano, che probabilmente risolveva la questione con la concessione di una *in integrum restitutio*, v. particolarmente IMPALLOMENI, *Le manomissioni mortis causa*, cit., pp. 200-201; per una diversa interpretazione del

Dopo aver posto in rilievo i precedenti storici, i giustinianeî ammettono – seguendo, in contrasto con quanto stabilito da Settimio Severo, l’*admonitio* della «*Ulpiani sententia*» – che il rimedio previsto dal *rescriptum* «*divi Marci*» fosse applicabile anche nel caso in cui si fosse già proceduto alla vendita del patrimonio del *de cuius*, concedendo, a condizione che fossero soddisfatti i creditori, la rescissione entro l’anno di tale vendita (§ 1a) e ancora che le libertà fossero conservate anche nel caso in cui si fosse offerto un pagamento solo parziale dei debiti ereditari sempre che però si fosse ottenuto a questo proposito il consenso dei creditori (§ 1b)¹⁴⁸.

La costituzione descrive e regola numerose altre specifiche fattispecie¹⁴⁹. Su altro piano si concede, infatti, agli schiavi manomessi che preferissero rimanere in servitù di rinunciare volontariamente alla libertà, attribuendo quest’ultima a quelli soli che la volessero, potendo invece rimanere gli altri sotto la *dominica potestas* di colui cui fossero stati assegnati i beni (§§ 2-2a)¹⁵⁰; si ammette ancora che chi accettasse di succedere al defunto sulla base della concessio-

testo v. invece B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*², Milano, 1955, pp. 196-197.

¹⁴⁸ Per la possibilità che tale regola fosse conosciuta e applicata già in diritto classico, v. ancora IMPALLOMENI, *op. ult. cit.*, p. 203; sulla questione cfr. anche, per un approfondimento, SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., pp. 166-167.

¹⁴⁹ Per un inquadramento di tutte le disposizioni contenute in C.I. 7, 2, 15, v. per tutti l’ampia descrizione fornita da IMPALLOMENI, *Le manonissioni mortis causa*, cit., pp. 203-206; sul punto v. anche BUSTELO, *Sobre la petición de la «bonorum addictio libertatum conservandarum causa» (A propósito de Ulpiano 60 ad ed.-D. 40, 5, 4, 3-5)*, cit., pp. 18-20 (che tuttavia ipotizza erroneamente che la costituzione possa essere considerata una delle *decisiones*: cfr. *ibidem*, pp. 18-19, nt. 27); per una sintesi cfr. altresì SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., pp. 166-167, mentre, per un aspetto particolare, v. in aggiunta WUBBE, *L’«humanitas» de Justinien*, cit., pp. 254-255. Ancora per il richiamo di C.I. 7, 2, 15 in I. 3, 11, 7, ove è definita dai compilatori «*plenissima constitutio*», v. in specie LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., p. 391 e ss.

¹⁵⁰ Cfr. C.I. 7, 2, 15, 2-2a: *Si vero quidam ex servis libertatem amplexi fuerint, alii autem censuerint esse respuendam, et in hunc casum extendenda est divi Marci oratio et procul dubio et in hac specie audiendus est petitor hereditatis et maneat liberum arbitrium servorum, sive ad libertatem venire volunt sive in servitutem remanere. 2a. Licet enim Romanam civitatem recusare nemini servorum licet, tamen in hoc casu, ne propter quorundam indevotionem alii maneant in servitute, volentibus quidem omnibus servis licere in libertatem pervenire, nolentibus autem quibusdam vel recusantibus spontaneam servitutem imminere oportet et, quem patronum habere noluerint, dominum suum, forsitan et acerbum, sentiant.*

ne fatta nel rescritto potesse impegnarsi a garantire solo parte delle libertà, che in tal caso sarebbero state pienamente soddisfatte solo qualora il patrimonio ereditario fosse risultato sufficiente al pagamento integrale dei debiti ereditari (§ 3)¹⁵¹.

A ciò si aggiungono ancora alcune disposizioni rivolte a regolare la concessione dell'*addictio bonorum* nel caso di presenza di più richiedenti, ammettendoli tutti nel caso di richieste contemporanee (§ 4)¹⁵² e privilegiando invece la prima in ordine di tempo nel caso di richieste «*per intervalla temporum*», prevedendo però in questo caso l'eventuale subentro dei successivi richiedenti entro l'anno (§ 4a)¹⁵³. A questo proposito si stabilisce altresì che, sempre nel rispetto del limite di un anno, fosse favorito chi avesse offerto condizioni migliori relativamente alle libertà e al pagamento dei debiti ereditari, riconoscendo la possibilità di succedere anche allo schiavo che non fosse stato manomesso nel testamento (§ 5)¹⁵⁴, cui non si sarebbe però

¹⁵¹ Cfr. C.I. 7, 2, 15, 3: *Sin vero non omnes libertates adimplere pollicitus fuerit, sed certum numerum servorum ex his, qui ad libertatem venire iussi sunt, melius est, si quidem res hereditariae sufficiunt ad implendos creditores, etiam omnibus servis dare libertatem, etsi hoc non pollicitus est. si autem deest in exsolvendis creditoribus, humanius est, ut saltem pauci veniant ad libertatem.* Sul punto, per la possibilità che la liberazione degli schiavi fosse possibile solo nel caso in cui l'attivo ereditario permettesse il pagamento integrale di tutti i creditori, v. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., pp. 166-167. Tale ipotesi non sembra tuttavia condivisibile in quanto il testo sembra piuttosto ammettere («*humanius est, ut saltem pauci veniant ad libertatem*») che anche qualora l'attivo ereditario non fosse sufficiente a pagare interamente i creditori alcuni degli schiavi potessero ciò nonostante, pur a danno dei creditori o almeno di alcuni di essi, ottenere la libertà. Dello stesso avviso già LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., p. 393, nt. 81, per il quale l'arbitrarietà di tale disposizione si spiega con la tendenza giustiniana a privilegiare il *favor libertatis* «eventualmente – come in questo caso – a discapito anche dello stesso interesse privato»; sul punto v. anche le osservazioni di WUBBE, *L'«humanitas» de Justinien*, cit., p. 255.

¹⁵² Cfr. C.I. 7, 2, 15, 4: *Sed hoc quidem antiquis dubitationibus remedium invenimus. bellissima autem repletionem praefatae constitutioni donantes sancimus: si non unus veniat hereditatis petitor, sed plures, si quidem uno momento uterque vel ampliores, omnibus detur licentia communiter hereditatem adire, prius satisfactione ab omnibus danda, ut creditoribus et libertatibus satisfaciant.*

¹⁵³ Cfr. C.I. 7, 2, 15, 4a: *Sin autem per intervalla temporum hoc fiat, qui primus veniat habeat praerogativam, si etiam satisfactionem praestare potest: illo enim cessante hoc facere alii gradatim secundum tempora petitionis succedant. et hoc intra annale tempus observetur.*

¹⁵⁴ Cfr. C.I. 7, 2, 15, 5: *Sin autem uno pollicente quosdam liberos facere, non autem totos, alius emerserit satisfactionem paratus idoneam praestare, quod omni-*

potuta revocare la libertà anche qualora, nel termine previsto dalla legge, si fossero presentati altri che, disposti a compiere l'*addictio*, avessero successivamente ricevuto i beni per aver garantito condizioni migliori (§§ 6-7)¹⁵⁵.

Il rescritto «*divi Marci*» da cui prende le mosse la riforma giustiniana risulta minuziosamente descritto ed interpretato anche in alcuni passi del sessantesimo libro *ad edictum* di Ulpiano inseriti nel titolo D. 40, 5, «*de fideicommissariis libertatibus*»¹⁵⁶. Probabilmente, come ha già ipotizzato Lenel, il suddetto libro del commentario all'editto doveva comprendere una rubrica «*cui heres non extabit*»¹⁵⁷. In questo contesto va rilevato che il sessantesimo libro ulpiano *ad edictum* pare sia stato largamente utilizzato anche nella redazione di I. 3, 11 «*de eo cui libertatis causa bona addicuntur*», titolo in cui viene innanzi tutto ricordata la costituzione di Marco Aurelio¹⁵⁸.

bus creditoribus et omnibus libertatibus satisfaciat, aequissimum est eum admitti, ut omnes libertates indistincte celebrentur. quod privilegium damus non solum servo, qui libertate donatus est, sed etiam ei, cui nulla libertas relicta est, ut aliquid venustum eveniat, ut per eum, cui libertas relicta non est, aliis libertas imponatur.

¹⁵⁵ C.I. 7, 2, 15, 6-7: *Sed si quidem, antequam prior hereditarias res et libertatem accipiat, hoc eveniat, secundo petitori vel tertio vel deinceps ampliores libertates pollicentibus fieri locum censemus. 7. Sin autem iam rebus servo, qui primus petiit hereditatem, datis et libertatibus ab eo quibusdam servis hereditariis impositis quidam alius servus hereditarius vel liber extraneus hoc facere maluerit, licebit quidem ei hoc impetrare et sub maioribus pollicitationibus et satisfactionibus hereditatem accipere: sed prior in libertate petitor maneat, licet res ab eo abstrahantur. his omnibus intra annum secundum quod dictum est celebrandis, ex quo prior petitor iudicem adierit.* Per l'ipotesi che la regola enunciata nei §§ 6-7, avesse precedenti classici cfr. IMPALLOMENE, *Le manomissioni mortis causa*, cit., p. 203 e nt. 180.

¹⁵⁶ Cfr. D. 40, 5, 2 (Ulp. 60 *ad ed.*) e D. 40, 5, 4 (Ulp. 60 *ad ed.*). Si tratta di testi in parte coincidenti con I. 3, 11, 3 (cfr. D. 40, 5, 2) e I. 3, 11, 4-5 (cfr. D. 40, 5, 4 pr.-2). Tuttavia dai testi ulpiani conservati nel Digesto non risulta l'esatto tenore della costituzione di Marco Aurelio né possono ricavarsi i «*verba rescripti*», che vengono invece conservati dai compilatori nel testo istituzionale (I. 3, 11, 1); sul punto v. in specie ancora LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., pp. 387-388 e ntt. 71-72 (cui rinvio per un quadro bibliografico completo).

¹⁵⁷ Cfr. la ricostruzione palinogenetica di LENEL, *Palinogenesia iuris civilis*, II, cit., cc. 783-785.

¹⁵⁸ Per l'opinione che i libri *ad edictum* di Ulpiano siano stati ampiamente utilizzati nella redazione di I. 3, 11, v. C. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *BIDR* 13, 1901, p. 172 (= *Opere*, II, cit., p. 384); nella letteratura successiva cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La compilazione giustiniana e i suoi commentatori bizantini (da Ferrini a noi)*, in *Scritti di diritto romano in onore di C. Ferrini pub-*

Questi dati sembrano, a mio avviso, indizianti del fatto che la *sententia Ulpiani* riferita dalla cancelleria imperiale fosse stata espressa originariamente proprio nel contesto del sessantesimo tra i libri *ad edictum* del giurista citato. Tale collegamento esclude la possibilità di far risalire C.I. 7, 2, 15 al 531 avendo noi ipotizzato che nel mese di ottobre di quell'anno i commissari erano giunti nello spoglio solamente al sedicesimo libro del commentario all'editto di Ulpiano¹⁵⁹. Pertanto, anche alla luce delle osservazioni svolte a proposito di C.I. 5, 4, 28 relative alle vicende dell'inizio del 532, vicende, che, come ho già detto, fecero arrestare la produzione legislativa, si può forse ipotizzare che anche la costituzione conservata in C.I. 7, 2, 15 si debba annoverare tra quelle appartenenti al gruppo di *leges* che sta sotto la data «*xv k. Nov. post consulatum Lampadii et Orestae vv. cc. anno secundo*»¹⁶⁰. L'ipotesi che si intende avanzare pare trovare inoltre alimento nella circostanza che tra le *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes* dell'ottobre del 532 almeno cinque sembrano risolvere *quaestiones* che presentano una stretta relazione con punti del commentario *ad edictum* di Ulpiano molto prossimi al sessantesimo libro¹⁶¹.

blicati dalla R. Università di Pavia, Milano, 1946, p. 87, nt. 2 (= *Scritti di diritto romano*, IV, Napoli, 1977, p. 7, nt. 2); nella letteratura più recente v. MASIELLO, *Libertà e vantaggio patrimoniale in un rescritto di Marco Aurelio*, cit., pp. 11-12. Per la possibilità che il testo ulpiano contenesse «un ampio riassunto e forse anche il testo della costituzione di Marco Aurelio», cfr. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, II, cit., p. 82.

¹⁵⁹ Cfr. quanto osservato a proposito di C.I. 6, 49, 7 (*supra*, in questo capitolo, § 7).

¹⁶⁰ Su questo gruppo di costituzioni cfr. quanto osservato *supra*, in questo stesso paragrafo, nt. 139.

¹⁶¹ Mi riferisco a C.I. 6, 31, 6 con cui si introducono modificazioni al regime del *ius abstinendi* del *suus*, costituzione che poteva essere stata sollecitata dalla lettura del cinquantesimo libro *ad edictum* di Ulpiano in materia di testamenti (cfr. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., cc. 727-738); C.I. 6, 35, 12 in tema di senatoconsulto Silariano, argomento questo trattato da Ulpiano nel cinquantesimo libro del suo commentario *ad edictum* ove, secondo Lenel, sarebbe stata inserita la rubrica «*ad SC Silarianum et Claudianum: quorum testamenta ne aperiantur*» (cfr. *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., cc. 733-738); C.I. 7, 72, 10 con cui Giustiniano risolve una *quaestio* insorta «*apud veteres*» in tema di esecuzione forzata promossa da più creditori, questione che, essendo connessa al tema della *bonorum possessio*, era stata rinvenuta probabilmente in un punto del commentario *ad edictum* ulpiano compreso tra i libri XXXIX-XXXXIX, libri questi in cui il commentatore tardo-classico affrontava proprio il tema della *bonorum possessio* (cfr. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., cc. 685-727); C.I. 8, 10, 14 (11, 1) con cui Giustiniano

12. B) I libri Sabiniani (C.I. 3, 34, 14 e C.I. 7, 32, 12)

Le *quaestiones* che si dicono rilevate «*in libris Sabinianis*» (o «*ex libris Sabinianis*») sono quelle ricordate e risolte nei testi riportati in C.I. 3, 34, 14 e in C.I. 7, 32, 12.

La prima *constitutio* – a differenza delle ultime due costituzioni esaminate, questa conserva la *subscriptio* in base alla quale risalirebbe al 531, ma Krüger propone di datarla invece al 532¹⁶² – riguarda il non uso in ipotesi di servitù discontinua:

C.I. 3, 34, 14 pr.: *Idem A. Iohanni pp. Cum talis quaestio in libris Sabinianis vertebatur: quidam etenim pactus est cum suo vicino, ut liceat ei vel per se vel per suos homines per agrum vicini transitum facere iterque habere uno tantummodo per quinquennium die, quatenus ei licentia sit in suam silvam inde transire et arbores excidere vel facere, quidquid ei fuerit visum, et quaerebatur, quando huiusmodi servitus non utendo amittitur, et quidam putaverunt, si in primo vel secundo quinquennio per eam viam non itum est, eandem servitatem penitus tolli quasi per biennium ea non utendo deperdita, singulo die quinquennii pro anno numerando, aliis aliam sententiam eligentibus, nobis placuit ita causam dirimere, ut, quia iam per legem latam a nobis prospectum est, ne servitutes per biennium non utendo depereant, sed per decem vel viginti annorum curricula, et in proposita specie, si per quattuor quinquennia nec uno die vel ipse vel homines eius eadem servitute usi sunt, tunc eam*

modifica, risolvendo una *dubitatio* sorta tra gli *antiqui*, il regime della *operis novi nuntiatio*, argomento questo di cui Ulpiano si occupava nel cinquantaduesimo libro del commentario all'editto, libro che comprendeva secondo Lenel (cfr. *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., cc. 742-746) proprio la rubrica «*de operis novi nuntiatione*». A queste quattro costituzioni se ne deve aggiungere un'altra in tema di testamento militare: si tratta di C.I. 6, 21, 18. A tal proposito non si può escludere che tale ultima costituzione risolvesse una problematica rinvenuta o nel quarantacinquesimo libro *ad edictum* di Ulpiano, libro in cui secondo Lenel sarebbe stata inserita la rubrica «*de bonorum possessione ex testamento militis*» (v. *ibidem*, cc. 718-720), oppure nel cinquantesimo libro riguardante i testamenti.

¹⁶² Cfr. KRÜGER, *Editio maior*, p. 284, nt. 1 (v già *Über die Zeitfolge der im Justinianischen Codex enthaltenen Constitutionen Justinians*, cit., p. 180); diversamente VOCI, *Vicende della legislazione giustiniana negli anni 528-534*, cit., p. 116 (= *Ultimi studi di diritto romano*, cit., p. 348), (in entrambe le pubblicazioni, per un evidente errore compare «C.I. 3.44.14»), fa risalire il provvedimento al 18 ottobre del 531.

penitus amittat viginti annorum desidia. qui enim in tam longo prolixoque spatio suum ius minime consecutus est, sera paenitentia ad pristinam servitutem reverti desiderat. (D. [XI] <XV> k. Nov. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestae vv. cc.) (18 ottobre 531).

La cancelleria riferisce di una disputa, trovata nei *libri Sabiniani*, che vi sarebbe stata per il caso in cui fosse stabilito il passaggio un giorno ogni quinquennio (...*quidam etenim pactus est cum suo vicino, ut liceat ei vel per se vel per suos homines per agrum vicini transitum facere iterque habere uno tantummodo per quinquennium die...*) per recarsi su un fondo intercluso e recidervi il bosco (...*ei licentia sit in suam silvam inde transire et arbores excidere...*). Giustiniano, richiamando una sua costituzione (...*iam per legem latam a nobis prospectum est...*)¹⁶³ in forza della quale viene estesa anche alle servitù la prescrizione decennale, tra presenti, e ventennale tra assenti (...*ne servitutes per biennium non utendo depereant, sed per decem vel viginti annorum curricula...*), stabilisce che il ventennio sia assorbente¹⁶⁴.

Il legislatore risolve così una controversia proveniente, per sua stessa ammissione, dalla lettura dei *libri Sabiniani*. Tuttavia dalla notizia riferita dalla cancelleria non risulta semplice indicare quale dei tre commentari *ad Sabinum* abbia offerto lo spunto per la riforma. A tal proposito va escluso, a mio avviso, un collegamento con il commentario di Ulpiano e ciò per un duplice ordine di motivi. Innanzi tutto il giurista non trattava nei suoi cinquantuno libri a Sabino del

¹⁶³ Si tratta di C.I. 3, 34, 13 del 531 (*Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. Sicut usum fructum, qui non utendo per biennium in soli rebus, per annale autem tempus in mobilibus vel se moventibus deminuebatur, non passi sumus huiusmodi sustinere compendiosum interitum, sed et ei decenniis vel viginti annorum dedimus spatium, ita et in ceteris servitutibus obtinendum esse censuimus, ut omnes servitutes non utendo amittantur non biennio, quia tantummodo soli rebus adnexae sunt, sed decennio contra praesentes vel viginti annorum spatio contra absentes, ut sit in omnibus huiusmodi rebus causa similis differentiis explosis. D. xv k. Nov. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestae vv. cc.*) con la quale si stabilisce che le servitù reali e personali si estinguono per non uso non più biennale, ma decennale o ventennale. Per una rapida sintesi delle disposizioni riprodotte in C.I. 3, 34, 13 v. tra gli altri, G. WESENER, *Zur Frage der Ersitzbarkeit des «ususfructus»*, in *Studi in onore di G. Grosso* 1, 1968, p. 221 e ss.

¹⁶⁴ Per un esame approfondito della costituzione cfr. G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969, p. 254.

tema delle servitù¹⁶⁵. In secondo luogo va osservato che dall'esame delle altre costituzioni *ad commodum* emerge con una certa chiarezza che quando la cancelleria giustiniana risolve una questione derivante dallo spoglio del commentario *ad Sabinum* di Ulpiano utilizza di solito la perifrasi «*in libris Ulpiani*» oppure «*apud Ulpianum*» o ancora «*apud Ulpianum in libris Sabinianis*»¹⁶⁶. Abbandonata dunque la possibilità che l'*occasio legis* fosse stata offerta dai libri Sabiniani di Ulpiano, il collegamento deve essere cercato negli altri commentari *ad Sabinum* ove troviamo che Paolo discuteva delle servitù nel quindicesimo libro e Pomponio se ne occupava nel trentatreesimo¹⁶⁷. A tal proposito Lenel, ritenendo probabile che con l'espressione «*in libris Sabinianis*» utilizzata in C.I. 3, 34, 14 si volesse indicare il commentario *ad Sabinum* di Paolo, ha pensato che la *lex* fosse stata occasionata dal quindicesimo tra i libri paolini¹⁶⁸. Tuttavia non credo che ci siano indizi tali da poter escludere un collegamento con il trentatreesimo libro *ad Sabinum* di Pomponio, considerata anche la maggiore ampiezza del commentario pomponiano rispetto a quello di Paolo. In questo contesto va aggiunto che sia che si ipotizzi una connessione con l'opera di Paolo, sia che si pensi ad un collegamento con il commento di Pomponio, non si può comunque, a mio avviso, far risalire la *lex* al 531 visto che nel mese di ottobre di quell'anno i commissari erano impegnati nella lettura del diciassettesimo libro tra quelli *ad Sabinum* di Ulpiano¹⁶⁹. Tenendo altresì conto delle motivazioni addotte a proposito della ricostruzione della da-

¹⁶⁵ Sul punto v. la ricostruzione palinogenetica di LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., cc. 1019-1198.

¹⁶⁶ Cfr. 6, 24, 14: «*in libris Ulpiani*» (cfr. *supra*, in questo capitolo, § 2); C.I. 6, 26, 11: «*apud Ulpianum*» (cfr. *ibidem*, § 3); C.I. 6, 46, 7 (6): «*apud Ulpianum*» (cfr. *ibidem*, § 4); C.I. 6, 40, 3: «*apud Ulpianum in libris Sabinianis*» (cfr. *ibidem*, § 9); C.I. 5, 4, 28: «*apud Ulpianum*» (cfr. *ibidem*, § 11). L'unica eccezione è rappresentata da C.I. 3, 33, 17 in cui, pur se la questione risolta scaturisce dal commentario *ad Sabinum* di Ulpiano, risulta inserita la perifrasi «*ex libris Sabinianis*» (cfr. *supra*, in questo capitolo, § 8).

¹⁶⁷ A tal proposito v. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., cc. 1288-1291 e II, cit., cc. 142-145, e ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*², cit., pp. 17-18 e pp. 54-58.

¹⁶⁸ Cfr. *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., c. 216, nt. 1: «*fortasse in Pauli ad Sab. lib. XV*».

¹⁶⁹ Cfr. C.I. 6, 49, 7 e C.I. 3, 33, 17, entrambe del 18 ottobre del 531, per le quali abbiamo ipotizzato che fossero state provocate, la prima dal sedicesimo tra i

ta di C.I. 5, 4, 28, credo plausibile ritenere che anche C.I. 3, 34, 14 rientrasse, come ebbe già a pensare Krüger¹⁷⁰, nel gruppo di costituzioni che sta sotto la data «xv k. Nov. post consulatum Lampadii et Orestae vv. cc. anno secundo»¹⁷¹.

L'altra questione che si dice riscontrata «*ex libris Sabinianis*» riguarda il possesso tenuto tramite intermediario:

C.I. 7, 32, 12 pr.-1: *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. Ex libris Sabinianis quaestionem in divinas nostri numinis aures relatam tollentes definimus, ut sive servus sive procurator vel colonus vel inquilinus vel quispiam alius, per quem licentia est nobis possidere, corporaliter nactam possessionem cuiuscumque rei eam dereliquerit vel alii prodiderit, desidia forte vel dolo, ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere, nihil penitus domino praeiudicium generetur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat, sed et ipse, si liberae condicionis est, competentibus actionibus subiugetur, omni iactura ab eo restituenda domino rei vel ei, circa quem neglegenter vel dolose versatus est. 1. Sin autem necdum sub manibus procuratoris vel coloni vel inquilini vel servi possessio facta est, sed ipse eam accipere desidia vel dolo supersedit, tunc ipse qui eum transmisit ex mala sua electione praeiudicium circa possessionem patiat, ex memoratarum personarum vel machinatione vel neglegentia accedens. (a. 531-532).*

Nel testo si dichiara innanzi tutto che «*ex libris Sabinianis*» è stata rinvenuta una *quaestio*, relativa alla perdita del possesso per abbandono della cosa da parte del detentore. Tale questione viene poi riferita all'imperatore (cfr. pr.: *Ex libris Sabinianis quaestionem in divinas nostri numinis aures relatam...*), il quale, per dirimerla, stabilisce che, in ogni caso di possesso tenuto tramite intermediario, di qualsiasi cosa si tratti, qualora l'intermediario la abbia comunque abbandonata per negligenza o consegnata ad altri per dolo, sì che si

libri *ad edictum* di Ulpiano (cfr. *supra*, in questo capitolo, § 7) e la seconda dal diciassettesimo libro ulpiano *ad Sabinum* (cfr. *ibidem*, § 8).

¹⁷⁰ Cfr. *Über die Zeitfolge der im Justinianischen Codex enthaltenen Constitutionen Justinians*, cit., p. 180 (v. anche *Editio maior*, p. 284, nt. 1).

¹⁷¹ Sul gruppo di costituzioni che sta sotto questa data e per le osservazioni svolte a proposito delle vicende che interessarono i primi mesi dell'anno 532, cfr. *supra*, in questo stesso capitolo, § 11.

faccia posto all'impossessamento altrui, non debba derivarne alcun danno per colui in nome del quale l'intermediario aveva il possesso¹⁷². Ciò significa riconoscere la continuazione del possesso a favore di chi, fosse egli o meno proprietario della cosa, possedeva tramite intermediario, non solo quando questi avesse abbandonato la cosa e nessuno se ne fosse ancora impossessato, ma anche dopo l'eventuale impossessamento altrui comunque prodotti¹⁷³.

Le diverse soluzioni date dai *veteres* sono state conservate nei *Digesta*¹⁷⁴. A tal proposito va osservato che alla massa sabiniana ap-

¹⁷² Al proposito dell'abbandono della cosa da parte dell'intermediario cfr. in particolare L. SOLIDORO MARUOTTI, *Studi sull'abbandono degli immobili in diritto romano. Storici, giuristi, imperatori*, Napoli, 1989, p. 2 e ss.; v. altresì la recensione a questo lavoro di H. ANKUM, *Das verlassen von liegenschaften*, in ZSS 114, 1997, pp. 402-422.

¹⁷³ La *ratio* della decisione è individuata nel doversi collegare conseguenze giuridiche dannose per un soggetto a comportamento colpevole di altri. Tale motivazione non risulta tuttavia perspicua, in quanto anche in assenza di colpa da parte dell'intermediario la soluzione non sembra dovesse essere diversa, come si può evincere dal successivo § 2 (cfr. C.I. 7, 32, 12, 2: *Hoc etenim tantummodo sancimus, ut dominus nullo modo aliquod discrimen sustineat ab his quos transmiserit, non ut etiam lucrum sibi per eos adquirat, cum et antiqua regula, quae definivit deteriolem condicionem per servum domini nullo fieri modo, tunc locum habet, cum de damno dominus periclitetur, non cum sibi lucrum per servum adquiri desiderat: salva videlicet et in hoc casu domino rei vel ei, qui ad eam detinendam praefatas transmiserit personas, adversus eas omni actione, si qua ex legibus ei competit servata*) ove lo stesso Giustiniano mostra di voler fare puramente leva sull'intento che non consegua danno per fatto dell'intermediario senza più richiamare l'eventuale colpa di questi. Sul punto v. in specie, A. BURDESE, *Possesso tramite intermediario e «possessio animo retenta»*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, II, Milano, 1971, p. 383.

¹⁷⁴ A tal proposito si veda innanzi tutto D. 43, 16, 1, 25 (Ulp. 69 *ad ed.*): *Quod volgo dicitur aestivorum hibernorumque saltuum nos possessiones animo retinere, id exempli causa didici Proculum dicere: nam ex omnibus praediis, ex quibus non hac mente recedemus, ut omisise possessionem vellemus, idem est*. Tale testo è particolarmente interessante in quanto in esso viene citato Proculo dal quale sembra aver preso avvio la teoria della conservazione *animo* del possesso, da lui enunciata con riferimento a diversi casi caratterizzati tutti dal momentaneo venir meno della disposizione materiale del fondo posseduto, cui si accompagna peraltro l'intenzione del possessore di tornare ad attuare detta disposizione: ciò anche in ipotesi di abbandono definitivo del possesso da parte dell'intermediario (cfr. D. 4, 3, 31 [Proc. 2 *epist.*]: *Cum quis persuaserit familiae meae, ut de possessione decedat, possessio quidem non amittitur, sed de dolo malo iudicium in eum competit, si quid damni mihi accesserit*). L'opinione di Proculo, che implica l'individuazione di un elemento psicologico accanto all'elemento materiale nella situazione possessoria non è smentita, sulla base della testimonianza di Paolo, dal proculeiano Nerazio (cfr. D. 41, 2, 7 [Paul. 54 *ad ed.*]: *Sed et si nolit in fundum reverti, quod vim maiorem vereatur, amisisse possessionem videbitur: et ita*

partengono i testi (cfr. D. 41, 2, 31 [Pomp. 32 *ad Sab.*]; D. 41, 2, 40, 1 [Afr. 7 *quaest.*] e D. 41, 4, 7 [Iul. 44 *dig.*]) riproducenti l'opinione più restrittiva nel senso del venir meno del possesso con l'abbandono definitivo da parte dell'intermediario, mentre l'opinione giustiniana già si trova accolta in testi appartenenti alla massa editta (cfr. D. 4, 3, 31 [Proc. 2 *ep.*]; D. 41, 2, 3, 8 [Paul. 54 *ad ed.*]) e papiniana (D. 41, 2, 44, 2 [Pap. 23 *quaest.*]). Di qui ci si è spinti a congetturare che nel caso di C.I. 7, 32, 12, Giustiniano parlando dei *libri Sabiniani*, volesse far riferimento a opere delle scuole orientali di rielaborazione dei commentari *ad Sabinum* o forse anche dei libri della massa sabiniana, per cui la *quaestio* sarebbe da ritenersi rica-

Neratius quoque scribit). La stessa opinione viene ripresa da Papiniano in D. 41, 2, 44, 2 (Pap. 23 *quaest.*): *Quibus explicitis, cum de amittenda possessione quaeratur, multum interesse dicam, per nosmet ipsos an per alios possideremus: nam eius quidem, quod corpore nostro teneremus, possessionem amitti vel animo vel etiam corpore, si modo eo animo inde digressi fuisset, ne possideremus: eius vero, quod servi vel etiam coloni corpore possidentur, non aliter amitti possessionem, quam eam alius ingressus fuisset, eamque amitti nobis quoque ignorantibus. illa quoque possessionis amittendae separatio est. nam saltus hibernos et aestivos, quorum possessio retinetur animo; e ancora da Paolo in D. 41, 2, 3, 8 (Paul. 54 *ad ed.*): *Si quis nuntiet domum a latronibus occupatam et dominus timore conterritus noluerit accedere, amisisse eum possessionem placet. quod si servus vel colonus, per quos corpore possidebam, decesserint discesserintve, animo retinebo possessionem*. La diversa opinione nel senso della perdita del possesso nell'ipotesi di abbandono del fondo è invece espressa da Africano in D. 41, 2, 40, 1 (Afr. 7 *quaest.*): *Si forte colonus, per quem dominus possiderit, decessisset, propter utilitatem receptum est, ut per colonum possessio et retineretur et contineretur: quo mortuo non statim dicendum eam interpellari, sed tunc demum, cum dominus possessionem apisci neglexerit. aliud existimandum ait, si colonus sponte possessione discesserit. sed haec ita esse vera, si nemo extraneus eam rem interim possederit, sed semper in hereditate coloni manserit*; la stessa opinione risulta condivisa da Pomponio in D. 41, 2, 31 (Pomp. 32 *ad Sab.*): *Si colonus non deserendae possessionis causa exisset de fundo et eo redisset, eundem locatorem possidere placet*; nonché da Giuliano in D. 41, 4, 7 pr. (Iul. 44 *dig.*): *Qui fundum pro emptore possidebat, antequam diutinam possessionem impleret, decessit: servi, qui in possessionem relicti fuerant, discesserunt relinquendae eius gratia: quaesitum est, an nihilo minus heredi tempus longae possessionis procedere potest. respondit etiam discedentibus servis hoc tempus heredi procedere*. Per un esame dei frammenti qui citati v. G. ROTONDI, *Possessio quae animo retinetur. Contributo alla dottrina classica e postclassica del possesso e dell'«animus possidendi»*, in *BIDR* 30, 1921, p. 1 e ss. (= *Scritti giuridici*, III, cit., p. 94 e ss.); nella letteratura successiva v. C.A. CANNATA, *L'animo possidere nel diritto romano classico*, in *SDHI* 26, 1960, p. 95 e ss. e dello stesso autore *Dalla nozione di animo possidendi come elemento del possesso (epoca postclassica e diritto bizantino)*, in *SDHI* 27, 1961, p. 73 e ss.; nonché BURDESE, *Possesso tramite intermediario e «possessio animo retenta»*, cit., p. 384 e ss.*

vata da rielaborazioni postclassiche¹⁷⁵. Sarebbe più plausibile ammettere che i compilatori, trovandosi di fronte a testi della massa sabiniana, abbiano da ciò tratto l'*occasio* per sollecitare una decisione imperiale, non tanto per eliminare i dubbi nascenti dal contrasto tra i vari testi classici, quanto per provocare una decisione che, estendendosi da un lato a qualsiasi genere di cose oltreché agli immobili e dall'altro all'ipotesi di doloso trasferimento delle medesime dall'intermediario a terzi, venisse a innovare radicalmente su tali punti il regime classico; ne sarebbe risultata una chiara presa di posizione legislativa sulla questione già dibattuta dai classici, tale da fornire un sicuro indirizzo interpretativo per intendere i testi di massa sabiniana ancor riproducenti l'opinione sabiniana – che poterono pertanto essere conservati nei *Digesta* senza radicali trasformazioni – in senso conforme ai testi di massa edittale, riproducenti l'opposta opinione proculeiana¹⁷⁶.

In questo contesto va rilevato che i commentari *ad Sabinum* che si occupano del tema del possesso sono quelli di Pomponio e di Paolo rispettivamente nel libro trentaduesimo e quindicesimo, libri in cui, secondo Lenel, sarebbe stata inserita una rubrica «*de possessione et usucapione*»¹⁷⁷. Ora, alla luce delle osservazioni svolte a proposito di C.I. 3, 34, 14, anch'essa in tema di diritti reali, e tenendo altresì in considerazione il frammento di Pomponio conservato nel titolo D. 41, 2 «*de acquirenda vel amittenda possessione*» (cfr. D. 41, 2, 31 [Pomp. 32 *ad Sab.*]), credo più probabile che l'*occasio legis* fosse stata offerta dal trentaduesimo libro di Pomponio *ad Sabinum* piuttosto che dal quindicesimo di Paolo. Sulla base di quanto da noi già osservato a proposito delle ultime tre costituzioni esaminate, credo che forse si possa far rientrare anche C.I. 7, 32, 12 nel gruppo di provvedimenti emanati nell'ottobre del 532. A ciò si aggiunga, come abbiamo accennato, la stretta connessione del tema

¹⁷⁵ Sul punto v. ancora ROTONDI, *Possessio quae animo retinetur. Contributo alla dottrina classica e postclassica del possesso e dell'«animus possidendi»*, cit., p. 97 e ss. (= *Scritti giuridici*, III, cit., p. 197 e ss.).

¹⁷⁶ Così già BURDESE, *Possesso tramite intermediario e «possessio animo retenta»*, cit., p. 418. A sostegno di tale ipotesi si consideri anche il fatto che già in C.I. 3, 33, 17 Giustiniano arriva a decisioni che vanno oltre la *quaestio* riscontrata «*ex libris Sabinianis*»; sul punto v. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., p. 199 e ss.

¹⁷⁷ Cfr. *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., cc. 1288-1289 e II, cit., cc. 140-142.

del possesso con quello delle servitù affrontato in C.I. 3, 34, 14. Tale dato unitamente alla circostanza che in entrambi i provvedimenti si faccia ricorso alla perifrasi «*ex libris Sabinianis*», inducono a pensare che probabilmente C.I. 3, 34, 14 e C.I. 7, 32, 12 facessero parte in origine di un unico provvedimento normativo poi smembrato dai compilatori per esigenze sistematiche.

13. *La più recente citazione giurisprudenziale inserita nel Codex repetitae praelectionis (C.I. 6, 51, 1)*

Dopo i provvedimenti fin qui esaminati, bisogna attendere fino al 534 per trovare un'altra citazione giurisprudenziale, tra l'altro la più recente di quelle contenute nel *Codex repetitae praelectionis* e ancora una volta riguardante Ulpiano. Mi riferisco alla citazione inserita in C.I. 6, 51, 1, l'unica costituzione del titolo «*de caducis tollendis*», con cui Giustiniano abolì definitivamente la legislazione caducaria. La costituzione è indirizzata *ad senatum*, circostanza questa che la connota di una particolare rilevanza¹⁷⁸:

C.I. 6, 51, 1 pr.-1c e 9: *Imp. Iustinianus A. senatui urbis Constantinopolitanae et urbis Romae. Et nomen et materiam caducorum ex bellis ortam et auctam civilibus, quae in se populus Romanus movebat, necessarium duximus, patres conscripti, in pacificis nostri imperii temporibus ab orbe Romano recludere, ut, quod belli calamitas introduxit, hoc pacis lenitas sopiret. 1. Et quemadmodum in multis capitulis lex Papia ab anterioribus principibus emendata fuit et per desuetudinem abolita, ita et a nobis circa caducorum observationem invidiosum suum amittat vigorem, qui et ipsis prudentissimis viris displicuit, multas invenientibus vias, per quas caducum ne fieret. 1a. Sed et ipsis testamentorum conditoribus sic gravissima caducorum observatio visa est, ut et substitutiones introducerent, ne fiant caduca et, si facta sint, apud certas personas recurrere disponerent, vias recludentes, quas lex Papia posuit in caducis: quod et nos fieri concedimus. 1b. Et cum lex Papia ius antiquum, quod ante eam in omnibus*

¹⁷⁸ Sul punto cfr. quanto osservato *supra*, cap. I, § 4 a proposito della *constitutio ad senatum* del 22 luglio del 530.

simpliciter versabatur, suis machinationibus et angustiis circumcludens solis parentibus et liberis testatoris usque ad tertium gradum, si scripti fuerant heredes, suum imponere iugum erubuit ius antiquum intactum eis conservans, nos omnibus nostris subiectis sine differentia personarum concedimus. 1c. Cum igitur materiam et exordium caducorum lex Papia ab aditionibus, quae circa defunctorum hereditates procedebant, sumpsit et ideo non a morte testatoris, sed ab apertura tabularum dies cedere legatorum senatus consulta, quae circa legem Papiam introducta sunt, concesserunt, ut, quod in medio deficiat, hoc caducum fiat, primum hoc corrigentes et antiquum statum revocantes sancimus omnes habere licentiam a morte testatoris adire hereditates similique modo legatorum vel fideicommissorum pure vel in diem relictorum diem a morte testatoris cedere. 9. Ne autem hoc, quod non ineleganter summi ingenii vir Ulpianus in hac parte cum omni subtilitate disposuit, praetereatur, nostra sanctione hoc apertius inducimus. (D. k. Iun. Constantinopoli dn. Iustiniano pp. A. IIII et Paulino vc. cons.) (1° giugno 534).

Lo scopo del lungo testo normativo, che in questa sede non viene riportato integralmente, è appunto quello di abolire espressamente il regime caducario previsto dalla *lex Papia*¹⁷⁹.

Il legislatore giustiniano spiega innanzi tutto le ragioni della scelta normativa. Si precisa che il regime caducario era una conseguenza delle guerre civili, dunque non più necessario visto che l'impero era in pace (pr.). A tale motivazione si aggiunge che le altre norme della *lex Papia* erano state ormai abrogate espressamente o per desuetudine – motivo per cui si giustificava un completamento dell'opera eversiva – e, infine, si sottolinea il disfavore con cui la legislazione caducaria era vista dai giuristi classici, oltre che dagli stessi testatori i quali, per eluderla, erano costretti a ricorrere a mezzi quali le sostituzioni (1-1b)¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Sulla legislazione caducaria v. tra gli altri, per una sintesi, MANFREDINI, *La volontà oltre la morte*, cit., pp. 165-167.

¹⁸⁰ Per un'analisi della costituzione, v. R. ASTOLFI, *I beni vacanti e la legislazione caducaria*, in *BIDR* 68, 1965, p. 329 e ss.; ID., *Note per una valutazione storica della «lex Iulia et Papia»*, cit., pp. 193-236; e ancora dello stesso autore v. *La lex Iulia et Papia*³, cit., p. 350 e ss. Per la terminologia utilizzata nel testo cfr. E. NARDI, *I significati storici del verbo «lego» come termine giuridico*, in *SDHI* 63, 1997, p. 299 e ss. Per quanto riguarda la *abolitio per desuetudinem* della *lex Papia* cui si

L'abrogazione della legislazione caducaria comporta che i successori *ab intestato* e lo Stato non hanno più diritto ai *caduca* e alle disposizioni *in causa caduci* (§ 1c)¹⁸¹; l'*aditio hereditatis* può essere compiuta prima dell'apertura del testamento (§ 1a); il *dies* del legato non *sub condicione cedit* con la morte del testatore (§ 1c)¹⁸².

La cancelleria giustiniana sopprime il regime dei *caduca* quale si era determinato in età classica, ripristina, riguardo alla sorte delle quote vacanti, il «*ius antiquum*». Ad Ulpiano, indicato come «*summi ingenii vir*», viene fatta risalire l'articolata disciplina prevista dai giustinianeî riguardo alla ripartizione degli oneri nel caso di lucro di lasciti altrui. Le scelte del giurista tardoclassico vengono esplicitamente apprezzate e condivise dal legislatore (cfr. § 9: *...non ineleganter... cum omni subtilitate disposuit...*).

14. Il quadro conclusivo

L'interesse per le opere giurisprudenziali classiche, manifestatosi – come abbiamo avuto modo di vedere nei capitoli precedenti – così intensamente nel corso del 530, si mantiene ancora ben vivo nella legislazione del 531, anno in cui in quindici testi normativi – tutti a quanto pare riconducibili al gruppo delle *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes* – sono inserite citazioni nominative riferibili all'opera di sette giuristi classici e più esattamente

fa riferimento nel § 1, cfr., nella letteratura più risalente, S. SOLAZZI, *La desuetudine della legge*, in *AG* 102, 1929, p. 9 e ss. (= *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, 1960, p. 280 e ss.); sul punto v., più di recente, anche la lettura in chiave retrospettiva delle affermazioni della cancelleria compiuta da W. WALDSTEIN, *Gewohnheitsrecht und Juristenrecht in Rom*, in *De iustitia et iure, Festgabe von Lübtow*, Berlin, 1980, p. 123, nt. 83. A proposito dell'atteggiamento del legislatore giustiniano nei confronti di norme cadute in desuetudine, cfr. G. LUCHETTI, *L'usus iudiciorum presso i tribunali costantinopolitani: «legalizzazione» di una prassi (I. 4, 11, 6-7)*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, I, Napoli, 1997, p. 573 e ss. (= *Contributi di diritto giustiniano*, cit., p. 14 e ss.).

¹⁸¹ Su questo aspetto v. G. BOULVERT, «*Aerarium*» dans les *constitutions impériales*, in *Labeo* 22, 1976, pp. 151-177 (in particolare p. 165) e M. KASER, «*Ius publicum*» und «*ius privatum*», in *ZSS* 103, 1986, p. 28 e ss.

¹⁸² Sul punto cfr., per un aspetto particolare, J. RIBAS ALBA, *La «transmissio» de la delacion en derecho romano clasico*, in *BIDR* 94-95, 1991-1992, pp. 290-292.

di Sabino, Celso, Papiniano (quattro volte), Paolo (due volte), Ulpiano (otto volte), Modestino e Marciano, citazioni cui se ne deve aggiungere un'altra nella quale si fa riferimento a una controversia che si dice riscontrata «*ex libris Sabinianis*».

Successivamente le citazioni relative a opere e opinioni dei giuristi calano bruscamente di numero. Se si eccettuano, infatti, le quattro costituzioni, per le quali abbiamo ipotizzato la datazione del 18 ottobre del 532, in cui si menzionano Ulpiano (due volte) e i *libri Sabiniani* (altre due volte), bisogna attendere fino al 534 per trovare un'altra citazione giurisprudenziale – la più recente di quelle contenute nel *Codex repetitae praelectionis* – e ancora una volta riguardante Ulpiano¹⁸³.

Dall'indagine effettuata, risulta con evidenza che le numerose citazioni dei *veteres* inserite nelle *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes* dipendono dalla stretta relazione esistente fra lo spoglio delle masse e la legislazione imperiale¹⁸⁴. In particolare le *leges* da noi esaminate sembrano tutte riconducibili alla massa sabiniana o edittale. Tale fenomeno, a mio avviso, non si può spiegare, come meglio dirò in seguito, semplicemente con il fatto che le tre *partes* non possono considerarsi di eguali dimensioni, ma piuttosto

¹⁸³ La tendenza alla rarefazione delle citazioni giurisprudenziali si conferma anche nella legislazione delle Novelle, in cui le citazioni nominative di opinioni di giuristi risultano essere nel complesso appena sei e riguardano Quinto Mucio, Giuliano (due volte), Papiniano (due volte) e infine Ulpiano. Si tratta delle citazioni contenute in Nov. 22, 43 (Quinto Mucio); Nov. 74 *praef.* e Nov. 87 *praef.* (Giuliano); Nov. 4, 1, Nov. 108 *praef.*, 2 e 108, 1 (Papiniano); Nov. 97, 6, 1 (Ulpiano), tutte risalenti al periodo 535-541, in corrispondenza cioè della seconda questura di Triboniano. Per i 'tempi' della seconda questura di Triboniano v. MARTINDALE, *The prosopography of the later Roman Empire*, cit., p. 1338. Sul punto, per la possibilità che la prima novella da attribuire a Giunillo, succeduto a Triboniano nella questura, sia Nov. 117 del 18 dicembre del 542 v. HONORÉ, *Tribonian*, cit., p. 126 e ss. (cfr. in specie p. 129, nonché pp. 237-240). Quanto alla cesura che si sarebbe determinata nella legislazione novellare con la scomparsa di Triboniano v. le osservazioni di BONINI, *Introduzione allo studio dell'età giustiniana*⁴, cit., in specie p. 71 (= AA.VV., *Lineamenti di storia del diritto romano*², cit., p. 667).

¹⁸⁴ Sul punto v. LONGO, *Contributo alla storia della formazione delle Pandette*, cit., pp. 132-160 e DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR* 22, cit., pp. 156-207; *BIDR* 23, cit., pp. 5-51 e pp. 186-295 e *BIDR*, 27, cit., pp. 5-54.

sto con la circostanza che i compilatori utilizzassero dei ‘testi guida’, testi che pare debbano essere individuati nei grandi commentari¹⁸⁵.

In questo contesto va ancora osservato che raramente la citazione è completa del riferimento all’opera da cui è tratta, mentre nella maggior parte dei casi si riferisce il solo nome del giurista¹⁸⁶. Tale circostanza si spiega forse con il fatto che i *prudentes*, spesso, richiama-
vano l’opinione degli altri autori in modo incompleto, riferendo-
ne solo il nome, ma non l’opera. Le citazioni indirette, quindi, sem-
brano rispecchiare più che il procedimento dei compilatori, il più ge-
nerale rapporto tra citazioni complete ed incomplete. Tuttavia, pare
potersi affermare che i commissari confrontassero i richiami trovati
nelle opere con l’originale. Tale raffronto doveva essere più difficile
quando il testo originale e quello che ne conteneva la citazione ap-
partenevano ad opere di massa diversa, poiché ciò costringeva, proba-
bilmente, i membri di una commissione a compiere riscontri sulle
opere affidate alle altre.

Operato lo spoglio dei materiali attinenti all’argomento che di
volta in volta si trattava ed effettuati, ove necessari, i confronti con
le opere originali, ciascuna sottocommissione convogliava, in se-
de di seduta plenaria, entro ogni titolo il proprio distillato testuale.
Qualora, però, fossero emerse delle controversie classiche, si offri-
vano due soluzioni: o effettuare le interpolazioni necessarie nei pas-
si dei giuristi da inserire nel Digesto, oppure, in alternativa, emette-
re una costituzione, circostanza cui si ricorreva, probabilmente, al-
lorquando i commissari non erano d’accordo circa la soluzione da
adottare o, più probabilmente, quando si riteneva opportuno dare
una rilevanza esterna alla soluzione prescelta¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Sulle diverse dimensioni delle tre masse v., per tutti, D. MANTOVANI, *Digesto e masse Bluhmiane*, Milano, 1987, in specie p. 38 e nt. 74.

¹⁸⁶ Sono riscontrabili quattro casi di citazioni complete del nome del giurista e della relativa opera: si tratta di C.I. 6, 24, 14, C.I. 6, 28, 4, C.I. 6, 40, 3 e C.I. 6, 58, 14.

¹⁸⁷ Tale ipotesi sembra altresì confermata, come già abbiamo avuto modo di vedere nel corso dell’esame dei vari provvedimenti, dal linguaggio utilizzato dai compilatori: v. C.I. 6, 28, 4, 3: *Et ex hac iniquitate vitium emersit, quale ex libris Ulpiani, quos ad edictum fecit praetoris, inventum a Triboniano viro gloriosissimo nostro quaestore ceterisque viris facundissimis compositoribus iuris enucleati ad nostras aures relatum est*. Sul punto v. anche le osservazioni già fatte da SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., p. 4 e prima ancora da ARCHI, *Giustiniano e l’insegnamento del diritto*, cit., p. 100 (= *Scritti di diritto romano*, III, cit., p. 1908).

I giuristi che più frequentemente sono ricordati come fonte di cognizione di antiche questioni irrisolte risultano essere Paolo e Ulpiano; ciò probabilmente perché ad essere utilizzate in maggior misura erano proprio le opere (in particolar modo quelle di Ulpiano) – e soprattutto i grandi commentari – di tali giuristi che quindi si atteggiavano a vero e proprio repertorio di citazioni e, a volte, di *leges* precedenti. A tal proposito va però sottolineato che le *sententiae* che vengono respinte, sono di norma proprio quelle di Paolo e di Ulpiano. In questo quadro non risulta essere casuale che il giurista la cui opinione viene invece per lo più condivisa sia Papiniano, cioè quello che tra i classici – insieme a Giuliano che, però, non risulta mai menzionato nella legislazione successiva al novembre del 530 – certamente più di tutti godeva della considerazione e della stima di Triboniano e dei suoi compilatori.

Spesso, tuttavia, le *dubitationes* che l'imperatore era chiamato ad eliminare non presentavano legami con il *ius controversum*, trattandosi piuttosto di dubbi che si ponevano gli stessi compilatori nel procedere a regolare una fattispecie di cui non si aveva traccia nella giurisprudenza classica¹⁸⁸.

¹⁸⁸ Si tratta di un vero e proprio *modus procedendi* della cancelleria, *modus procedendi* che risulta abbastanza chiaro in C.I. 6, 25, 9 (8): sul punto v. *supra*, in questo capitolo, § 3.

CAPITOLO IV

CONCLUSIONI:

REVERENTIA ANTIQUITATIS E NUOVE PROSPETTIVE

1. *Tipo e qualità delle citazioni nominative inserite nelle costituzioni del Codice*

Dalla trattazione appena conclusa emerge che nel *Codex repetitae praelectionis* le costituzioni contenenti citazioni in forma nominativa di giuristi classici sono in tutto trentaquattro. In particolare vengono menzionati undici diversi *prudentes*: Sabino, Celso (due volte), Giuliano (tre volte), Sesto Cecilio Africano, Marcello (due volte), Papiniano (nove volte), Tertulliano, Paolo (sei volte), Ulpiano (quattordici volte), Marciano (due volte), Modestino. A questo quadro si devono aggiungere la menzione dei Sabiniani e i tre richiami dei *libri Sabiniani*.

Tali citazioni giurisprudenziali tendono ad avere un carattere eminentemente pratico, in quanto la cancelleria si trova per lo più a compiere scelte tra soluzioni contrapposte, spesso tra l'altro rigettando le opinioni citate e formulando autonome soluzioni normative¹. Questo vale soprattutto per Paolo, le cui opinioni vengono spesso respinte o peggio criticate². Appare dunque sostanzialmente conferma-

¹ Diversa invece la valenza assunta dalle citazioni giurisprudenziali nelle Istituzioni, ove è per lo più la sapienza dei giuristi ad essere posta al centro dell'attenzione e a giustificare con la sua autorità le soluzioni condivise dai compilatori. Per la valenza profondamente diversa che assumono le citazioni dei giuristi classici nel Codice e nelle Istituzioni v. in specie LUCHETTI, *Nuove ricerche sulle Istituzioni di Giustiniano*, cit., p. 266 e ss.

² Cfr. C.I. 3, 28, 33 e C.I. 2, 55 (56), 5. A proposito di Paolo è interessante notare che già nella *const. Omnem 5* emerge una sia pur velata critica nell'affermare che il nuovo ordinamento degli studi del quarto anno avrebbe fornito agli studenti un tesoro di conoscenze ben più ampio di quello ricavabile dalla lettura di diciotto dei ventitré

ta l'impressione iniziale e cioè che pur se l'atteggiamento giustiniano predominante verso i classici è quello della *reverentia antiquitatis*, non si tratta certo di un atteggiamento univoco e indifferenziato. In esso infatti non manca, talvolta, la rampogna – anche severa – verso il passato, in un contesto in cui ancora agli occhi dei giuristi bizantini le figure dei classici non si presentavano certo come tra loro fungibili, ma mantenevano ben netta la loro individualità.

Dal predetto resoconto è evidente che nella legislazione giustiniana del Codice le citazioni nominative si presentano in maniera quantitativamente e qualitativamente diversa. Risultano infatti inserite citazioni di giuristi medioclassici e tardoclassici, mentre non è dato riscontrare neppure una citazione che riguardi giuristi dell'epoca repubblicana e quindi precedenti all'epoca classica. Se si eccettuano i tre riferimenti a questioni che si dicono riscontrate «*in libris Sabinianis*» – espressione questa che peraltro intende evidentemente richiamare le opere di commento al *ius civile*, in cui i compilatori avevano riscontrato i dubbi interpretativi³, sono appena due le citazioni che riguardano la più antica giurisprudenza classica ed entrambe riferite a Sabino o comunque alla sua scuola⁴.

Risultano essere appena tre le citazioni individuali riferibili a giuristi dell'epoca medioclassica (e più precisamente due di Giuliano e una di Celso) cui si devono aggiungere altri due casi nei quali si ricordano articolate discussioni giurisprudenziali che coinvolgevano però insieme giuristi medioclassici e tardoclassici⁵.

libri dei *responsa* del giurista severiano: ...*pro responsis autem prudentissimi Pauli, quae antea ex libris viginti tribus vix in decem et octo recitabant, per iam expositam confusionem eos legentes, decem libros singulares, qui ex quattuordecim quos antea enumeravimus supersunt, studeant lectitare: multo maioris et amplioris prudentiae ex eis thesaurum consecuturi, quam quem ex Paulianis habebant responsis...*

³ Mi riferisco a C.I. 3, 33, 17 (a. 531), C.I. 3, 34, 14 (a. 532) e C.I. 7, 32, 12 (a. 532), con cui appunto la cancelleria risolve questioni che si dicono riferite «*ex libris Sabinianis*» o incontrate «*in libris Sabinianis*» (sul punto v. *supra*, cap. III, §§ 8 e 12). Un caso analogo è quello di C.I. 6, 40, 3, 2 in cui figura l'espressione «*apud Ulpianum in libris Sabinianis*» (cfr. *supra*, *ibidem*, § 9).

⁴ Si tratta di C.I. 6, 26, 10 (a. 531) in cui si accoglie una opinione di Sabino in materia di sostituzione ereditaria di figli impuberi (cfr. *supra*, cap. III, § 3) e di C.I. 6, 29, 3 (a. 530), una *decisio* in cui la cancelleria accetta il punto di vista dei Sabiniani (cfr. *supra*, cap. II, § 5).

⁵ Mi riferisco a C.I. 4, 5, 10 (a. 530), in cui si contrappongono Ulpiano, Marcello e Celso da una parte e Giuliano e Papiniano dall'altra, e a C.I. 7, 7, 1 (a. 530) in cui

È invece alla giurisprudenza tardoclassica che fanno prevalentemente riferimento le citazioni presenti nella legislazione imperiale degli anni 529-534, in cui – come abbiamo avuto modo di vedere – è possibile il riscontro di numerose citazioni non solo di Papiniano⁶, ma anche di Paolo⁷ e soprattutto di Ulpiano⁸, nonché, in alcuni casi, sia pure più sporadici, di Marciano, Modestino e Tertulliano⁹.

si ricordano le opinioni di Paolo, Ulpiano, Marciano, Africano e Marcello (cfr. *supra*, cap. II, § 1). Come abbiamo avuto modo di vedere il solo Giuliano è ricordato in C.I. 2, 18 (19), 24 del 530 (cfr. *supra*, cap. II, § 5), mentre ad un'opinione di Celso si fa riferimento in C.I. 6, 22, 10 del 531 (cfr. *supra*, cap. III, § 1).

⁶ C.I. 6, 42, 30 del 529 (cfr. *supra*, cap. I, § 3); C.I. 7, 45, 14 del 529 (cfr. *supra*, cap. I, § 3); C.I. 6, 25, 7 (6) del 530 (cfr. *supra*, cap. I, § 4); C.I. 4, 5, 10 del 530 (cfr. *supra*, cap. II, § 1); C.I. 6, 2, 22 del 530 (cfr. *supra*, cap. II, § 5); C.I. 6, 25, 9 (8) del 531 (cfr. *supra*, cap. III, § 3); C.I. 6, 25, 10 (9) del 531 (cfr. *supra*, cap. III, § 3); C.I. 3, 28, 35 del 531 (cfr. *supra*, cap. III, § 5); C.I. 8, 47 (48), 10 del 531 (cfr. *supra*, cap. III, § 6).

⁷ Il giurista severiano viene ricordato in C.I. 3, 28, 33 del 529 (v. *supra*, cap. I, § 2), C.I. 6, 30, 19 del 529 (cfr. *supra*, cap. I, § 2), C.I. 2, 55 (56), 5 del 530 (v. *supra*, cap. I, § 4), C.I. 7, 7, 1 del 530 (cfr. *supra*, cap. II, § 1), C.I. 8, 47 (48), 10 del 531 (cfr. *supra*, cap. III, § 6) e C.I. 6, 58, 14 del 531 (v. *supra*, cap. III, § 10).

⁸ Le citazioni di Ulpiano sono quelle quantitativamente più significative nella legislazione giustiniana del Codice. Opinioni del giurista severiano sono citate, per accettarle, in C.I. 6, 49, 7 del 531 (cfr. *supra*, cap. III, § 7); C.I. 7, 2, 15 (a. 532) (cfr. *supra*, cap. III, § 11); C.I. 6, 51, 1 del 534 (v. *supra*, cap. III, § 13); un principio ricordato dal giurista è invece respinto in C.I. 6, 28, 4 del 531 (v. *supra*, cap. III, § 5). Lo stesso Ulpiano viene poi citato talvolta insieme ad altri giuristi: la sua opinione è infatti accolta, contro quella di Modestino, in C.I. 3, 28, 36 del 531 (v. *supra*, cap. III, § 5), mentre è rigettata in C.I. 4, 5, 10 del 530 (v. *supra*, cap. II, § 1) e in C.I. 6, 25, 10 (9) del 531 ove dopo aver ricordato le opinioni di Ulpiano e Papiniano, la cancelleria formula una nuova soluzione (cfr. *supra*, cap. III, § 3). Spesso Ulpiano è altresì citato come semplice fonte di notizie e informazioni: v. C.I. 5, 4, 25 del 530 (cfr. *supra*, cap. II, § 4); C.I. 5, 4, 28 del 532 (cfr. *supra*, cap. III, § 11); C.I. 6, 26, 11 del 531 (v. *supra*, cap. III, § 3); C.I. 6, 40, 3 del 531 (v. *supra*, cap. III, § 9); C.I. 6, 46, 7 (6) del 531 (v. *supra*, cap. III, § 4). Cfr. anche C.I. 6, 24, 14 del 531, in cui l'opinione dei *veteres*, tra i quali va annoverato lo stesso Ulpiano, viene rigettata come «*crassiores*» (v. *supra*, cap. III, § 2) e C.I. 7, 7, 1 del 530, in cui Ulpiano è ricordato insieme ad altri, ma solo per dire che nei suoi *libri fideicommissorum* poteva riscontrarsi la citazione di una costituzione di Settimio Severo e Antonino Caracalla (cfr. *supra*, cap. II, § 1) e il richiamo di Africano.

⁹ Come abbiamo visto un'opinione di Modestino è ricordata, in contrapposizione a quella di Ulpiano, per essere rigettata in C.I. 3, 28, 36 del 531 (v. *supra*, cap. III, § 5), così come avviene anche per un'opinione di Marciano menzionata in C.I. 8, 47 (48), 10 del 531 (cfr. *supra*, cap. III, § 6). Nella *decisio* tramandata in C.I. 7, 7, 1 le Istituzioni di Marciano sono citate per dire che in esse era stato possibile riscontrare una costituzione di Settimio Severo (v. *supra*, cap. II, § 1), mentre in C.I.

L'elevato numero delle citazioni della giurisprudenza tardoclassica si spiega certamente con la circostanza che le opere utilizzate per la compilazione del Digesto erano prevalentemente proprio quelle dei giuristi dell'epoca più recente e particolarmente di quella severiana. La maggior parte delle citazioni inserite nel Codice dipendono infatti dalla stretta relazione esistente tra lo spoglio delle opere classiche e il progetto di codificazione dei *iura*.

2. *I materiali classici e le quinquaginta decisiones*

Le citazioni dei giuristi compaiono per la prima volta – come abbiamo avuto modo di vedere – nel settembre del 529, ossia dopo la pubblicazione del primo Codice con il quale, come sostenuto dalla dottrina maggioritaria, Giustiniano pensava ad un'utilizzazione dei *iura* secondo un'ottica teodosiana, il che significa che con molta probabilità l'imperatore e i suoi collaboratori, all'epoca del vecchio Codice, non avevano ancora maturato l'idea di una raccolta delle opere dei *prudentes*¹⁰.

Il legislatore giustiniano sembra proseguire, quanto alle modalità di impiego dei testi della giurisprudenza classica, sulla falsariga metodologica precedente anche dopo la *constitutio* «*Summa rei publicae*». Infatti dall'avvento al trono di Giustiniano e fino al 22 luglio del 530 le citazioni nominative dei giureconsulti sono, come abbiamo visto, appena sei e tutte riferite a Papiniano o a Paolo. Tuttavia nei primi mesi del 530, probabilmente, era già maturata nella mente di Triboniano l'idea del progetto delle *quinquaginta decisiones*. Tale ipotesi sembra trovare conforto sia nella circostanza che in C.I. 2, 55 (56), 5 del marzo del 530, accanto al richiamo di Paolo, risulta inserito il ricordo di *alii prudentes certi*, sia nel fatto che pochi mesi

5, 70, 7 del 530 viene sostanzialmente accettata dalla cancelleria l'unica opinione di Tertulliano richiamata nella legislazione imperiale (v. *supra*, cap. II, § 2).

¹⁰ La suddetta ipotesi è stata formulata dalla dottrina maggioritaria, come ben noto, sulla base del famoso papiro di Ossirinco (*P. Oxy.* 1814), che ci ha tramandato un indice delle costituzioni comprese nei titoli 11-16 del I libro del *Codex*, indice dal quale si apprende che nel testo perduto figurava anche la legge delle citazioni. Sul punto, cfr., tra gli altri, per una sintesi BONINI, *Introduzione allo studio dell'età giustiniana*⁴, cit., p. 23 (= AA.VV., *Lineamenti di storia del diritto romano*², cit., p. 639).

più tardi viene emanata la *constitutio ad senatum* con cui si annuncia forse il progetto delle *quingenta decisiones*, che sappiamo prese le mosse a pochi giorni di distanza, e cioè, come è da ritenersi ragionevolmente certo, a partire dal 1° agosto del 530. Al proposito risulta interessante non solo il dato cronologico, ma altresì quello contenutistico. Infatti nella legge del luglio del 530 oltre alla citazione che vi è contenuta del *responsum* papiniano, riprodotto anche in D. 35, 1, 102¹¹, figurano espliciti richiami ai *volumina* del diritto antico con particolare riferimento alle *contentiones antiqui iuris* o alle *ambiguitates veteris iuris* che la cancelleria intendeva risolvere¹². Probabilmente almeno in origine, pur denotando un crescente disagio per lo stato di *iura*, il progetto delle *quingenta decisiones* era finalizzato alla risoluzione di singole questioni controverse – di origine classica e non – il cui superamento era percepito come necessario al fine pratico di velocizzare i tempi della giustizia, amputando (come si era detto nel *principium* della *const. Haec quae necessario*) la *prolixitas litium*¹³. Per poter raggiungere tale scopo, le *quingenta decisiones* presupponevano lo scandaglio dei materiali classici. In questo contesto va rilevato che dall'esame delle otto *decisiones*

¹¹ Cfr. C.I. 6, 25, 7 (6), 1: *...invenimus excelsi ingenii Papinianum in huiusmodi casu...* Sul punto v. quanto osservato *supra*, cap. I, § 4.

¹² Una delle frasi più significative dell'intera legge del luglio del 530 è quella conservata in C.I. 5, 4, 24: *...sic etenim et antiqui iuris contentio dirimetur et immensa librorum volumina ad mediocre modum tandem pervenient*. La sovrapposizione del dato cronologico e di quello contenutistico sembra dunque quasi necessariamente implicare un collegamento tra il progetto delle *quingenta decisiones* e il provvedimento del 22 luglio del 530, tanto più se si valuti la circostanza che l'essere tale provvedimento indirizzato *ad senatum* implicava certamente l'intenzione di conferire alle statuizioni che vi sono previste una rilevanza tutta particolare. Sull'argomento v. in specie LUCHETTI, *La const. ad senatum del 22 luglio del 530 e il progetto delle quingenta decisiones*, cit., pp. 17-42. Per quanto attiene all'ipotesi che la succitata costituzione facesse parte insieme a C.I. 2, 44 (45), 4, C.I. 3, 38, 12, C.I. 4, 65, 35, C.I. 6, 25, 7 (6), C.I. 8, 41 (42), 8, C.I. 11, 48 (47), 21 di un unico contesto normativo, cfr. quanto osservato *supra*, cap. I, § 4, nt. 41.

¹³ *Haec, quae necessario corrigenda esse multis retro principibus visa sunt, interea tamen nullus eorum hoc ad effectum ducere ausus est, in praesenti rebus donare communibus auxilio dei omnipotentis censuimus et prolixitatem litium amputare...* Cfr. anche § 3: *...ut ex eo tantummodo nostro felici nomine nuncupando codice recitatio constitutionum in omnibus ad citiores litium decisiones fiat iudiciis*. Sul punto cfr. per tutti BONINI, *Introduzione allo studio dell'età giustiniana*⁴, cit., p. 19 (= AA.VV., *Lineamenti di storia del diritto romano*², cit., p. 637).

ciò che balza agli occhi è innanzi tutto la circostanza che le citazioni in esse inserite non riguardino più solo i cinque *prudentes* della legge di Valentiniano III. Né pare potersi obiettare che le citazioni degli autori diversi da quelli previsti dall'*oratio* ravennate debbano essere considerate di seconda mano. Sotto questo profilo è da tener conto sia delle espressioni laudative che accompagnano il nome di Giuliano¹⁴ – e non più il nome di Papiniano –, sia del tenore letterale dei testi e in particolare di quanto espressamente dichiarato nella *decisio* del 1° settembre del 530¹⁵. L'impressione che si ha è che i compilatori avessero la materiale disponibilità e leggessero direttamente, anche se in ordine sparso, le opere degli autori richiamati anche se diversi da quelli indicati dalla legge delle citazioni. Le *decisiones* annullano dunque nei casi di cui si occupano l'operatività della legge di Valentiniano III in un quadro in cui il ricordo dei giureconsulti contemplati da questa legge assume solo un valore storico¹⁶.

Le *quinquaginta decisiones* sembrano dunque rappresentare lo spartiacque tra una prima fase in cui i giustinianeî agiscono ancora nell'ottica teodosiana nell'impiego degli *iura* e una seconda in cui la legge delle citazioni è ormai superata. La diversità qualitativa e quantitativa delle citazioni nominative inserite nelle *decisiones* rispetto a quelle inserite nelle *leges* emanate tra il settembre del 529 e il luglio del 530, sembra segnare una nuova era nello stile della cancelleria imperiale. A quanto pare per risolvere i problemi che si presentavano nella pratica, spesso a causa delle soluzioni discordanti date dai *veterntes*, la cancelleria procedeva ormai alla lettura delle opere degli autori classici indipendentemente dal fatto che si trattasse o meno di giuristi indicati dall'*oratio* ravennate.

È proprio nel corso di questo concreto dipanarsi di lavoro di scandaglio dei materiali classici che probabilmente è maturato compiutamente il progetto di redigere la raccolta di *iura*, dopo che ci si era forse resi conto, intrapresa quella via, che comunque le *decisiones* non sarebbero state da sole sufficienti a mettere ordine in una mate-

¹⁴ Così in C.I. 3, 33, 15, 1 (v. *supra*, cap. II, § 3) e in C.I. 4, 5, 10, 1 (v. *supra*, *ibidem*, § 1).

¹⁵ Mi riferisco alla citazione inserita in C.I. 5, 70, 7, 1a; sul punto cfr. quanto osservato *supra*, cap. II, §§ 2 e 6.

¹⁶ Sul punto v. quanto rilevato *supra* cap. II, §§ 1 e 6, a proposito di C.I. 4, 5, 10.

ria articolata e dispersa come quella dei *iura*, che pertanto richiedeva un'opera ben più radicale e complessa di razionalizzazione¹⁷.

3. *La massa sabiniana e la massa edittale: le constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*

La maggior parte delle citazioni nominative presenti nella legislazione del Codice risultano, come abbiamo avuto modo di vedere, inserite in *leges* che devono essere annoverate, tenuto conto della data e del contenuto, tra le *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*. A tal proposito già Longo ha dimostrato con sufficiente attendibilità che alcune costituzioni di Giustiniano, a partire dal febbraio del 531, erano state provocate dall'escerpimento dei primi libri dei grandi commentari da parte dei commissari. Tuttavia lo studioso aveva messo in guardia contro il pericolo di applicare in maniera meccanica il principio da lui intuito¹⁸. Successivamente Pietro de Francisci ha continuato su quella via arrendendosi però all'esame del gruppo di costituzioni emanate nella data «xv k. Nov.» del 531¹⁹. L'indagine condotta sulle costituzioni successive, pur se si tratta di un'indagine limitata alle sole *leges* in cui vengono richiamati i singoli giureconsulti,

¹⁷ La questione del rapporto tra *decisiones* e Digesto è stata riproposta, nella letteratura più recente, con alcune diversità di opinioni da RUSSO RUGGERI, *Studi sulle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 112 e ss.; VARVARO, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 503 e ss., e LUCHETTI, *La const. ad senatum del 22 luglio del 530 e il progetto delle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 39 e ss. (un accenno era già stato fatto dall'autore in *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., p. 20, nt. 18).

¹⁸ Cfr. il lavoro di LONGO, *Contributo alla storia della formazione delle Pandette*, cit., pp. 132-160 (per la citazione p. 160): «dal proseguire... la ricerca sulle costituzioni successive di Giustiniano mi ha distolto un dubbio fondamentale. Nel primo gruppo di esse non ha importanza la questione se la raccolta di leggi portanti la stessa data rappresenti tutto ciò che i compilatori avevano preparato in materia legislativa; ed è già una fortuna che l'influenza delle tre masse vi si lasci scorgere. Ma nei gruppi successivi di costituzioni la data rappresenta essa egualmente il solo lavoro compiuto effettivamente nell'intervallo, e tutto il lavoro compiuto? Quanto di già preparato prima, è stato emanato dopo, e quanto è stato ancora sospeso per ragioni che a noi non è dato comprendere?».

¹⁹ Cfr. DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR* 22, cit., pp. 155-207; *BIDR* 23, cit., pp. 5-51 e pp. 186-295 e *BIDR* 27, cit., pp. 5-54.

sembra confermare, pur con qualche diversità, i risultati cui era giunto lo studioso, ossia che i compilatori procedevano in ordine nello spoglio dei grandi commentari. In particolare le citazioni in forma nominativa dei giuristi presenti nelle *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes* sembrano testimoniare, da un lato, che il lavoro di spoglio delle opere giurisprudenziali dei classici non procedesse in egual modo in tutte e tre le sottocommissioni e, dall'altro, che la cancelleria decidesse spesso autonomamente di richiamare il sapere dell'*antiquitas*²⁰.

Prima di proseguire inserisco un prospetto analitico in cui ho raccolto i risultati intorno alle costituzioni emanate nel periodo che va dal febbraio del 531 all'ottobre del 532²¹:

<i>Constitutio</i>	Data	Citazione nominativa	Provenienza
C.I. 6, 22, 10	20 febbraio 531	Celso	1 libro <i>ad Sabinum</i> di Ulpiano
C.I. 6, 24, 14	29 luglio 531	Ulpiano	5 libro <i>ad Sabinum</i> di Ulpiano
C.I. 6, 25, 9 (8)	29 luglio 531	Papiniano	4 libro <i>ad Sabinum</i> di Ulpiano
C.I. 6, 25, 10 (9)	29 luglio 531	Ulpiano e Papiniano	6 libro <i>ad Sabinum</i> di Ulpiano
C.I. 6, 26, 10	29 luglio 531	Sabino	6 libro <i>ad Sabinum</i> di Ulpiano

²⁰ Fenomeno che non stupisce se si considera la circostanza che Triboniano presiedeva la commissione del Digesto ed era anche *quaestor sacri palatii*. Si potrebbe parlare, a mio avviso, di un 'dialogo di Triboniano con sé stesso'.

²¹ Per le costituzioni prive di *subscriptio*, per le quali abbiamo cercato di ricostruire la data, è stato inserito il punto interrogativo (si tratta di C.I. 5, 4, 28, C.I. 7, 2, 15, C.I. 7, 32, 12). Lo stesso ho fatto per C.I. 3, 34, 14, tramandata con la data, ma per la quale è stata seguita la proposta di KRÜGER, *Editio maior*, p. 284, nt. 1 (cfr. già *Über die Zeitfolge der im Justinianischen Codex enthaltenen Constitutionen Justinians*, cit., p. 180) di farla risalire al 532.

C.I. 6, 26, 11	29 luglio 531	Ulpiano	7 libro <i>ad Sabinum</i> di Ulpiano
C.I. 6, 46, 7 (6)	29 luglio 531	Ulpiano	libro compreso tra i libri 6-9 <i>ad Sabinum</i> di Ulpiano
C.I. 3, 28, 35	1 settembre 531	Papiniano	14 libro <i>ad edictum</i> di Ulpiano
C.I. 3, 28, 36	1 settembre 531	Ulpiano e Modestino	14 libro <i>ad edictum</i> di Ulpiano
C.I. 6, 28, 4	1 settembre 531	Ulpiano	14 libro <i>ad edictum</i> di Ulpiano
C.I. 8, 47 (48), 10	1 settembre 531	Papiniano, Paolo e Marciano	16 libro <i>ad edictum</i> di Paolo
C.I. 6, 49, 7	18 ottobre 531	Ulpiano	16 libro <i>ad edictum</i> di Ulpiano
C.I. 3, 33, 17	18 ottobre 531	<i>libri Sabiniani</i>	17 libro <i>ad Sabinum</i> di Ulpiano
C.I. 6, 40, 3	1 novembre 531	Ulpiano	18 libro <i>ad Sabinum</i> di Ulpiano
C.I. 6, 58, 14	27 novembre 531	Paolo	13 libro <i>ad Sabinum</i> di Ulpiano
C.I. 5, 4, 28	18 ottobre 532 ?	Ulpiano	26 libro <i>ad Sabinum</i> di Ulpiano
C.I. 7, 2, 15	18 ottobre 532 ?	Ulpiano	60 libro <i>ad edictum</i> di Ulpiano
C.I. 3, 34, 14	18 ottobre 532 ?	<i>libri Sabiniani</i>	33 libro <i>ad Sabinum</i> di Pomponio o 15 <i>ad Sabinum</i> di Paolo
C.I. 7, 32, 12	18 ottobre 532 ?	<i>libri Sabiniani</i>	32 libro <i>ad Sabinum</i> di Pomponio o 15 <i>ad Sabinum</i> di Paolo

Se si presta attenzione alla colonna relativa alla ‘provenienza’ si vede che in essa compaiono solamente due opere: i *libri ad Sabinum* e i commentari *ad edictum*. In particolare nella maggior parte dei casi l’intervento legislativo sembra essere stato sollecitato da questioni rinvenute nel commentario *ad Sabinum* di Ulpiano, più raramente nei libri *ad Sabinum* di Pomponio o di Paolo e sempre in contesti in cui si affrontano argomenti non trattati dai *libri* ulpiane. Ciò vale anche per le *leges* provocate dalla lettura dei grandi commentari *ad edictum*. Anche in questo caso infatti è Ulpiano il giurista che occupa il centro della scena, con qualche eccezione a favore di Paolo. Non compare invece nessun provvedimento legislativo che si lasci ricondurre ad opere della *pars Papiniana* e ciò anche quando le citazioni nominative inserite nei testi riguardino Papiniano o altri giuristi i cui scritti rientrano nella massa papiniana. L’impressione che si ha è che i commissari procedessero in ordine solamente nella lettura dei libri *ad Sabinum* e dei commentari *ad edictum* e che, quando incontravano argomenti che sapevano essere stati affrontati *ex professo* in altre opere, effettuassero il controllo²². Se tali opere appartenevano a masse diverse, allora probabilmente i commissari chiedevano l’intervento della sottocommissione preposta allo spoglio di quella *pars*. Il supplemento di indagine ipotizzato spiegherebbe ad esempio anche il leggero ritardo con cui viene emanata una costituzione rispetto ad altri provvedimenti sollecitati dalla lettura di libri successivi della stessa opera²³.

²² A proposito di C.I. 6, 46, 7 (6) abbiamo ipotizzato un controllo da parte dei commissari sui *libri disputationum* di Ulpiano, controllo sollecitato da una problematica incontrata nel commentario *ad Sabinum* dello stesso autore; un supplemento di indagine sui *libri fideicommissorum* ulpiane si può ipotizzare nel caso di C.I. 6, 49, 7, ove tuttavia *l’occasio legis* era stata offerta dal commentario *ad edictum* di Ulpiano; lo stesso si può dire per C.I. 6, 58, 14, costituzione sollecitata probabilmente dalle problematiche rinvenute nel commentario a Sabino di Ulpiano, problematiche che avevano costretto i commissari a svolgere una ulteriore indagine sul *liber singularis ad senatus consultum Tertullianum* di Paolo che viene citato nel testo. Nel caso di C.I. 3, 28, 36 – costituzione provocata dal quattordicesimo libro *ad edictum* di Ulpiano – è invece probabile che la citazione di Modestino fosse stata inserita assieme a quella di Ulpiano in quanto i due giuristi avevano avuto una disputa circa una questione di natura giudiziale, disputa che molto verosimilmente i commissari avevano ricordato nel leggere i libri editi di Ulpiano (sul punto v. *supra*, cap. III, § 5).

²³ È questo il caso di C.I. 6, 58, 14 (cfr. *supra*, cap. III, § 10).

In questo quadro è opportuno precisare che la mancata corrispondenza tra i nomi dei *prudentes* citati e gli autori delle opere da cui derivano le problematiche risolte dalla cancelleria con l'emanazione della *lex*, non vuol affatto significare che le citazioni nominative si debbano considerare di 'seconda mano'²⁴. L'unica citazione, a mio avviso, che appare suscettibile di essere definita con una certa verosimiglianza di seconda mano è quella di Sabino (C.I. 6, 26, 10), poiché è, allo stato delle nostre conoscenze, altamente improbabile che i compilatori disponessero di una copia dei *libri tres iuris civilis*²⁵. Negli altri casi il fatto che le enumerazioni delle opinioni dei *prudentes* richiamati siano state trovate nel testo classico che offre lo spunto per la riforma, anziché essere il frutto di ricerche dirette sugli scritti dei diversi giureconsulti, non esclude, come ho già detto, un controllo diretto sull'opera originale. A volte i richiami nominativi dei giuristi sembrano poter essere ricondotti addirittura all'iniziativa dello stesso legislatore. In alcuni casi infatti i commissari rimettono una controversa questione rinvenuta nelle opere classiche alla cancelleria perché la risolva autoritativamente e questa, nel procedere a regolare la fattispecie, dialoga con il sapere dei *prudentes* inserendo nel testo del provvedimento il nome del giurista cui fa ricorso per giustificare la riforma introdotta o per conferire alla stessa un maggior prestigio²⁶. Si tratta tuttavia di casi isolati. Di norma i commissari incontrano la *quaestio* nei grandi commentari e, consa-

²⁴ Si consideri la citazione di Celso inserita in C.I. 6, 22, 10, costituzione provocata molto probabilmente dalla lettura del primo libro *ad Sabinum* di Ulpiano; la citazione di Papiniano che si riscontra in C.I. 6, 25, 10 (9), provvedimento questo che sembra sollecitato da problematiche scaturite dalla lettura del sesto libro *ad Sabinum* di Ulpiano. Leggermente diverso è il caso di C.I. 6, 25, 9 (8), sollecitata probabilmente dal quarto libro *ad Sabinum* di Ulpiano, in cui però risulta inserita una citazione riguardante Papiniano; sul punto v. *infra*, nt. 26.

²⁵ A tal proposito v. quanto osservato *supra*, cap. III, § 3.

²⁶ È questo il caso di C.I. 6, 25, 9 (8) in cui la cancelleria inserisce forse autonomamente la citazione di Papiniano (cfr. *supra*, cap. III, § 3); non è escluso che il legislatore richiamasse di sua iniziativa il parere del giurista severiano altresì in C.I. 3, 28, 35 (v. *supra*, *ibidem*, § 5). È probabile che la cancelleria avesse inserito autonomamente anche la citazione di Marciano che compare in C.I. 8, 47 (48), 10; non si può dire lo stesso per la citazione di Papiniano che risulta inserita nella suddetta costituzione, citazione che molto probabilmente era stata rinvenuta nei *libri ad edictum* di Paolo, libri che avevano offerto lo spunto per un controllo diretto sull'opera originale papiniana (sul punto cfr. *supra*, *ibidem*, § 6).

pevoli del fatto che essa può essere risolta ricorrendo alle opere di altri autori anche di masse diverse, rimettono tutto alla cancelleria – trasmettendo forse una relazione in cui si dava conto della complessità della questione risolta in modo diverso dai classici o forse consegnando direttamente le diverse opere giurisprudenziali – che dunque menziona nel testo legislativo i *veteres auctores* che hanno fornito la *ratio decidendi* o semplicemente ricorda che sull'argomento esistevano, *apud antiquos conditores*, delle diversità di opinioni. Probabilmente l'intervento risolutivo dell'imperatore veniva richiesto quando i commissari della stessa sottocommissione – aggiungerei quella della massa sabiniana o edittale – non erano d'accordo circa la soluzione da adottare. Sembra infatti che il provvedimento normativo intervenisse non tanto nel caso di disaccordo tra diverse sottocommissioni, ma piuttosto nel caso di diversità di vedute tra commissari preposti allo spoglio di opere appartenenti alla stessa massa.

In questo contesto non deve stupire il fatto che costituzioni aventi la stessa data provengano da punti diversi della stessa opera²⁷. Sappiamo infatti che la cancelleria giustiniana era solita emanare le costituzioni per gruppi, dunque è verosimile che nello stesso giorno fossero emessi testi legislativi diretti a risolvere problematiche sollevate in tempi diversi dagli escerptori.

Va infine sottolineato un ulteriore dato, a mio avviso, di grande rilevanza. Dalle ricerche effettuate emerge che nell'ottobre del 532 i commissari avevano probabilmente terminato lo spoglio del commentario *ad Sabinum* di Ulpiano ed erano forse giunti alla lettura del sessantesimo libro del commentario all'editto dello stesso autore²⁸. Ora, se si riflette sul fatto che queste opere, secondo le schede di Bluhme, sono poste all'inizio, rispettivamente, della *pars Sabiniana* e della *pars edictalis* e a questa circostanza si aggiungono i tempi

²⁷ Mi riferisco a C.I. 6, 24, 14, C. I. 6, 25, 9 (8)-10 (9), C.I. 6, 26, 10-11, C.I. 6, 46, 7 (6); si tratta di costituzioni che pur essendo state emanate, molto probabilmente, nello stesso giorno, sembrano essere state provocate da libri diversi del commentario *ad Sabinum* di Ulpiano. Lo stesso si può dire per C.I. 3, 28, 35-36, C.I. 6, 28, 4 e C.I. 8, 47 (48), 10, emanate tutte e quattro il 1° settembre del 531, ma provocate dal commento all'editto di autori diversi, ossia le prime tre dal quattordicesimo libro *ad edictum* di Ulpiano e la quarta dal sedicesimo libro del commentario all'editto di Paolo.

²⁸ Cfr. *supra*, cap. III, § 12.

tecniche necessari per la trascrizione del Digesto e per la sua pubblicazione, sorge il dubbio che forse i compilatori non abbiano letto in maniera sistematica e completa tutte le opere appartenenti alle tre masse. Credo che si possa ipotizzare, sia pure con grande cautela, che Triboniano e i suoi collaboratori avessero effettuato lo spoglio metodico solo per i grandi commentari che si atteggiavano a veri e propri 'testi guida' da cui prendere lo spunto per andare ad approfondire delle singole questioni in opere 'specializzate'.

INDICE DELLE FONTI

N.B. I numeri in corsivo si riferiscono alle pagine in cui ha luogo la trattazione *ex professo* della fonte; in tali casi non si indicano separatamente le singole citazioni della fonte interessata

<p style="text-align: center;">FONTI GIURIDICHE</p> <p style="text-align: center;">FONTI PREGIUSTINIANEE</p> <p><i>Codex Theodosianus</i></p> <p>1, 4, 1 8, nt. 2 1, 4, 2 8, nt. 2 1, 4, 3 8, nt. 2; 48, nt. 13; 49; 104 2, 19, 2 116, nt. 69 4, 4, 3 8, nt. 2 9, 43, 1 pr. 8, nt. 2</p> <p><i>Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum</i></p> <p>10, 2, 6 75, nt. 69</p> <p><i>Epitome Ulpiani</i></p> <p>20, 13 87, nt. 2 22, 22 127, nt. 92</p> <p><i>Fragmenta Vaticana</i></p> <p>57 140, nt. 111</p> <p><i>Gai Institutiones</i></p> <p>2, 125-126 125, nt. 86</p>	<p>3, 203 3, 205 3, 206</p>	<p>71, nt. 59 74, nt. 66 74 e nt. 66</p> <p><i>Pauli Sententiae</i></p> <p>2, 31, 4 71, nt. 59 3, 4b, 10 127, nt. 92 4, 5, 8 115, nt. 66 4, 9, 3-4 82, nt. 84</p> <p style="text-align: center;">FONTI GIUSTINIANEE</p> <p><i>Codex</i></p> <p><i>const. Haec quae necessario</i></p> <p> 35, nt. 39 pr. 179 e nt. 13 § 3 179, nt. 13</p> <p><i>const. Summa rei publicae</i></p> <p> 178</p> <p><i>const. Cordi</i></p> <p> 35, nt. 39 § 3 8, nt. 3</p> <p>1, 2, 22 20, nt. 13 1, 3, 46 66, nt. 52 1, 3, 47 91, nt. 11 1, 3, 49 112, nt. 57; 114, nt.</p>
---	---	---

	64	3, 28, 25	18 e nt. 8
1, 3, 50 (51)	114, nt. 64	3, 28, 30	117, nt. 70; 118, nt. 72; 126, nt. 90
1, 3, 51 (52)	142, nt. 116		
1, 3, 52 (53)	146, nt. 121	3, 28, 30 pr.	117, nt. 69
1, 4, 24	15, nt. 4	3, 28, 31	119, nt. 74
1, 4, 27	55, nt. 27	3, 28, 32	117, nt. 69
1, 4, 28	60, nt. 35; 63, nt. 42	3, 28, 33	14-19; 177, nt. 7
1, 4, 30	91, nt. 11	3, 28, 33, 1	39; 40
1, 4, 31	136, nt. 103	3, 28, 34	91, nt. 11; 121-122, nt. 81
1, 5, 21	91, nt. 11		
1, 5, 22	112, nt. 57; 114, nt. 64	3, 28, 34, 1	117, nt. 69
	21, nt. 13	3, 28, 35	111; 112, nt. 58; 113-117; 122; 126; 177, nt. 6; 183; 186, nt. 27
1, 14, 8 pr.	20, nt. 13; 26, nt. 23		
1, 14, 12	63, nt. 44		
1, 14, 12, 1	63, nt. 44	3, 28, 35, 1	99, nt. 27
1, 14, 12, 5	35, nt. 39	3, 28, 35, 1-2	112, nt. 59
1, 17, 2	60, nt. 39	3, 28, 36	111; 112, nt. 59; 114, ntt. 63 e 64; 117-122; 177, ntt. 8 e 9; 183; 184, nt. 22
1, 17, 2, 18	153, nt. 137		
1, 44, 2	16, nt. 4		
1, 51, 14	114, nt. 64		
2, 3, 29	142, nt. 116	3, 28, 36, 1	117, nt. 69
2, 3, 30	67-70; 84; 177, nt. 5	3, 28, 37	111-112, nt. 57; 114, nt. 64
2, 18 (19), 24	13, nt. 1; 83, nt. 88;		
2, 18 (19), 24, 1	84, nt. 89	3, 31, 12	114, nt. 64
	142, nt. 116	3, 33, 12	39, nt. 1
2, 40, 5	114, nt. 64	3, 33, 13	60, nt. 35
2, 41, 2	36, nt. 41; 179, nt. 12	3, 33, 14	60, nt. 35
2, 44 (45), 4	114, nt. 64	3, 33, 15	13, nt. 1; 59-61; 84; 140 e nt. 112
	20, nt. 13; 31, nt. 32	3, 33, 15, 1	84, nt. 89; 85; 180, nt. 14
2, 52, 7	27-34; 40; 175, nt. 2;		
2, 55 (56), 4	177, nt. 7; 178	3, 33, 16	60, nt. 35
2, 55 (56), 5	13 e nt. 1; 40	3, 33, 17	136, nt. 103; 139-140; 164, nt. 166; 165, nt. 169; 168, nt. 176; 176, nt. 3; 183
2, 55 (56), 5, 3	114, nt. 64		
2, 55 (56), 6	15-16, nt. 4		
2, 58 (59), 1	31, nt. 31; 89, nt. 5		
2, 58 (59), 2	32, nt. 33	3, 34, 13	136, nt. 103; 163, nt. 163
3, 1, 13	32, nt. 33		
3, 1, 14	89, nt. 5	3, 34, 14	153, nt. 139; 162-165; 168-169; 176, nt. 3; 182, nt. 21; 183
3, 1, 15	89, nt. 5		
3, 1, 16	142, nt. 116		
3, 1, 17	142, nt. 116		
3, 1, 18	32, nt. 33	3, 38, 12	36, nt. 41; 179, nt. 12
3, 2, 3	153, nt. 139; 155, nt. 140	3, 42, 5	7, nt. 2
3, 10, 3			

4, 1, 11	16, nt. 4		8; 182, nt. 21; 183
4, 1, 12	20, nt. 13	5, 9, 10	16, nt. 4; 17, nt. 7
4, 1, 13	136, nt. 103	5, 11, 7	143, nt. 116
4, 5, 10	41-49; 84 e nt. 90;	5, 12, 30	20, nt. 13
	176, nt. 5; 177, ntt. 6	5, 13, 1	143, nt. 116
	e 8; 180, nt. 16	5, 14, 11	143, nt. 116
4, 5, 10, 1	61, nt. 39; 70; 84 e	5, 16, 27	146, nt. 121
	nt. 89; 85; 180, nt.	5, 20, 2	36, nt. 41; 41, nt. 1
	14	5, 27, 8	39, nt. 48
4, 5, 10, 1-2	13, nt. 1; 85	5, 27, 10	16, nt. 4
4, 5, 11	60, nt. 35	5, 27, 12	143, nt. 116
4, 11, 1	136, nt. 103	5, 30, 5	20, nt. 13
4, 18, 2	89, nt. 5	5, 37, 25	89, nt. 5
4, 18, 3	143, nt. 116	5, 37, 27	143, nt. 116
4, 20, 20	32, nt. 33; 33, nt. 35	5, 37, 28	153, nt. 139; 155, nt.
4, 21, 19	16, nt. 4		140
4, 21, 21	89, nt. 5	5, 51, 13	41, nt. 1
4, 27, 2 (3)	66, nt. 52	5, 59, 4	89, nt. 5
4, 27, 3 (2)	143, nt. 116	5, 59, 5	114, nt. 64
4, 28, 7	41, nt. 1	5, 70, 6	55, nt. 27; 56, nt. 28;
4, 29, 23	41, nt. 1		66, nt. 51
4, 29, 24	41, nt. 1	5, 70, 7	54-58, 84; 177-178,
4, 29, 25	143, nt. 116		nt. 9
4, 29, 25, 1	63, nt. 44	5, 70, 7, 1a	13, nt. 1; 84, nt. 89;
4, 31, 14	143, nt. 116		180, nt. 15
4, 32, 28	16, nt. 4; 33, nt. 34	5, 71, 14	8, nt. 2
4, 34, 11	20, nt. 13	6, 2, 20	41, nt. 1
4, 38, 15	41, nt. 1	6, 2, 21	60, nt. 35
4, 39, 9	63, nt. 44; 143, nt.	6, 2, 22	66 e nt. 52; 70-79;
	116		177, nt. 6
4, 51, 7	136, nt. 103	6, 2, 22, 3a	13, nt. 1
4, 54, 9	136, nt. 103	6, 4, 3	20, nt. 13
4, 65, 4, 1	7, nt. 2	6, 9, 9	58, nt. 32
4, 65, 35	36-37, nt. 41; 179,	6, 20, 21	154, nt. 139
	nt. 12	6, 21, 18	154, nt. 139; 162, nt.
4, 66, 2	16, nt. 4		161
5, 3, 20, 2	63, nt. 44	6, 22, 9	55, nt. 27; 56, nt. 28
5, 4, 6	7, nt. 2	6, 22, 10	87-91; 98, nt. 26;
5, 4, 24	36-37, nt. 41; 179,		177, nt. 5; 182; 185,
	nt. 12		nt. 24
5, 4, 25	60, nt. 35; 62-66;	6, 22, 11	91, nt. 11
	177, nt. 8	6, 22, 12	112, nt. 57; 114, nt.
5, 4, 25, 2	13, nt. 1		64
5, 4, 26	60, nt. 35	6, 23, 15	58, nt. 32
5, 4, 28	151-156; 161; 164,	6, 23, 28	32, nt. 33
	nt. 166; 165; 177, nt.	6, 23, 29	89, nt. 5

6, 23, 30	136, nt. 103	6, 37, 21	58, nt. 32
6, 24, 14	91-94; 98; 164, nt. 166; 173, nt. 186; 177, nt. 8; 182; 186, nt. 27	6, 37, 23 6, 37, 25 6, 37, 26 6, 38, 3	66, nt. 52 143, nt. 116 154, nt. 139 89, nt. 5
6, 25, 7 (6)	27; 34-39; 177, nt. 6; 179, nt. 12	6, 38, 5 6, 40, 2	154, nt. 139 89, nt. 5; 141 e nt. 115; 143
6, 25, 7 (6), 1	13 e nt. 1; 179, nt. 11		
6, 25, 8 (7)	91, nt. 11	6, 40, 2 pr.	141, nt. 114
6, 25, 9 (8)	91, nt. 11; 92; 94-99; 174, nt. 188; 177, nt. 6; 182; 185, ntt. 24 e 26; 186, nt. 27	6, 40, 2, 2 6, 40, 3	141, nt. 114 <i>141-144</i> ; 149, nt. 130; 153, nt. 136; 164, nt. 166; 173, nt. 186; 177, nt. 8; 183
6, 25, 10 (9)	91, nt. 11; 92; 94; 98; 99-102; 105 e nt. 42; 177, ntt. 6 e 8; 182; 185, nt. 24	6, 40, 3, 2 6, 42, 16 pr.	176, nt. 4 7, nt. 2
6, 26, 10	81, nt. 81; 92 e nt. 11; 94; 98; <i>102-105</i> ; 176, nt. 4; 182; 185; 186, nt. 27	6, 42, 30 6, 42, 32	20, nt. 13; 23-25; 38, nt. 47; 39; 177, nt. 6 146, nt. 121
6, 26, 11	92 e nt. 11; 94; 98; <i>105-108</i> ; 164, nt. 166; 177, nt. 8; 183	6, 43, 1 6, 43, 2 6, 43, 3 6, 46, 7 (6)	16, nt. 4 89, nt. 5 114, nt. 64 92 e nt. 11; <i>108-111</i> ; 164, nt. 166; 177, nt. 8; 183; 184, nt. 22
6, 27, 4	66, nt. 52		
6, 27, 6	92, nt. 11		
6, 28, 3	89, nt. 5		
6, 28, 4	111; 114, nt. 64; 116; <i>122-128</i> ; 150, nt. 131; 173, nt. 186; 177, nt. 8; 183; 186, nt. 27	6, 49, 7	<i>134-138</i> ; 154, nt. 139; 161, nt. 159; 165, nt. 169; 177, nt. 8; 183; 184, nt. 22
6, 28, 4, 3	112, nt. 59; 174, nt. 187	6, 49, 8 6, 50, 18	154, nt. 139 143, nt. 116
6, 29, 3	66 e nt. 52; <i>80-82</i> ; 176, nt. 4	6, 50, 19	154, nt. 139; 155 e nt. 141
6, 29, 3, 1	13, nt. 1	6, 51, 1	35, nt. 39; <i>169-171</i> ; 177, nt. 8
6, 29, 4	66, nt. 52		
6, 30, 19	<i>19-22</i> ; 39; 177, nt. 7	6, 55, 12	150, nt. 131
6, 30, 22	35, nt. 39; 121, nt. 80; 146, nt. 121	6, 57, 5 6, 57, 6	16, nt. 4 60, nt. 35
6, 31, 6	154, nt. 139; 161, nt. 161	6, 58, 12 6, 58, 13	136, nt. 103 143, nt. 116
6, 35, 12	154, nt. 139; 161, nt. 161	6, 58, 14	<i>145-150</i> ; 173, nt. 186; 177, nt. 8; 183; 184, ntt. 22 e 23
6, 37, 12 pr.	7, nt. 2		

6, 58, 15	150, nt. 131	8, 14 (15), 7	154, nt. 139
6, 58, 15, 1	148, nt. 128	8, 17, 12	146, nt. 121
6, 59, 11	16, nt. 4	8, 21 (22), 2	41, nt. 1
6, 61, 5	8, nt. 2	8, 25 (26), 11	154, nt. 139
6, 61, 6	20, nt. 13	8, 36 (37), 5 (4)	154, nt. 139
6, 61, 8	92, nt. 11	8, 37 (38), 4	7, nt. 2
7, 2, 15	151; 156-161; 177, nt. 8; 182, nt. 21; 183	8, 37 (38), 13	41, nt. 1
7, 4, 14	60, nt. 35	8, 37 (38), 14	143, nt. 116
7, 4, 15	60, nt. 35	8, 37 (38), 15	154, nt. 139
7, 4, 16	66, nt. 52	8, 39 (40), 4 (5)	115, nt. 64
7, 4, 17	66, nt. 52	8, 40 (41), 26	32, nt. 33
7, 6, 1	143, nt. 116	8, 40 (41), 27	89, nt. 5
7, 7, 1	41, nt. 1; 49-53; 176, nt. 5; 177, ntt. 7-9	8, 40 (41), 28	136, nt. 103
7, 7, 1, 1	41; 84	8, 41 (42), 8	36-37, nt. 41; 179, nt. 12
7, 7, 1, 1a	13, nt. 1; 64, nt. 44; 83, ntt. 86 e 88; 84	8, 41 (42), 8 pr.	63, nt. 44
7, 7, 2	66, nt. 52	8, 47 (48), 10	99, nt. 27; 115, nt. 64; 128-134; 177, ntt. 6-7 e 9; 183; 185, nt. 26; 186, nt. 27
7, 15, 2	41, nt. 1	8, 47 (48), 11	131-132, nt. 96; 143, nt. 116
7, 15, 3	143, nt. 116	8, 48 (49), 6	143, nt. 116
7, 17, 2	114, nt. 64	8, 51 (52), 3	15, nt. 4
7, 31, 1	136, nt. 103	8, 53 (54), 34	20, nt. 13
7, 32, 3	7, nt. 2	8, 53 (54), 36	136, nt. 103
7, 32, 12	162; 165-169; 176, nt. 3; 182, nt. 21; 183	8, 56 (57), 4	115, nt. 64
7, 33, 12	146, nt. 121	8, 58 (59), 2	150, nt. 131
7, 37, 3	146, nt. 121	9, 8, 6	8, nt. 2
7, 40, 2	136, nt. 103	9, 9, 35 (36)	154, nt. 139
7, 40, 3	136, nt. 103	9, 22, 11	8, nt. 2
7, 45, 13	20, nt. 13; 26, nt. 23	9, 41, 11, 1	8, nt. 2
7, 45, 14	20, nt. 13; 23; 26-27; 39; 177, nt. 6	9, 41, 18	16, nt. 4
7, 45, 16	66, nt. 52	9, 51, 13 pr.	8, nt. 2
7, 47, 1	115, nt. 64	11, 48 (47), 20	20, nt. 13
7, 54, 3	146, nt. 121	11, 48 (47), 21	36-37, nt. 41; 179, nt. 12
7, 62, 39	32, nt. 33	11, 48 (47), 22	89, nt. 5
7, 71, 2	89, nt. 5	12, 33, 7	115, nt. 64
7, 72, 10	154, nt. 139; 162, nt. 161		
8, 4, 11	154, nt. 139		
8, 10, 13	115, nt. 64		
8, 10, 14 (11, 1)	154, nt. 139; 162, nt. 161		
		<i>Digesta</i>	
		<i>const. Deo auctore</i>	
		§ 6	8, nt. 3
		§ 10	8, nt. 3

<i>const. Omnem</i>		25, 1, 7, 1	63, nt. 44
§ 1	8, nt. 3	25, 2, 1	79, nt. 77
§ 4	8, nt. 3	25, 2, 3, 2	79, nt. 77
§ 5	8, nt. 3; 175-176, nt. 2	28, 1, 6, 1	87, nt. 2
		28, 1, 7	87, nt. 2
		28, 1, 16 pr.	87, nt. 2
<i>const. Tanta-Δέδωκεν</i>		28, 2, 18	19, nt. 11
	35, nt. 39	28, 5, 3, 2	56 e nt. 29
pr.	112-113	28, 5, 13 pr.	107 e nt. 50
§ 18	8, nt. 3	28, 5, 47 (46)	18, nt. 9
		28, 6, 2, 6	101; 102, nt. 33
1, 5	82, nt. 84	28, 6, 4 pr.	100 e nt. 30
1, 5, 14	82, nt. 84	28, 6, 8 pr.-1	107, nt. 49
3, 5, 7, 3	68; 83, nt. 88	28, 6, 9	107, nt. 49
4, 3, 31	166, nt. 174; 167	28, 6, 10 pr.	107, nt. 49
4, 4, 3, 8	18, nt. 9	28, 6, 32	107, nt. 48
4, 8	33	28, 6, 42	103, nt. 39
4, 8, 4	33, nt. 37	29, 2, 30, 6	56 e nt. 29
4, 8, 8	33, nt. 37	29, 4, 27, 1	18, nt. 9
4, 8, 10	33, nt. 37	29, 7, 8, 3	87, nt. 2
4, 8, 12	34, nt. 37	31, 19	46-47
4, 8, 13, 1	29-30, nt. 29	31, 77, 33	96 e nt. 22
4, 8, 16, 1	34, nt. 37	35, 1	144
4, 8, 19	34, nt. 37	35, 1, 7	144, nt. 118
4, 8, 22	34, nt. 37	35, 1, 56	109, nt. 53
4, 8, 24	34, nt. 37	35, 1, 92	18, nt. 9
4, 8, 26	34, nt. 37	35, 1, 102	23-25; 38
4, 8, 28	34, nt. 37	35, 1, 112 pr.	109
4, 8, 32	34, nt. 37	35, 1, 112, 2	109, nt. 54
4, 8, 34	34, nt. 37	36, 1, 1, 8	137 e nt. 106
5, 2	120; 133	36, 1, 40 (39)	138
5, 2, 8, 10	120 e nt. 77; 122	36, 1, 41 (40), 1	136, nt. 105
5, 2, 9	121	36, 1, 67 (65), 3	137, nt. 106
5, 2, 11	121	37, 4, 16	18; 19, ntt. 10 e 11
5, 2, 12	121	37, 14, 17	8, nt. 2
5, 2, 30 pr.	133, nt. 100	38, 8, 9, 1	87, nt. 2
7, 2, 1, 1	140, nt. 111	39, 6, 13, 1	8, nt. 3
7, 4, 5, 1	140, nt. 111	40, 4, 13 pr.-2	110-111 e nt. 55
7, 4, 18	140, nt. 111	40, 5	160
12, 6, 26, 13	43-44; 46 e nt. 8; 48, nt. 11	40, 5, 2	160, nt. 156
		40, 5, 4	160, nt. 156
12, 6, 32	45-46	40, 5, 4 pr.-2	160, nt. 156
12, 6, 32, 3	47, nt. 10; 48	40, 7, 13, 2	109, nt. 53; 110, nt. 55
13, 7, 22 pr.	78 e nt. 76		55
17, 2, 63, 9	140, nt. 111	40, 9, 1	91
18, 4, 21	77	41, 1, 49	140, nt. 111
19, 2, 6	77	41, 2	168

41, 2, 3, 8	167, nt. 174; 168	4, 1, 15 (17)	71, nt. 59
41, 2, 7	166-167, nt. 174	4, 1, 16 (18)	74 e ntt. 65 e 68
41, 2, 31	167 e nt. 174; 168	4, 16, 1	31, nt. 31
41, 2, 40, 1	167 e nt. 174		
41, 2, 44, 2	167 e nt. 174	<i>Novellae</i>	
41, 4, 7	167		
41, 4, 7 pr.	167, nt. 174	4, 1	8-9, nt. 3
43, 16, 1, 25	166, nt. 174	22, 43	8, nt. 3; 141, nt. 114; 144, nt. 119; 172, nt. 183
45, 1, 107	18, nt. 9		
45, 3, 1, 4	140, nt. 111		
47, 2, 10	71, nt. 59	22, 44	144, nt. 119
47, 2, 14, 14	75	74 <i>praef.</i>	8, nt. 3
47, 2, 49 pt.	71, nt. 59	82, 11	31, nt. 31
47, 2, 54 (53), 1	75, nt. 69	87 <i>praef.</i>	8, nt. 3
47, 2, 77 (76), 1	71, nt. 59; 75, nt. 70	97, 6, 1	8, nt. 3
50, 16, 65	94, nt. 16	108 <i>praef.</i> , 2	8, nt. 3
50, 16, 70	94, nt. 16	108, 1	8, nt. 3
50, 16, 114	76, nt. 71		
50, 17, 194	94, nt. 16		

FONTI BIZANTINE

*Institutiones**const. Imperatoriam*

§ 6	8, nt. 3
1, 9	153
1, 9, 1	153, nt. 135
1, 12, 8	128, nt. 94; 131, nt. 96
1, 23, 3	65, nt. 48
1, 23, 4	65, nt. 48
2, 12, 3	88, nt. 4
2, 13 pr.	124, nt. 85
2, 13, 5	124, nt. 85; 126, nt. 91; 131, nt. 96
2, 17, 1	131, nt. 96
2, 18, 2	131, nt. 96
2, 19, 6	121, nt. 80
3, 1	131, nt. 96
3, 1, 14	131, nt. 96
3, 2, 3b	145, nt. 120
3, 11	160; 160, nt. 158
3, 11, 1	160, nt. 156
3, 11, 3	160, nt. 156
3, 11, 4-5	160, nt. 156
3, 11, 7	158, nt. 149
4, 1, 13 (15)	71, nt. 59

Basilica

6, 1, 100	153, nt. 137
-----------	--------------

Epitome Novell. Iuliani

76, 12	31, nt. 31
--------	------------

Theophili Paraphrasis

1, 11, 1	131, nt. 96
1, 11, 2	131, nt. 96

FONTI LETTERARIE

Procopius Caesariensis

De aedificiis

1, 4, 28	20, nt. 13
----------	------------

INDICE DEGLI AUTORI

ACCARIAS C.	105, nt. 43	BIANCHINI M.	14, nt. 2; 16, nt. 4;
ALBANESE B.	27, nt. 26; 55, nt. 27; 61, nt. 37; 128, nt. 94; 141, nt. 114; 152, nt. 133	BIONDI B.	21, nt. 13; 113, nt. 60 31, nt. 31; 52, nt. 21; 106, nt. 46; 143, nt. 117; 147, nt. 122; 158, nt. 147
ALBERTARIO E.	106, nt. 47	BONFANTE P.	22, nt. 15; 152, nt. 133
ALIVISATOS H. S.	65, nt. 50	BONINI R.	7, nt. 1; 8, nt. 3; 9, nt. 4; 14, nt. 2; 31, nt. 31; 63, nt. 42; 65, nt. 49; 73, nt. 63; 172, nt. 183; 178, nt. 10; 179, nt. 13
AMELOTTI M.	58, nt. 32; 107, nt. 47; 120, nt. 76	BOULVERT G.	171, nt. 181
ANKUM H.	72, nt. 61; 78, nt. 75; 166, nt. 172	BRETONE M.	50, nt. 16; 52, nt. 22; 60, nt. 36
ARANGIO-RUIZ V.	77, nt. 74; 78, nt. 75; 160-161, nt. 158	BRIGUGLIO F.	9, nt. 3
ARCHI G. G.	14, nt. 2; 26, nt. 23; 38, nt. 46; 42, nt. 3; 112, ntt. 57 e 59; 173, nt. 187	BUCKLAND W.W.	71, nt. 59
ASTOLFI R.	15, nt. 3; 91, nt. 9; 94, nt. 18; 98, nt. 25; 104, nt. 41; 141, nt. 114; 142, nt. 115; 143, nt. 117; 144, nt. 119; 152, ntt. 133 e 134; 155, nt. 142; 164, nt. 167; 170, nt. 180	BUND E.	45, nt. 6
AUDIBERT A.	59, nt. 33	BURDESE A.	121, nt. 79; 143, nt. 117; 166, nt. 173; 167, nt. 174; 168, nt. 176
BASSANELLI SOMMARIVA G.	14, nt. 2	BUSTELO G.	157, nt. 146; 158, nt. 149
BAVIERA G.	47, nt. 10	CAMPOLUNGI M.	8, nt. 3
BEAUCAMP J.	124, nt. 84	CANNATA C.A.	74, nt. 67; 167, nt. 174
BECK H.G.	65, nt. 50	CARRO V.	90, nt. 7
BEHRENDTS O.	82, nt. 82	CASAVOLA F.	8-9, nt. 3; 50, nt. 17; 61, nt. 39; 63, nt. 44
BERGMAN C.G.	130, nt. 95; 133, nt. 98	CASTELLO C.	153, nt. 135
BERTOLINI C.	31, nt. 31	CENDERELLI A.	68, nt. 54
BESLER G.	24, nt. 18; 44, nt. 5; 45, nt. 6; 103, nt. 38; 137, nt. 106	CERAMI P.	74, nt. 67
BETTI E.	96, nt. 23	COSENTINI C.	103, nt. 39; 143, nt. 117
		COSTA E.	24, nt. 17

CRIFÒ G.	38, nt. 46	FAYER C.	152, nt. 133
CUIACIUS J.	20-21, nt. 13	FALCÃO M.	152, nt. 133
DALLA D.	17, nt. 6; 18, nt. 8; 54, nt. 23; 59, nt. 33; 63, nt. 44; 82, nt. 84; 87, nt. 1; 88, nt. 4; 90, nt. 8	FALCHI G.L.	28, nt. 26; 31, nt. 30; 41, nt. 2; 47, nt. 10; 49, nt. 14; 55, nt. 27; 59, nt. 34; 62, nt. 41; 64, nt. 47; 67, nt. 53; 70, nt. 58; 78, nt. 76; 80, nt. 78; 81, nt. 81; 95, nt. 19; 111, nt. 57; 117, nt. 70; 130, nt. 95
DEBBASCH Y.	58, nt. 33	FERNANDEZ DE BUJÁN A.	117, nt. 71
DE FRANCISCI P.	9, nt. 5; 61, nt. 38; 93, nt. 14; 94, ntt. 16 e 18; 98 e nt. 26; 102, nt. 34; 103, ntt. 37 e 39; 105, nt. 42; 108, nt. 51; 109, nt. 53; 110; 111 e nt. 56; 112, nt. 58; 116 e nt. 67; 122 e nt. 82; 126 e nt. 89; 130, nt. 95; 132, nt. 97; 133, nt. 99; 134, nt. 101; 135, nt. 103; 137, nt. 106; 138, nt. 108; 140, ntt. 111 e 112; 141, nt. 113; 173, nt. 184; 181 e nt. 19	FERRINI C.	72, nt. 61; 75, nt. 70; 78, nt. 75; 145-146, nt. 120; 160, nt. 158
DE GIOVANNI L.	51, nt. 18	FINAZZI G.	100, ntt. 29 e 30; 101, nt. 31; 106, nt. 44; 107, nt. 49
DE MARINI AVONZO F.	8, nt. 2	GALGANO F.	21, nt. 14; 22, nt. 15
DE MATTEIS F.	150, nt. 131	GIANTURCO E.	124, nt. 84; 150, nt. 131
DE ROBERTIS F.M.	71, nt. 59; 75, nt. 70	GIOMARO A.	113, nt. 60
DE RUGGIERO E.	32, nt. 32	GIUFFRÈ V.	135, nt. 102
DESANTI L.	24, ntt. 17 e 18; 25, ntt. 19 e 20; 35, nt. 40; 37, ntt. 42 e 43; 59, nt. 33	GRADENWITZ O.	95, nt. 19
DE SARLO L.	28, nt. 27	GROSSO G.	43, nt. 4; 47, nt. 10; 58, nt. 32; 61, nt. 37; 106, nt. 46; 140, nt. 111; 163, nt. 164
DIEHL CH.	150, nt. 131	GUALANDI G.	10, nt. 5; 161, nt. 158
DI LELLA L.	19, nt. 11; 125, nt. 87; 133, nt. 100	GUARINO A.	80, nt. 77
DILIBERTO O.	147, nt. 123	GUNTER W.	28, nt. 27
DI MARZO S.	70, nt. 58	HACKL K.	31, ntt. 30 e 31; 33, nt. 33
DONATUTI G.	9, nt. 4	HONORÉ T.	16, nt. 4; 28, nt. 26; 41, ntt. 1 e 2; 59, nt. 34; 70, nt. 58; 80, nt. 78; 81, nt. 80; 113, nt. 60; 130, nt. 95; 172, nt. 183
DULCKEIT E.	25, nt. 21	HUMBERT M.	18, nt. 9; 19, nt. 10; 141, nt. 114; 142,
FADDA C.	22, nt. 15		

-
- | | | | |
|----------------|--|----------------------|---|
| | nt. 115; 143, nt. 117;
144, nt. 119 | KÜSTER A. | 90, nt. 7 |
| HUVELIN P. | 75, nt. 70 | LAMBERTINI R. | 147, nt. 122; 148,
ntt. 127 e 128 |
| IMPALLOMENI G. | 41, nt. 2; 42, nt. 3;
43, nt. 4; 46, nt. 8;
47, ntt. 9 e 10; 50, nt.
16; 53, nt. 23; 58, nt.
32; 82, ntt. 82 e 84;
157, ntt. 146 e 147;
158, ntt. 148 e 149;
160, nt. 155 | LANATA G. | 8, nt. 3; 17, nt. 6;
124, nt. 84; 148-149,
nt. 128 |
| | | LANZA C. | 64, nt. 46; 89, nt. 6 |
| | | LA PIRA G. | 29, nt. 28; 30, nt. 29;
133, nt. 100 |
| | | LAVAGGI G. | 131, nt. 96 |
| | | LEFEBVRE-TEILLARD A. | |
| KASER M. | 21, nt. 14; 31, ntt. 30
e 31; 33, nt. 33; 71,
nt. 59; 96-97, nt. 23;
142, nt. 115; 171, nt.
181 | LENEL O. | 81, nt. 81; 82, nt. 85
10; 16, nt. 5; 23, nt.
16; 26, nt. 24; 33, nt.
36; 34, nt. 37; 45, nt.
7; 61, nt. 38; 64 e nt.
45; 69, nt. 56; 78, nt.
76; 81, ntt. 79 e 81;
91, ntt. 9 e 10; 94 e
nt. 18; 98, nt. 25;
102, nt. 34; 104, nt.
41; 105, nt. 42; 108,
nt. 51; 111, nt. 56;
116, nt. 67; 121, nt.
78; 122, nt. 82; 126
e nt. 89; 134, nt. 101;
138 e ntt. 107, 108 e
109; 140 e nt. 113;
144, nt. 118; 147, nt.
124; 149 e nt. 129;
152, nt. 134; 155, ntt.
140, 142 e 143; 160 e
nt. 157; 161, nt. 161;
164 e ntt. 165, 167 e
168; 168 e nt. 177 |
| KNEISSL P. | 24, nt. 18 | LEVY E. | 58, nt. 33; 143, nt.
117 |
| KRÜGER H. | 85, nt. 91; 130, nt. 95 | LIEBS D. | 47, nt. 10; 130, nt.
95 |
| KRÜGER P. | 15-16, nt. 4; 17, nt. 7;
20, nt. 13; 26, nt. 23;
32, nt. 33; 36-37, nt.
41; 41, nt. 1; 55, nt.
27; 58, nt. 32; 60, nt.
35; 66-67, nt. 52; 81,
nt. 79; 89, nt. 5; 91
e nt. 11; 93, nt. 12;
94 e nt. 19; 95, nt.
20; 98; 100, nt. 28;
102, nt. 35; 111, nt.
57; 114, nt. 64; 118,
nt. 72; 119, nt. 74;
122, nt. 81; 129, nt.
95; 135-136, nt. 103;
138, nt. 109; 142-
143, nt. 116; 145,
nt. 120; 146, nt. 121;
151, nt. 132; 153-
154, nt. 139; 155,
nt. 140; 157, nt. 145;
162 e nt. 162; 165 e
nt. 170; 182, nt. 21 | LIPŠIĆ E.È. | 21, nt. 13 |
| | | LOBRANO G. | 107, nt. 47 |
| KUNKEL W. | 78, nt. 75 | LONGO C. | 9, nt. 5; 43, nt. 4; 46,
nt. 8; 88, nt. 3; 91,
nt. 10; 172, nt. 184;
181 e nt. 18 |
| KUPISZEWSKI H. | 152, nt. 133 | | |
| KURILOWICZ M. | 132, nt. 97; 133, nt.
100 | | |

- LOSEMANN V. 22, nt. 18
- LUCHETTI G. 8, nt. 3; 14, nt. 2; 24, nt. 17; 25, ntt. 19 e 22; 28, nt. 26; 31, nt. 31; 35, nt. 39; 35, ntt. 39 e 40; 37, nt. 41; 39, nt. 48; 41, nt. 2; 53, nt. 23; 56, nt. 27; 63, ntt. 42 e 44; 64, nt. 46; 65, nt. 50; 66, nt. 51; 70, nt. 58; 71, nt. 59; 73, nt. 64; 74, ntt. 65 e 68; 88, ntt. 3 e 4; 90, nt. 7; 104, nt. 40; 112, nt. 58; 115, nt. 65; 117, nt. 70; 121, nt. 80; 124, nt. 85; 127, nt. 91; 128, nt. 94; 130, nt. 95; 131, nt. 96; 148, ntt. 125 e 127; 149, nt. 128; 152, nt. 133; 159, nt. 151; 160, nt. 156; 171, nt. 180; 175, nt. 1; 179, nt. 12; 181, nt. 17
- MANFREDINI A. 90, nt. 7; 93, nt. 15; 100, nt. 29; 170, nt. 179
- MANNINO V. 65, nt. 50
- MANTHE U. 136, nt. 104
- MANTOVANI D. 78, nt. 76; 173, nt. 185
- MARRONE M. 29, nt. 28
- MARTINDALE J.R. 153, nt. 138; 172, nt. 183
- MARTINI R. 54-55, nt. 26
- MASCHI C.A. 50, nt. 16; 53, nt. 23
- MASI A. 21, nt. 14; 22, nt. 15; 143, nt. 117
- MASIELLO T. 157, nt. 146; 161, nt. 158
- MASSEI M. 10, nt. 5; 48, nt. 12; 52, nt. 20; 56, nt. 28; 69, nt. 57; 82, nt. 83; 83, nt. 87
- MESSANA M.A. 28, nt. 26; 41, nt. 2; 59, nt. 34; 78, nt. 76; 80, nt. 78; 112, nt. 58; 130, nt. 95
- MIGLIARDI ZINGALE L. 107, nt. 47
- MÜLLER-EISELT K.P. 125, nt. 86
- NARDI E. 44, nt. 5; 55, nt. 27; 58, nt. 32; 59, nt. 33; 64, nt. 46; 65, nt. 48; 66, nt. 51; 117, nt. 70; 130, nt. 95; 131, nt. 96; 133, ntt. 99 e 100; 171, nt. 180
- NEGRI G. 19, nt. 11; 100, nt. 29
- NOETHLICH K.L. 65, nt. 50
- NÖRR D. 25, nt. 22
- PARICIO J. 29, nt. 28
- PASTORI F. 71, nt. 59; 74, nt. 67; 78, nt. 75
- PERRIN B. 100, nt. 30
- PESCANI P. 10, nt. 5; 14, nt. 2; 34 e nt. 38; 83, nt. 87; 98, nt. 26
- PESCATORE G. 42, nt. 3; 46, nt. 8
- PRINGSHEIM F. 96, nt. 22; 125, nt. 87
- PROVERA G. 27, ntt. 24 e 25
- PUGSLEY D. 36, nt. 41; 40, nt. 49; 104, nt. 40; 125, nt. 88; 138, nt. 108
- QUADRATO R. 51, nt. 17; 61, nt. 39; 63, nt. 44; 124, nt. 85
- REGGI R. 35, nt. 39
- RENIER E. 65, nt. 48
- REZZONICO R. 27, nt. 24
- RIBAS ALBA J. 171, nt. 182
- ROBBE U. 50, nt. 16; 52, nt. 21; 54, nt. 23; 106, nt. 45

- ROBLEDA O. 63, nt. 44
- ROSENTHAL J. 71, nt. 59
- ROTONDI G. 14, nt. 2; 27, nt. 26;
30, nt. 29; 50, nt. 16;
51, nt. 19; 52, nt. 21;
53, nt. 23; 62, nt. 41;
70, nt. 58; 80, nt. 78;
167, nt. 174; 168, nt.
175
- ROUSSIER J. 29, ntt. 28 e 29
- RUSSO RUGGERI C. 14, nt. 2; 24, nt. 18;
28, nt. 26; 36, nt. 41;
41, nt. 2; 55, nt. 27;
59, nt. 34; 66, nt. 52;
70, nt. 58; 73, nt. 63;
77, nt. 73; 78, nt. 76;
80, nt. 78; 113, nt.
60; 130, nt. 95; 133,
ntt. 98 e 100; 181, nt.
17
- SALLER R. P. 24, nt. 18
- SANGUINETTI A. 125, nt. 87
- SCACCHETTI M. 47, nt. 10
- SCAFFARDI G.P. 27, nt. 24
- SCHELTEMA H.J. 28, nt. 26; 41, nt. 2;
49, nt. 14; 59, nt. 34;
70, nt. 58; 80, nt. 78;
130, nt. 95
- SCHERILLO G. 9-10, nt. 5; 48, nt.
12; 51 e nt. 19; 55,
nt. 27; 56 e nt. 28;
66, nt. 51; 69 e nt.
57; 70, nt. 58; 80, nt.
78; 82, nt. 83; 83, nt.
87
- SCHINDLER K.-H. 9, nt. 4; 14, nt. 2; 19,
ntt. 10 e 12; 23, nt.
16; 27-28, nt. 26; 41,
nt. 2; 49, nt. 15; 50,
nt. 16; 57, nt. 31; 59,
nt. 34; 61, nt. 38; 63,
nt. 43; 64, nt. 47; 67,
nt. 53; 68, nt. 55; 70,
nt. 58; 72, ntt. 60 e
- 61; 73, nt. 63; 75, nt.
70; 77, nt. 73; 80, nt.
77; 83, nt. 87; 93, nt.
14; 97, nt. 24; 100,
nt. 29; 103, ntt. 38 e
39; 105, nt. 43; 108,
nt. 50; 109, nt. 52;
112, nt. 58; 113 e ntt.
61 e 63; 115, nt. 66;
116, nt. 68; 120, nt.
76; 125, nt. 87; 130,
nt. 95; 133, nt. 100;
140, nt. 112; 147,
nt. 122; 148, nt. 126;
158, ntt. 148 e 149;
159, nt. 151; 168, nt.
176; 173, nt. 187
- SCHLOSSMANN H. 54, nt. 26
- SCHUBART W. 113, nt. 60; 150, nt.
131
- SCHULZ F. 68, nt. 55; 71, nt. 59;
104, nt. 40; 140, nt.
111
- SCHWARZ F. 44, nt. 5; 45, nt. 6
- SEECK O. 58, nt. 32
- SILLI P. 38, nt. 46; 118, nt.
73
- SIMON D. 32, nt. 33; 135, nt.
102
- SOLAZZI S. 17, nt. 6; 19, nt. 10;
56, nt. 28; 59, nt. 33;
66, nt. 51; 171, nt.
180
- SOLIDORO MARUOTTI L. 166, nt. 172
- SPRUIT J.E. 124, nt. 84; 150, nt.
131
- STEIN P. 47, nt. 10
- STEINWENTER A. 54, nt. 26
- TALAMANCA M. 29, nt. 28; 30, ntt. 29
e 30; 31, nt. 31; 33,
nt. 35; 95, nt. 19; 96,
nt. 21; 97, nt. 23; 98,
nt. 26; 136, nt. 104
- TOMULESCU C.S. 54, nt. 24

- TORRENT A. 24, ntt. 17 e 18; 25, nt. 19; 52, nt. 21
- VACCARO DELOGU R. 106, nt. 45
- VAN DEN BERGH G.C.J.J. 77, ntt. 72 e 73
- VANGEROW K.A. 133, nt. 98
- VARVARO M. 14, nt. 2; 28, nt. 26; 38, nt. 46; 41, nt. 2; 49, nt. 14; 54, nt. 25; 55, nt. 27; 59, nt. 34; 60, nt. 35; 62, nt. 41; 66, ntt. 51 e 52; 70, nt. 58; 74, nt. 65; 77, ntt. 73 e 74; 79, nt. 76; 80, ntt. 77 e 78; 81, nt. 80; 83, nt. 87; 88, nt. 3; 112, ntt. 58 e 59; 113, nt. 61; 130, nt. 95; 154, nt. 139; 181, nt. 17
- VINCENTI U. 32-33, nt. 33
- VISMARA G. 115, nt. 66
- VOCI P. 15, nt. 3; 21, nt. 14; 22, nt. 15; 25, ntt. 19 e 21; 33, nt. 34; 41, nt. 1; 58, nt. 32; 74, nt. 67; 78, nt. 75; 87, ntt. 1 e 2; 90, nt. 8; 93, ntt. 13 e 15; 95, nt. 19; 101, nt. 32; 103, nt. 36; 106, nt. 45; 109, nt. 52; 110, ntt. 54 e 55; 117, nt. 69; 119, nt. 75; 121, nt. 80; 123, nt. 83; 126, nt. 90; 127, nt. 92; 128, nt. 93; 135, ntt. 102 e 103; 142, nt. 115; 144, nt. 119; 147, nt. 123; 151, nt. 132; 157, nt. 145; 162, nt. 162
- VOLTERRA E. 8, nt. 2; 152, nt. 133
- WACKE A. 80, nt. 77
- WALDSTEIN W. 106, nt. 46; 113, nt. 60; 171, nt. 180
- WENGER L. 31, nt. 31; 52, nt. 21
- WESENER G. 35, nt. 39; 61, nt. 37; 117, nt. 70; 121, nt. 80; 163, nt. 163
- WIEACKER F. 9, nt. 4; 85, nt. 91
- WIEDING K. 22, nt. 15
- WIELING H.J. 24, nt. 18; 25, ntt. 20 e 21
- WOLFF H.J. 106, nt. 44
- WUBBE F.B.J. 24, nt. 18; 38, nt. 46; 61, nt. 40; 118, nt. 73; 142, nt. 115; 158, nt. 149; 159, nt. 151
- ZIEGLER K.H. 28, nt. 27; 29, nt. 28; 30, nt. 30
- ZILLOTTO P. 42, nt. 3; 44, nt. 5; 47, ntt. 9 e 10
- ZILLETTI U. 27, nt. 25; 31, nt. 31; 33, nt. 35; 94, nt. 17

SOMMARIO

Premessa	7
----------	---

CAPITOLO I

LE CITAZIONI NOMINATIVE DEI GIURISTI NELLA LEGISLAZIONE IMPERIALE ANTECEDENTE AL 1° AGOSTO DEL 530

1. Premessa. Le citazioni nominative dei giuristi nella legislazione imperiale antecedente al 1° agosto del 530: censimento	13
2. Le citazioni dei giuristi nelle costituzioni del 529. <i>A) Le quaestiones</i> di Paolo (C.I. 3, 28, 33 e C.I. 6, 30, 19)	14
3. <i>B) Papiniano: «acutissimi ingenii vir et merito ante alios excellens»</i> (C.I. 6, 42, 30) e « <i>summi ingenii vir</i> » (C.I. 7, 45, 14)	23
4. Le citazioni dei giuristi nelle costituzioni della prima metà del 530 (C.I. 2, 55 [56], 5 e C.I. 6, 25, 7 [6])	27
5. Il quadro conclusivo	39

CAPITOLO II

LE CITAZIONI NOMINATIVE DEI GIURISTI NELLE *DECISIONES*

1. Le citazioni dei giuristi nelle costituzioni del 1° agosto del 530 (C.I. 4, 5, 10 e C.I. 7, 7, 1)	41
2. La citazione di Tertulliano (C.I. 5, 70, 7)	54
3. <i>Usus fructus per servum adquisitus</i> e l'opinione di Giuliano (C.I. 3, 33, 15)	59
4. Ulpiano come fonte di cognizione della costituzione « <i>divi Marci</i> » (C.I. 5, 4, 25)	62

5.	Le citazioni dei giuristi nelle <i>decisiones</i> del 17 novembre del 530 (C.I. 2, 18 [19], 24; C.I. 6, 2, 22 e C.I. 6, 29, 3)	66
6.	Il quadro conclusivo	83

CAPITOLO III

LE CITAZIONI NOMINATIVE DEI GIURISTI NELLA LEGISLAZIONE DEL 531-534 CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALLE *CONSTITUTIONES AD COMMODUM PROPOSITI OPERIS PERTINENTES*

1.	La capacità di testare del sordomuto e l'opinione di Celso (C.I. 6, 22, 10)	87
2.	Le costituzioni del 29 luglio del 531. A) La formula di istituzione « <i>Sempronius Plotii heres esto</i> » trovata in Ulpiano (C.I. 6, 24, 14).	91
3.	B) C.I. 6, 25, 9 (8)-10 (9) e C.I. 6, 26, 10-11.	94
4.	C) « <i>Si plures personae unam condicionem implere fuerint iussae</i> » e i dubbi di Ulpiano (C.I. 6, 46, 7 [6])	108
5.	Il provvedimento unitario del 1° settembre del 531 (C.I. 3, 28, 35-36 e C.I. 6, 28, 4)	111
6.	Le opinioni di Papiniano, di Paolo e di Marciano a proposito della <i>querela inofficiosi testamenti</i> del figlio adottato (C.I. 8, 47 [48], 10)	128
7.	Ulpiano e le restituzioni fedecommissarie (C.I. 6, 49, 7).	134
8.	La <i>quaestio</i> riscontrata « <i>ex libris Sabinianis</i> » (C.I. 3, 33, 17)	139
9.	La non osservanza della <i>lex Iulia Miscella</i> nei casi trovati nei <i>libri Sabiniani</i> di Ulpiano (C.I. 6, 40, 3)	141
10.	La <i>non pia differentia</i> introdotta dalla <i>posteritas</i> e il <i>liber singularis ad senatus consultum Tertullianum</i> di Paolo (C.I. 6, 58, 14).	145
11.	Le costituzioni di incerta datazione. A) Le citazioni di Ulpiano (C.I. 5, 4, 28 e C.I. 7, 2, 15)	150
12.	B) I <i>libri Sabiniani</i> (C.I. 3, 34, 14 e C.I. 7, 32, 12)	162
13.	La più recente citazione giurisprudenziale inserita nel <i>Codex repetitae praelectionis</i> (C.I. 6, 51, 1)	169
14.	Il quadro conclusivo	171

CAPITOLO IV

CONCLUSIONI: *REVERENTIA ANTIQUITATIS* E NUOVE PROSPETTIVE

1.	Tipo e qualità delle citazioni nominative inserite nelle costituzioni del Codice.	175
2.	I materiali classici e le <i>quingenta decisiones</i>	178
3.	La massa sabiniana e la massa edittale: <i>le constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes</i>	181

PUBBLICAZIONI DEL SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

1. COLI U., *Collegia et sodalitates*, 1913.
2. DONATELLI I., *La "consortia" di Avesa*, 1914.
3. VALENZA P., *Il diritto di usufrutto nelle leggi sulle tasse del registro*, 1915.
4. ZINGALI G., *La statistica della criminalità*, 1916.
5. TUMEDEI C., *La separazione dei beni ereditari*, 1917.
6. ALBERTONI A., *L'Apokeryxis*", 1923.
7. SALVI F., *La cessione dei beni ai creditori*, 1947.
8. MILANI F., *Distinzioni delle servitù prediali*, 1948.
9. FASSÒ G., *I "quattro autori" del Vico*, 1949.
10. FERRI L., *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, 1951.
11. ROSSI G., *La "Summa arboris actionum" di Ponzio da Ylerda*, 1951.
12. POGGESCHI R., *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, 1951.
13. MATTEUCCI N., *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, 1951.
14. FORCHIELLI P., *I contratti reali*, 1952.
15. SALVI F., *Il possesso di stato familiare*, 1952.
16. FASSÒ G., *La storia come esperienza giuridica*, 1953.
17. PALAZZINI FINETTI L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustiniano*, 1953.
18. ROSSI G., *Consilium sapientis iudiciale*, 1958.
19. MANCINI G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 1957.
20. FERRI L., *L'autonomia privata*, 1959.
21. TORELLI P., *Scritti di storia del diritto italiano*, 1959.
22. SANTINI G., *I Comuni di Valle del medioevo. La Costituzione federale del "Frignano"*, 1960.
23. GIANNITI F., *I reati della stessa indole*, 1959.
24. GHEZZI G., *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, 1960.
25. NARDI E., *Casae "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, 1960.
26. FERRI L., *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, 1960.
27. GHEZZI G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 1963.
28. BONSIGNORI A., *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, 1961.
29. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, 1962.
30. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. II, *Intorno al diritto sostanziale*, 1962.
31. GUALANDI A., *Spese e danni nel processo civile*, 1962.
32. BONSIGNORI A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 1960.
33. MANCINI G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, 1962.
34. NARDI E., *Rabelais e il diritto romano*, 1962.
35. ROMAGNOLI U., *Il contratto collettivo di impresa*, 1963.
36. SANTINI G., *I "comuni di pieve" nel medioevo italiano*, 1964.
37. RUDAN M., *Il contratto di tirocinio*, 1966.
38. BONINI R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, 1964.
39. COLLIVA P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, 1964.
40. MENGOZZI P., *L'agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, 1964.
41. *Scritti minori di Antonio Cicu*, tomi I e II, *Scritti di teoria generale del diritto - Diritto di famiglia*, 1965.
42. *Scritti minori di Antonio Cicu, Successioni e donazioni. Studi vari*, 1965.
43. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, 1965.
44. GHEZZI G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.
45. ROVERSI MONACO F.A., *Enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, 1967.
46. GIANNITI F., *L'oggetto materiale del reato*, 1966.

47. MENGOZZI P., *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, 1967.
48. ROMAGNOLI U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, 1967.
49. MONTUSCHI L., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, 1967.
50. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. I, *Scritti di diritto penale*, 1968.
51. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. II, *Scritti di procedura penale*, 1968.
52. BONINI R., *Ricerche di diritto giustiniano*, 1968.
53. SANTINI G., *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, 1969.
54. LO CASTRO G., *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari delle fonti del diritto canonico*, 1970.
55. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, II, 1970.
56. ROVERSI MONACO F.A., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, 1970.
57. GIANNITI F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, 1970.
58. DE VERGOTTINI G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, 1971.
59. MENGOZZI P., *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, 1971.
60. CARINCI F., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, 1971.
61. OSTI G., *Scritti giuridici*, voll. I e II, 1973.
62. ZUELLI F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, 1973.
63. PERGOLESI E., *Sistema delle fonti normative*, 1973.
64. MONTUSCHI L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 1973.
65. PATTARO E., *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, 1974.
66. PINI G., *Arbitrato e lavori pubblici*, 1974.
67. CARPI F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, 1974.
68. DE VERGOTTINI G., *Lo "Shadow cabinet"*, 1973.
69. PAOLUCCI L.F., *La mutualità nelle cooperative*, 1974.
70. DE GENNARO A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 1974.
71. STORTONI L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1978.
72. GIANNITI F., *Prospettive criminologiche e processo penale*, 1977.
73. BONVICINI D., *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, 1977.
74. DE VERGOTTINI G., *Scritti di storia del diritto italiano*, voll. I, II, III, 1977.
75. LAMBERTINI R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, 1977.
76. DALLA D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, 1978.
77. DI PIETRO A., *Lineamenti di una teoria giuridica dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, 1978.
78. MAZZACUVA N., *La tutela penale del segreto industriale*, 1979.
79. ROMANELLI G., *Profilo del noleggjo*, 1979.
80. BORGHESI D., *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, 1979.
81. DALLA TORRE G., *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, 1979.
82. CARPI F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, 1979.
83. ALLEVA P., *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, 1980.
84. PULIATTI S., *Ricerche sulla legislazione "regionale" di Giustiniano*, 1980.
85. FASSÒ G., *Scritti di filosofia del diritto*, voll. I, II, III, 1982.
86. SGUBBI F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980.
87. LAMBERTINI R., *Plagium*, 1980.
88. DALLA D., *Senatus consultum Silanianum*, 1980.
89. VANDELLI L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, 1980.
90. NARDI E., *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, 1980.
91. PELLICANÒ A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, 1981.
92. GIARDINI D., *Politica e amministrazione nello Stato fondato sul decentramento*, 1981.
93. BORTOLOTTI D., *Potere pubblico e ambiente*, 1981.
94. ROFFI R., *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, 1982.
95. ALESSI R., *Scritti minori*, 1981.
96. BASSANELLI SOMMARIVA G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, 1983.
97. ZANOTTI A., *Cultura giuridica del Seicento e jus publicum ecclesiasticum nell'opera del cardinal Giovanni Battista De Luca*, 1983.
98. ILLUMINATI G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983.
99. TONIATTI R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, 1983.
100. NARDI E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, 1983.

101. DALLA D., *Praemium emancipationis*, 1983.
102. MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale - L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.
103. *Studi in onore di Tito Carnacini*. I. *Studi di diritto costituzionale, civile, del lavoro, commerciale*, 1983.
104. CAIA G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, 1984.
105. BARATTI G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
106. BORTOLOTTI D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, 1984.
107. PULIATTI S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II*, 1984.
108. LAMBERTINI R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, 1984.
109. ZUELLI F., *Le collegialità amministrative*, 1985.
110. PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985.
111. ZANOTTI M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, 1985.
112. RUFFOLO U., *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, I, 1985.
113. BIAGI M., *Sindacato democrazia e diritto*, 1986.
114. INSOLERA G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986.
115. MALAGÙ L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986.
116. RICCI G.E., *La connessione nel processo esecutivo*, 1986.
117. ZANOTTI A., *Il concordato austriaco del 1855*, 1986.
118. SELMINI R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, 1987.
119. DALLA D., *"Ubi venus mutatur"*, 1987.
120. ZUNARELLI S., *La nozione di vettore*, 1987.
121. ZOLI C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, 1988.
122. CAVINA M., *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna*, 1988.
123. CALIFANO L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, 1988.
124. SARTI N., *Gli statuti della società dei notai di Bologna dell'anno 1336 (contributo allo studio di una corporazione cittadina)*, 1988.
125. SCARPONI S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, 1988.
126. BERNARDINI M., *Contenuto della proprietà edilizia*, 1988.
127. LA TORRE M., *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz - la dottrina giuridica nazionalsocialista*, 1988.
128. GARCIA DE ENTERRIA J., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, 1989.
129. BIAGI GUERINI R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.
130. CAIA G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, 1989.
131. MAGAGNI M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989.
132. PETRONI L., *La disciplina pubblicistica dell'innovazione tecnologica in Francia*, 1990.
133. ZANOTTI A., *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990.
134. SARTOR G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, 1990.
135. ROSSI L.S., *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, 1990.
136. LUCHETTI G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, 1990.
137. SARTI N., *Un giurista tra Azzone e Accursio*, 1990.
138. GUSTAPANE A., *La tutela globale dell'ambiente*, 1991.
139. BOTTARI C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, 1991.
140. DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991.
141. PERULLI A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 1992.
142. VANDELLI L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992.
143. GASPARRI P., *Institutiones iuris publici*, 1992.
144. CAPUZZO E., *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana*, 1992.
145. BIAVATI P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, 1992.
146. FERRARI E., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, 1992.
147. GUSTAPANE A., SARTOR G., VERARDI C.M., *Valutazione di impatto ambientale. Profili normativi e metodologie informatiche*, 1992.
148. ORLANDI R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, 1992.
149. CARPANI G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, 1992.

150. MUSSO A., *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, 1993.
151. DONINI M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, 1993.
152. CALIFANO PLACCI L., *Le commissioni parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, 1993.
153. FORNASARI G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, 1994.
154. MANZINI P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust italiano*, 1994.
155. TIMOTEO M., *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, 1994.
156. SESTA M. (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994.
157. TULLINI P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, 1994.
158. RESCIGNO F., *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la camera delle regioni*, 1995.
159. LUGARESI N., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela, di gestione*, 1995.
160. SARTI N., *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, 1995.
161. COLLIVA P., *Scritti minori*, 1996.
162. DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 1996.
163. GARDINI G., *La comunicazione degli atti amministrativi. Uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, 1996.
164. MANZINI P., *I costi ambientali nel diritto internazionale*, 1996.
165. MITTICA M.P., *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, 1996.
166. LUCHETTI G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, 1996.
167. LA TORRE M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, 1996.
168. CAMON A., *Le intercettazioni nel processo penale*, 1996.
169. MANCINI S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, 1996.
170. ZANOBETTI PAGNETTI A., *La non comparizione davanti alla Corte internazionale di giustizia*, 1996.
171. BRICOLA F., *Scritti di diritto penale. Vol. I, Dottrine generali, Teoria del reato e sistema sanzionatorio. Vol. II, Parte speciale e legislazione complementare, Diritto penale dell'economia*, 1997.
172. GRAZIOSI A., *La sentenza di divorzio*, 1997.
173. MANTOVANI M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997.
174. BIAVATI P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, 1997.
175. ROSSI G. (1916-1986), *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di Giovanni Gualandi e Nicoletta Sarti, 1997.
176. PELLEGRINI S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridica*, 1997.
177. BONI G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, 1998.
178. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. I, Diritto del lavoro*, 1998.
179. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. II, Diritto dell'Unione europea*, 1998.
180. ROSSI A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, 1998.
181. BONGIOVANNI G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, 1998.
182. CAPUTO G., *Scritti minori*, 1998.
183. GARRIDO J.M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, 1998.
184. BELLODI ANSALONI A., *Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem, I*, 1998.
185. FRANCIOSI E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su nov. 13 e nov. 80*, 1998.
186. CATTABRIGA C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, 1998.
187. MANCINI L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, 1998.
188. GUSTAPANE A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, premessa di Giuseppe De Vergottini, 1999.
189. RICCI G.F., *Le prove atipiche*, 1999.
190. CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999.
191. FASSÒ G., *La legge della ragione*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.

192. FASSÒ G., *La democrazia in Grecia*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
193. SCARCIGLIA R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, 1999.
194. BRIGUGLIO E., "Fideiussoribus succurri solet", 1999.
195. MALTONI A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia, profili costituzionali*, prefazione di Augusto Barbera, 1999.
196. FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, 1999.
197. ROSSI L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, 2000.
198. GRAGNOLI E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, 2000.
199. BONI G., *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, 2000.
200. LUGARESÌ N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, 2000.
201. LALATTA COSTERBOSA M., *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilhelm von Humboldt*, 2000.
202. SEMERARO P., *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000.
203. VERZA A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, 2000.
204. LOLLI A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, 2000.
205. BUSETTO M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, 2000.
206. CAMPANELLA P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.
207. BRICOLA F., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000.
208. LASSANDARI A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, 2001.
209. BIANCO A., *Il finanziamento della politica in Italia*, 2001.
210. RAFFI A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, 2001.
211. PIERGIGLI V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, 2001.
212. CAFARO S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, 2001.
213. MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, 2001.
214. MASUTTI A., *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, 2002.
215. ZANOTTI A., ORLANDO F., *L'itinerario canonistico di Giuseppe Caputo*, 2002.
216. LUPOI M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni. Vol. I, Policies, metodi, criteri di collegamento. Vol. II, Parallel proceedings*, 2002.
217. LOLLI A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, 2002.
218. CURI F., *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, 2003.
219. COTTIGNOLA G., *Studi sul pilotaggio marittimo*, 2003.
220. GARDINI G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, 2003.
221. CEVENINI C., *Virtual enterprises. Legal issues of the on-line collaboration between undertakings*, 2003.
222. MONDUCCI J., *Diritto della persona e trattamento dei dati particolari*, 2003.
223. VILLECCO BETTELLI A., *L'efficacia delle prove informatiche*, 2004.
224. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, 2004.
225. BRIGHI R., *Norme e conoscenza: dal testo giuridico al metadato*, 2004.
226. LUCHETTI G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, 2004.
227. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, voll. I, II, 2004.
228. PIPERATA G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, 2005.
229. CANESTRARI S., FOFFANI L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?* Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002), 2005.
230. MEMMO D., MICONI S. (a cura di), *Broadcasting regulation: market entry and licensing. Regolamentazione dell'attività radiotelevisiva: accesso al mercato e sistema di licenze. Global Classroom Seminar*, 2006.
230. BIS BRIGUGLIO E., *Studi sul procurator*, 2008.
231. QUERZOLA L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, 2006.
232. TAROZZI S., *Ricerche in tema di registrazione e certificazione del documento nel periodo postclassico*, 2006.
233. BOTTI F., *L'eutanasia in Svizzera*, 2007.

234. FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, 2007.
235. ALAGNA R., *Tipicità e riformulazione del reato*, 2007.
236. GIOVANNINI M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, 2007.
237. MONTALTI M., *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, 2007.
238. TORDINI CAGLI S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, 2008.
239. LEGNANI ANNICHINI A., *La mercanzia di Bologna. Gli statuti del 1436 e le riformazioni quattrocentesche*, 2008.
240. LOLLI A., *L'amministrazione attraverso strumenti economici*, 2008.
241. VACCARELLA M., *Titolarità e funzione nel regime dei beni civici*, 2008.
242. TUBERTINI C., *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, 2008.
243. FIORIGLIO G., *Il diritto alla privacy. Nuove frontiere nell'era di Internet*, 2008.
244. BOTTI F., *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, 2009.
245. NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, 2009.
246. ZANOBETTI PAGNETTI A., *Il rapporto internazionale di lavoro marittimo*, 2008.
247. MATTIOLI F., *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, 2010.
248. BERTACCINI D., *La politica di polizia*, 2009.
249. ASTROLOGO A., *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, 2009.
250. DI MARIA S., *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: "Reverentia antiquitatis" e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del codice*, 2010.

Finito di stampare nel mese di gennaio 2010
presso Editografica – Rastignano (BO)

