

INTRODUZIONE STORICA
ALLO STUDIO DEL
DIRITTO ROMANO GIUSTINIANEO

SPECCHIO GENERALE DELL' OPERA

PARTE PRIMA

1. - IL DIRITTO ROMANO.
2. - IL DIRITTO ROMANO GIUSTINIANO E LE SUE FONTI.
3. - LA VALUTAZIONE CRITICA DELLE FONTI DEL DIRITTO ROMANO GIUSTINIANO.
4. - I FATTORI DELLA EVOLUZIONE DEL DIRITTO ROMANO POSTCLASSICO E LA FORMAZIONE DEL DIRITTO ROMANO GIUSTINIANO.
5. - L'INTERPRETAZIONE DELLE FONTI DEL DIRITTO ROMANO GIUSTINIANO.

PARTE SECONDA

6. - FONTI DEL DIRITTO ROMANO ANTICO E CLASSICO.
7. - FONTI CONSERVATE DEL DIRITTO ROMANO ANTICO E CLASSICO:
 - 1) LEGES, SENATUSCONSULTA, CONSTITUTIONES PRINCIPUM IN ISCRIZIONI O IN PAPIRI.
 - 2) RESIDUI DELLA GIURISPRUDENZA CLASSICA.
 - 3) COLLEZIONI MISTE DI IURA E DI LEGES.
8. - IL CODICE GREGORIANO E IL CODICE ERMOGENIANO. - IL CODICE TEODOSIANO.
9. - LE LEGISLAZIONI ROMANO-BARBARICHE DELL' OCCIDENTE POSTCLASSICO.
10. - IL DIRITTO ROMANO BIZANTINO.

PARTE TERZA

11. - LA LETTERATURA ROMANA NON GIURIDICA E IL DIRITTO ROMANO.
12. - DIRITTO ROMANO E PATRISTICA.
13. - L'EPIGRAFIA COME SCIENZA AUSILIARIA DEL DIRITTO ROMANO.
14. - LA PAPIROLOGIA COME SCIENZA AUSILIARIA DEL DIRITTO ROMANO.
15. - LA COMPARAZIONE GIURIDICA E IL DIRITTO ROMANO.

I db 139.
14 - C - 313

EMILIO ALBERTARIO

PROFESSORE ORDINARIO NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

Inv. čis.: 389
Sign: 292

INTRODUZIONE STORICA

ALLO STUDIO DEL

DIRITTO ROMANO GIUSTINIANO



MILANO

DoTT. ANTONINO GIUFFRÈ - EDITORE

1935 - XIII

Tutti i diritti riservati



2038/1
inv. č. 5024.

PREFAZIONE

Il titolo e il disegno di quest'opera hanno, forse, bisogno di una spiegazione.

Avrei potuto intitolarla "Storia delle fonti del diritto romano", se non fosse che da un lato si propone di essere qualche cosa di più, dall'altro qualche cosa di diverso da quello che solitamente e, direi anche, naturalmente è un trattato di Storia delle fonti.

Si propone di essere qualche cosa di più, perchè vorrebbe, meglio di quanto non siasi fatto finora, determinare i limiti dell'importanza, che per la conoscenza degli istituti e dei termini giuridici ha la letteratura non giuridica dell'età veramente romana, e saggiare il valore che ha, non soltanto per la conoscenza degli istituti, ma anche per l'influenza modificatrice su molti di essi esercitata poi nell'età del Basso Impero, la letteratura patristica. Pretenderebbe, inoltre, giustamente apprezzare la funzione di scienze ausiliarie che nello studio del diritto romano hanno l'epigrafia, la papirologia, il diritto comparato; rilevare quanto giovi allargare l'indagine dal testo giuridico e letterario a tutto ciò che è residuo o documento dell'età, in cui il diritto romano si è andato via via formando e svolgendo; ammonire insieme quanto sia pericoloso e non scientifico isolare il diritto romano, cioè il più ricco e imponente fenomeno giuridico che sia apparso mai nella storia degli uomini, dagli altri diritti che lo hanno preceduto o seguito, quando si voglia valutarne il grado di originalità e di perfezione.

Se poi avessi intitolato quest'opera come "Storia delle fonti del diritto romano", il lettore avrebbe dovuto attendersi — e io non avrei deluso la sua aspettativa — una esposizione di queste fonti cronologicamente ordinata, come suole — e deve — contenerla ogni trattato che in tal modo si intitoli. La mia

esposizione comincia, invece, dalla compilazione giustiniana: cioè, assume come punto di partenza quello che dovrebbe considerarsi, ed è, in un trattato di Storia delle fonti del diritto romano, punto di arrivo.

Per tutto ciò ho scelto il titolo "Introduzione storica allo studio del diritto romano giustiniano". La compilazione di Giustiniano, di cui si occupa la prima parte dell'opera, è come la facciata anteriore dell'edificio, che si illumina di tutto ciò che sta dietro e ai lati.

L'opera ha un fine scolastico; ma il testo è frequentemente accompagnato da lunghe note, perchè gli studenti più volenterosi possano, attraverso le indicazioni bibliografiche, più largamente conoscere lo stato dei problemi di volta in volta discussi e perchè, attraverso i richiami delle fonti, possano maggiormente sentire il desiderio di approfondirli.

Che se i migliori e più esperti, in questo lavoro di approfondimento e di revisione, potranno un giorno anche giungere a conclusioni diverse da quelle del maestro, che portino più vicino a quella verità scientifica, la cui ricerca dev'essere l'anelito e la meta di ogni studioso, io sarò il primo ad esserne lieto: anzi, in ciò soprattutto io riconoscerò il pregio della mia opera e troverò una ricompensa alla mia fatica.

Roma, 19 dicembre 1934 - XIII.

EMILIO ALBERTARIO

INDICE DELLA PARTE PRIMA

Specchio generale dell'opera	pag. IV
Prefazione	» VII
1. - Il diritto romano	» 1
2. - Il diritto romano giustiniano e le sue fonti	» 11
3. - La valutazione critica delle fonti del diritto romano giustiniano	» 39
4. - I fattori dell'evoluzione del diritto romano postclassico e la formazione del diritto romano giustiniano	» 81
5. - L'interpretazione delle fonti del diritto romano giustiniano	» 135

ERRATA

CORRIGE

- pag. 3 ll. 33-34 Non ha avuto seguito se
si eccettua l'isolata
- » 19 ll. 9-10 che erano più
 - » 22 l. 28 *ed*
 - » 30 l. 12 *ed*
 - » 32 l. 5 dei contemporanei (?)
 - » 38 l. 31 e quella
 - » 39 l. 5 anche nel caso
 - » 61 l. 30 *quaeriturus*
 - » 93 l. 40 *Il possesso romano*

 - » 98 l. 42 Gaio (2, 117) e
 - » 106 l. 30 *Bull. ist. rom.*
 - » 107 l. 35 *Bull. ist. dir.*
 - » 128 l. 22 Stadrecht

- Ebbe la pronta
- che non erano più
ad
et
dei contemporanei
a quella
anche nel caso che per i *Digesta*
quaesiturus
Il possesso romano, in *Bull. ist.*
dir. rom.
- Gaio (2, 117) a
Bull. ist. dir. rom.
Bull. ist. dir. rom.
Stadrecht

PARTE PRIMA



CAPITOLO I.

IL DIRITTO ROMANO

Il diritto romano è espressione che può assumere significazioni diverse. Essa può adoprarsi per indicare il diritto formatosi nelle varie epoche della storia di Roma fino alla compilazione che nel secolo VI d. Cr. ne fece l'imperatore Giustiniano; o per indicare la legislazione giustiniana; o per indicare, finalmente, questa legislazione nell'aspetto, negli adattamenti, negli sviluppi che assunse per la larga influenza della nuova civiltà medievale e moderna, e resse quasi tutte le nazioni europee fin verso il declinare del secolo XVIII, la Germania fino all'alba del nostro secolo (1).

Nel primo significato, si parla più propriamente di diritto romano, senz'altra aggiunta; nel secondo, si parla di diritto romano giustiniano; nel terzo, di diritto romano comune.

Ma nel primo significato l'espressione diritto romano abbraccia uno spazio di tempo così ampio, che, se per distinguerlo dal diritto romano giustiniano e dal diritto romano comune non occorrono altre aggiunte, per coglierne l'intima struttura in ogni singolo momento occorre procedere a distinzioni di età e a classificazioni di sistemi: le seconde, naturalmente, generate dalle prime.

E' merito della scuola storica fiorita in Germania nella prima metà del secolo scorso, che ebbe in Giambattista Vico il suo insigne precursore, in Carlo Federico di Savigny il suo più illustre maestro, l'aver applicato il principio della evoluzione al campo del diritto; l'aver veduto che il diritto, come qualunque manifestazione della vita dei popoli — l'arte, la letteratura, il costume — è un prodotto della vita sociale, variante da popolo a popolo, variante

(1) Prescindiamo, dicendo così, dal valore e dalle sorti del diritto romano nella repubblica di San Marino, in Grecia, nelle Indie olandesi, nell'isola di Ceylan e nell'Africa meridionale. Sulla introduzione del diritto romano in questi ultimi territori extraeuropei cfr. J. BRYCE, *Il sacro romano impero* (trad. ital. Milano 1907) 436.

nel tempo anche presso lo stesso popolo, col moltiplicarsi dei bisogni, con l'affinarsi dei sentimenti, col progredire della civiltà: è ovvio, pertanto, che il diritto romano nella sua più che millenaria vita, dalle origini della costituzione della *civitas* sino a Giustiniano, si andasse via via evolvendo di pari passo con l'evolversi della civiltà di Roma nei suoi complessi elementi: politico, economico, sociale, morale, culturale, religioso.

E propriamente si possono distinguere tre grandi periodi nella evoluzione del diritto romano, ai quali corrispondono tre grandi sistemi: avvenimenti politici formidabili, trasformazioni economico-sociali profonde separano i tre periodi e i tre sistemi.

Il primo periodo si stende dalle origini di Roma, che la tradizione colloca nel 754 a. Cr., al 150 circa a. Cr., cioè al momento in cui il piccolo comune rustico è ormai divenuto una potente città-stato, dominatrice del mondo antico, posta a contatto con le civiltà più fiorenti: è il periodo del diritto schiettamente romano, del diritto quiritario. La *civitas* non è il solo organismo politico, ma l'organismo politico massimo: al disotto stanno organismi politici minori: *gentes* e *familiae*. Fra questi la *familia* è il più minuscolo e, anche per ciò, il più a lungo sopravvivate. I diritti sui membri della *familia* e sul territorio da essa abitato, i rapporti tra *familia* e *familia* nascenti dal delitto o dal contratto, il regime della successione quando il capo della *familia* muore, si intendono e si illuminano se non si perde di vista la natura politica dell'organismo che nel diritto romano, anche tardo, si chiama ancora *familia*. I modi solenni richiesti per l'alienazione dei *praedia* e di tutto ciò che attiene all'agricoltura (*servi, bestiae quae collo dorsove domantur, servitutes praediorum rusticorum*) sono testimonianza certa di una economia essenzialmente agricola; le forme non meno solenni, con le quali i rapporti tra le *familiae* si concludono e la lite insorta si svolge, sono rivelatrici di un'organizzazione sociale ancor rozza e primitiva. Le fonti di questo diritto quiritario sono soprattutto i *mores*, cioè la consuetudine; la *lex XII tabularum* che, nel suo insieme, per quanto concerne almeno il diritto privato, non fa che presupporre le consuetudini antiche ed apportarvi eccezioni o deroghe; la giurisprudenza pontificale.

Il secondo periodo abbraccia tutto quel tempo che sta fra il 150 circa a. Cr. e la fine del III secolo d. Cr., alla quale appartengono

Diocleziano e Massimiano (2): gli ultimi imperatori, che alle provincie insofferenti del diritto romano, esteso anche ad esse dall'editto dell'imperatore Caracalla del 212 d. Cr. (3), strenuamente resistono e ne impongono l'osservanza. E' il periodo del grande splendore della *civitas* in ogni campo; e così anche, anzi soprattutto, nel campo del diritto. La vita sociale si amplia e si affina; le relazioni commerciali si accrescono e si semplificano per acquistata

(2) Seguo nel fissare il termine finale di questo periodo L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians I* (1908) prefaz.; P. F. GIRARD, *Manuel de droit romain* (8^a ed. curata da F. SENN, 1929) 77 n. 1; P. JÖRS, *Röm. Recht.* (1927) 29. Altri (così, ad es., BONFANTE, *Ist. di dir. rom.*²) indica come termine finale l'a. 235 (morte di Alessandro Severo); altri ancora (S. PEROZZI, *Ist. di dir. rom.*² 1, 38) l'a. 250.

(3) La notizia di questo editto ci era conservata in un testo ulpiano riferito nelle Pandette (D. 1, 5, 17): *In orbe romano qui sunt ex constitutione imperatoris Antonini cives romani effecti sunt*. Ma recentemente è stato rinvenuto un papiro gravemente mutilo (*PGiss.* I, 40) contenente più editti dell'imperatore Caracalla e, tra gli altri, quello del 212. Con la integrazione del suo editore, P. M. MEYER (*Juristische Papyri Nr 1*: di questo autore v. anche gli scritti in *Zeitschr. f. vergl. Rechtsw.* 39 [1921] 224 sgg. e in *ZSSr* 48 [1928] 595 sgg.), che riproduciamo tra parentesi quadre, il testo editto dice:

ἰδῶμι ... ἅπασ [ἢ ξένοις τοῖς κατὰ τὴν οἰκουμένην πολιτ]εῖαν Ῥωμαίων, [μ]έροντος [παντός γένους πολιτευμ]άτων, χωρ[ίς] τῶν [δεδ]επιτών.

Se, come sembra, le parole finali *χωρὶς τῶν δεδευμένων* sono da riferire al *ἰδῶμι*, i *dediticii* (cioè, i liberti *dediticii ex lege Aelia Sentia* — liberti della più bassa condizione — e i barbari *dediticii* — gruppi barbarici capitolanti, o incorporati nelle file dell'esercito o distribuiti nell'interno dell'impero —) dovevano essere esclusi dalla concessione e, in questo caso, sarebbero state omesse dai compilatori nel testo ulpiano le parole *exceptis dediticiis*.

Sul testo editto cfr., in vario senso, V. CAPOCCI, *La constitutio Antoniniana*, in *Mem. Acc. Lincei* 1925 e voce CARACALLA, *L'editto di Caracalla*, in *Enciclopedia italiana*; G. SEGRÉ, *Studi in onore di S. Perozzi* 137 sgg. e *Bull. ist. dir. rom.* 32 (1922) 191 sgg.; P. BONFANTE, *Storia del dir. rom.*⁴ I, 358 n. 2. Non ha avuto seguito, se si eccettua l'isolata autorevole adesione di G. DE SANCTIS (*Rivista di fil. class.*, 1926), l'opinione di E. BICKERMANN (*Das Edikt des Kaisers Caracalla in P. Giss.* 40), secondo il quale il papiro conterrebbe una posteriore concessione della cittadinanza a barbari che avessero militato agli ordini di Roma. Più recentemente v. le integrazioni proposte e le osservazioni fatte da E. SCHÖNBAUER, *Reichsrecht gegen Volksrecht?*, in *ZSSr* 51 (1931) 298 sgg. e 54 (1934) 335 sgg., e da J. STROUX, *Die constitutio Antoniniana*, in *Philologus* 88 (1933) 272 sgg., nonché i rilievi di V. ARANGIO-RUIZ, *Ist. di dir. rom.*³ 54 n. 1 e di M. ROSTOVZEV, *Storia economica e sociale dell'impero romano* (ed. it. 1933, che è di fatto una 3^a ed. dell'opera) 399 n. 88 e 485 n. 37.

agilità e snellezza; il piccolo comune rustico rapidamente è fatto il centro di un commercio mondiale, alimentato dal lavoro agricolo e industriale di territori immensi (4). Si sviluppa in questo periodo il cosiddetto diritto romano universale; un diritto, che si viene via via adattando alla varietà e alla universalità dei bisogni e dei commerci, sempre più aderente alla rinnovantesi struttura sociale: l'augusta e severa architettura del diritto quiritario non è infranta, ma innumerevoli principî nuovi come eccezioni, complementi, adattamenti, sviluppi, si pongono accanto ai vetusti principî del diritto quiritario, sì da formare un nuovo sistema, profondamente diverso nel suo spirito, assai più ampio nel suo respiro. Molto agevolarono il meraviglioso cammino i diritti dei popoli civili intorno al bacino del Mediterraneo; ma gli organi propulsori e coordinatori del grandioso movimento furono il pretore; la giurisprudenza, specialmente la giurisprudenza classica, dall'età di Augusto a quella dei Severi; gli imperatori. Il pretore, col suo *edictum*; la giurisprudenza, con la sua elevata e raffinata analisi interpretativa del diritto, con i suoi *responsa*; gli imperatori, principalmente coi loro *rescripta*. Questa molteplicità, apparentemente tumultuaria, delle fonti del diritto romano in questo periodo, per cui sostanzialmente, se non formalmente, legiferano il pretore e il giureconsulto, l'imperatore e il senato, non turba il suo unitario e lineare sviluppo: in fondo, è sempre il giureconsulto la grande forza di propulsione del meraviglioso movimento, sia direttamente con i suoi *responsa*, sia indirettamente per il fatto che il pretore è un giurista o è assistito da giuristi, e giuristi orientano la cancelleria imperiale e primeggiano nel senato.

Il terzo periodo va dalla fine del III secolo alla compilazione di Giustiniano. Quando questo periodo si apre, il diritto romano già da quasi un secolo si applica in territorio in gran parte nuovo, a popoli in gran parte diversi da quello ove era nato e cresciuto; e specialmente tra i popoli delle provincie orientali, i meno romanizzati dell'impero, incontra resistenze vivaci, che il potere centrale non riesce più a dominare e quasi asseconda. Il centro legislativo — precipuo, prima; unico, poi — è la nuova capitale sul Bosforo nel mezzo della civiltà ellenica: la sede più disadatta per continuare quella intransigente difesa del romanesimo, così gagliarda

(4) Cfr. M. ROSTOVZEV, *Storia economica e sociale dell'impero romano*, cit.

ancora nella fierezza dei rescritti dioclezianei. E' il periodo dell'urto tra i diritti locali delle provincie e il diritto ufficiale dell'impero, e del vittorioso sopravvento, assai spesso, dei primi (5); di una vasta trasformazione negli istituti e nelle norme giuridiche derivante da altre molteplici cause, quali l'influenza ardente del Cristianesimo sulla vita dei singoli e dello Stato, l'invincibile forza delle correnti spirituali e dottrinali greco-bizantine che investono pur le scuole di diritto; le inevitabili ripercussioni dei nuovi ordinamenti politici e del nuovo ambiente economico-sociale. Si elabora in questo periodo, che è periodo di fermentazione — anche giuridica — intensa, un nuovo sistema: il sistema del diritto post-classico, o, come suole anche chiamarsi, il sistema del diritto romano ellenico: sia perchè l'apporto dell'Oriente greco fu, nella dottrina e nella pratica, più ampio di quello dell'Occidente; sia perchè questo complesso di nuovi elementi penetrò, in larga parte almeno, nella compilazione giustiniana che conchiude il periodo, e viene posta così in evidenza, e più precisamente determinata, l'origine ellenistica di quegli elementi che si aggiungono e si innestano sul vigoroso tronco del diritto romano in questa compilazione. Caratterizzano il terzo periodo epitomi di opere della giurisprudenza classica, come i cosiddetti *Tituli ex corpore Ulpiani*; commenti scolastici alle opere della giurisprudenza classica, stendentisi in lunga serie di scolii, quali ci conservano, ad es., i *Fragmenta sinaitica*; collezioni di testi dei giureconsulti e di costituzioni imperiali, suggerite dai bisogni della pratica,

(5) Ancora fondamentale a questo riguardo, e collocata su solida base è l'opera di L. MITTEIS, *Reichsrecht u. Volksrecht in den östlichen Provinzen des Kaiserreichs* (1891) richiamata da tutta, si può dire, la letteratura romanistica contemporanea: cfr. P. JÖRS, *Römisches Recht* 40 n. 1; P. F. GIRARD, *Manuel de droit rom.* (8^a ed. curata da F. SENN) 77 n. 1; C. FERRINI, *Pandette* 3; ecc. Pieno di significato è l'atteggiamento del ROSTOVZEV, *Storia economica e sociale dell'impero romano* (220 n. 50): questo insigne studioso si riattacca alle idee espresse dal MITTEIS nel suo *Reichsrecht u. Volksrecht*, pur ritenendo — e non a ragione — che nel discorso viennese del 1917, *Antike Rechtsgeschichte u. römisches Rechtsstudium*, il MITTEIS le avesse, almeno in parte, abbandonate. Su questo problema è molto garbata e dotta una monografia dello SCHÖNBAUER, *Reichsrecht gegen Volksrecht?*, in *ZSSr* 51 (1931) 277 sgg., ma non per altro tale da poter abbattere la base dell'orientamento del MITTEIS e della letteratura recente che a lui si ispira.

di cui sono esempio cospicuo i *Fragmenta vaticana*; gli ampliamenti di quelle raccolte private di costituzioni imperiali che vanno sotto il nome di *Codex Gregorianus* e di *Codex Hermogenianus*, redatte sulla fine del III secolo; la raccolta ufficiale delle costituzioni imperiali ordinata da Teodosio II (*Codex Theodosianus*). Ma niente, forse, maggiormente esprime il naturale disorientamento e il grande travaglio della prassi in questo periodo e, insieme, lo sforzo di uscirne in qualche modo fuori; niente, forse, più colorisce quest'epoca, in cui il diritto delle costituzioni dei primi tre secoli e della giurisprudenza classica è in cospicua parte ormai superato, mentre all'incontro i nuovi principî di origine provinciale si vanno sempre più affermando e dilatando, come quella costituzione di Teodosio II e di Valentiniano III dell'a. 426, che suole chiamarsi legge delle citazioni, con la quale si attribuì valore legislativo alle opere di cinque giureconsulti, cioè quattro dell'epoca dei Severi (Papiniano, i suoi discepoli Paolo e Ulpiano, Modestino discepolo di quest'ultimo) e Gaio dell'epoca degli Antonini, nonché ai pareri dei più antichi giuristi citati da loro quando si potessero confrontare gli originali (6). Erano, queste, le opere che, o per il loro carattere prevalentemente istituzionale, o per l'espressione ultima del pensiero classico che esse racchiudevano, erano state più largamente studiate, commentate, chiosate nelle scuole postclassiche in uno spazio di tempo più che secolare: cosicchè additare ai giudici le opere di questi giuristi per applicare il diritto voleva significare additare ad essi proprio quelle opere in cui, attorno al testo classico, sotto la forma di glosse o di scoli, non raramente anche dentro lo stesso testo classico mutato, i nuovi principî erano riusciti a collocarsi e a inserirsi: quelle opere, insomma, in cui il

(6) È fuori di strada chi intende la costituzione nel senso che non soltanto le opinioni riferite dai cinque nelle loro opere, ma anche tutte le opere dei giuristi citati dai cinque abbiano valore legislativo. Sarebbe stata quasi inutile la costituzione! Sul modo di intendere la costituzione v. l'ampia bibliografia richiamata in B. KÜBLER, *Geschichte des römischen Rechts* 377 n. 5, a cui sono da aggiungere F. BUONAMICI, in *Annali Univ. Toscane* 20 (1896) 23 e *Arch. giur.* 60 (1898) 14; 64; 74; P. F. GIRARD, *Manuel de droit rom.* (8^a ed. curata da F. SENN) 80; P. DE FRANCISCI, in *Conferenze per il XIV centen. d. Pandette* (1931) 28 sg.

diritto nuovo era riuscito, se non a fondersi, almeno a mescolarsi imperfettamente col diritto classico (7).

Pertanto, quando noi ci riferiamo al diritto romano pregiustiniano, sappiamo di riferirci a tre sistemi profondamente diversi: espressione di tre epoche storicamente differenziate fra loro. Dobbiamo soltanto aggiungere che, mentre nelle due prime epoche il sistema giuridico, sia quello del diritto quiritario, sia quello del diritto romano universale, è tipicamente romano, in quanto che anche il secondo diede a tutto ciò che assorbì da altre civiltà, specialmente la greca, alle norme e agli istituti che importò dagli

(7) La dimostrazione, che le opere dei cinque giuristi prescelti erano le più studiate in quest'epoca, è assai facile: basti pensare alla fortuna che vi ebbero le *Institutiones* di Gaio; alla composizione dell'antologia, che va sotto il nome di *Tituli ex corpore Ulpiani*, costituita di testi ricavati da varie opere elementari ulpianee (ALBERTARIO) o, come altri (F. SCHULZ) pensa, da opere di Gaio, Ulpiano e Modestino; alla composizione di quell'altra antologia, indicata come *Ulpiani opiniones*, formata con passi ricavati dalle opere ulpianee (G. ROTONDI, *Scritti* I, 453 sgg.), o di quella ancora che ha per titolo *ἀστυνομικὸς μονόβιβλος* di Papiniano (H. KRÜGER, in *Studi in onore di P. Bonfante* II, 315), che è verisimilmente una raccolta postclassica di frammenti estratti dai responsi papiniani. Basti pensare alle rielaborazioni postclassiche di opere classiche, quali sembrano doversi considerare le *Res cottidianae* (dette anche *aurea*) di Gaio, ricamate sulle *Institutiones* di questo giurista (E. ALBERTARIO, in *Rend. Ist. Lomb.* 59 [1926] 409 sgg. e V. ARANGIO-RUIZ, in *Studi in onore di P. Bonfante* [1930] I, 493 sgg.); ai libri *excusationum* di Modestino, che sono una traduzione greca e nel tempo stesso un aggiornamento di un'opera del giureconsulto classico sulla *excusatio tutorum* (F. EBRARD, *Die Digestenfragmente ad form. hyp.* 114 sgg.; H. KRÜGER, in *Studi in onore di P. Bonfante* II, 317), al libro di Gaio *ad formulam hypothecariam* (F. EBRARD, *Die Digestenfragmente ad form. hyp.* 75 sgg.); alla composizione della raccolta dei *Vaticana Fragmenta* che, insieme a *constitutiones*, contiene frammenti della giurisprudenza classica attinti tutti a Papiniano, Paolo e Ulpiano; a quella della *lex Dei, sive mosaicarum et romanarum legum collatio*, in cui sono anche frammenti della giurisprudenza classica attinti tutti precisamente ai cinque giuristi prescelti da Teodosio II.

La dimostrazione poi, che, appunto perchè le più studiate, le opere di questi giuristi erano le più chiosate dalla dottrina postclassica, è altrettanto agevole: basti pensare ai glossemi e alle alterazioni varie nei frammenti dei giureconsulti inseriti o nei *Tituli ex corpore Ulpiani* (E. ALBERTARIO, in *Bull. ist. dir. rom.* 32 [1922] 73 sgg.; F. SCHULZ, *Die epitome Ulpiani* 22 sgg.), o nei *Vaticana Fragmenta* (E. ALBERTARIO, *Studi di dir. rom.* I, 427 sgg.; *Rend. Ist. Lomb.* 1922; S. SOLAZZI, *Minore età* 239 sgg.), o nella *Collatio* (F. SCHULZ, *Einführung in das Studium der Digesten* 22). Glossemi e interpolazioni pregiustiniane, che la critica sospettò finora, sono raccolti da E. VOLTERRA, in *Riv. di st. del dir. it.* 1934.

altri popoli viventi intorno al bacino del Mediterraneo, veste romana e spirito romano (8), nella terza epoca invece, vuoi per la molteplicità degli elementi nuovi e contrastanti, vuoi per il venimento di quella potenza intellettuale e di quella specifica attitudine a coltivare la scienza del diritto che era propria della giurisprudenza romana, vuoi soprattutto e insomma per il declinare fatale della romanità, non vi fu tra le norme antiche e le recenti fusione vera, ma soltanto mescolanza incomposta, anche se le posteriori innovazioni furono, non raramente, veri sostanziali progressi. Per modo che il sistema non riuscì omogeneo. E questo difetto del sistema romano ellenico è il difetto che permane, anzi si accentua, nel sistema del diritto romano giustiniano (9).

(8) Questa caratteristica del sistema del diritto romano universale è stata felicemente sorpresa anche da P. DE FRANCISCI, *In margine al congresso internazionale di diritto romano*, in *Nuova Antologia* 367 (1933) 5 sgg.; e in *Atti del Congresso ecc.*, Roma 1933, I, 1 sgg.

(9) Altre partizioni storiche del diritto romano sono pur da ricordare. S. DI MARZO, *Corso di st. del dir. rom.* (Roma 1913) distingue quattro epoche: dell'età regia (754-509 a. Cr.); dell'età repubblicana (509-28 a. Cr.); del principato (28 a. Cr.-284 d. Cr.); della monarchia assoluta (284-565 d. Cr.). Contro questa partizione è da osservare che i periodi che rappresentano le fasi dello svolgimento politico e del diritto pubblico romano non coincidono sempre esattamente con quelli che meglio rappresentano lo svolgimento del diritto privato e le sue cause. G. CORNIL, *Ancien droit romain* (1930) 10-14, distingue tre periodi: diritto nazionale (754-350 a. Cr.); diritto classico (350 a. Cr.-300 d. Cr.); diritto bizantino (300-565 d. Cr.). Questa partizione anticipa troppo la fine del periodo del diritto nazionale (*ius Quiritium*), quantunque non si possa negare che anche prima del 150 a. Cr. il *ius gentium* sviluppò la sua influenza modificatrice e integratrice; si accosta, per altro, molto alla partizione da noi fatta classificando il periodo dal 300 al 565 d. Cr. come un periodo nel quale « les principales transformations du droit romain sont dues désormais à l'influence du christianisme et de l'hellénisme ». Il PEROZZI, *Ist. di dir. rom.*² 1, 38 distingue due periodi, l'uno dal 754 a. Cr. al 250 d. Cr., l'altro dal 250 al 565 d. Cr.: « caratterizzati l'uno dal dominio della *civitas* sull'orbe, l'altro dal suo assorbimento nell'orbe ». Questa classificazione giova a mettere in evidenza lo spirito romano che opera nella formazione del diritto romano universale; ma, d'altra parte, sommerge la distinzione, pur così importante, tra *ius Quiritium* e diritto classico. Una bipartizione, movendo da un punto di partenza opposto e naturalmente fissando termini diversi, fa il RICCIBONO, nella sua prefazione a J. STROUX, *Summum ius summa iniuria*, in *Ann. Univ. Palermo* 1929, 645. Il RICCIBONO distingue un periodo che va dalle XII Tavole al VII secolo, cioè al 150 circa a. Cr., in cui ebbe vigore il diritto dei Quiriti: « diritto rozzo, formalistico, rigoroso, corrispondente alle condizioni pri-

mitive della comunità romana», e un periodo che va dal principio del VII secolo fino a Giustiniano « in cui si vien formando il nuovo diritto, tutto informato ai principii dell'equità, con la più decisa tendenza alla libertà di forme, complesso nei suoi elementi tecnici e strutturali, ricco di ordinamenti e di mezzi e con caratteri ed elementi di universalità ». È la distinzione che più si allontana dalla nostra e da qualunque altra, in quanto che il RICCIBONO — come vedremo — pensa che il diritto romano nell'età postclassica, da Costantino a Giustiniano, non si sarebbe anche sostanzialmente innovato, ma si sarebbe soltanto « semplificato da se stesso nella pratica dei tribunali, mediante la fusione di tutti gli ordinamenti classici in un unico ordine giuridico ». Non accogliamo questa distinzione, perchè non consentiamo nella sua premessa.

CAPITOLO II.

IL DIRITTO ROMANO GIUSTINIANEO E LE SUE FONTI

Oggetto del nostro studio è il diritto romano giustiniano, compreso nelle seguenti quattro collezioni: *Digesta* o *Pandectae*, *Institutiones*, *Codex (repetitae praelectionis)*, *Novellae (constitutiones)*.

Il compito immenso (1) di raccogliere *leges* e *iura*, cioè le costituzioni degli imperatori e i testi della giurisprudenza, e di conservare così alla civiltà medioevale e moderna l'espressione più splendente e il tesoro più prezioso della romanità, fu merito insigne e gloria non peritura di Giustiniano, imperatore d'Oriente dal 527 al 565. Allo stesso compito fu inadeguata, un secolo prima, la persona di Teodosio II.

Le circostanze erano straordinariamente favorevoli; ma Giustiniano fu l'uomo che seppe genialmente approfittarne. Rifiorite erano le scuole di diritto, principalmente quelle di Berito e di Costantinopoli nel V e nel principio del VI secolo; a lato dell'imperatore, come *quaestor sacri palatii*, stava un uomo di altissimo valore, Triboniano, a cui la grande impresa poteva essere affidata con la certezza della sua riuscita: ma nè il rifiorire delle scuole, nè la possibilità di disporre di un uomo di eccezionali attitudini e dottissimo studioso, nè — soggiungiamo — la esigenza stessa, che premeva e urgeva sempre più, di un'opera legislativa più adatta alle mutate condizioni sociali, sarebbero valse, se Giustiniano, l'ultimo imperatore che sul Bosforo parla latino, non fosse stato infiammato dal proposito di ricostruire con le armi, con la politica ecclesiastica, con la legislazione, l'unità dell'impero risuscitando sul Bosforo, nella sede della nuova Roma (2), la gloria dell'antica (3).

(1) Immenso anche se, come potrebb'essere, la compilazione dei *iura* poté giovare di una precedente compilazione privata.

(2) Così chiama Costantinopoli lo stesso Giustiniano nella *c. Deo auctore* (§ 10): *Romam autem intellegendam et non solum veterem, sed etiam regiam no-*

Sono grandi e gioiose parole di chi potè realizzare il vasto proposito quelle che Giustiniano dice nella costituzione 'Tanta' (§ 12): *uberis gratias maximae deitati reddidimus, quae nobis praestitit et bella feliciter agere et honesta pace perpotiri et non tantum nostro, sed etiam omni aeo tam instanti quam posteriori leges optimas ponere.*

Il piano dell'opera legislativa non era probabilmente elaborato ancora in modo completo, quando con la costituzione *Haec quae necessario* del 13 febbraio 528 l'imperatore nominava una commissione (presieduta da Giovanni, allora *quaestor sacri palatii*, e di cui facevano parte Triboniano e Teofilo) con l'incarico di trarre dai tre codici preesistenti e dalle costituzioni posteriori un nuovo codice, pubblicato il 9 aprile 529 con la costituzione *Summa rei publicae*, rimasto in vigore quattro anni appena e a noi non pervenuto. Un frammento di questo *Codex (vetus)*, conservato in un papiro recentemente scoperto (4), contiene, fra altre costituzioni dei titoli 11-16 del primo libro, proprio la costituzione chiamata — come abbiamo visto — legge delle citazioni; il che ha fatto giustamente pensare al de Francisci (5) e al Bonfante (6) che Giustiniano, appena salito al trono, non si scostasse ancora dal programma che ispirava la costituzione teodosiana (7). Il grande proposito maturò più tardi, e provocò la costituzione *Deo auctore* del 15 dicembre 530, che ordinava la compilazione del Digesto.

DIGESTA o PANDECTAE. — Sono la compilazione della giurisprudenza, fatta da una commissione, di cui erano membri, sotto la presidenza di Triboniano, quattro professori — Teofilo e Cratino

stram, quae deo propitio cum melioribus condita est auguriis. E considera lingua materna la lingua latina (cfr. Nov. 7 cap. 1; Nov. 13 cap. 1).

(3) Cfr. P. JÖRS, *Die Reichspolitik Kaisers Iustinians* (1893), e in *Röm. Recht* 34.

(4) *P Oxy* XV, 1814.

(5) *Aegyptus* 3 (1922) 68 sgg.

(6) *Bull. ist. dir. rom.* 32 (1923) 277-282. Al DE FRANCISCI e al BONFANTE si riattacca ora F. PRINGSHEIM, *Die Entstehungszeit des Digestenplanes und die Rechtsschulen*, in *Atti Congr. intern. di dir. rom.* Roma 1933.

(7) Ciò risulta, del resto, chiaro dalla c. *Deo auctore* (§ 2): *Hoc opere consummato (cioè il Codex vetus) et in uno volumine nostro nomine praefulgente coadunato, cum ex paucis et tenuioribus relevati ad summam et plenissimam iuris emendationem pervenire properaremus et omnem romanam sanctionem et colligere et emendare et tot auctorum dispersa volumina uno codice indita ostendere, quod nemo neque sperare neque optare ausus est, res quidem nobis difficillima, immo magis impossibilis videbatur etc.*

di Costantinopoli, Doroteo e Anatolio di Berito — e inoltre Costantino, *comes sacrarum largitionum*, e undici avvocati del foro di Costantinopoli. Risultano di frammenti estratti dalle opere dei principali giureconsulti romani (8) ordinati in 50 libri di ineguale misura, ciascuno dei quali (ad eccezione di tre — XXX, XXXI, XXXII — che espongono la materia dei legati e dei fedecommissi) è diviso nuovamente in titoli, intestati con una rubrica. Dentro i titoli, i frammenti dei giureconsulti si susseguono apparentemente senza un ordine sistematico: ogni frammento ha la sua *inscriptio* contenente il nome del giureconsulto e l'indicazione dell'opera originaria e del relativo libro: per comodità di riferimento, la scuola ha diviso poi i frammenti più lunghi in *principium* e paragrafi. Opera ardua e di ampio disegno, fu portata a termine con celerità straordinaria: pubblicata il 16 dicembre 533, entrò in vigore il 30 dicembre successivo.

L'ordine della materia coincide, nelle grandi linee almeno, con quello dell'*edictum perpetuum* (9) di Salvio Giuliano. Uno studioso tedesco, il Bluhme (10), constatò oltre un secolo fa, quand'era appena ventitreenne, che in tutti i titoli del Digesto i frammenti si seguono con un ordine prestabilito che si può ricondurre all'esistenza di quattro diverse serie di opere. Non tutte le serie sono

(8) L'opportunità di riunire i frammenti contenuti nel Digesto per ricostruire le opere, dalle quali furono estratti, fu sentita già nel secolo XVI. La sentì il CUIACIO che a questa ricostruzione indusse un suo allievo, GIACOMO LABITTE; nacque, così, l'opera che ha per titolo *Index legum quae in Pandectis continentur* (l'edizione di Halle 1724 è annotata dal GUNDOLING, quella di Leida 1764 dallo SCHMUCKE); l'esempio fu seguito dal vescovo Antonio Agostino nell'opera *de nominibus propriis τῶν πανδέκτων Florentini*, che raccolse anche frammenti della giurisprudenza classica fuori del Digesto. Successivamente si ebbero le restituzioni di A. WIELING, *Iurisprudentia restituta etc.* 1727 e di C. F. HOMMEL, *Palingenesia librorum iuris veterum* 1768. Un superamento di queste vecchie ricostruzioni, ciò è dire una restituzione dei frammenti della giurisprudenza classica, fatta con critica insigne si ha nella *Palingenesia iuris civilis* di O. LENEL, Lipsia 1889. Un saggio di quella nuova edizione della *Palingenesia*, che il LENEL sarebbe in grado di darci, si può vedere in *Afrikans Quästionen, Versuch einer kritischen Palingenesie*, in *ZSSr* 51 (1921) 1 sgg.

(9) Dopo un imperfetto tentativo del RUDORFF, una illustrazione e ricostruzione sapiente dell'*Edictum perpetuum* è stata fatta dal LENEL (1^a ed. 1883; 3^a ed. 1927).

(10) *Die Ordnung der Fragmente in den Pandektenititeln*, in *Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss.* 4 (1818) 256-474.

rappresentate in ciascun titolo, nè costante è l'ordine secondo cui i frammenti vi si dispongono, ma ogni titolo presenta distinte le serie che hanno concorso a formarlo. Il Bluhme chiamò queste serie masse, e diede a ciascuna il nome rispondente al tipo dell'opera giuridica che vi prevale: massa sabiniana chiamò quella costituita quasi tutta di opere relative al *ius civile*, dal nome del grande giurista che elaborò per primo il *ius civile* in un vero sistema; massa edittale, quella di cui sono parte fondamentale i commenti dell'editto; massa papiniana, quella in cui predominano le opere di casistica, tra le quali hanno un primo posto quelle di Papiniano; infine, appendice chiamò un'ultima massa (11), costituita per lo più di opere meno accessibili o più antiquate, perchè queste opere sarebbero pervenute nelle mani dei compilatori in un secondo tempo a lavoro già iniziato (12).

Molto si disputa sul punto se i compilatori del Digesto estrassero proprio essi, per primi e sempre, dalle opere originali della giurisprudenza i vari frammenti, o si avvalsero di preesistenti compilazioni.

All'inizio del secolo, un'opera postuma dell'austriaco Hofmann (13) sostenne che i compilatori avrebbero trovato il loro materiale già in buona parte disposto a catena nel modo in cui ci si

(11) Dalla scoperta fatta, che il MOMMSEN chiamò « ein Musterstück methodischer u. umsichtiger Arbeit », il BLUHME ricavò l'ipotesi che la commissione giustiniana si sarebbe divisa, per rendere più spedito lo spoglio, in tre sottocommissioni, ciascuna delle quali avrebbe escerpito le opere comprese in una massa. La sottocommissione papiniana, la cui massa era notevolmente inferiore alla sabiniana ed alla edittale, avrebbe avuto da spogliare anche le opere dell'appendice. La commissione plenaria si sarebbe limitata a ordinare, e coordinare mediante opportune eliminazioni, le serie di estratti preparati dalle singole sottocommissioni.

(12) Per l'impianto del lavoro compilatorio nel senso congetturato dal BLUHME v. le belle ricerche di C. LONGO, *Contributo alla storia della formazione delle Pandette*, in *Bull. ist. dir. rom.* 19 (1907) 132 sgg. e di P. DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *Bull. ist. dir. rom.* 22 (1910) 155 sgg.; 23 (1911) 39 sgg. e 186 sgg.; 27 (1915) 5 sgg. Cfr. anche G. ROTONDI, *L'indice fiorentino delle Pandette e l'ipotesi del Bluhme*, in *Scritti giuridici* I, 298 sgg.; H. KRÜGER, *Die Herstellung der Digesten Justinians u. der Gang der Exzerption*, Münster i. W. 1922; id., *Römische Juristen u. ihre Werke*, in *Studi in onore di P. Bonfante* II, 317 sgg.

(13) *Die Compilation der Digesten Justinians*, edita a cura di I. PFAFF, Wien 1900.

presenta nel Digesto. Essi avrebbero spogliato direttamente pochissime opere (specialmente i grandi commentari ad Sabinum e ad edictum) e trasformato mediante false *inscriptiones* le citazioni che ivi si trovavano di altri scritti in frammenti autonomi; altre volte avrebbero ricavato le citazioni da raccolte private e ufficiali, da loro appunti inediti, da dispense dei professori.

La nuova tesi, sorta come confutazione della dottrina del Bluhme, non trovò fortuna (14). Nel tumulto della critica rimase isolata, e quasi dimenticata, la congettura di uno studioso non romanista, l'Ehrenzweig (15), secondo il quale il Digesto sarebbe una compilazione privata del quinto secolo ritoccata e munita di valore ufficiale da Giustiniano.

Fu proprio questa congettura che ripresentò nel 1913, in uno studio attraentissimo per finezza di osservazioni e genialità di raffronti, un giovanissimo romanista tedesco, il Peters (16): il Digesto, in edizione poco diversa e meno ampia di quella che sarebbe stata l'ufficiale edizione giustiniana, sarebbe stato compilato nel V secolo: la scuola avrebbe preparato il Predigesto. Contrariamente al Hofmann, l'Ehrenzweig e il Peters rispettavano la dottrina del Bluhme e coordinavano con quella la loro nuova congettura.

L'opera del Peters trovò fra gli studiosi un'accoglienza eccezionalmente benevola; ma l'accoglienza benevola non fece trionfare la nuova congettura. La critica insorse e cercò di distruggerla alle radici (17).

(14) Cfr. specialmente TH. MOMMSEN, in *ZSt* 22 (1901) 1-11; P. KRÜGER, *ibid.* 12-49; P. JÖRS, v. *Digesta* nella *Encyclopädie* del PAULY-WISSOWA V (1905) col. 484 sgg.; P. BONFANTE, *Storia del dir. rom.*⁴ II, 97 sgg.

(15) In *Zeitschr. f. privat u. öff. Recht* 28 (1901) 313 sgg.

(16) *Die oströmischen Digestenkommentare u. die Entstehung der Digesten*, in *Berichte Sächs. Gesellsch. der Wissenschaften* 65 (1913) 1-113.

(17) Cfr. O. LENEL, *Zur Entstehung der Digesten*, in *ZSt* 34 (1913) 373 sgg.; L. MITTEIS, in *ZSt* 34 (1913) 402 sgg.; G. ROTONDI, *Sul modo di formazione delle Pandette*, in *Scritti* I, 87 sgg.; P. DE FRANCISCI, *Συλλάγμια* I, 347 sgg.; G. PACCHIONI, in *Studi in onore di G. P. Chironi* I, 217 sgg.; P. BONFANTE, *Storia del dir. rom.*⁴ II, 109 sgg. Il KÜBLER (*Geschichte des röm. Rechts* 406), per altro, conchiude: « Doch ist es auch ihm nicht gelungen, einen zwingenden Beweis zu erbringen... Aber völlig abgelehnt ist seine Vermutung auch nicht worden. Man wird in der Tat immer wieder daraus zurückkommen müssen ». E H. KRÜGER (*Die Herstellung etc.* 55) osserva: « Die Annahme einer berythischen Kompilation, wie sie sich Peters vorstellt, hat durchaus nichts Unwahrscheinliches ».

Più recentemente si avvertì che qualcosa di vero al fondo delle congetture del Hofmann, dell' Ehrenzweig e del Peters ci doveva pur essere (18): e un nostro romanista, V. Arangio-Ruiz, ha presentato come assai suggestiva una congettura più ridotta e più circostanziata (19): i compilatori si sarebbero serviti, oltre che di altre compilazioni più tenui (20), di compilazioni scolastiche di vasta intelaiatura, che avrebbero conferito al Digesto, e più precisamente ai libri II-XIX e XXIII-XXXIV, un nucleo corrispondente a 1/5 dell' opera ufficiale: le compilazioni sarebbero quelle ricordate dallo stesso Giustiniano nella costituzione *Omnem* come *τὰ πρότα, pars de iudiciis, pars de rebus, quattuor libri singulares* (cioè *de re uxoria, de tutelis, de testamentis, de legatis*), senza indicazione di autore. Alla commissione sabiniana sarebbero stati consegnati come primo nucleo la *pars de rebus* e i *libri singulares*, alla commissione edit-tale i *πρότα* e la *pars de iudiciis*, alla papiniana i *responsa* di Papiniano e di Paolo che erano materia di studio nel terzo e quarto anno.

Questa tesi (21), senza troppo scemare la vastità e la difficoltà dell' opera legislativa, concorrerebbe a spiegare la brevità del tempo entro il quale essa poté essere compiuta (22).

Anche a nostro avviso le opere, che Giustiniano nella c. *Omnem* (23) ricorda come *partes* delle *leges*, che venivano studiate nelle scuole postclassiche, coi nomi di prima *pars legum* (*τὰ πρότα*), *pars de iudiciis, pars de rebus, quattuor libri singulares*, senza indicazione di autore, erano compilazioni private: le opere, che erano studiate insieme con queste postclassiche compilazioni anonime, e

(18) Cfr. P. DE FRANCISCI, in *Bull. ist. dir. rom.* 33 (1923) 244 n. 1.

(19) Cfr. *Precedenti scolastici del Digesto*, in *Conferenze per il XIV centenario delle Pandette* (Milano 1931) 285 sgg.

(20) Da una breve catena di diritto sarebbero stati ricavati, almeno nella maggior parte, gli ultimi titoli del libro XLVII e i primi del L: cfr. *Di alcune fonti postclassiche del Digesto*, in *Atti Accad. Napoli* 1931.

(21) Anche l'ARANGIO-RUIZ, come l'EHRENZWEIG e il PETERS coordina la sua tesi con la dottrina bluhmiana.

(22) Riluttante invece ad ammettere la tesi dell'Arangio è, ad es., F. WIEACKER, in *Gnomon* 9 (1933).

(23) Pubblicata nello stesso giorno della c. *Tanta* e destinata a mettere in rapporto con l' opera di codificazione l' ordine degli studi nelle università bizantine.

che non erano, come queste, una raccolta formata con frammenti ricavati da opere di più giuristi, sono indicate nella stessa costituzione col nome del giurista a cui appartengono: e sono le *institutiones* di Gaio e i *responsa* di Papiniano e di Paolo. Il rilievo dell'Arangio, del resto, aveva già fatto il Peters; e la fondatezza di questo argomento, che il romanista tedesco traeva per la sua tesi dalla terminologia della c. *Omnem*, già aveva riconosciuta il de Francisci (24).

In quale misura, per altro, il lavoro della commissione giustiniana fu agevolato da compilazioni postclassiche, non è ancor oggi possibile dire.

La costituzione del 426, la quale limitava a cinque il numero dei giuristi, alle cui opere il giudice doveva riferirsi nella applicazione del diritto, non soltanto orientava verso queste opere l' attenzione dei pratici (25), ma induceva a fare di parte di queste opere la base dell' insegnamento scolastico.

Nulla di più naturale, per tanto, che in tal condizione di cose, come, già prima della costituzione stessa, di alcune opere dei cinque si facevano epitomi che erano, nel tempo stesso, opere di rielaborazione, perchè avessero veramente pratica utilità, così da tutte o dalle più notevoli opere dei cinque, dopo che erano diventate testo legislativo, si ricavasse una privata compilazione (26).

Per ciò si può anche congetturare — per quanto la dimostrazione oggi sfugga — che esistesse una compilazione anche più ampia di quella dall'Arangio supposta, messa insieme *grosso modo* secondo l' ordine edittale che è poi, fundamentalmente, l' ordine del Digesto di Giustiniano, impiantata sulle opere dei cinque giuristi della costituzione teodosiana, tra le quali le opere ulpianee, specialmente i commentari *ad Sabinum* e *ad edictum* tenevano il primo posto, arricchite di frequenti richiami,

(24) Cfr. *Συνάλλαγμα* I (1913) 363.

(25) La costituzione ebbe costante applicazione fino alla pubblicazione del Digesto, come lo dimostra la sua inserzione nel *Codex vetus*, rivelataci dal P Oxy XV n., 1814.

(26) In cui, s' intende, i singoli estratti dovevano essere riferiti con indicazione precisa delle fonti da cui provenivano; così come, del resto, era fatto nelle più modeste collezioni occidentali, nei *Fragmenta Vaticana* e nella *Collatio legum mosaicarum et romanarum*.

secondo l'uso del tempo, come risulta anche dai *Fragmenta sinaitica*, ad opere anche di altri giuristi (27).

Certo, non possono non impressionare le constatazioni seguenti:

1^a) la larghissima parte (circa 11/15) che i cinque giuristi della costituzione teodosiana hanno nei *Digesta* giustiniani (28);

2^a) il modo col quale la restante parte (circa 4/15) è distribuita: questa è quasi tutta occupata da estratti di opere di altri sette giuristi (Cervidio Scevola, Pomponio, Giuliano, Marciano, Giavoleno, Africano, Marcello) (29) che, sommati con quelli

(27) Naturalmente, questa compilazione oltrepassava i bisogni della scuola: in questa si leggevano, oltre le *Institutiones* di Gaio ed i *responsa* di Papiniano e di Paolo, le quattro compilazioni (*τὰ πρῶτα, pars de iudiciis, pars de rebus, quattuor libri singulares*) che riguardavano, come abbiamo visto, la materia contenuta nei libri II-XIX e XXIII-XXXIV dei *Digesta*; era, per altro, un necessario postulato della prassi, da un lato, e della coltura dei professori, dall'altro, che non potevano ignorare tanta parte del diritto che non era insegnata nei quattro anni di studio. Anche la compilazione giustiniana dei *Digesta* è destinata solamente in parte alla scuola: in questa, infatti, Giustiniano richiede che, oltre le sue Istituzioni, siano studiati 36 libri sui 50 di cui i *Digesta* sono composti, e precisamente *τὰ πρῶτα* (I-IV), *pars de iudiciis* (V-XI), *pars de rebus* (XII-XIX), 17 *libri singulares*, contenenti gran parte della materia contenuta nei *quattuor libri singulares* pregiustiniani (XX-XXXVI).

(28) Dei 9142 frammenti, di cui i *Digesta* risultano composti, 6137 sono estratti dalle opere di Gaio, Papiniano, Paolo, Ulpiano, Modestino.

(29) I frammenti dei *Digesta*, appartenenti a questi sette giuristi, sono 2470: sommati coi 6137 dei cinque giuristi della costituzione teodosiana, formano una massa di 8607. Fra tutti gli altri 27 giuristi ne restano da distribuire appena 535!

Questi dati sono desunti dai noti calcoli del ROBY, *Introduction to the study of Justinian's Digest* (trad. it. G. PACCHIONI, Firenze 1887). Ma, se si tien conto che i *libri X* di Giavoleno *ex posterioribus Labeonis*, i *digesta* di Giuliano e i *responsa* di Scevola erano stati annotati da Paolo; che i *Pithana* (*πειθανά*) di Labeone furono epitomati e annotati da Paolo; che i *digesta* di Marcello erano stati annotati da Ulpiano; che, per ciò, tutte queste opere dovevano essere tenute presenti nell'applicazione pratica della costituzione teodosiana, come le opere originali di Paolo stesso e di Ulpiano stesso, si accresce grandemente il numero dei frammenti di opere appartenenti al gruppo dei cinque giuristi ricordati in quella costituzione e, parallelamente, di altrettanto diminuisce il numero dei frammenti estratti dalle opere del gruppo dei sette o dalle opere del gruppo degli altri 27 giuristi. In particolare, per quanto riguarda quest'ultimo gruppo, i 535 frammenti si ridurrebbero a soli 446, e a un numero ancor minore si ridurrebbero, se le epitomi dei *digesta* di Alfeno dovessero attribuirsi, come H. PERNICE (*Miscellanea*, Prag 1870, 76-79) ha supposto, entrambe a Paolo.

ricavati dalle opere dei cinque giuristi della costituzione teodosiana, formano circa gli 11/12 del *Digesto*;

3^a) la qualità delle opere più largamente spogliate degli altri giuristi non compresi fra i cinque: cioè opere sistematiche (*libri ad Sabinum — libri ad edictum — digesta*); o elementari (*libri di institutiones* e di *regulae*), o di casistica (*responsa, quaestiones*), o anche speciali su materie particolarmente importanti (*libri ad legem Iuliam et Papianam, fideicommissorum, de iudiciis publicis, de appellationibus* etc.): opere tutte, che erano certamente più a disposizione degli interpreti dell'età post-classica (30), e che avevano nelle opere dei cinque un addentellato sostanziale e formale insieme, in quanto contenevano la stessa materia e portavano lo stesso titolo;

4^a) lo spoglio insignificante di molte opere, sia appartenenti ai cinque giuristi della costituzione teodosiana, sia ad altri;

(30) Le opere di molti giuristi erano, secondo ogni verosimiglianza, già perdute al V-VI secolo. Per ciò i *Digesta* non ce ne tramandano — e la compilazione privata che si fosse fatta prima di Giustiniano non avrebbe potuto tramandarcene — frammenti. Perdute, o almeno non possedute, a quell'epoca dovevano essere le opere di: Sesto Elio Peto Cato, Alfeno (dei suoi *digesta* sopravvissero una o due epitomi [cfr. LENEL, *Palingenesia* I, 37 n. 1]), Anteo, Aquilio Gallo, Tizio Aristone, Arriano, C. Ateio, Atilicino, P. Aufidio Namusa, Bleso, M. Giunio Bruto, Cn. Aruleno, Celio Sabino, Campano, C. Ateio Capitone, Cartilio, Aulo Cascellio, C. Cassio Longino, M. Porcio Catone, Giuvenzio Celso padre, Cinna, Cornelio Massimo, Livio Druso, Fufidio, Fulcinio Prisco, Labeone (dei suoi *Pithana* sopravvisse l'epitome di Paolo), Lelio Felice, M. Manilio, Fabio Mela, Minicio, P. Mucio Scevola, Q. Mucio Scevola (il suo *δρῶν liber singularis* è probabilmente composto in più recente età da altri con estratti dei suoi *libri iuris civilis*: cfr. F. D. SANIO, *Geschichte der Rechtswissenschaft* 41; LENEL, *Paling.* I, 762 n. 7; H. KRÜGER, *Studi in onore di P. Bonfante* II, 336), M. Cocceio Nerva, Ottaviano, Aulo Ofilio, Paconio, P. Pactumeio Clemente, Papirio Frontone, Sesto Pedio, Pegaso, Plauzio (sopravvissero i commentari *ad Plautium* di Giavoleno, Nerazio, Pomponio, Paolo e soltanto in quelli di Paolo vi hanno brani nettamente attribuiti a lui [cfr. LENEL, *Paling.* II, 13 n. 1]), Publicio, Puteolano, Rutilio Rufo, Masurio Sabino (qualche estratto è soltanto in Paolo e Ulpiano), Servilio, Servio Sulpicio Rufo, C. Trebazio Testa, Q. Elio Tuberone, Urseio Feroce, Valerio Severo, Vario Lucullo, M. Vindio Vero, Viviano: tutti giuristi, codesti, citati, ma a cui non si attinse direttamente.

Il fatto singolarissimo, poi, che sono assai spesso citati i libri di Pomponio *ad edictum* e non v'è, nei *Digesta*, un solo frammento direttamente attinto ad essi, può ragionevolmente far pensare che anche questi libri nel V-VI secolo o fossero già perduti o, almeno, non fossero posseduti in Oriente.

spoglio insignificante, che sembra escludere la lettura diretta di queste opere da parte della commissione legislativa (31);

5^a) il modo, con cui questa commissione fu composta: di sedici persone (escluso Triboniano), undici furono scelte fra gli avvocati della prefettura d'Oriente; due erano magistrati (in Cratino tale qualità era preponderante in confronto dell'altra di professore); i quattro professori pertanto si riducevano solamente a tre. Commissione in sommo grado inadatta, nella sua grande maggioranza, allo spoglio di un materiale immenso che, svalorato dalla costituzione teodosiana, non doveva essere più nelle mani dei pratici;

6^a) la enorme brevità del tempo in cui la compilazione del Digesto fu compiuta: tre anni! e, mentre ancora ferveva il lavoro per questa compilazione, Triboniano con due dei tre professori (Teofilo e Doroteo) iniziava e portava a compimento le *Institutiones*;

7^a) la trasgressione dell'ordine dato dall'imperatore di non adoperare se non giuristi imperiali, muniti del *ius respondendi* (esistono nel Digesto frammenti di opere di giuristi repubblicani — Quinto Mucio, Alfeno Varo, Elio Gallo — e soprattutto 535 frammenti di Gaio, che il *ius respondendi* non ebbe mai), messa in relazione con la circostanza che Gaio era uno dei cinque giuristi della costituzione teodosiana;

8^a) la distribuzione di tutta la materia contenuta nel Digesto in tre distinte masse, rispecchiante la parallela

(31) Qualunque cosa si pensi sulla esistenza di una compilazione pregiustiniana dei *iura* che avrebbe agevolato il lavoro della commissione legislativa, è assurdo pensare che questa commissione abbia letto i libri di Elio Gallo *de verborum significatione*, di Rutilio Massimo *ad legem Falcidiam*, di Giunio Mauriciano *de poenis*, per estrarre da ciascuna di queste opere un solo frammento; i quattro libri *de re militari* di Tarrunteno Paterno, il *liber responsorum* di Giulio Aquila, gli otto libri *quaestionum* di Tertulliano, per estrarre da ciascuna di queste opere due frammenti; i sei libri di Giunio Mauriciano *ad legem Iuliam et Papiam* e i libri *ad edictum* di Furio Antiano, per estrarre da ciascuna di queste opere tre frammenti; i dieci libri *actionum* di Venuleio Saturnino, per estrarne sei frammenti; i quindici libri *regularum* di Nerazio per estrarne sette, e così via. Sono riferimenti, codesti, che la commissione giustiniana poté fare, soltanto perchè guidata e sorretta da citazioni che trovava in annotazioni postclassiche ai testi della giurisprudenza romana.

distribuzione della materia che formava oggetto dell'insegnamento scolastico pregiustiniano (*ius civile* nel primo anno; *ius honorarium* nel secondo — onde *edictales* erano detti gli studenti del secondo anno —; *responsa* di Papiniano e di Paolo nel terzo e nel quarto). Questa distribuzione induce l'ovvia riflessione che nei manuali per l'uso della prassi e nei sistemi elaborati dai maestri la materia fosse già tutta quanta così distribuita.

Ciò che abbiamo detto circa la larghissima parte occupata nei *Digesta* dai cinque giuristi della costituzione teodosiana e anche circa la qualità delle opere dei giuristi non compresi tra i cinque, che furono più largamente spogliate, si illumina, se si considerano le opere della giurisprudenza classica, conservate nei *Digesta*, distribuite nel quadro seguente:

C	A	B
Opere residue	Opere dei giuristi della costituzione teodosiana	Opere di altri giuristi riguardanti la stessa materia e aventi lo stesso titolo.
IULIANI, <i>liber sing. de ambiguitatibus</i>	ULPIANI, <i>libri ad Sabinum</i>	POMPONI, <i>libri ad Sabinum</i>
IULIANI, <i>libri ad Urseium Ferozem</i>	PAULI, <i>libri ad Sabinum</i>	
IULIANI, <i>libri ex Minicio</i>		
POMPONI, <i>libri ad Q. Mucium</i>		
IAVOLENI, <i>libri ex Cassio</i>		
	ULPIANI, <i>libri ad edictum</i>	CALLISTRATI, <i>libri edicti monitorii</i>
	PAULI, <i>libri ad edictum</i>	FURII ANTHIANI, <i>liber ad edictum</i>
	GAI, <i>libri ad edictum praetoris urbani</i>	
	GAI, <i>libri ad edictum provinciale</i>	

- PAULI, *libri brevium*
- ULPIANI, *libri ad edictum aedilium curulium*
- PAULI, *libri ad edictum aedilium curulium*
- GAI, *libri ad edictum aedilium curulium*
- ULPIANI, *libri disputationum* TRYPHONINI, *libri disputationum*
- ULPIANI, *libri de omnibus tribunalibus*
- ULPIANI, *libri opinionum*
- ULPIANI, *libri de censibus*
- PAULI, *libri de censibus*
- PAULI, *libri epitomarum Alfeni Digestorum* ALFENI VARI, *libri digestorum*
- PAULI, (*Iuliani libri digestorum cum notis Mauriciani Marcelli Scaevolae Pauli*) CELSI, *libri digestorum*
- ULPIANI, (*Marcelli libri digestorum cum notis Scaevolae et Ulpiani*) SCAEVOLAE, *libri digestorum*
- ULPIANI, *libri institutionum* FLORENTINI, *libri institutionum*
- GAI, *libri institutionum* MARCIANI, *libri institutionum*
- PAULI, *libri institutionum*
- GAI, *libri rerum cottidianarum sive aureorum* CALLISTRATI, *libri institutionum*
- ULPIANI, *libri de adulteriis*
- PAPINIANI, *libri de adulteriis*
- PAPINIANI, *liber singularis de adulteriis*
- PAULI, *libri de adulteriis*
- PAULI, *liber singularis de adulteriis*

- ULPIANI, *liber singularis de sponsalibus*
- PAULI, *liber singularis de dotis repetitione*
- PAULI, *liber singularis de adsignatione libertorum*
- PAULI, *liber singularis de iure patronatus*
- ULPIANI, *libri regularum* NERATHI, *libri regularum*
- ULPIANI, *liber singularis regularum* SCAEVOLAE, *libri regularum*
- PAULI, *libri regularum* MARCIANI, *libri regularum*
- PAULI, *liber singularis regularum* POMPONII, *liber singularis regularum*
- MODESTINI, *libri regularum* LICINII RUFINI, *libri regularum*
- GAI, *liber singularis regularum*
- GAI, *libri regularum*
- ULPIANI, *libri de officio proconsulis* VENULEI, *libri de officio proconsulis*
- PAULI, *libri de officio proconsulis* MACRI, *de officio praesidis*
- PAULI, *liber singularis ad SC. Silanianum*
- PAULI, *liber singularis de portionibus quae liberis damnatorum conceduntur*
- VOLUSII MAECIANI, *ex lege Rhodia*
- PAULI, *libri ed legem Iuliam*
- PAULI, *liber singularis de conceptione formularum*

- PAULI, *liber singularis de iudiciis publicis*
 MACRI, *libri publicorum iudiciorum*
 VENULEI SATURNINI, *libri de iudiciis publicis*
 MARCIANI, *libri de publicis iudiciis*
- GAI, *liber singularis de formula hypothecaria*
 MARCIANI, *liber singularis ad formulam hypothecariam*
- ULPIANI, *libri de appellationibus*
 MACRI, *libri de appellationibus*
 PAULI, *liber singularis de appellationibus*
 MARCIANI, *libri de appellationibus*
- ARCADII CHARISII, *liber singularis de testibus*
 MARCIANI, *liber singularis de delatoribus*
- PAULI, *liber singularis ad legem Fufiam Caniniam*
 PAULI, *libri ad legem Aeliam Sentiam*
 ULPIANI, *libri ad legem Aeliam Sentiam*
 PAULI, *liber singularis de libertatibus dandis*
 PAULI, *liber singularis de liberali causa*
 PAULI, *liber singularis de articulis liberalis causae*
 GAI, *libri de manumissionibus*
 MODESTINI, *liber singularis de manumissionibus*
- PAULI, *liber singularis de secundis tabulis*
- PAULI, *liber singularis de iure codicillorum*

- PAULI, *liber singularis de centumviralibus iudiciis*
- PAULI, *liber singularis de senatusconsultis*
 POMPONI, *libri senatusconsultorum*
- PAULI, *liber singularis ad SC. Velleianum*
 PAULI, *liber singularis de intercessionibus feminarum*
- PAULI, *liber singularis ad orationem divi Antonini et Commodi*
- PAULI, *liber singularis de excusationibus tutelarum*
 MODESTINI, *libri excusationum*
 ULPIANI, *liber singularis de officio praetoris tutelarum*
 ULPIANI, *liber singularis excusationum*
- PAULI, *liber singularis ad orationem divi Severi*
- PAULI, *liber singularis de variis lectionibus*
- ULPIANI, *liber singularis Pandectarum*
 MODESTINI, *libri Pandectarum*
- MACRI, *libri de re militari*
 ARRII MENANDRI, *libri de re militari*
 TARRUNTENI PATERNI, *libri de re militari*
 TERTULLIANI, *liber singularis de castrensi peculio*
- PAULI, *libri singulares de poenis militum*

- ULPIANI, *liber singularis de officio curatoris rei publicae*
- ULPIANI, *liber singularis de officio consularium*
- ULPIANI, *libri de officio consulis*
- PAPINIANI, ἀστυνομικός μονόβιβλος
- PAULI, *libri ad Plautium*
- PAULI, *libri ad Vitellium*
- PAULI, *libri de iure fisci*
- MODESTINI, *libri differentiarum*
- MODESTINI, *liber singularis de ritu nuptiarum*
- MODESTINI, *liber singularis de differentia dotis*
- MODESTINI, *libri de praescriptionibus*
- MODESTINI, *liber singularis de praescriptionibus*
- MODESTINI, *liber singularis de enucleatis casibus*
- MODESTINI, *liber singularis de heurematicis*
- MODESTINI, *liber singularis de inofficioso testamento*
- IAVOLENI, *libri ad Plautium*
- POMPONII, *libri ad Plautium*
- CALLISTRATI, *libri de iure fisci*

- PAULI, *liber singularis de inofficioso testamento*
- MACRI, *libri ad legem vicesimam hereditarium*
- IAVOLENI, *libri epistularum*
- PROCULI, *libri epistularum*
- POMPONII, *libri epistularum et variarum lectionum*
- ULPIANI, *ad legem Iuliam et Papiam*
- PAULI, *ad legem Iuliam et Papiam*
- GAI, *ad legem Iuliam et Papiam*
- GAI, *liber singularis ad legem Glitiam*
- PAULI, *liber singularis ad legem Cinciam*
- MODESTINI, *libri de poenis*
- PAULI, *liber singularis de poenis omnium legum*
- PAULI, *liber singularis de poenis paganorum*
- PAPIRII IUSTI, *libri de constitutionibus*
- PAPINIANI, *libri quaestionum*
- PAULI, *libri quaestionum*
- TERENTII CLEMENTIS, *ad legem Iuliam et Papiam*
- MAURICIANI, *ad legem Iuliam et Papiam*
- MARCELLI, *ad legem Iuliam et Papiam*
- CLAUDII SATURNINI, *liber singularis de poenis paganorum*
- AFRICANI, *libri quaestionum*
- CALLISTRATI, *libri quaestionum*
- SCAEVOLAE, *libri quaestionum*

	TERTULLIANI, <i>libri quaestionum</i>
PAPINIANI, <i>libri definitionum</i>	Q. M. SCAEVOLAE, <i>liber singularis δγων</i>
	AELII GALLI, <i>libri de verborum quae ad ius pertinent significatione</i>
ULPIANI, <i>libri responsorum</i>	IULII AQUILAE, <i>libri responsorum</i>
PAPINIANI, <i>libri responsorum</i>	NERATII, <i>libri responsorum</i>
PAULI, <i>libri responsorum</i>	MARCELLI, <i>liber singularis responsorum</i>
PAULI, (<i>Scaevolae libri responsorum cum notis Pauli</i>)	
MODESTINI, <i>libri responsorum</i>	
ULPIANI, <i>libri fideicommissorum</i>	POMPONII, <i>libri fideicommissorum</i>
GAI, <i>libri fideicommissorum</i>	MAECIANI, <i>libri fideicommissorum</i>
PAULI, <i>libri fideicommissorum</i>	VALENTIS, <i>libri fideicommissorum</i>
PAULI, <i>liber singularis de tacitis fideicommissis</i>	
GAI, <i>liber singularis de tacitis fideicommissis</i>	
PAULI, <i>libri sententiarum</i>	HERMOGENIANI, <i>libri iuris epitomarum</i>
GAI, <i>liber singularis de casibus</i>	
VENULEI, <i>libri stipulationum</i>	
PAULI, <i>libri ad Neratium</i> (<i>Neratii libri membranae</i>)	
PAULI, <i>libri manualium</i>	POMPONII, <i>libri enchiridii</i>
	POMPONII, <i>liber singularis enchiridii</i>

PAULI, <i>libri decretorum</i>	CALLISTRATI, <i>libri de cognitionibus</i>
PAULI, <i>liber singularis de cognitionibus</i>	
PAULI, <i>liber singularis de concurrentibus actionibus</i>	
PAULI, <i>liber singularis de usuris</i>	
PAULI, <i>liber singularis ad SC. Turpillianum</i>	MARCIANI, <i>liber singularis ad SC. Turpillianum</i>
PAULI, <i>liber singularis ad SC. Libonianum</i>	
PAULI, <i>liber singularis ad SC. Claudianum</i>	
PAULI, <i>liber singularis ad regulam Catonianam</i>	
PAULI, <i>liber singularis de forma testamentorum</i>	
PAULI, <i>liber singularis de instrumenti significatione</i>	
PAULI, <i>liber singularis ad SC. Tertullianum</i>	
GAI, <i>liber singularis ad SC. Tertullianum</i>	
PAULI, <i>liber singularis ad SC. Orfitianum</i>	
GAI, <i>liber singularis ad SC. Orfitianum</i>	
PAULI, <i>liber singularis ad legem Falcidiam</i>	RUTILII MAXIMI, <i>liber singularis ad legem Falcidiam</i>

GAI, libri de verborum obligationibus

GAI, libri ad legem duodecim tabularum

PAULI, liber singularis de iure libellorum

PAULI, liber singularis de iuris et facti ignorantia

PAULI, liber singularis de iure singulari

PAULI, liber singularis de gradibus ed adfinibus et nominibus eorum

PAULI, liber singularis de officio adsectorum

PAULI, liber singularis de officio praefecti vigilum

ULPIANI, liber singularis de officio praefecti vigilum

ULPIANI, liber singularis de officio praefecti urbi

PAULI, liber singularis de officio praefecti urbi

ULPIANI, liber singularis de officio quaestoris

ARCADII CHARISII, liber singularis de muneribus civilibus

AURELI ARCADII CHARISII, liber singularis de officio praefecti praetorio

PAULI, libri imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum

PAULI, (Labeonis libri pithanon a Paulo epitomatorem) PROCULI, libri ex posterioribus Labeonis

PAULI, (Iavoleni libri ex posterioribus Labeonis cum notis Pauli)

SCAEVOLAE, liber singularis quaestionum publice tractatarum

VALENTIS, libri actionum

VENULEI SATURNINI, libri actionum

VENULEI SATURNINI, libri interdictorum

Non è, dunque, da escludersi che la costruzione dei *Digesta* giustiniani sarebbe riuscita diversamente, con proporzioni diverse riservate all'apporto dei vari giuristi, se la commissione di Giustiniano non avesse trovata aperta e segnata la via da una compilazione privata formata, per facilitare l'applicazione della costituzione teodosiana, con frammenti delle opere di Gaio, Papiniano, Ulpiano, Paolo, Modestino. E nè pure è da escludersi che il compito della commissione legislativa sia stato agevolato anche dal trovare ai margini di questa compilazione frequentissimi richiami ad opere di altri giuristi o addirittura riferimenti di estratti da quelle opere, come indubbiamente è stato semplificato dalla esistenza, intorno ai testi classici, di note, sunti, commenti, sviluppi, degli interpreti postclassici.

Il suo compito sarebbe stato sempre, anche così, arduo e grande; e l'opera, che ne nasceva, era pur sempre una *nova res*: nella sua più perfetta organizzazione si sarebbe notevolmente ampliata e rinnovata, trasformando in esteso riferimento incorporato nel

testo ciò che era, tante volte, semplice citazione marginale; rivedendo, sceverando e, quando era opportuno, assorbendo i commenti postclassici; adattando, mutando, interpolando largamente.

Quest'opera poteva ben passare, come passò, tra il freddo silenzio dei contemporanei (?), ma era — anche così — l'alto lavoro esaltato nel canto dantesco.

INSTITUTIONES. — Mentre si attendeva ancora alla compilazione del Digesto, l'imperatore incaricava Triboniano, Teofilo e Doroteo di preparare un elementare trattatello scolastico che sostituisse le Istituzioni di Gaio. Nel sistema e nella divisione in quattro libri i compilatori seguirono il modello gaiano, ma attinsero, obbedendo alle istruzioni imperiali, anche ad altre *institutiones* classiche (di Fiorentino, di Marciano, di Ulpiano), alla parafrasi gaiana nota col nome di *res cottidianae* o *aurea*, agli stessi *Digesta*, allora già quasi compiuti. Vi aggiunsero, derivandola dal Codice pubblicato nel 529 o dalle costituzioni emanate negli ultimi anni, notizia delle innovazioni introdotte da Giustiniano e premisero spesso indicazioni circa lo stato anteriore del diritto e il suo svolgimento (32).

(32) Circa il modo col quale i compilatori delle Istituzioni si sarebbero diviso il compito, il HUSCHKE (*Imp. Iustiniani Institutionum libri quatuor, praefatio*) congetturò per primo che Triboniano avrebbe avuto la presidenza della commissione e gli altri due commissari avrebbero assunto ciascuno la compilazione di due libri. Questa ipotesi fu corroborata con argomenti, addotti in parte dal HUSCHKE stesso, in parte da un insigne filologo, il GRUPE. Il HUSCHKE avvertì che i rinvii da un punto all'altro dell'opera non vanno mai al di là dei due primi libri, quando essi sono fatti nei primi due, e si tengono rispettivamente al terzo e al quarto quando sono fatti nei due libri ultimi; segnalò inoltre la diversità dello stile adoperato nelle due parti: turgido e adulatorio nei primi due libri, più semplice negli ultimi due. Il GRUPE fece una più minuta analisi della differenza di lingua e di stile tra la prima e la seconda parte e così, ad es., rilevò che il sostantivo *facultas* nel senso di *res familiaris* è adoperato dal compilatore dei due primi libri e l'aggettivo *latus* al comparativo dal compilatore degli ultimi due; che il compilatore dei primi due libri usa l'avverbio *evidenter*, che *abstinere* è costruito con l'ablativo semplice nei primi due libri, con l'apposizione *ex* o *ab* negli ultimi due ecc. Il FERRINI, poi, rilevò come il compilatore dei due primi libri usi delle Istituzioni di Ulpiano, mentre il secondo sembra adoperare quelle di Paolo.

Se non che, circa l'attribuzione dell'una o dell'altra parte a Doroteo o a Teofilo, vi ha incertezza. Il HUSCHKE vorrebbe attribuire i due primi libri a Doroteo, i due ultimi a Teofilo: lo stile enfatico, i solecismi, il carattere adulatorio, che si nota nei due primi libri, meglio si addirebbero a un giureconsulto pro-

I quattro libri sono divisi in titoli portanti ciascuno una rubrica in cui è indicata la materia in ciascun titolo trattata; ma, a differenza di quanto era avvenuto per il *Codex* e si faceva per i *Digesta*, nel titolo i singoli passi sono riferiti senza indicazione

vinciale, come Doroteo, anzi che al professore di Costantinopoli, Teofilo. Il FERRINI propende per l'avviso contrario, su per giù valendosi degli stessi argomenti. La fondatezza dell'attribuzione del HUSCHKE risulta, invece, per me dalla constatazione o, per dir meglio, dalla comparazione seguente:

Gai Inst. 2, 265

Itaque et alienus servus redimi et manumitti debet. quod si dominus eum non vendat, sane extinguitur fideicommissa libertas quia hoc <casu> pretii computatio nulla intervenit.

Inst. 2, 24, 2

Itaque alienus servus redimi et manumitti debet: quod si dominus eum non vendat, [si modo nihil ex iudicio eius qui reliquit libertatem percepit, non statim extinguitur fideicommissaria libertas, sed differtur, quia possit tempore procedente, ubicumque occasio redimendi servi fuerit, praestari libertas].

I compilatori delle Istituzioni giustiniane, modificando la decisione gaiana, dicono: *non statim extinguitur fideicommissaria libertas, sed differtur*. Orbene: questa loro conclusione, diversa dalla decisione gaiana, è stata trasportata in un rescritto di Alessandro Severo (C. 7, 4, 6), si può dire parola per parola:

Deberi etiam alienae ancillae fideicommissariam libertatem placuit: [nec deficit hoc debitum, si interim domina, si modo nihil ex iudicio eius, qui quaeve reliquit libertatem, percepit, noluit vendere, quia possit tempore procedente, ubicumque occasio redimendae ancillae fuerit, praestari libertas].

È ovvio pensare che la trasposizione in tanto sia stata agevole in quanto la fece quel commissario che, prima di attendere alla compilazione del nuovo *Codex*, aveva atteso alla compilazione dei due primi libri delle Istituzioni imperiali; e, poichè Teofilo non fece parte della commissione incaricata di compilare il *Codex repetitae praelectionis*, e ne fece parte invece Doroteo, è naturale pensare che questi sia stato, e non Teofilo, il compilatore dei due primi libri delle Istituzioni di Giustiniano. Nè si obietti: i compilatori delle Istituzioni derivarono — come, del resto, P. Krüger suppone in nota al passo istituzionale — la loro decisione dal rescritto di Alessandro Severo, che poteva essere inserito, e già interpolato, nel primo *Codex*. Prescindendo dalla poca verosimiglianza di questa derivazione per altri motivi, essi avrebbero in questo caso richiamato nel passo delle Istituzioni, come solitamente richiamano, la fonte imperiale a cui attingevano, anche se la fonte era interpolata.

delle fonti onde derivano e costituiscono una esposizione continuata in cui è l'imperatore stesso che parla. Tuttavia il metodo di compilazione a catena è lo stesso, e il Ferrini (33) ha potuto con fini indagini stilistiche e storiche stabilire in modo quasi sempre sicuro la provenienza di ogni singolo passo. Pubblicate il 21 novembre 533, entrarono in vigore il 30 dicembre successivo insieme coi *Digesta*.

CODEX REPETITAE PRAELELECTIONIS. — E' la nuova edizione della compilazione delle costituzioni imperiali resasi necessaria dopo la raccolta ufficiale dei *iura*.

La preparazione dei *Digesta* era stata preceduta da un gruppo di costituzioni, intese a risolvere altrettante questioni controverse: se esse furono emanate per additare ai compilatori dei *iura* una soluzione certa, o per dare norma ai pratici che attingevano ai *iura* conformemente alla c. teodosiana, come ritiene il Bonfante (34) e a me par più probabile, è controverso. Sembra che col nome di *quingenta decisiones* venissero raccolte in volume nello stesso tempo in cui veniva ordinata la compilazione dei *Digesta* (35).

Inoltre, molte altre costituzioni furono emanate negli anni 531 e 532 per risolvere questioni nuove che nel corso della compilazione si presentavano e sono quelle che si chiamano, usando delle parole stesse di Giustiniano, le costituzioni *ad commodum propositi operis pertinentes* (36).

Ciò rendeva necessaria una nuova edizione del Codice per inserirvi le costituzioni nuove ed eliminare tutto quanto della prima edizione vi poteva contraddire. La nuova edizione fu affidata a Triboniano, a Doroteo e a tre avvocati. In meno di un anno fu anch'essa compiuta. Pubblicata il 16 novembre 534 con la costituzione *Cordi*, entrava in vigore il 29 dicembre successivo.

Il Codice è diviso in 12 libri: il I contiene la disciplina dei rapporti tra Stato e Chiesa, la trattazione delle fonti del diritto e degli *officia* delle varie magistrature; i libri II-VIII riguardano il

(33) *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *Opere* II, 307 sgg.

(34) *Storia del diritto romano* II⁴, 48 n. 2.

(35) *Sulle quingenta decisiones* v. S. DI MARZO, *Le quingenta decisiones di Giustiniano*, Palermo 1899-1900; P. KRUEGER, *Justinianische Entscheidungen streitiger Rechtsfragen im Codex und in den Digesten*, in *Festschr. für Bekker* (Weimar 1907) 1 sgg.; G. ROTONDI, *Scritti* I, 227 sgg.

(36) I rapporti tra le singole costituzioni dal febbraio 531 in poi e lo spoglio contemporaneo delle opere della giurisprudenza sono studiati da C. LONGO e da P. DE FRANCISCI.

diritto privato esposto secondo l'ordine edittale; il IX, il diritto penale; i libri X-XII, il diritto amministrativo e finanziario. I libri sono divisi in titoli, ciascuno con la sua rubrica: dentro i singoli titoli le costituzioni sono ordinate cronologicamente, ciascuna con una *inscriptio*, contenente il nome dell'imperatore e la indicazione del destinatario, e con una *subscriptio* che porta la data; le più ampie, come i frammenti dei *Digesta*, furono nella scuola divise in *principium* e paragrafi (37).

NOVELLAE (CONSTITUTIONES). — Sono le nuove costituzioni emanate dopo aver condotto a termine la raccolta dei *iura* e delle *leges*, dal 535 al 565. Pubblicate parte in latino parte in greco, sono soprattutto numerose negli anni dal 535 al 546 in cui Triboniano morì, e sono costituzioni talvolta molto ampie, in gran parte innovatrici, specialmente quelle che riguardano il matrimonio e la successione legittima.

Il proposito, da Giustiniano manifestato più volte, di fare delle Novelle una raccolta ufficiale, non fu attuato mai: ne abbiamo soltanto raccolte private. Di queste la più antica (intorno al 555) sembra l'*Epitome Iuliani*, cosiddetta dal nome del raccoglitore, un Giuliano, forse professore a Costantinopoli; contiene il riassunto latino di 122 Novelle. Collezione più ampia contenente 134 Novelle (le costituzioni fino al 556) è quella che va sotto il nome di *Authenticum*: curioso nome applicato a questa raccolta dal fatto che a torto nel secolo XI la scuola bolognese l'aveva creduta falsa: l'opinione oggi dominante è che sia stata preparata in Italia proprio nel secolo XI. Le Novelle non vi sono epitomate come nella precedente raccolta: le latine sono riferite nel testo originale, le greche in una traduzione latina non sempre fedele. Migliore di tutte è una collezione contenente tutte le Novelle, latine e greche, nella lingua originale, non anteriore al 575: essa comprende 168 Novelle, delle quali 153 di Giustiniano; le altre dei suoi successori, specialmente di Giustino II e di Tiberio II (38).

(37) In generale quanto al *Codex* si vedano da ultimo i fondamentali contributi di G. ROTONDI, *Studi sulle fonti del Codice giustiniano*, in *Scritti* I, 110 sgg.

(38) *Sulle Novellae* cfr. F. A. BIENER, *Geschichte der Novellen Justinians* (Berlin 1824), e le notevoli indagini di P. NOAILLES, *Les collections de Novelles de l'empereur Justinien I: Origine et formation sous Justinien* (Paris 1912); II: *La collection grecque des 168 Novelles* (1914).

Mentre le varie parti della compilazione giustiniana — *Institutiones*, *Digesta*, *Codex* — benchè entrate in vigore in tempi diversi (il 30 dicembre 529 le due prime; il 29 dicembre 534 la terza) si considerano nel loro organico complesso come un codice unico emanato nello stesso giorno, le Novelle derogano alle norme sancite nella compilazione e, tra Novella e Novella, la più recente deroga alla più antica. Dal secolo XVI in poi tutta l'opera giustiniana di compilazione e di legislazione è indicata col nome di *Corpus iuris* e, per distinguerla dall'analoga collezione del diritto canonico, detta *Corpus iuris canonici*, è indicata col nome di *Corpus iuris civilis*.

MANOSCRITTI ED EDIZIONI (39). — Il manoscritto più antico e autorevole dei *Digesta* è quello che oggi si conserva nella biblioteca Mediceo-Laurenziana di Firenze e di cui è stata fatta una riproduzione fototipica. È noto sotto il nome di *Florentina* o *littera Florentina* perchè nel 1406 fu preso dai Fiorentini come bottino nella guerra contro Pisa, dove era fin dal secolo XII. Appartiene al VI o al più tardi al VII secolo: posteriore di poco, quindi alla compilazione giustiniana. Altri manoscritti, d'origine assai più recente (dei secoli XI e seguenti), vanno sotto il nome di *littera Bononiensis* o *Vulgata*: sono dovuti al rifiorire dello studio del diritto romano nella Università di Bologna e risalgono ad un esemplare che dovette essere trascritto dalla *Florentina*, ma con correzioni tratte da altro manoscritto, pur esso antico: per ciò la lezione del manoscritto della *Florentina* può essere opportunamente corretta se i manoscritti della *Vulgata* si accordano su altra lezione.

Delle *Institutiones* abbiamo manoscritti che non risalgono oltre il IX secolo: uno dei più importanti è conservato nella biblioteca nazionale di Torino.

Del *Codex repetitae praelectionis* un manoscritto antichissimo coevo alla *littera Florentina* dei Digesti andò quasi tutto perduto: una piccola parte soltanto (*Codex rescriptus* veronese) si è salvata. Altri manoscritti sono a Pistoia, a Cassino, a Parigi ecc.

Una ricca tradizione manoscritta ha ciascuna delle varie collezioni di *Novellae*: il manoscritto più celebre è posseduto dalla biblioteca di S. Marco in Venezia.

(39) Cfr. P. BONFANTE, *Storia del dir. rom.* II⁴, 165 sgg.; F. SCHULZ, *Einführung in das Studium der Digesten* (Tübingen 1916) 2 sgg.; V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del dir. rom.* (Napoli 1931) 306-307.

Le vecchie edizioni del *Corpus iuris* si facevano in 5 volumi, seguendo la divisione fatta dai glossatori. Il primo conteneva il *Digestum vetus* (libri I-XXIV, 2); il secondo, il *Digestum infortiatum* (libri XXIV, 3 - XXXVIII); il terzo, il *Digestum novum* (libri XXXIX-L); il quarto, i primi nove libri del *Codex*; il quinto, finalmente, gli ultimi tre libri del *Codex*, le *Institutiones*, la versione vulgata (*Authenticum*) delle *Novellae* divisa in nove collezioni; inoltre due libri di diritto feudale che, insieme ad alcune leggi dell'impero, formavano la decima collezione.

Fra queste occupano un posto insigne le edizioni glossate.

Si chiamano glosse quelle note costituenti un commentario non interrotto al testo della compilazione giustiniana, con le quali i professori di diritto in Bologna spiegavano il diritto romano rinviano spesso ai passi paralleli e tentando di conciliare le antinomie. Erano inserite tra linea e linea del testo (glossa interlineare) o al margine del testo stesso (glossa marginale): le glosse dei vari glossatori, insieme riunite, costituiscono il cosiddetto *apparatus*.

Nel secolo XIII il grande Accursio raccolse le glosse sparse nei vari manoscritti, ne cavò il meglio, ne aggiunse del suo, e ne uscì così la Glossa ordinaria. Le edizioni glossate del *Corpus iuris* contengono appunto la glossa Accursiana. Alcune di queste edizioni glossate sono state arricchite di note e commenti. L'ultima edizione glossata fu quella stampata per cura del Feius a Lione nel 1627 in sei volumi.

La prima edizione critica delle singole fonti, compiuta dopo la collazione di più manoscritti e con severo acume, è quella dell'olandese Gregorio Aloandro (1529-1531); la prima edizione con il titolo "*Corpus iuris civilis*" fu fatta da Dionisio Gotofredo nel 1533; un notevole progresso rappresenta quella del Gebauer e dello Spangenberg (1776-1797), dove sono raccolti i risultati di due secoli di lavoro della scuola olandese. Alla fine del secolo scorso appartengono la magistrale edizione dei *Digesta* curata dal Mommsen in due volumi (1868-1870), eseguita sul manoscritto fiorentino nuovamente riscontrato, e quella pur tanto pregevole del *Codex* curata da P. Krueger (1877), nonché l'edizione scolastica di tutto il *Corpus iuris civilis*, per la quale il Mommsen prima e Paolo Krueger poi curarono i *Digesta* (15^a ed. 1928), P. Krueger le *Institutiones* e il *Codex* (10^a ed. 1929), lo Schoell e il Kroll le *Novellae*

(5^a ed. 1928). Una bella edizione critica dei *Digesta*, in formato maneggevole, è quella italiana, finita di pubblicare nel 1931 (40).

(40) **Modo di citazione delle fonti giustiniane.** — Un modo comune di citazione dei *Digesta* è oggi quello di premettere l'iniziale D e di far seguire i numeri indicanti il libro, il titolo, il frammento e, se vi sono, il *principium* o il paragrafo. Ad es., D. 41, 2, 1, 2 indica il passo che si trova nel libro 41^o, titolo 2^o, frammento 1^o, paragrafo 2^o. Analogamente si cita una costituzione del *Codex*: alla iniziale C si fanno seguire i numeri indicanti il libro, il titolo, la costituzione e, se vi sono, il *principium* o il paragrafo. Altro modo, ancora in uso, di citare i *Digesta* o il *Codex* è quello di premettere la lettera L (indicante legge), ovvero le lettere fr. (indicanti il frammento) o la lettera c. (indicante la costituzione); poi, se il testo contiene principio e paragrafi, le lettere pr. (indicanti il *principium*) o il numero del paragrafo; successivamente la iniziale D o C a seconda che si tratti di passo dei *Digesta* o del *Codex*, seguita dal numero del libro e del titolo. Così il passo citato come D. 41, 2, 1, 2 può anche essere citato nel modo seguente: l. (o fr.) 1 § 2 D. 41, 2: cioè legge 1^a, paragrafo 2^o del libro 41^o, titolo 2^o dei *Digesta*. Vi ha chi, invece di citare il numero del libro e del titolo, fa seguire l'indicazione della rubrica del titolo in questo modo: l. (o fr.) 1 § 2 D. *de adq(uirenda) v(el) am(ittenda) poss(essione)*; altri ancora indica insieme il numero del libro e del titolo e la rubrica del titolo così: l. (o fr.) 1 § 2 D. *de adq(uirenda) v(el) am(ittenda) poss(essione)* 41, 2.

Diverso era il modo di citare degli antichi. Essi citavano la legge (frammento e costituzione) e il paragrafo con le prime parole, poi facevano seguire le lettere ff. per errata interpretazione della II (iniziale di Πανδέκται) che trovavano in vecchi manoscritti. Così il nostro passo s'indicava nel seguente modo: l. *possessio § dominiumque ff. de adq(uirenda) v(el) am(ittenda) poss(essione)*.

Anche per le *Institutiones* un modo comune di citare consiste oggi nell'indicare dopo la iniziale maiuscola I (*Institutiones*) i numeri corrispondenti alle varie partizioni. Ad es. I. 1, 2, 1 indica il passo che si trova nel libro 1^o, titolo 2^o, paragrafo 1^o. Ma anche qui si usa pure premettere l'indicazione del paragrafo e quella del titolo (e così il nostro passo può esser citato anche nel seguente modo: § 1 I. 1, 2) e alcuni, invece del numero del libro e del titolo, riferiscono la rubrica di questo (e così invece di § 1 I. 1, 2, si cita § 1 I. *de rer(um) div(isione)*). Gli antichi, come usavano per i *Digesta* e per il *Codex*, così anche per le *Institutiones* citavano le parole iniziali del paragrafo anzi che il numero, e invece della iniziale maiuscola I, usavano la minuscola j (§ *et quidem j de rer(um) div(isione)*).

Per le *Novellae*, dopo le lettere Nov. si indica il numero della Novella e del capitolo (i capitoli alquanto lunghi sono pure divisi in principio e paragrafi) ovvero la prefazione e l'epilogo.

CAPITOLO III.

LA VALUTAZIONE CRITICA DELLE FONTI
DEL DIRITTO ROMANO GIUSTINIANO

Nel breve spazio di quattro anni, dal 530 al 534, *Digesta, Institutiones, Codex repetitae praelectionis* furono portati a compimento. Il lavoro compiuto dalle commissioni giustiniane, già poderoso se si fosse limitato a leggere, estrarre e ordinare il materiale raccolto veramente immenso — anche nel caso che lettura, estrazione, ordinamento avvenissero movendo da una compilazione postclassica e servendosi largamente di essa — suscita ancor più la nostra ammirazione e il nostro stupore, quando si tengano presenti il breve tempo impiegatovi, i torbidi politici scoppiati in quel tempo, la circostanza specialmente che il lavoro non fu soltanto compilatorio, ma anche e propriamente legislativo.

Che i passi della giurisprudenza e i testi delle costituzioni siano stati mutati dai compilatori liberamente per adattarli alle circostanze nuove, risulta da dichiarazioni esplicite dello stesso Giustiniano. Soprattutto nella c. « Tanta » (§ 10) l'imperatore ricorda di aver dato ai commissari la più larga facoltà a questo riguardo: « ... *si quid in legibus eorum vel supervacuum vel imperfectum vel minus idoneum visum est, vel adiectionem vel deminutionem necessariam accipiat et rectissimis tradatur regulis.... multa et maxima sunt, quae propter utilitatem rerum transformata sunt* » (1).

Cosicché nei *Digesta*, nelle *Institutiones*, nel *Codex* vi sono molte interpolazioni o, come usava dire un tempo, molti *emblemata Triboniani*. Si dicono interpolazioni (2), anche se propriamente non consistono in una *adiectio*, ma in una *mutatio* o anche in una

(1) Cfr. anche c. *Haec quae necessario* § 2; c. *Summa rei publicae* § 1; c. *Deo auctore* § 7; c. *Cordi* § 3.

(2) Sulle interpolazioni in generale, anche nelle fonti giuridiche fuori della compilazione giustiniana e nelle fonti letterarie, vedasi E. ALBERTARIO e G. PASQUALI, voce *Interpolazioni* in *Enciclopedia italiana* XIX (1933) 398-401.

deminutio. Il confronto coi testi della giurisprudenza e delle costituzioni imperiali direttamente pervenuti ne dimostra la frequenza e l'ampiezza: quantunque le costituzioni trasportate nel Codice giustiniano dal Codice teodosiano avessero, perchè emanate in età vicina alla compilazione, di minori adattamenti, pur risultano, attraverso il confronto, largamente modificate anch'esse (3).

La ricerca delle interpolazioni nella compilazione giustiniana non ha sempre ugualmente richiamato l'attenzione degli studiosi. Ed è naturale. Lo studio dei glossatori e dei postglossatori, dal secolo XI al XIV (4), della scuola olandese dei secoli XVII e XVIII, della scuola tedesca del secolo XIX, rivolto all'uso pratico, non doveva preoccuparsi molto, nè molto si preoccupava, di determinare se i passi dei *Digesta*, delle *Institutiones*, del *Codex* riproducessero l'originale testo dei giuristi romani e della cancelleria imperiale romana o fossero stati mutati dalle commissioni giustiniane. La ricerca suscitò invece nel secolo XVI l'interesse vivo della scuola culta, specialmente in Francia, quando, sotto la spinta dell'Umanesimo che portava all'ammirazione e alla ricostruzione dell'antichità classica, ritornò in onore anche lo studio diretto delle fonti del diritto romano, considerato come fulgida espressione del pensiero latino. Nella critica storica delle fonti giustiniane il grande Cuiacio (1522-1590) e l'acutissimo e versatissimo Antonio Fabro (1557-1624) giunsero a scoperte veramente insigni (5). Si può anzi

(3) Le interpolazioni delle costituzioni inserite nel Codice giustiniano e derivate dal Codice Gregoriano o dall'Ermogeniano o dal Teodosiano o dal gruppo delle Novelle posteodosiane furono con rara diligenza raccolte e ordinate da A. MARCHI nell'opera *Le interpolazioni risultanti dal confronto tra il Gregoriano, l'Ermogeniano, il Teodosiano, le Novelle posteodosiane e il Codice giustiniano*, in *Bull. ist. dir. rom.* 18 (1906) 5-114. Naturalmente non sempre queste interpolazioni risalgono direttamente ai compilatori, ma possono essere annotazioni fatte alle costituzioni, che i compilatori trovavano qualche volta già incorporate nel testo, più spesso attorno al testo. Ciò vale soprattutto per le interpolazioni esplicative con *id est, hoc est* etc.: cfr. E. ALBERTARIO, *Da Diocleziano a Giustiniano*, in *Conferenze per il XIV centenario delle Pandette* (Milano 1931) 367 sgg. Sulle interpolazioni del Codice giustiniano v. P. KRÜGER, *Die Interpolationen im justinianischen Codex*, in *Festgabe f. Güterbock*, Berlino 1910, 237 sgg.

(4) Isolatamente, come osserva il KANTOROWICZ, anche nei Glossatori si trova il rilievo di qualche interpolazione. Cfr. ACCURSIO, ad Ulp. XXX, 1, v. *aeaequata*.

(5) Cfr. E. ALBERTARIO, *I Tribonianismi avvertiti dal Cuiacio*, in *ZSSr* 31 (1910) 158 sgg.; A. DE MEDIO, *I Tribonianismi avvertiti da A. Fabro*, in *Bull.*

dire che furono gettate già nel secolo della scuola culta le prime basi di quella dottrina delle interpolazioni che si svolse, a tanta distanza di tempo, nell'ultimo cinquantennio. Ma quella scuola, nel perseguire il suo ideale storico-giuridico, si rivelò incredibilmente ingiusta verso Giustiniano e l'opera sua. Qualunque interpolazione, anche se rappresenta un vero progresso del diritto, è detta *facinus, flagitium, scelus*, e Triboniano è aggredito con male parole (6).

Dopo il 1880 la ricerca fu ripresa con critica più agguerrita e con spirito più scientifico e più sereno. La ripresa coincideva con un avvenimento di capitale importanza ormai imminente: l'entrata in vigore, con l'alba del 1900, del « *Bürgerliches Gesetzbuch* » in Germania e l'estinzione, per conseguenza, del vigore positivo del diritto romano giustiniano in Europa.

ist. dir. rom. 13 (1900) 208 sgg.; G. BAVIERA, *Ancora sui Tribonianismi avvertiti da A. Fabro*, in *Arch. giur.* 69 (1902) 398 sgg.; A. DE MEDIO, *Di nuovo sui Tribonianismi avvertiti da A. Fabro*, in *Bull. ist. dir. rom.* 14 (1901) 276 sgg.; E. ALBERTARIO, *La ricerca delle interpolazioni presso un discepolo di A. Fabro*, in *Studi Pavia* 2 (1913) 108 sgg.; E. ENDRICH, *Alcuni Tribonianismi avvertiti dai Culti d. scuola francese*, in *Studi econ.-giurid. Cagliari* 8 (1916) 248 sgg.; ID., *Alcuni Tribonianismi avvertiti da un seguace spagnolo dell'Alciato*, *ibid.* 9 (1917) 151 sgg. L'indagine, dopo la scuola culta, anche se rallentata dall'emergere dello scopo pratico che aveva lo studio del diritto romano, continuò tuttavia: cfr. MEISTER, *Dissertatio de principio cognoscendi emblemata Tribonianiana*, in *Sylloge selectorum opusculorum maxime ad ius civile eiusque historiam pertinentium*, Gottinga 1766; H. ECKHARD, *Dissertatio de interpolationibus legum easque cognoscendi principis*, in *Hermeneutica iuris civilis*, Jenae 1770: le due dissertazioni furono da me ripubblicate in *Studi Pavia* 2 (1913) 116-208; J. J. WISSENBACH, *Emblemata Tribonianiana*, 1700. Vedi anche E. ALBERTARIO, *Nota su alcuni Tribonianismi rilevati nelle « Praelectiones iuris civilis » di Ulrico Huber*, in *Filangieri* 35 (1910) 364 sgg.; B. BIONDI, *I Tribonianismi avvertiti da J. J. Wissenbach e da H. Eckhard*, Palermo 1911; L. LUSIGNANI, *Saggio di una raccolta di interpolazioni presso gli antichi*, Parma 1898. Un gran numero di interpolazioni, rilevate dagli antichi, è riferito in A. SCHULTING-N. SMALLENBURG, *Notae ad Digesta*, 1804-1835. In generale, sulla storia della ricerca delle interpolazioni v. SPANGENBERG, *Einleitung in das röm.-justin. Rechtsbuch*, Hannover 1817.

(6) Triboniano, dice il CUIACIO, adopera parole o *humilia* o *inepta*; certe parole di Triboniano, egli soggiunge, non *habent legitimum sensum*; che cosa vi può essere *inelegantius, stultius, insulsius* di certe soluzioni triboniane? si domanda a sua volta il Fabro. Lo SCHIFORDEGER lo apostrofa come *miser Tribonianus, proletarius in iurisprudencia*, lo accusa perchè *stulte abutitur iurisconsultorum auctoritate* e lo manda al diavolo: *sed abeas in malam rem*. Del resto anche il HUBER parla del *tumor eloquentiae tribonianaee* e dice Triboniano un *Graeculus semilatinus*.

Era ovvio che lo studio del diritto romano giustiniano non restasse esclusivamente, come per l'innanzi, dommatico, ma diventasse anche critico-storico: che il diritto romano giustiniano non si studiasse soltanto come quel diritto che alimentò di sé le moderne legislazioni, sorte in quei paesi dove esso era già stato, nella veste di diritto romano comune, legge positiva, ma che tutto il diritto romano si ricostruisse nel corso della sua evoluzione più che millenaria e il diritto giustiniano si analizzasse ne' suoi vari elementi costitutivi.

A ciò sospingeva anche il fiorire della nuova scienza del diritto comparato e lo spaziare delle nuove indagini su altri diritti antichi della Grecia e dell'Oriente.

Lo studio critico-storico del diritto romano ha per fine la ricostruzione di quei tre sistemi che si inquadrano nei tre periodi della storia di questo diritto che già abbiamo veduti e mira a scoprire quegli elementi non romani, a determinare e misurare le influenze esterne che sulla evoluzione del diritto romano operarono fortemente nell'ultimo periodo.

Un nobile e severo giurista nostro, Ilario Alibrandi, si avviò, quasi ignorato, sul finire del secolo scorso, per il nuovo cammino (7). Ma gli studiosi che elaborarono il nuovo metodo critico e ne fissarono le regole furono principalmente il Lenel (8), il Gradenwitz (9) e l'Eisele (10); in Italia Vittorio Scialoja (11), il Pampaloni (12) ed altri. Sorsero, così, i vari criteri per la ricerca delle interpolazioni.

(7) Cfr. principalmente *Delle azioni dirette ed utili*, in *Opere* 1, 149; *Del concorso delle azioni*, in *Opere* 1, 161; *Teoria del possesso*, in *Opere* 1, 215; *Dell'azione che davasi secondo l'antico diritto romano contro i curatori*, in *Opere* 1, 581.

(8) *Quellenforschungen in den Edictcommentaren*, in *ZSSt* 3 (1882) 104 sgg. e 4 (1883) 112 sgg.; *Das Edictum perpetuum* (1^a ed. 1883; 3^a ed. 1927); *Palinogenesia iuris civilis I-II* Lipsia 1889. Del LENEL vedansi poi gli studi pubblicati in *ZSSt* 39 (1918) 119 sgg.; 45 (1925) 17 sgg.; 49 (1929) 1 sgg.; 50 (1930) 1 sgg.; 51 (1931) 1 sgg.

(9) *Per traditionem accipere in den Pandekten*, in *ZSSt* 6 (1885) 56 sgg., 277; *Interpolationen in den Pandekten*, in *ZSSt* 7 (1886) 45 sgg.; *Interpolationen in den Pandekten*, Berlin 1887; *Interpolazioni e interpretazioni*, in *Bull. ist. dir. rom.* 2 (1889) 3 sgg.; *Textcritisches*, in *ZSSt* 14 (1893) 115 sgg. All'opera generale del GRADENWITZ, *Interp. in den Pandekten*, tiene dietro l'opera di H. APPLETON, *Des interpolations dans les Pandectes et des méthodes propres à les découvrir*, Paris 1894.

(10) *Zur Diagnostik der Interpolationen in den Digesten u. im Codex*, in *ZSSt* 7 (1886) 15 sgg.; *Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen*,

I) CRITERIO TESTUALE. - L'interpolazione emerge dall'esame del testo quale l'abbiamo nelle fonti giustiniane e quale ci è pervenuto attraverso le pregiustiniane, oppure dall'esame del testo riferito in due diverse sedi nelle fonti giustiniane (*lex geminata*).

Fr. Vat. 283 Diocletianus et Maximianus Aurelio Carrenoni C. 8, 54 (55), 2 Diocletianus et Maximianus Aurelio Zenoni

Si praediorum stipendiarium proprietatem dedisti ita, ut post mortem eius qui accepit ad te rediret, donatio inrita est, cum ad tempus proprietatis transferri nequiverit. si vero usum fructum in eam, contra quam supplicas, contulisti, usum fructum a proprietate alienare non potuisti.

Si praediorum proprietatem dono dedisti ita, ut post mortem eius qui accepit, ad te rediret, donatio [valet, cum etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest, lege scilicet quae ei imposita est conservanda.]

Fr. Vat. 12 Papinianus 3 responsorum D. 18, 6, 19 (18), 1 Papinianus 3 responsorum

Ante pretium solutum dominii quaestione mota pretium emptor restituere non cogetur, tametsi maxime fideiussores evictionis offerantur, cum ignorans possidere coeperit. nam

Ante pretium solutum dominii quaestione mota pretium emptor solvere non cogetur [nisi fideiussores idonei a venditore eius evictionis offerantur] (13).

in *ZSSt* 10 (1889) 296 sgg.; 11 (1890) 1 sgg.; 13 (1892) 118 sgg.; 18 (1897) 1 sgg.; *Weitere Studien zum Texte der Digesten*, in *ZSSt* 30 (1909) 99 sgg.; *Exegetica*, in *ZSSt* 35 (1914) 1 sgg.; *Beiträge zur röm. Rechtsgeschichte* 1896.

(11) *Per la critica delle Pandette*, in *Atti d. Congresso internaz. di sc. storiche* vol. IX, Roma 1903, 189 sgg.

(12) *Contributi alla determinazione degli emblemi nelle Pandette*, in *Arch. giur.* 55 (1895) 500 sgg.; 56 (1896) 3 sgg.

(13) Lo stesso nuovo principio i Giustiniani fissarono nel rescritto diocleziano conservatoci in C. 8, 44 (45), 24. Diocleziano, richiamandosi alla *auctoritas iuris*, consolidatasi col responso papiniano, scriveva: ...*cum in ipso li-*

usucapio frustra complebitur anticipata lite nec oportet evictionis securitatem praestari, dum in ipso contractus limine dominii periculum immineat.

Pauli Sententiae 3, 6, 43

Fundo cum omni instrumento rustico et urbano et mancipiis quae ibi sunt legato semina quaeque et cibaria debebuntur.

Collatio X, 8, 1, Alexander Mestrio militi

Incursu latronum ornamenta deposita apud interfectum ab eis perierunt: detrimentum ad heredes eius qui depositum recepit, qui dolum tantum praestare debuit, non pertinet. quod si praetextu latrocinii commissi res, quae in potestate heredis sunt, non restituuntur, tam depositi quam (ad exhibendum actio, sed et in rem vindicatio competit.

mine contractus immineat evictio, emptorem ad totius vel residui pretii solutionem non compelli iuris auctoritate monstratur. I Giustiniani alterano la risposta così: cum in ipso limine contractus immineat evictio, emptorem, [si satis ei non offeratur,] ad totius vel residui pretii solutionem non compelli iuris auctoritate monstratur.

D. 33, 7, 18, 9 Paulus 2 ad Vitellium

Item cum fundus ita legatus esset: 'Maevio fundum Seianum, ita ut optimus maximusque est, cum omni instrumento rustico et urbano et mancipiis quae ibi sunt' et quaereretur, an semina deberentur, respondit verius esse deberi [nisi aliud testatorem sensisse heres probaret].

C. 4, 34, 1 Alexander Mestrio militi

Si incurso latronum [vel alio fortuito casu] ornamenta deposita apud interfectum perierunt, detrimentum ad heredem eius qui depositum recepit, qui dolum solum [et latam culpam, si non aliud specialiter convenit], praestare debuit, non pertinet. quod si praetextu latrocinii commissi [vel alterius fortuiti casus] res quae in

potestate heredis sunt [vel quas dolo desiit possidere], non restituuntur, tam depositi quam ad exhibendum actio, sed et in rem vindicatio competit.

C. Th. 2, 25, 1 Constantinus Gerulo rationali trium provinciarum

In Sardinia fundis patrimonialibus vel emphyteuticariis per diversos nunc dominos distributis oportuit sic fieri divisiones ut integra apud possessorem unumquemque servorum cognatio permaneret.

D. 50, 17, 206 Pompon. 9 ex variis lectionibus

[Iure naturae] aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiolem.

C. Iust. 3, 38, 1 Constantinus Gerulo

Possessionum divisiones sic fieri oportet, ut integra apud successorem unumquemque servorum vel colonorum adscripticiae conditionis seu inquilinorum proxima agnatio vel adfinitas permaneret (14).

D. 12, 6, 14 Pomponius 21 ad Sab.

Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiolem (15).

2) CRITERIO STORICO. - L'interpolazione risulta dall'incompatibilità di un principio enunciato da un giureconsulto con lo stato del diritto classico in generale o con lo stato del diritto all'epoca di quel

(14) Sul dilatarsi dell'innovazione costantiniana, si in Occidente che in Oriente, entro l'età postclassica, cfr. E. ALBERTARIO, *D. 21, 1, 35*, in *Studi in onore di S. Riccobono* I, 643 sgg.

(15) È chiaro che, mentre il diritto classico, conservato ancora in D. 50, 17, 206, dichiara conforme all'*aequitas* che sia risarcito il danno giuridico, cioè quel danno che è lesione di un diritto (*iniuria*), non la privazione di un qualsiasi vantaggio, sia pur economicamente valutabile, il diritto giustiniano, sopprimendo il termine *iniuria*, fissa un principio nuovo, che fu il germe di quella dottrina dei cosiddetti atti emulativi, già elaboratasi entro il diritto giustiniano in materia di uso delle acque per scopi irrigui — cfr. S. PEROZZI, *Il divieto di atti di emulazione e il regime giustiniano delle acque private*, in *Arch. giur.* 53 (1894) 350 sgg. — e dilatata poi entro l'età medievale (cfr. V. SCIALOJA, *Aemulatio*, in *Enciclopedia giur. ital.* I p. II sez. I 426 sgg. e ora in *Scritti* 3, 216 sgg.).

giureconsulto o in più limitata misura con le opinioni di quel giureconsulto.

Nel fr. 1 D. 30, attribuito ad Ulpiano, si enuncia la regola: *Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis*; ma noi sappiamo che legati e fedecommessi avevano nel diritto classico una disciplina giuridica diversa e che soltanto successivamente l'ebbero uniforme (16). In D. 3, 5, 46 (47), 1 si fa dire a Paolo: *Nec refert directa quis an utili actione agat vel conveniatur, quia in extraordinariis iudiciis, ubi exceptio formularum non observatur, haec subtilitas supervacua est....*, mentre al tempo di Paolo la procedura *extra ordinem* era ancora eccezionale rispetto alla procedura ordinaria svolgentesi nella prima fase (*in iure*) davanti al magistrato, nella seconda (*in iudicio*) davanti al giudice (17). Nel fr. 1 § 1 D. 43, 31 si suppone nota ad Ulpiano la parificazione dell'*interdictum utrobi* all'*interdictum uti possidetis*, mentre ciò è in stridente contrasto col testo dell'editto che Ulpiano riferisce (18). Nel fr. 1 pr. D. 26, 1 Paolo direbbe che la tutela era data soltanto *propter aetatem*: evidentemente sono state omesse le parole *vel sexum*, perchè nel diritto classico le *feminae sui iuris*, anche se puberi, erano soggette a tutela (19). Gaio nel fr. 1 D. 26, 1 affermerebbe: *tutela plerumque virile officium est*, contrariamente a ciò che insegna ancora più tardi l'imperatore Alessandro Severo (C. 5, 35, 1): *tutelam administrare virile munus est*. Il *plerumque* nel testo gaiano è stato introdotto dopo la costituzione di Valentiniano III (C. 5, 35, 2) che ammise in qualche caso a gerire la tutela anche le donne. E così è di altre interpolazioni frequentissime.

3) CRITERIO LOGICO. - L'interpolazione è dimostrata dalla contraddizione tra le diverse parti del medesimo testo o tra le diverse parti del medesimo periodo o con altri testi del medesimo autore.

(16) L'interpolazione, vista già dalla Glossa, fu riaffermata dal CUIACIO (ed. Neap.) VII, 960; VIII, 995.

(17) L'interpolazione fu vista già dal FABRO, *Rationalia ad Pandectas* I, 428 e altrove; dal WISSENBACH, *Emblemata Tribon.* 18; dal SAVIGNY, *Vermischte Schriften* 2, 236 n. 3.

(18) L'interpolazione fu affermata già dal CUIACIO, *Opera* (ed. Neap.) IX, 1165.

(19) Il RUDORFF, *Vormundschaft* I, 29 suppose già omesse nel testo le parole « *eamve quae propter sexum* ».

Nel fr. 26 § 1 D. 16, 3 si attribuisce a Paolo questo responso sconclusionato: *Paulus respondit eum contractum de quo quaeritur depositae pecuniae modum excedere, et ideo secundum conventionem usurae quoque actione depositi peti possunt*. La conclusione contrasta con la premessa e l'*et ideo* è veramente senza senso (20). E nel fr. 62 § 1 D. 18, 1 si fa ragionare Modestino nel seguente modo stravolto: *Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit eius ne deciperetur*. Anche qui non ha senso negare la compravendita per dire poi che l'azione dalla compravendita nasce (21).

Spesso nello stesso testo cozzano soluzioni opposte, l'una che si dice conforme alla *subtilitas verborum*, allo *strictum ius*, al *ius subtile*, l'altra più benigna e più umana: la prima è la soluzione classica; la seconda, giustiniana, espressa con le forme: *sed placet, sed permittendum est, sed humana interpretatione placuit, res ita temperanda erit* etc. (22).

4) CRITERIO LOGICO-GIURIDICO. - L'interpolazione è lu-meggiata dalla enunciazione di una norma, seguita da restrizioni che la annientano o la invertono, oppure dalla enunciazione di una norma vigente in una specie, seguita da un'appendice che la deforma, perchè la estende ad una categoria più larga in cui quella specie rientra.

Caratteristico è l'uso di restrizioni desunte dalla *voluntas*, specialmente dalla *contraria voluntas* e introdotte con *nisi, nisi si, nisi forte*, le quali, se non distruggono la massima, la convertono in una norma dispositiva. Tra i moltissimi esempi cfr. il fr. 93 § 3 D. 32: *Quaesitum est an quod heredes fratribus rogati essent restituere, etiam ad sorores pertineret. respondit pertinere [nisi aliud sensisse testatorem probetur]*, e il fr. 243 D. 50, 16: *Scae-*

(20) L'interpolazione, sospettata dal LENEL, *Paling.* I, 1228 n. 1, fu ribadita dal LONGO (C.) in *Bull. ist. dir. rom.* 18 (1906) 129.

(21) Cfr. DE MEDIO, in *Bull. ist. dir. rom.* 16 (1904) 70.

(22) Cfr. F. PRINGSHEIM, *Ius aequum und ius strictum*, in *ZSSr* 42 (1921) 643 sgg.

vola respondit: semper acceptum est, ut libertorum appellatione etiam hi contineri intellegantur, qui eodem testamento vel posteriore loco manumitterentur, [nisi manifeste is, a quo peterentur, contra defuncti voluntatem doceret peti] (23).

Altre volte ad una *intentio in solidum* corrisponde una *condemnatio pro parte*: cfr. il fr. 25 § 9 D. 10, 2: *sed verius est... omnibus in solidum competere actionem et, si non praestetur via, [pro parte hereditaria] condemnatio fieri oportere* (24). Oppure, mentre è presupposto che l'obbligazione generica, per la sua stessa definizione, si estingue con la prestazione di una qualunque *species*, quando non è stato altrimenti convenuto, si avverte che la *species* non dev'essere nè l'*optima* nè la *pessima*, ma un oggetto *mediae aestimationis* (25). E così via.

5) CRITERIO LEGISLATIVO. - L'interpolazione è resa evidente dal modo con cui il legislatore si intromette nel discorso del giurista, sia per l'uso dello stile imperativo o della forma verbale rivolta al futuro (*sciat, faciat*) (26) o del tono autoritario, sia per l'uso dei generali enunciati o del *nos maiestaticum* (27) (ad es. *definimus, constituimus, generaliter sancimus, generaliter definiendum est, placet nobis* etc.).

Così si vieta il fidanzamento tra tutore o figlio del tutore e pupilla, come già tra queste persone era vietato il matrimonio nel diritto classico, imperativamente scrivendo in un testo (fr. 15 D. 23, 1) attribuito a Modestino: *scias tamen, quod de nuptiis tractamus, et ad sponsalia pertinere*. Si impedisce lo scioglimento del matrimonio del *captivus* nel fr. 6 D. 24, 2, attribuito a Giuliano (28) col peren-

(23) Cfr. O. GRADENWITZ, *Interpolationen* 170 sgg.; V. SCIALOJA, *Corso di ist. di dir. rom.* (ristampa, Roma 1934) 13.

(24) Cfr. BONFANTE, *La solidarietà classica delle obbligazioni indivisibili*, in *Scritti* 3, 373.

(25) Cfr. E. ALBERTARIO, *La qualità della specie nelle obbligazioni generiche*, in *Riv. dir. comm.* 23 (1925) I, 177 sgg.

(26) Cfr. S. RICCOBONO, *Prospectus montium*, Appendice, in *Arch. giur.* 76 (1906) 466 sgg. e in *Studi in onore di C. Fadda* I, 302 sgg.

(27) Cfr. M. PAMPALONI, in *Arch. giur.* 55 (1895) 500 sgg.; 56 (1896) 3 sgg.

(28) Già il CUIACIO, *Opera* (ed. Neap.) II, 886; IV, 502; VI, 414; VII, 878 affermò che in questo fr. *omnia fere verba sunt Tribonianii*.

torio precetto: *generaliter definiendum est, donec certum est maritum vivere in captivitate constitutum, nullam habere licentiam uxores eorum migrare ad aliud matrimonium...*: perentorio precetto contrastante con l'insegnamento di Paolo, che ripete ancora, mal conservato nel Digesto (fr. 1 D. 24, 2): *dirimitur matrimonium... captivitate*.

Gli esempi di queste interpolazioni si potrebbero moltiplicare.

6) CRITERIO SISTEMATICO O METODOLOGICO. - L'interpolazione è affermata per la non corrispondenza dell'istituto a quello che sappiamo esser stato trattato dal giurista in quel determinato libro della sua opera: si sono scoperte così molte sostituzioni di *pignus* a *fiducia*, di *actio pigneraticia* ad *actio fiduciae*, di *competens iudex* a *consul* o a *consules* etc.

Ulpiano non poteva occuparsi due volte, in due diverse sedi (libri 28° e 30°) del suo commentario all'editto, del *pignus* e dell'*actio pigneraticia*: nel libro 28° si occupava del *pignus* e dell'*actio pigneraticia*, nel 30° della *fiducia* e dell'*actio fiduciae* (29). Scomparso l'istituto della *fiducia* nel diritto giustiniano, i testi che la riguardavano furono adattati all'istituto affine del *pignus*.

In un'opera dedicata all'*officium consulis* sorprende il veder parlare, invece, di *officium* del *iudex* o del *competens iudex*: così nell'opera ulpiana *de officio consulis* sorprende il veder riconosciuta nella materia del diritto alimentare la competenza del *iudex* — un privato, nell'età ulpiana! — in luogo di quella del *consul* — un magistrato — come dovrebbe far pensare il titolo stesso dell'opera. Gli è che dappertutto in questa materia, dove era detto *consul*, i Giustinianeî sostituirono *iudex*.

Il criterio sistematico giova a scoprire altre notevoli interpolazioni.

Così, è assurdo pensare che l'editto pretorio contenesse l'identificazione: *ager vectigalis id est emphyteuticarius*, trattandosi di diversi istituti, caratteristicamente romano l'uno e greco l'altro, benchè aventi analogia di atteggiamenti e di finalità: l'identificazione è derivata dal lavoro dei Giustinianeî mirante a inserire l'istituto dell'enfiteusi nella loro compilazione.

(29) Cfr. O. LENEL, in *ZSSz* 3 (1882) 104 sgg.

Altre volte l'interpolazione è resa manifesta dal procedimento giustiniano di allacciare fra loro due testi in modo che, senza mutare una sola parola, per effetto del solo allacciamento, il principio classico è capovolto o sovvertito. Un esempio cospicuo ne abbiamo nell'allacciamento di questi due frammenti:

D. 11, 7, 5 Gaius l. 19 ad ed. prov. *Familiaria sepulchra dicuntur, quae quis sibi familiaeque suae constituit, hereditaria autem quae quis sibi heredibusque suis constituit,*

D. 11, 7, 6 Ulpianus l. 25 ad ed. *vel quod paterfamilias iure hereditario adquisiit. sed in utroque heredibus quoque ... licet sepeliri et mortuum inferre....*

Nell'ordinamento che i frammenti hanno entro il Digesto le parole *in utroque* significano inequivocabilmente « tanto nei sepolcri famigliari quanto nei sepolcri ereditari » essendosi fatto un solo periodo dei due testi di Gaio e di Ulpiano, ma nel testo ulpiano si riferivano alle due specie di sepolcri ereditari soltanto. Ulpiano scriveva: *Hereditarium sepulchrum est quod quis sibi heredibusque suis constituit vel quod paterfamilias iure hereditario adquisiit. sed in utroque etc.* (30).

7) CRITERIO FILOLOGICO. - L'interpolazione è fatta palese (31) o da locuzioni speciali ai commissari giustiniani (*sed melius est ut dicamus, satis inhumanum est etc.*),

(30) Cfr. L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians* I, 103 n. 22; E. ALBERTARIO, *Sepulchra familiaria e sepulchra hereditaria*, in *Filangieri* 35 (1910) 492 sgg.

(31) Contributi alla ricerca delle interpolazioni applicando il criterio filologico apportarono — oltre il GRADENWITZ, l'EISELE, il PAMPALONI, il RICCOBONO — anche F. MANCALEONI, *Contributo allo studio delle interpolazioni*, in *Filangieri* 26 (1901) 81 sgg. e 267 sgg.; C. FERRINI, *Note critiche ed esegetiche*, in *Bull. ist. dir. rom.* 14 (1901) 213 sgg.; S. DI MARZO, *Postille critiche ed esegetiche*, in *Arch. giur.* 70 (1903) 527-532; ID., *Bonae fidei contractus*, Palermo 1904; E. ALBERTARIO, *Hodie* (contr. alla dottr. delle interp.) Pavia 1911; ID., *La costruzione nisi-tunc enim ed altre somiglianti*, in *Filangieri* 36 (1911) 801 sgg.; ID., *Contributi alla critica del Digesto*, Pavia 1911; ID., *L'uso classico e l'uso giustiniano di extorquere*, in *ZSSSt* 32 (1911) 307 sgg.; ID., *L'uso di salubritas, salubris, salubriter*, in *Riv. di fil. e d'istr. class.* 57 (1929) 86 sgg.; ID., *Providentia*, in *Athenaeum* 15 (1928) 165 sgg.; ID., *Miscellanea critica*, ibid. 325 sgg.; ID., *Caritas*, in *Rend. Ist. Lomb.* 64 (1931) 375 sgg.; *Adventicius*, in *Rend. Ist. Lomb.* 64 (1931) 503 sgg.; G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsquellen* I, Tubinga 1910; II, Tubinga 1911; III, Tubinga 1913;

da verbi (*malle* per *velle*, *suggerere* per *suadere*, *promere*, *protelare*, *subiugare*, *adimplere* etc.), da sostantivi (*cumulus* per *summa*, *sacramentum* per *iusiurandum*, *indevotio*, *cautela*, *solacium*, *moderamen*, *opitulatio*, *medietas*, *mediocritas*, *posteritas* etc.), da aggettivi (*favorabilis*, *absimilis*, *rationabilis*, *resupinus* etc.), propri dei compilatori; dall'uso di pronomi e di particelle a loro speciali (*ipse* per *is*, *iste* per *hic*, *super* o *pro* per *de* etc.) o dall'uso di costruzioni grammaticali insuete nei testi classici (*si quidem - sin vero* o *sin autem*; *nisi - tunc enim*; *licet-attamen* etc.) o dall'uso di modi o costrutti assolutamente errati (*sciendum est, quod*; *permittendum est utilem actionem*; *senatores accipiendum est eos* etc.), o dall'uso di grecismi (*ad effectum perducere* = εἰς ἔργον ἄγειν, *dicendum est ut* = λέγειν ὅτι, *per omnia* = κατὰ πάντα, *licentiam habere* = ἀδειαν ἔχειν, *ostendere* = δεῖξαι οὐ δεικνύειν, *legi non offendere* = τῷ νόμῳ μὴ ἐναντιοῦσθαι, *securitatem dare* = ἀδειαν δίδόναι, *constitutus* = ὢν καθεστὸς, *in omnibus visionibus quas praeposuimus* = ἐπὶ πάντων τῶν εἰρημένων θεμάτων, *ipse* = αὐτός, *totum hoc* = πᾶν τοῦτο, *sicut et* = ὥσπερ καὶ, *amare* = πιερώς, *indiscrete* = ἀδιαστικτῶς οὐ σαφῶς, *iuvenis* = νέος, *substantia* = οὐσία, *confessio* = ὁμολογία, *studiosus* = σπουδαῖος, *neque iterum* = οὐδ' αὖ, *quid enim prohibet?* = τί γὰρ κωλύει; *quid ergo?* = τί οὖν; *nisi* (invece di *si non*) = ἀλλ' εἰ μὴ, *et nemo dicat* = καὶ μήτις λεγέτω, *aliquis dicet* = ἀλλ' ἔχει τις εἰπεῖν, *simplicitate gaudens et desidiae deditus* = τῇ ἀπραξίᾳ χαίρων καὶ ῥαθυμίᾳ ἐκδεδόμενος etc. (32).

IV, Tubinga 1920; V, Lipsia 1931; ID., *Miscellanea critica, Romanistische Studien, Textkritische Studien, Miscellen*, in *ZSSSt* dal 1922 in poi; ID., *Romanistische Studien*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 8 (1928) 279 sgg.; ibid. 10 (1930) 161 sgg.; ID., *Juristische Miniaturen*, Lipsia 1929; ID., *Opora*, Lipsia 1930 ecc.

(32) Ottimi studi sulla lingua e lo stile dei singoli giuristi da un lato e di Giustiniano dall'altro furono fatti principalmente da W. KALB, *Juristenlatein*, Norimberga 1888; ID., *Roms Juristen*, Lipsia 1890: cfr. i rilievi, che quest'opera provocò, del WÖLFFLIN, del GIRARD, del KÜBLER, dello SCHMALZ, del GRUPE, del CONRAT, del WEYMANN e, in particolare, di E. SCHULTZE, *Zum Sprachgebrauch der röm. Juristen*, in *ZSSSt* 12 (1891) 100 sgg.; ID., *Jagd nach Interpolationen in den Digesten*, Norimberga 1896-97; ID., in *Bursian's Jahresberichte* 89 (1896) 245 sgg.; ID., *Spezialgrammatik*², Lipsia 1923; ID., *Wegweiser in die römische Rechtsprache*, Lipsia 1912; H. LEIPOLD, *Ueber die Sprache des Juristen Aemil. Papinian*, Passau 1891; E. GRUPE, *Zur Sprache der gaianischen Insti-*

8) CRITERIO ESEGETICO. - L'interpolazione balza fuori dalla incongruenza o contraddizione tra due testi o due serie di testi: i compilatori spesso hanno mutato soltanto alcuni testi e serbato gli altri con valore storico.

In materia di possesso, ad es., si hanno testi che continuano a negare la possibilità di possedere cose incorporali (fr. 3 pr. D. 41, 2: *possideri autem possunt quae sunt corporalia*; fr. 4 § 26 D. 41, 3: *nec possideri intellegitur ius incorporale*; fr. 32 § 1 D. 8, 2: *natura servitutum ea est, ut possideri non possint*), e ve ne hanno altri, invece, che applicano alle cose incorporali il possesso e gli istituti possessorii (33): questi ultimi testi sono tutti quanti interpolati.

Nel fr. 5 § 11 D. 23, 3 Ulpiano ripete il comune insegnamento classico scrivendo: *Si pater pro filia emancipata dotem dederit, profecticiam nihilo minus dotem esse nemini dubium est, quia non ius potestatis, sed parentis nomen dotem profecticiam facit*; invece un rescritto diocleziano (C. 5, 18, 4), staccandosi da questa dottrina, considera come *profecticia* soltanto la dote costituita dal *paterfamilias* e non anche quella costituita dal *pater* per la figlia emancipata: *Dos a patre profecta, si in matrimonio decesserit mulier filia familias, ad patrem redire debet*. Evidentemente questo rescritto, perfettamente coordinantesi con le nuove costituzioni giustiniane (c. 31 § 3 C. 5, 12 e c. 1 § 13 c. C. 5, 13), è interpolato (34).

Il criterio esegetico fa scorgere l'interpolazione del testo, quando il richiamo a un istituto, diverso da quello di cui il giurista si sta occupando, è inserito saltuariamente, non continuamente, sì da sembrare anche ad un superficiale osservatore un elemento estraneo al testo stesso.

tutionenfragm. in Justinians Digesten, in *ZSSSt* 16 (1895) 300 sgg.; 17 (1896) 311 sgg.; 18 (1897) 213 sgg.; ID., *Gaius u. Ulpian*, in *ZSSSt* 20 (1899) 90 sgg.; F. EISELE, *Zur Latinität Justinians*, in *Beitr. z. röm. Rechtsgeschichte* 1 sgg. etc. Tra gli antichi cfr. C. A. DUKERUS, *Opuscula varia de latinitate iurisconsultorum vet.*, Lugd. Batav. 1711; B. BRISSONIUS, *De verbor. signif.* (1743).

(33) Cfr. S. PEROZZI, *Modi pretorî d'acquisto delle servitù*, in *Riv. it. sc. giur.* 23 (1897) 3 sgg., 167 sgg.; E. ALBERTARIO, *Corso di dir. rom.: Il possesso*, Camerino 1912-13; ID., *Il possesso romano*, in *Bull. ist. dir. rom.* 40 (1932) 38 sgg.

(34) Cfr. P. BONFANTE, *Ist. di dir. rom.*⁹ 198 n. 1 e *Corso di dir. rom.* I: *La famiglia*, 303 sgg.

Uno dei moltissimi esempi, che si potrebbero addurre, è il seguente (§ 12 Inst. 1, 26):

Novissime sciendum est eos, qui fraudulentè tutelam [vel curam] administrant, etiamsi satis offerant, removendos a tutela (35).

Lo stesso criterio permette di scorgere l'interpolazione di molti rescritti che, invece di riguardare un determinato caso, e precisamente quello sottoposto alla decisione imperiale, contemplanò astrattamente varie ipotesi.

Un esempio istruttivo se ne ha in C. 5, 43, 7 (Imp. Gordianus Gorgoniae): *Eum, quem ut suspectum tutorem [vel curatorem] accusas, pendente causa cognitionis abstinere ab administratione rerum tuarum, donec causa finiatur, praeses provinciae iubebit*.

L'accusato come sospetto doveva concretamente essere o un tutore o un curatore, non indifferentemente l'uno o l'altro e, secondo il regime classico, non poteva essere che il tutore (36).

Applicando in questo modo il criterio esegetico, si scoprono numerosissime interpolazioni in testi che riguardavano la tutela e nella compilazione giustiniana riguardano anche la cura dei minori; che riguardavano o legati o fedecommessi, deposito o comodato, e nella compilazione giustiniana riguardano e legati e fedecommessi, e deposito e comodato (37).

9) CRITERIO DIPLOMATICO. - L'interpolazione è facilmente supponibile nel testo della Fiorentina quando è gravemente scorretto: la scorrettezza può spesso derivare dalla difficoltà in cui si imbatte l'amanuense, che doveva copiare il testo classico con le annotazioni e cancellazioni dei compilatori, soprattutto quando questi indicavano di trasportare nel testo commenti postclassici marginali.

(35) Cfr. E. ALBERTARIO, in *ZSSSt* 32 (1911) 253 = *Studi di dir. rom.* 1, 420.

(36) Cfr. E. ALBERTARIO, in *ZSSSt* 32 (1911) 258 = *Studi di dir. rom.* 1, 424 sgg.

(37) Cfr., per la tutela e per la cura, E. ALBERTARIO, *Studi di diritto romano* 1, 407 sgg.; 427 sgg.; 475 sgg. e bibliografia ivi citata a p. 409 e 428; per i legati e fedecommessi, i rilievi sparsi in tutta la letteratura romanistica recente; per il deposito e il comodato, R. DE RUGGIERO, in *Bull. ist. dir. rom.* 19 (1907) 5 sgg.

Un esempio luminoso di interpolazione, dimostrata dalla grave scorrettezza del testo, abbiamo nel fr. 35 D. 21, 1 attribuito a Ulpiano: *Plerumque propter morbosa mancipia etiam non morbosa redhibentur, si separari non possint sine magno incommodo vel ad pietatis rationem offensam. quid enim si filio retento parentes redhibere maluerint vel contra? quod et in fratribus et in personas contubernio sibi coniunctas observari oportet.* Qui abbiamo un ablativo retto dal *sine* e legato ad un accusativo retto dall'*ad*, l'orribile sconcordanza *in fratribus et in personas coniunctas*, l'*observari* costruito una volta con l'ablativo, un'altra con l'accusativo (38).

Esistono interpolazioni tipiche, indice della fondamentale differenza tra diritto classico e diritto giustiniano: *dotis dictio*, espressione soppressa o sostituita da *dotis promissio*; *mancipatio*, *mancipare*, *mancipio dare*, interpolati in *traditio*, *tradere*, *per traditionem accipere*; *usucapio* delle *res soli* interpolata in *longa*, *diutina*, *per longum tempus possessione capio* degli immobili; *sponsio*, interpolata in *stipulatio*; *cernere*, *cretio* in *adire*, *aditio*; *recuperatores*, *decemviri*, *centumviri* o altri magistrati, interpolati in *iudex*, *iudices* etc.

Non tutti, naturalmente, i criteri hanno ugual valore. Strumento di delicatissimo uso è il criterio filologico (39); strumento di precisione, alla facile portata di tutti, è invece spesso (40) il criterio

(38) Cfr. E. ALBERTARIO, *D. 21, 1, 35*, in *Studi in onore di S. Riccobono* 1, 645 sgg.

(39) *Indices* e *Vocabolari* sono ora comodi sussidii per l'applicazione del criterio filologico alla ricerca delle interpolazioni, aggiuntisi all'eccellente *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts* del HEUMANN nella nuova ediz. (la nona 1907, rist. 1914) fatta con somma cura dal SECKEL; citiamo: P. P. ZANZUCCHI, *Vocabolario delle Istituz. di Gaio*, Milano (senza data); *Vocabularium iurisprudentiae romanae* (esce in fascicoli dal 1903 in poi); O. GRADENWITZ, *Heidelberger Index zum Theodosianus*, Berlino 1925; ID., *Ergänzungsband zum Theodosianus*, Berlino 1929; R. v. MAYR-M. SAN NICOLÒ, *Vocabularium Codicis Iustiniani*, Praga 1923-25; C. LONGO, *Vocabolario delle costituzioni latine di Giustiniano*, in *Bull. ist. dir. rom.* 10 (1897-98); E. LEVY, *Ergänzungsindex zu Jus und Leges*, Weimar 1930. Una raccolta delle parole, frasi, costrutti ritenuti indizio di interpolazione ha fatto il GUARNERI CITATI, *Indice delle parole frasi costrutti* etc., 2^a ediz., Milano 1927.

(40) Soggiungo questa limitazione perchè, come abbiamo già accennato e vedremo meglio in seguito, anche la genuinità delle fonti pervenuteci direttamente è tutt'altro che sicura.

testuale. Ma non raro è il caso che l'interpolazione sia dimostrata col concorso di più criterî.

In mezzo secolo di applicazione del nuovo metodo critico, se non può essere taciuto che l'exasperato ipercriticismo o l'uso maldestro ha portato a segnalare molte interpolazioni insussistenti, non può negarsi che una massa cospicua di interpolazioni è stata felicemente rintracciata e che in altri casi numerosi l'interpolazione, se non certa, è per lo meno dimostrata molto probabile (41).

Da circa un ventennio questo metodo critico si è raffinato ancora più.

Il sospetto, avanzato dal Cogliolo (42), dal Bekker (43) e da altri (44), che i testi giustiniani fossero stati alterati anteriormente alla compilazione giustiniana e che in essa fossero penetrate glosse interlineari o marginali fatte nel corso dell'età postclassica, si radicò fortemente in questi ultimi anni quando la critica poté dimostrare alterate da glossemi e da interpolazioni anche le fonti giuridiche direttamente pervenuteci (45). Si disse che soprattutto le

(41) Le interpolazioni via via segnalate vengono ora indicate in una raccolta promossa dal MITTEIS; cfr. E. LEVY e E. RABEL, *Index interpolationum quae in Justiniani Digestis inesse dicuntur*, voll. 1^o (con supplem.) e 2^o: il 3^o è in corso di stampa.

(42) *La storia del diritto romano e le interpolazioni delle Pandette*, in *Arch. giur.* 41 (1888) 188-200: «Io sono propenso a credere che della maggior parte delle interpolazioni negli scritti dei giuristi non siano autori i compilatori giustiniani, ma il lavoro delle scuole e le glosse forensi, perchè quegli scritti prima di giungere a Giustiniano si erano per più di due secoli fermati nelle scuole ove erano glossati e interpolati».

(43) *ZSSr* 25 (1904) 395: «Unter den Interpolationen in den Digesten möchte ich hiernach drei Gruppen unterscheiden. Vortribonianische, die den unabweislichen Bedürfnissen der Praxis entsprechend von dieser in den meist benutzten Autoren, also namentlich Ulpian und Paulus, ausgeführt waren. Tribonianische etc.».

(44) Cfr., ad es., C. FADDA, *Corso di dir. rom.: Teoria della proprietà* 1907, 6.

(45) Cfr. E. ALBERTARIO, *Lo sviluppo delle excusationes nella tutela e nella cura dei minori*, in *Studi Pavia* 1 (1912) 41 sgg. = *Studi di dir. rom.* 1, 427; ID., *Ancora sul glossema in Gai IV, 139*, in *Filangieri* 39 (1914) 69 sgg.; ID., *Glossemi nel Fr. Vat. 102*, Pavia 1920; ID., *Due osservazioni sul fragmentum de formula Fabiana*, in *Annali Univ. Perugia*, N. S. 1 (1921) 215 sgg.; ID., *Ancora sui glossemi nei Frammenti vaticani*, in *Rend. Ist. Lomb.* 55 (1922) 520 sgg.; ID., *Tituli ex corpore Ulpiani*, in *Bull. ist. dir. rom.* 32 (1922) 73 sgg.; ID., *Elementi postgaiani nelle Istituzioni di Gaio*, in *Rend. Ist. Lomb.* 59 (1926) 195 sgg. e 61 (1928) 285 sgg.; ID., *Ancora sulle fonti dell'obbligazione romana*, in *Rend. Ist. Lomb.* 59 (1926)

opere più frequentemente adoperate nell'uso della prassi e della scuola, cioè le opere dei giuristi indicati nella costituzione teodosiana, come quelle a cui doveva riferirsi il giudice nella applicazione del diritto, dovettero necessariamente essere annotate o per rimuovere dubbi e portare chiarimenti, o per ribattere possibili obiezioni e per addurre esempi, o per segnalare la caduta in desuetudine della norma riferita nel testo classico e annunciare l'affermarsi di un diverso principio o il sorgere di un nuovo istituto.

Dalla fine del III a quasi la metà del VI secolo, nell'Oriente e nell'Occidente (e nell'Oriente ancora più che nell'Occidente) il testo giuridico latino non poteva passare di generazione in generazione nella successiva serie dei manoscritti, come passava un testo letterario: un'orazione di Cicerone, o un'ode di Orazio, o una lettera di Plinio. Il testo giuridico serviva per l'applicazione pratica del diritto ed era base dell'insegnamento del diritto vigente; doveva per ciò essere annotato, e anche non raramente mutato, perchè le esigenze della pratica e dell'insegnamento stesso lo imponevano.

Qualche volta l'opera classica non fu soltanto annotata e in qualche punto mutata, ma anche completamente rielaborata.

In questo campo la critica ha, in breve tempo, conseguiti risultati notevolissimi. Si è potuto dimostrare che vi sono nei *Digesta* testi interi che non sono altro se non parafrasi postclassiche di un testo classico, pur riferito nei *Digesta* in altra sede, ed è radicato il convincimento che le alterazioni pregiustiniane superano, per ampiezza, le interpolazioni della commissione di Giustiniano. Dicendo così, per alterazioni pregiustiniane si intendono natu-

409 sgg.; ID., *Sui testi postclassici che annoverano l'Italia fra le provincie romane*, in *Riv. di fil. e d'istruz. classica* 55 (1927) 372; ID., *Miscellanea critica*, in *Athenaeum* 16 (1928) 325 sgg.; ID., *Vat. Fr. 90*, (contributo agli studi sulla origine della *possessio iuris*), in *Rend. Ist. Lomb.* 64 (1931) 145 sgg.; ID., *Da Diocleziano a Giustiniano*, in *Conferenze per il XIV centenario delle Pandette*, Milano 1931, 321 sgg.; G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsqu.*, passim (e così negli altri suoi contributi pubblicati successivamente con diverso titolo); F. KNIEP, *Gai Institutionum Commentarii* 1911-1914; F. SCHULZ, *Einführung in das Studium der Digesten* 17 sgg.; S. SOLAZZI, *Dalle Pandette al Gaio Veronese*, in *Conferenze per il XIV centenario delle Pandette*, Milano 1931, 79 sgg.; ID., *Glosse a Gaio*, puntata I in *Studi in onore di S. Riccobono* I; puntata II in *Studi per il XIV centenario della pubblicaz. delle Pandette e del Codice di Giustiniano*, a cura della Fac. di giur. della R. Univ. di Pavia 1934; etc.

ralmente sia quelle già penetrate nel testo classico prima di Giustiniano, sia tutto quel ricco apparato di note che doveva essere attorno al testo classico e che i commissari giustinianeî trasportarono, quando lo credettero opportuno, nel testo.

Le alterazioni pregiustiniane — prodotto del tempo che sta fra Diocleziano e Giustiniano — sono più propriamente glossemi, se scivolate inavvertitamente nel testo per svista di amanuense; sono vere e proprie interpolazioni, se l'alterazione del testo è stata voluta.

Così, proprio negli anni in cui erano già state scoperte tante interpolazioni da far pensare impossibile che pochi uomini, come erano i commissari giustinianeî, nel breve tempo che durò la compilazione, anche se agevolata da una compilazione privata anteriore, avessero potuto introdurre, la critica faceva un gran passo innanzi: mentre affermava il gran numero delle interpolazioni esistenti, con più squisita finezza d'analisi e con più viva sensibilità storica ne distingueva la diversa origine. Ed è oggi possibile, a nostro avviso, fissare alcuni criteri che, accertata l'alterazione di un testo classico, valgono a far scorgere in essa più l'origine pregiustiniana che l'origine legislativa.

Un preciso regolamento di confini, come spesso accade, non è agevole; tuttavia si possono addurre alcuni criteri da seguire in questa ricerca particolarmente delicata.

1) Le aggiunte esplicative fatte con *id est, hoc est; scilicet, videlicet; sicut, veluti*; le aggiunte con *vel, sive* sono in grandissima parte (46) di origine pregiustiniana: esse sono l'indice dell'opera elementare del più modesto annotatore e interprete in qualunque luogo e tempo: le *interpretationes* al Codice teodosiano ridondano di esplicazioni del testo imperiale fatte in questa forma.

Certamente pregiustiniana è l'esplicazione *id est proprietas* che leggiamo in D. 41, 1, 13 pr.: ... *dominium mihi [id est proprietas] adquiritur etiam ignorantibus*; l'esplicazione *id est ei qui*

(46) Dico « in grandissima parte », perchè queste aggiunte esplicative, che si trovano talvolta nelle stesse costituzioni giustiniane (cfr. P. JÖRS, in PAULY-WISSOWA, *Real-Encyclopädie* V, 540), possono essere anche, sebbene più raramente, dei compilatori.

proprietatem non habet in D. 23, 3, 66: ... *quoniam diximus usufructum a fructuario cedi non posse nisi domino proprietatis, et si extraneo cedatur [id est ei qui proprietatem non habet,] nihil ad eum transire...*; l'esplicazione *id est in unam sententiam decurrunt* in D. 2, 14, 1, 3: ... *qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, [id est in unam sententiam decurrunt]*; l'esplicazione *id est mero iure* in D. 41, 3, 4, 26 (27): *nec de via quis [id est mero iure] detruditur*, etc.

Come è indubitata la origine spuria di queste aggiunte esplicative, così è sicura la loro derivazione da annotazioni postclassiche, tanto è vivo il loro sapore scolastico. Con la prima esplicazione, ad es., l'annotatore trova opportuno ribadire che *dominum* e *proprietas* sono termini esprimenti lo stesso concetto, perchè nelle fonti si incontrano tutt'e due, ma nelle più recenti il secondo termine ha preso il sopravvento: con l'ultima trova opportuno insistere sul punto che la servitù (precisamente la *servitus viae*) è una *res incorporalis*, un *merum ius*.

2) Il richiamo dell'istituto greco accanto al corrispondente istituto romano, quando non sia classico (e assai spesso non lo è), è spiccatamente scolastico: così l'equiparazione della *possessio* alla *κατοχή* (D. 41, 2, 1 pr.: *possessio...* [*quam Graeci κατοχήν dicunt*]); dei *defensores civitatis* ai *σύνδικοι* (D. 50, 4, 18, 13: *defensores...* [*quos Graeci syndicos appellant*]). Queste equiparazioni non sono certamente classiche, perchè un giureconsulto classico non poteva ignorare che sostanziali equiparazioni non sono: quale giureconsulto avrebbe potuto confondere la *κατοχή* con la *possessio*? il *σύνδικος* col *defensor civitatis*? D'altronde, è assai più facile pensare che esse siano dovute all'opera di un annotatore, che a quella di una commissione legislativa. Ciò è provato anche dal fatto che nel manoscritto gaiano recentemente scoperto (PSI. XI nr. 1282) si trovano tra linea e linea versioni greche di parole latine, e soprattutto dal fatto che un'opera scolastica, com'è la Parafrasi teofilina, a queste equiparazioni ricorre volentieri (cfr. I, 11, 1: *ἡ δὲ νοθεσία ῥωμαϊκῆ φωνῆ λέγεται adoptiōν*).

Probabilmente anteriore alla compilazione giustiniana e derivata da una annotazione scolastica al testo di Gaio è l'equiparazione che noi ora leggiamo in Inst. 3, 25 pr.: *societatem.... to-*

torum bonorum [quam Graeci specialiter κοινοπραξίαν appellant], e dovuta più a una *interpretatio* postclassica che alla commissione preparatrice del codice giustiniano è l'equiparazione che troviamo fatta in C. 11, 7, 1: ... *balluca, [quae Graece χεύσαμμος appellatur]*, mancante nel corrispondente testo del Teodosiano (Th. 10, 19, 4) (47).

3) Sono da considerare piuttosto di origine dottrinale e non legislativa le interpolazioni fatte con parole o forme che non s'incontrano nelle costituzioni giustiniane: ad es. con *finge*, *fingamus*, *fortasse*, *fortassis*, etc.: parole che, come *fortasse*, *fortassis*, non sono mai nell'uso classico; forme (adoperate per posizioni di casi) che, come *finge*, *fingamus*, non lo sono sempre.

Sembrò facile un tempo (48), per quanto la più avveduta critica vi si opponesse (49), respingere la interpolazione di un passo inserito con *finge* o *fingamus*, *fortassis* o *fortasse*, adducendo il motivo che queste parole nelle costituzioni di Giustiniano sono irripetibili. Si ignorava che tra i giureconsulti classici e i compilatori giustiniani stanno i chiosatori postclassici e che parole come *finge*, *fingamus* erano adattatissime per introdurre esempi a chiarimento del testo quanto erano inopportune in costituzioni imperiali; che parole come *fortassis* e *fortasse*, se non sono nell'uso dei compila-

(47) Così anche dicasi dell'istituto greco corrispondente al *contractus* romano ricordato in D. 50, 16, 19: *contractum* ... [*quod Graeci συνάλλαγμα vocant*], come già vide bene il DE FRANCISCI, *Συνάλλαγμα* 2, 341; così della esplicazione *quae Graeci παράφρασα dicunt* in D. 23, 3, 9, 3: interpolazione, secondo il CASTELLI (*Scritti giuridici* 73 sgg.), glossema secondo il DE FRANCISCI (*Συνάλλαγμα* 2, 330) e me.

(48) Cfr. A. BERGER, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft* 1912, 426 e 427. Per negare l'origine spuria di passi aperti da *finge*, il BERGER si limita a scrivere: « Ein Hinweis auf KALB, *Jagd* S. 28, der hervorhebt, dass *finge* bei Justinian nicht vorkommt, genügt ». Cfr. anche W. KALB, *Jagd* 21 il quale, a proposito di D. 39, 4, 12, § 2, scrive: « Hier haben wir in *fortassis* ein Echtheitskriterium. Es fehlt bei Justinian ganz, ebenso wie *fortasse*, das ja handschriftlich mit jenem leicht verwechselt werden konnte ».

(49) Cfr. V. SCIALOJA, in *Bull. ist. dir. rom.* 11 (1899) 66 n. 3; S. DI MARZO, in *Mélanges Girard* 2, 146-149; P. KRÜGER, *Deutsche Literaturzeitung* 1912, 2736; P. DE FRANCISCI, *Συνάλλαγμα* 1, 129 n. 1. Cfr. anche E. ALBERTARIO, in *Studi Pavia* 2 (1913) 117 n. 3.

tori di Giustiniano, abbondano nelle fonti giuridiche postclassiche, sia nelle costituzioni del codice teodosiano (24 volte), sia nelle novelle posteodosiane (11 volte), sia nelle costituzioni romano-elleniche inserite nel Codice giustiniano (50), sia soprattutto nella *interpretatio* al Teodosiano (34 volte), nella *interpretatio* alle *Sententiae* di Paolo (5 volte), sia in altre fonti (16 volte). Il largo uso del *fortasse* e del *fortassis* nelle *interpretationes* occidentali induce fondatamente a ritenere — anche se altra considerazione non soccorresse — che non diversamente avvenisse nell'Oriente postclassico (51).

Così, quando in D. 4, 4, 3, 6 leggiamo: *Si quis minor viginti quinque annis adrogandum se dedit et in ipsa adrogatione se circumventum dicat, [finge enim a praedone eum hominem locupletem adrogatum]: dico debere eum audiri in integrum se restituentem*, dovremo riconoscere senza esitazione nell'esempio fatto col *finge* — certamente non classico — una glossa postclassica incorporatasi poi, per opera di amanuense postclassico o dei compilatori giustiniani, nel testo ulpiano (52). Quando leggiamo in D. 32, 55, 7: *Si lignum sit paratum ad carbonem coquendas atque conficiendas, ait Ofilius libro quinto iuris partiti carbonum appellatione huiusmodi materiam non contineri: [sed an lignorum? et fortassis quis dicet nec lignorum: non enim lignorum gratia haec testator habuit]*, non dovremo esitare ad attribuire l'obiezione *sed an lignorum* etc., certamente non ulpiana — come altri indizi (*quis dicet!*) rivelano — a un glossatore postclassico, anzi che ai compilatori giustiniani (53).

(50) *Fortasse* e *fortassis*, come esulano dalle costituzioni giustiniane, così mancano nelle costituzioni dei primi tre secoli. La constatazione è piena di significato.

(51) È interessante rilevare che un inciso con *fortassis* in D. 30, 47, 3 apparve già più glossema che interpolazione al THIELMANN, *De obligatione alternativa* (diss. Berlino 1866) 55 sg. e che il nostro SCIALOJA reagì contro la conclusione della genuinità del *fortassis* che il KALB voleva trarre dal non uso di questa parola nelle costituzioni giustiniane osservando, fra l'altro, che «molte volte l'interpolazione fu fatta con elementi già pronti nelle note di scuola».

(52) Commenti postclassici con *fingamus* ved. in D. 21, 2, 32, 1 (SCHULZ, *Einführung* 26); D. 46, 4, 8 pr. (SCHULZ, *Einführung* 23) etc.

(53) La glossa postclassica, anzi che l'interpolazione giustiniana, qui può esser ribadita dalla constatazione che questo passo ulpiano ci si ripresenta

4) Le soluzioni dubbiose; le motivazioni incerte, espresse principalmente con *forte*, *forsan*, *forsitan*, *fortasse*, *fortassis*; i quesiti lasciati senza risposta, sono opera inverosimile di un legislatore: costituiscono per tanto interpolazioni dottrinali e non legislative.

Sono, queste, interpolazioni che hanno la origine scolastica più sicura. La commissione giustiniana è commissione legislativa: se molte volte può essere difficile decidere quando ci troviamo di fronte a un'interpolazione giustiniana, quando a una pregiustiniana, possiamo essere certi di trovarci di fronte a una interpolazione giustiniana quand'essa è formulata con l'aulico e reciso *nos maiestaticum (constituimus, generaliter sancimus)*, con l'autoritario *dubitari non oportet* o altra espressione simile, con lo stile imperativo o con la forma rivolta al futuro (*sciat, faciat, licentiam habeat, officio iudicis terminetur*); possiamo esser certi, invece, di trovarci di fronte a una interpolazione pregiustiniana, quando una soluzione o motivazione — riconosciuta non genuina — esprime uno stato di incertezza e di dubbio: stato rappresentativo della discussione e della prudenza scolastica, del lavoro e del tormento critico. Un legislatore, che affaccia dubbi e pone interrogativi, incerto tra due soluzioni diverse o opposte, senza un preciso senso della *ratio* delle sue norme e del loro valore, è un legislatore irrealista tanto più quando è nel chiaro ed esplicito proposito di questo legislatore rimuovere *dubietates* e *ambiguitates*. Si aggiunga che queste soluzioni incerte e motivazioni dubbiose sono molte volte espresse con *fortasse* e *fortassis*: parole nè del vocabolario classico nè del vocabolario giustiniano, sì bene del vocabolario postclassico occidentale e orientale; si aggiunga ancora che queste parole si aggiungono a frasi grecizzanti proprie di commenti scolastici (*fortassis quis possit dicere; fortasse quaeritur sit aliquis; fortassis quis dixerit* etc.); si aggiunga inoltre che nelle fonti pervenuteci indipendentemente dal tramite della legislazione giustiniana spiegazioni e motivazioni incerte con *forte*, *forsitan*, *fortassis*, *fortasse*, sono riconducibili, e furono per verità dalla critica già ricondotte, all'opera di commentatori postclassici del testo clas-

anche in D. 50, 16, 167, sostanzialmente non mutato, ma più abbreviato: questa forma più abbreviata troveremmo anche in D. 32, 55, 7 se le parole *sed an lignorum* etc. non fossero state prima nel testo classico o attorno ad esso.

sico (54); si aggiunga finalmente che il *fortassis* ci si presenta in un testo ulpiano riferito nella *Collatio* e nei *Digesta* (55): esclusa — com'è da escludere (56) — la sua origine classica, non può appartenere che a un commento pregiustiniano che si è aggiunto al testo inserito nelle due diverse sedi.

Tra i molti esempi, basterà richiamarne qualcuno.

In D. 44, 6, 3 leggiamo: *Rem de qua controversia est prohibemur in sacrum dedicare: alioquin dupli poenam patimur, nec immerito, ne liceat eo modo duriores adversarii condicionem facere. [sed duplum utrum fisco an adversario praestandum sit, nihil exprimitur: fortassis autem magis adversario, ut id veluti solacium habeat pro eo, quod potentiori adversario traditus est].*

Il secondo periodo è certamente aggiunto al testo classico (57). Ma non è lecito dubitare, da chi: l'aggiunta può esser soltanto l'opera di un commentatore che non sa decidersi tra *fiscus* e *adversarius* e proprende più — senza risolutamente decidersi — per l'*adversarius* anzi che per il *fiscus*: non è lecito attribuire questa incertezza a irrisolutezza alla commissione legislativa di Giustiniano.

In D. 39, 3, 14, 1 leggiamo: *Cum agitur aquae pluviae arcedae, de facto quod nocet quaeritur: ideoque si vitio loci pars aliqua soli subsedit, quamvis per eam causam aqua pluvia inferiori noceat, nulla competit actio. [idem fortasse dicitur, si in agro manu factum aliquid subsederit].*

(54) Cfr. Gai Inst. 2, 64 dove le parole *sed hoc forsitan-solvatur* sono un glossema (BESELER, *Beiträge* 3, 83; KNIEP, *Comm. sec. I*, 1912, 210; ALBERTARIO, *Rend. Ist. Lomb.* 59, 1926, 6 estr.); Gai 2, 233-234 dove le parole *tutor verodatur* sono pure un glossema (BESELER, loc. cit.; KNIEP, *Comm. sec. II*, 1913, 383; ALBERTARIO, loc. cit.); *Collatio* 12, 7, 8 dove sono intruse le parole *sed non proponit — cautionem* (BESELER, *Beiträge* 3, 83; SCHULZ, *Einführung* 22-23).

(55) Coll. 12, 7, 8 = D. 9, 2, 27, 10.

(56) Cfr. BESELER e SCHULZ, nei luoghi citati.

(57) Cfr. MITTEIS, *Mélanges Girard* 2 (1912) 225; DI MARZO, *Mélanges Girard* 2, 145 sgg.; BESELER, *Beiträge* 3, 90.

L'ultimo periodo non appartiene al giurista classico (58), ma non può nè pure essere giustiniano (59): riflette l'incertezza di un commentatore, non è l'espressione di una volontà legislativa (60).

5) Le avvertenze, espresse con la forma *notandum quod* od altra simile; le obiezioni prevenute, frequentemente concretate in una forma grecizzante (*fortassis quis dicat, fortassis quis possit dicere, illud fortasse quaesiturus sit aliquis, fortassis quis dixerit, fortassis quis recte dixerit, forsitan addubitet quis, dicet aliquis, dixerit aliquis, sed aliquis dicet* = ἀλλ' ἔχει τις εἰπεῖν, nec quisquam dicat = καὶ μή τις λεγέτω); i ragionamenti diluiti in forma interrogativa (*quare non dicemus? quare non dicas?*) combinata anche e soggiunta ad altra forma interrogativa (*quid enim si? cur ei non consulatur, cur non possit, cur absolute diximus, cur non dicamus?*), oppure svolti con *quid ergo est?* = τί οὖν; le distinzioni, dilucidazioni, ripetizioni; le posizioni di casi, fatte con *ut puta, ut ecce, verbi gratia, pone, ponamus*, soprattutto con *finde, fingamus*; le conclusioni poste con *ex quo apparet, ex quo colligi potest, secundum hoc, secundum haec* etc., sono avvertenze, obiezioni, ragionamenti, distinzioni, dilucidazioni, ripetizioni, posizioni di casi, conclusioni, che costituiscono l'ampio tessuto più volte secolare intorno al testo classico: lavoro scolastico, non opera legislativa di Giustiniano.

Notandum, adnotandum, animadvertendum quod è forma d'avvertenza parallela alla forma greca *σημειῶσαι*, che noi incontriamo dappertutto, dove c'è un commento greco a un testo giuridico latino. Quei pochi residui commenti che ci conservano i *Fragmenta Sinaitica* sono ridondanti dell'avvertenza del maestro che commenta, fatta in questa forma: *σημειῶσαι τοῦτο, καὶ μή* etc., *σημειῶσαι τὸ δotali*,

(58) Cfr. BESELER, *Beiträge* 3, 88.

(59) Cfr. anche D. 2, 1, 9 (BESELER, *Beiträge* 3, 83); D. 5, 4, 1, 3-4 (BESELER, *Beiträge* 3, 84-85); D. 3, 3, 43 pr. (BESELER, *Beiträge* 3, 84); D. 2, 8, 2 (BESELER, *Beiträge* 3, 83) etc.

(60) Per i quesiti lasciati senza risposta cfr. D. 4, 3, 18, 1 (BESELER, *Beiträge* 1, 62); D. 17, 2, 59 pr. (BESELER, *Beiträge* 1, 66); D. 20, 1, 16, 4 (BESELER, *Beiträge* 1, 66); D. 5, 3, 49 (BESELER, *Beiträge* 2, 38) etc.

σημειῶσαι ὅτι, σημειῶσαι ὡραῖον, σημειῶσαι ὅτι, σημειῶσαι: chi scorre gli scollii disseminati nei Basilici raccoglie esempi a piene mani. Non si esclude che *notandum, adnotandum, animadvertendum quod* siano locuzioni adoperate anche dai giureconsulti; ma bisogna convenire che, quando si presentano nei *Digesta* in parti non genuine dei testi classici, stanno ad indicare l'avvertenza del maestro che commenta e non della commissione giustiniana. Il legislatore non si attarda a far rilevare cosa che si ricava dal testo anche se egli non ce lo dice (61).

Altrettanto dicasi delle conclusioni con *ex quo apparet, ex quo colligi potest, secundum hoc, secundum haec*: conclusioni che poteva formulare anche (soprattutto in opere elementari) un giureconsulto classico ma che, quando si rivelano spurie nei *Digesta*, sono da attribuire al lavoro delle scuole postclassiche e non all'opera diretta dei Giustiniani (62). Basterà richiamare un esempio per tutti. In D. 24, 1, 5, 9-10 (Ulpiano) leggiamo: *Haec res et illud suadet, si uxori maritus sepulturae causa donaverit, ita demum locum fieri intellegi mulieris, cum corpus humatur: ceterum antequam fiet religiosus, donantis manet. proinde si distraxerit mulier, manet locus donatoris. [Secundum haec si uxori suae monumentum purum maritus magni pretii donaverit, valebit donatio, sic tamen, ut, cum fit religiosus, valeat]*. Evidentemente, la chiusa *secundum haec* etc. non è certo ulpiana, tanto è inutile, ma non è neppure della commissione giustiniana (63).

(61) Su *notandum quod* cfr. BESELER, *Beiträge* 1, 53 sgg., dove l'esegesi di alcuni testi è certamente felice; v. anche PRINGSHEIM, *Beryt u. Bologna*, in *Festschrift f. Otto Lenel* 248-249. Qualche volta il testo è alterato, perchè incorpora un *notandum* che era a margine del testo, posto a richiamare l'attenzione dell'allievo: così in D. 21, 1, 25, 7: *sed [notandum est, quod] non permittitur*: in D. 25, 4, 1, 5: *et [notandum, quod] non permittitur*; in D. 39, 2, 15, 3: *[Notandum, quod] non [etiam] de loci vitio, sed de operis tantum cavetur etc.*

(62) Cfr. BESELER, *Beiträge* 1, 57 sgg.; 3, 154 sgg.

(63) Notevole è il rilievo dato nella ricapitolazione scolastica al *monumentum magni pretii*, come per affermare in ogni caso la validità di un *monumentum parvi pretii*, secondo la tendenza bizantina da me illustrata nello studio *Le valutazioni quantitative nel diritto giustiniano e nelle legislazioni moderne* in *Riv. dir. comm.* 20 (1922) 1, 679.

Nè minore probabilità di derivare da considerazioni scolastiche hanno le obiezioni esposte in forma interrogativa, senza che segua una risposta. Il legislatore pone norme: non solleva quesiti. Ai quesiti, che interiormente si ponesse, risponderebbe concretamente introducendo norme nuove che li risolvano. Invece, il sollevar quesiti, l'eccitare la discussione, e perfino l'immaginar difficoltà inesistenti, è proprio dell'opera e dell'esercitazione scolastica. In D. 6, 2, 1, 1 Ulpiano scrive: *merito praetor ait: 'nondum usucaptum': nam si usucaptum est, habet civilem actionem nec desiderat honorariam*. Nel successivo § 2 segue l'interrogazione: *sed cur traditionis dumtaxat et usucapionis fecit mentionem, cum satis multae sunt iuris partes, quibus dominium quis nancisceretur? ut puta legatum*. Interrogazione non certo di Ulpiano (*satis multae! — iuris partes — sunt, quibus nancisceretur*), ma nè pure dei Giustiniani, sui quali incombeva ben altro che fingere difficoltà chimeriche (64).

Delle posizioni di casi, specialmente con *finge, fingamus*, abbiamo già detto: quando non sono classiche, la loro origine scolastica postclassica, anzichè legislativa, è ribadita dalla constatazione che *finge, fingamus* sono — come abbiamo avvertito — parole estranee al vocabolario di Giustiniano. Qui ci possiamo limitare a segnalare un esempio di distinzioni o di dilucidazioni o di ripetizioni che nè sono classiche nè possono essere giustiniane.

In D. 35, 2, 9 leggiamo: *In Falcidia placuit, ut fructus postea percepti, qui maturi mortis tempore fuerunt, augeant hereditatis aestimationem fundi nomine, qui videtur illo in tempore fuisse pretiosior. [Circa ventrem ancillae nulla temporis admissa distinctio est nec immerito, quia partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur]*. La genuinità di quest'ultimo periodo è stata negata dal Beseler (65) e dal Pringsheim (66), a mio avviso correttamente; ma l'osservazione in esso contenuta non ha affatto carattere legislativo.

(64) Cfr. BESELER, *Beiträge* 2, 85 sgg.

(65) *Beiträge* 2, 44.

(66) *Beryt u. Bologna*, in *Festschrift f. O. Lenel* 231.

In D. 42, 1, 43 si dice: *Paulus respondit eos, qui una sententia in unam quantitatem condemnati sunt, pro portione virili ex causa iudicati conveniri, [et si ex sententia adversus tres dicta Titius portionem sibi competentem exsolvit, ex persona ceterorum ex eadem sententia conveniri eum non posse]*.

Dalle parole *et si* sino alla fine il testo è spurio (67). Ma è chiaro che la dilucidazione inutile, ch'esso contiene, non può appartenere ai Giustiniani. È un esempio postclassico che ricalca ciò che è già fatto palese dalle parole *pro portione virili*.

In D. 47, 20, 3, 1 si legge: *Stellionatum autem obici posse his, qui dolo quid fecerunt, sciendum est, scilicet si aliud crimen non sit quod obiciatur. quod enim in privatis iudiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio. [Ubicumque igitur titulus criminis deficit, illic stellionatus obiciemus]*. Non sfugge ad alcuno che quest'ultimo periodetto non fa che riassumere il carattere di sussidiarietà del *crimen stellionatus*, affermato nella parte del testo che precede. Classico certamente non è; certamente anche non giustiniano: espressione, invece e soltanto, di un commento postclassico che ripete per ribadire, come tant'altre volte il commento postclassico fa.

6) Le generalizzazioni espresse con *et ceteri, et omnes, et alii, et similes*, sono pur esse caratteristico prodotto scolastico anche se più volte furono i Giustiniani a trasportarle nel testo e senza molta attenzione.

Diciamo: senza molta attenzione, perchè ciò, che così viene inserito nel testo, si rivela nettamente come un elemento estraneo al testo originario. Così, quando in D. 2, 14, 7, 6 leggiamo: *Adeo autem bonae fidei iudiciis exceptiones postea factae, quae ex eodem sunt contractu, insunt, ut constet in emptione [ceterisque bonae fidei iudiciis] re nondum secuta posse abiri ab emptione*. È evidente che il giurista qui applicava il principio generale soltanto alla compravendita, come rivelano le ultime parole: *ab emptione*. Ma l'aggiunta *ceterisque bonae fidei iudiciis* è nata nella scuola e,

(67) Cfr. GRADENWITZ, in *ZSt* 7 (1886) 65.

slittata come glossema nel testo, lo ha reso formalmente incongruente.

Accadde qui, del resto, quel che accadde in altro testo, in D. 22, 1, 34: *Usurae vicem fructuum optinent et merito non debent a fructibus separari: et ita in legatis et fideicommissis et in tutelae actione et in ceteris iudiciis bonae fidei servatur*. Che Ulpiano, l'autore del frammento, sia l'autore di questa generalizzazione, è assurdo pensarlo: egli ben sapeva che il *iudicium tutelae* era un *iudicium bonae fidei*; che non *bonae fidei* era quello per il legato; che, finalmente, al di fuori della distinzione tra *iudicia bonae* e non *bonae fidei* stava l'azione per il fedecommesso (*extra ordinem*). Il commentatore postclassico accanto a *tutelae actione* non inopportuna avvertiva che *usurae vicem fructuum optinent* non soltanto in questa azione di buona fede, ma in tutte le altre; e, finchè era annotazione marginale alle parole *et in tutelae actione*, diceva cosa esattissima. Ma quando da un amanuense fu poi incorporata nel testo dove non si parlava soltanto della tutela, ma anche del legato e del fedecommesso, cominciò a non trovarsi più a posto e a guastare il testo in cui veniva inserita.

Così, quante volte troviamo *quod et in omnibus bonae fidei iudiciis erit dicendum*, oppure *eadem dicenda sunt communiter et in bonae fidei iudiciis*; quante volte accanto a un contratto troviamo la generalizzazione *et ceteri contractus*, accanto a un delitto la generalizzazione *et cetera maleficia*, e così via, è fondata congettura pensare che queste generalizzazioni abbiano la loro prima origine nei commenti postclassici, anche se molte volte furono i Giustiniani a trasferirle nei testi, nella fretta della compilazione, e col risultato di sciupare i testi stessi.

7) Le sconcordanze grammaticali fra le varie parti di un testo; le parole o frasi inserite, nel testo senza alcun appoggio grammaticale e sospese, derivano assai spesso da una glossa, talvolta da varie glosse, entrate per svista di amanuense o per errore dei compilatori malamente nel testo.

Un testo mal messo insieme è quello che leggiamo in D. 44, 7, 35: *honorariae (actiones) autem, quae post annum non dantur,*

nec in heredem dandae sunt [ut tamen lucrum ei extorqueatur, sicut fit in actione doli mali et interdico unde vi et similibus]. Quest'ultima proposizione, sospesa nel testo, non è genuina (68). Ma se essa è ora nel testo così sospesa, ciò dipende probabilmente dal fatto che originariamente vi era un'annotazione postclassica formulata così: *dantur tamen ut lucrum ei extorqueatur, sicut fit* etc. Successivamente, o amanuense o compilatori, nel trasportarla nel testo, soppressero il *dantur* e ne nacque il testo sconciato come lo leggiamo ora.

Ancora più sconciato è il testo, che già abbiamo riferito, conservatoci in D. 21, 1, 35:

Plerumque propter morbosa mancipia etiam non morbosa redhibentur, si separari non possint sine magno incommodo vel ad pietatis rationem offensam. quid enim, si filio retento parentes redhibere mauerint vel contra? quod et in fratribus et in personas contubernio sibi coniunctas observari oportet.

Questo testo è mal costruito, perchè a un nucleo originario si sono aggiunte nella redazione giustiniana più glosse o parti di glosse. La loro incorporazione, poco controllata, ha determinato quelle sconcordanze grammaticali e quei difetti che già abbiamo segnalato. Se l'ultimo periodo, ad esempio, fosse stato direttamente aggiunto dai compilatori, anzi che derivato dall'imperfetto assorbimento di due glosse fatte da due commentatori diversi e successivi, non troveremmo la paurosa sconcordanza *in fratribus et in personas coniunctas*. Gli è che marginalmente al testo classico vi era l'annotazione: *quod et in fratribus observari oportet*, e un'altra annotazione le cui parole finali erano: *et in personas contubernio sibi coniunctas*, bene appoggiate a un verbo. Di questa seconda annotazione passarono nel testo soltanto le ultime parole che furono così divelte dal loro grammaticale appoggio.

8) La ripetizione stemperata in un frammento di ciò che il giurista dice in altro frammento derivato dallo stesso libro della stessa opera non è che

(68) Cfr. E. ALBERTARIO, *L'uso classico e l'uso giustiniano di «extorquere»*, in *ZStZ* 32 (1911) 307 sgg. È una interpolazione universalmente ammessa.

una parafrasi scolastica al testo, utilizzata anch'essa dai compilatori e posta nella sede più acconcia.

Esempio luminoso di parafrasi si ha in D. 5, 4, 3, che originariamente era un commento postclassico al testo di Paolo conservatoci in D. 5, 1, 28, 9. Basta porre l'uno accanto all'altro i due testi.

D. 5, 1, 28, 5

Paulus 17 ad Plautium

Si paterfamilias mortuus esset relicto uno filio et uxore praegnate, non recte filius a debitoribus partem dimidiam crediti petere potest, quamvis postea unus filius natus sit, quia poterant plures nasci: (...) cum per rerum naturam certum fuerit unum nasci. Sed Sabinus Cassius partem quartam peti debuisse, quia incertum esset an tres nascerentur: nec rerum naturam intuendam, in qua omnia certa essent, cum futura utique fierent, sed nostram inscientiam aspici debere.

D. 5, 4, 3

Paulus 17 ad Plautium

Antiqui libero ventri ita prospexerunt ut in tempus nascendi omnia ei iura integra reservarent: sicut apparet in iure hereditatum, in quibus qui post eum gradum sunt adgnationis, quo est id quod in utero est, non admittuntur, dum incertum est, an nasci possit. ubi autem eodem gradu sunt ceteri quo et venter, tunc quae portio in suspensio esse debeat, quaesierunt ideo, quia non poterant scire quot nasci possunt: ideo nam multa de huiusmodi re tam varia et incredibilia creduntur, ut in fabulis adnumerentur. nam traditum est et quattuor pariter puellas a matre familias natas esse: alioquin tradidere non leves auctores quinquies quaternos enixam Peloponensi, multas Aegypti uno uteros eptenos. sed et tregeminos senatores vinctos vidimus Horatios. sed et Laelius scribit se vidisse in Palatio mulierum liberam, quae ab Alexandria perducta est, ut Hadriano ostenderetur, cum quinque liberis, ex quibus quattuor eodem tempore enixa, inquit, dice-

batur, quintum post diem quadragesimum. quid est ergo? prudentissime iuris auctores medietatem quandam secuti sunt, ut quod fieri non rarum admodum potest, intuerentur, id est quia fieri poterat, ut tregemini nascerentur, quartam partem superstiti filio adsignaverint. τὸ γὰρ ἀπαξ ἢ δις, ut ait Theophrastus, παραβαίνουσιν οἱ νομοθέται.

È indubitabile che dei due testi, che si dicono estratti dal libro 17° di Paolo *ad Plautium*, solamente quello conservatoci in D. 5, 1, 28, 5 appartiene a Paolo. Pur prescindendo da indizi formali abbondantissimi, che escludono la possibilità di attribuire il testo conservatoci in D. 5, 4, 3 a Paolo, è assurdo pensare che Paolo ripettesse nello stesso libro della stessa opera il vecchio insegnamento sabiniano a cui si attacca. Una ripetizione, nello stesso libro, così diluita e narrativa, è inconcepibile. D'altra parte, è inconcepibile che i commissari giustinianeî si diffondessero sulla aneddótica narrazione che leggiamo in D. 5, 4, 3 inutilmente, quando il principio, pur da essi accolto, era già fissato nel testo di Paolo riferito in D. 5, 1, 28, 5. Sicchè la conclusione è una sola: ciò che in D. 5, 4, 3 è attribuito a Paolo è una parafrasi postclassica al testo di Paolo riferito in D. 5, 1, 28, 5: i compilatori giustinianeî, che non si sarebbero certo dato la pena di fare un altrettale commento al testo, trovandolo già fatto, non lo buttarono via (69).

9) Le constatazioni di fatto di principî giuridici invalsi nella prassi, diversi da quelli che insegnava il testo romano, espressi soprattutto con *hodie* (e così

hodie aliter observatur; hodie in usu servatur; quod quidem hodie magis usurpatur; hodie non dubitatur; hodie solet etc.) sono naturali in un commentatore o maestro, che vuole aggiornare il suo testo e il suo insegnamento.

In D. 3, 4, 6, 1 leggiamo: *...si ita (decuriones) decreverint, ut quaecumque incidisset controversia, eius petendae negotium Titius haberet, ipso iure id decretum nullius momenti esse, quia non possit videri de ea re, quae adhuc in controversia non sit, decreto datam persecutionem.* [sed *hodie haec omnia per syndicos solent secundum locorum consuetudinem explicari*]. Quest'ultimo periodo contraddice rudemente a quanto il giurista ha avvertito nel periodo precedente e la sua interpolazione è sicura. Ma è naturale pensare che quest'avvertenza sia stata posta da un annotatore postclassico che non poteva a meno di segnalare, contro l'affermazione del giurista classico, che il principio, al tempo suo vigente, era proprio l'opposto e che il *σύνδικος* non era da confondere con l'*actor* romano, dato *ad singulas causas*.

In D. 8, 3, 9 troviamo detto: *Servitus aquae ducendae vel hauriendae nisi ex capite vel ex fonte constitui non potest: [hodie tamen ex quocumque loco constitui solet]*. Anche qui, tra la prima e la seconda parte del testo vi ha contrasto irriducibile; ma è chiaro che l'avvertenza contraria al principio posto dal giurista è stata fatta da un commentatore postclassico che vedeva il principio classico quotidianamente disapplicato e non poteva omettere di rivelarlo ad ammonimento dei lettori.

In D. 3, 2, 4, 1 è detto: *Designatores autem, [quos Graeci βραβεύτας appellant,] artem ludicram non facere Celsus probat, quia ministerium, [non artem ludicram] exerceant. [et sane locus iste hodie a principe pro non modico beneficio datur]*. Il breve testo ha incorporato elementi estranei, cioè glosse che gli si posero attorno nel tempo. Probabile esplicazione di un tardo commentatore sono le parole *quos Graeci βραβεύτας appellant*, conformemente all'uso dei maestri greci; sicurissima intrusione di una glossa interlineare sono le parole *non artem ludicram*, perchè dire che *designatores artem ludicram non faciunt quia non artem ludicram exerceant* è una miserevole petizione di principio. Ma anche certa glossa postclassica è tutto il periodo finale in cui si richiama ciò che nell'età postclassica avveniva. Classico questo pe-

(69) Cfr. a questo proposito più distesamente E. ALBERTARIO, *Da Diocleziano a Giustiniano*, in *Conferenze per il XIV centenario delle Pandette*, Milano 1931, 342 sgg.

riodo non è, tanto è saturo di parole e forme care all'età postclassica (*iste, locus, modicus, pro non modico*), ma nè pur giustiniano. La motivazione di Celso era sufficiente: *quia ministerium exercent*, e i commissari non dovevano preoccuparsi d'altro. È naturalissimo, invece, il riferimento alla pratica del tempo suo in un commentatore.

Per limitarci ad un altro solo esempio, basterà citare D. 48, 13, 3, in cui ora si legge: *Peculatus poena aquae et ignis interdictionem, [in quam hodie successit deportatio,] continet*. Ulpiano non poteva, evidentemente, scrivere che la pena per il peculato *aquae et ignis interdictionem continet* (presente!) se ai suoi tempi fosse stata sostituita dalla *deportatio*. Ciò avviene prima dell'età giustiniana, ed è naturale che un commentatore lo avverta e lo insegni. Scomparsa l'*aquae et ignis interdictio* come pena, era necessario dirlo e dire da quale altra essa era stata sostituita: ciò richiedevano la prassi e la scuola insieme (70).

10) L'adattamento dei testi romani in conformità della mutata legislazione romano-ellenica era un lavoro di revisione necessario per l'uso di quei testi, non foss'altro, nella scuola.

Così, in conseguenza della costituzione di Valentiniano III (C. Th. 3, 17, 4 = C. Iust. 5, 35, 2 a. 390), che ammetteva eccezionalmente le donne a gerire la tutela, dovettero essere presto annotati i testi dai quali risultava che la tutela era un *virile officium*. In D. 26, 1, 16 pr. ora leggiamo: *Tutela [plerumque] virile officium est*; in D. 26, 1, 18 leggiamo pure: *Feminae tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est, [nisi a principe filiorum tutelam specialiter postulent]*. Il *plerumque* nel primo testo, l'eccezione finale, fatta col *nisi*, contenuta nel secondo, non erano nel testo classico, ma esprimono necessari avvertimenti che il maestro doveva porre, se il suo insegnamento voleva accordarsi con quello che era il diritto vigente al tempo

(70) Sui testi interpolati con *hodie* cfr. E. ALBERTARIO, *Hodie: contributo alla dottrina delle interpolazioni*, Pavia 1911; G. BESELER, *Beiträge* 2 (1911) 97 sgg.; E. ALBERTARIO, in *Bull. ist. dir. rom.* 25 (1912) 236.

suo. I compilatori giustiniani hanno trasportato nel testo ciò che poteva essere ancora fuori del testo, ma l'interpolazione trova la sua origine anche qui nella nota postclassica.

Del resto, a ribadire che l'origine prima delle interpolazioni contenute in D. 26, 1, 16 pr. e in D. 26, 1, 18 è scolastica e non compilatoria, giova constatare che il nuovo principio è affermato nei testi della giurisprudenza, inseriti nel Digesto, non nei rescritti conservati nel Codice giustiniano: un rescritto di Alessandro Severo, dell'a. 224, anch'esso proprio in sede materiae, continua ad insegnare ancora: *Tutelam administrare virile munus est, et ultra sexum femineae infirmitatis tale officium est*.

I compilatori, anche facendo uso di un minimum di attenzione, avrebbero dovuto — se l'aggiornamento facevano essi per la prima volta — interpolare il rescritto del Codice come interpolano i testi del Digesto: se questo non è avvenuto, vien riconfermata la congettura che l'aggiornamento dei due frammenti classici preesisteva ed era fatto precisamente per i testi della giurisprudenza, che erano nell'uso della scuola, non per il rescritto del Codice, che era fuori di quest'uso.

La necessità dell'aggiornamento del testo con le mutate norme legislative è, del resto, così naturale e così sentita, che qualche aggiunta postgiustiniana, determinata da questa necessità, è rintracciabile anche nel manoscritto della Fiorentina. In D. 50, 17, 43 pr. si legge ora: *Nemo ex his, qui negant se debere, prohibetur etiam alia defensione uti, [nisi lex impedit]*. Queste parole finali, *nisi lex impedit*, dichiarate spurie già dal Cuiacio (71), ai nostri giorni dall'Eisele (72), sono aggiunte al testo compilatorio per aggiornarlo alla Nov. 18 cap. 8.

11) Le alterazioni dovute alle nuove costruzioni dommatiche (assunzione dell'usufrutto nelle servitù, estensione del concetto di *successio* a qualunque acquisto derivativo, configurazione della *hereditas* come *universitas*) hanno sicura origine scolastica, e queste costruzioni i compilatori trovarono

(71) *Opera* (ed. Neap.) VIII, 683.

(72) *ZSSr* 10 (1889) 297.

già penetrate nel testo classico o collocate attorno a questo testo.

Qualche esempio riesce particolarmente dimostrativo. In D. 29, 2, 37 ora leggiamo: *Heres in [omne] ius mortui, [non tantum singularum rerum dominium] succedit, cum et ea, quae in nominibus sint, ad heredem transeant.* L'alterazione di questo testo è già stata dimostrata da C. Longo (73) e dal Bonfante (74). Il giurista Pomponio scriveva: *Heres in ius mortui succedit, cum et ea quae in nominibus sint ad heredem transeant.* Ora, che cosa poteva spingere i compilatori a ritoccare questo testo, che poneva una norma esattissima anche per loro? Nulla, se non fosse stato che un maestro dell'età postclassica, in cui si dilata e si corrompe il genuino concetto di *successio*, e si distingue tra successione in una *universitas* e successione in una cosa singola (*in rem, in dominium rei*), non avesse sentito il bisogno di accentuare che il *ius*, in cui l'erede succede, è l'*universum*, l'*omne ius* del defunto, non il *dominium singularum rerum*. Questa accentuazione marginale di un annotatore postclassico fu trasportata dai compilatori nel testo.

In D. 44, 1, 6 troviamo detto: *Si rem legatam petat legatarius, de dolo testatoris excipitur: nam sicut heres, [qui in universum ius succedit,] submovetur exceptione, ita et legatarius debet submoveri [quasi unius rei successor].* Il giurista Paolo, a cui questo testo appartiene, usava lo stesso ragionamento che ci si affaccia in D. 50, 17, 160, 3, cioè in un frammento di Ulpiano: *Absurdum est plus iuris habere eum, cui legatus sit fundus, quam heredem....*

Paolo, nello stesso ordine di idee di Ulpiano, diceva che il legatario deve essere trattato come l'erede. Osservazione giuridicamente inappuntabile, anche per i compilatori. Una commissione legislativa non aveva nulla da aggiungere o da mutare; ma il maestro postclassico, che ha elaborato il nuovo concetto di *successor* entro il quale rientravano e l'erede e il legatario, si compiace di collocare la chiosa *qui in universum ius succedit* accanto alla parola *heres*, la chiosa *quasi unius rei successor* accanto alla parola *legata-*

(73) *L'origine della successione particolare*, in *Bull. ist. dir. rom.* 15 (1903) 292 sgg.

(74) *La successio in universum ius e l'universitas*, in *Scritti* 1, 258 sgg.

rius, perchè crede di poter accentuare così, attraverso la considerazione che l'uno e l'altro *succedunt*, la ragione dell'uguale trattamento. Le due chiose marginali passarono poi nel testo, probabilmente per opera degli stessi compilatori.

La trattazione delle servitù si apre in D. 8, 1, 1 col testo marciano che sentenza: *Servitutes aut personarum sunt, ut usus et ususfructus, aut rerum, ut servitutes praediorum rusticorum et urbanorum.* È un testo che formula la nuova dottrina bizantina riassumendo l'usufrutto e l'uso nella categoria delle servitù e, a motivo di questa riassunzione, distingue le servitù in servitù personali e servitù prediali (75). Ma la formularono qui, nel testo di Marciano, i compilatori? Lo escludiamo. Perchè inventare una rubrica *Marcianus libro tertio regularum* per non riferire nè pure una parola di Marciano? E, d'altra parte, se questa classificazione fosse stata fatta dai compilatori per la prima volta, l'avrebbero posta non qui, dove s'inizia la trattazione delle *servitutes rerum*, ma all'inizio di D. 7, 1, prima della trattazione dell'usufrutto e dell'uso, per essi *servitutes personarum*. Gli è che essi la trovarono questa nuova formulazione delle *servitutes* in una nota scolastica al testo di Marciano in materia di servitù prediali e la trasferirono nel titolo che si occupa delle servitù prediali (D. 8, 1) contentandosi di metterla ivi al primo posto (76).

12) I brevi testi, allacciati con altri da cui si fanno dipendere, e interamente alterati, non possono essere altro che elementi spurî che già trovavansi nel testo classico o intorno al testo classico, e che, avulsi da questo, furono attribuiti in buona o in mala fede all'autore classico del testo stesso.

In buona fede, anche, e forse spesso; come dimostrano i così detti scolii sinaitici, dove commentatori greci credono di commentare Ulpiano e commentano invece un suo commentatore.

(75) Cfr. C. LONGO, *La categoria delle servitutes nel dir. rom. class.*, in *Bull. ist. dir. rom.* 11 (1900) 281 sgg.; M. PAMPALONI, *Il concetto classico dell'usufrutto*, in *Bull. ist. dir. rom.* 22 (1910) 109 sgg. L'interpolazione di questi testi si può dire pacifica: qualche dubbio soltanto avanza il COSTA, *Storia del dir. rom.*² 254 sgg.

(76) Così anche il PETERS, *Die oströmischen Digestenkommentare etc.* 95.

Vedasi, ad esempio, il gruppetto costituito da questi due frammenti:

D. 12, 2, 7 Ulpianus 22 ad ed. *Ait praetor: 'Eius rei, de qua iusiurandum delatum fuerit, neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet actionem dabo'. 'eius rei' sic erit accipiendum, sive de tota re sive de parte sit iuratum: nam de eo quod iuratum est pollicetur se actionem non daturum neque in eum qui iuravit neque in eos qui in locum eius cui iusiurandum delatum est succedunt.*

12, 2, 8 Paulus 18 ad ed. [*etiamsi in rem successerint*].

Il breve testo di Paolo è, come il Longo (77) ha visto, interpolato. Ma perchè i compilatori avrebbero collocato sotto la rubrica *Paulus 18 ad edictum* un'avvertenza che, senza bisogno di aggiungere un inutile frammento, potevano aggiungere comodamente al testo ulpiano? È, invece, assai naturale pensare che essi avevano davanti un testo di Paolo che, trattando lo stesso argomento svolto nel testo ulpiano, portava un'annotazione marginale che parificava a coloro, che *in ius succedunt*, ogni acquirente a titolo derivativo, che per i maestri greci è pure *successor* e precisamente *successor in rem*. Per ciò riferiscono la rubrica del testo di Paolo, insieme a quella di Ulpiano, servendosene soltanto per collocarvi quella annotazione marginale che non volevano lasciar andare perduta.

Altro gruppetto di testi, che è opportuno qui richiamare, è il seguente:

D. 34, 1, 6 Iavolentus 2 ex Cassio *Legatis alimentis cibaria et vestitus et habitatio debetur, quia sine his ali corpus non potest: cetera quae ad disciplinam pertinent legato non continentur.*

D. 34, 1, 7 Paulus 14 responsorum [*nisi aliud testatorem sensisse probetur*].

Anche qui il secondo testo di Paolo è interamente interpolato (78). Ma qui torniamo a riproporre la domanda: che ragione v'era di servirsi della rubrica *Paulus 14 responsorum* anzi che del precedente testo di Giavoleno per porre la limitazione, così cara all'età postclassica: *nisi aliud testatorem sensisse probetur*? Eviden-

(77) *Bull. ist. dir. rom.* 15 (1903) 283 sgg.

(78) Cfr. GRADENWITZ, *Interpolationen* 204.

temente Paolo nel 14° libro de' suoi responsi svolgeva l'argomento qui trattato da Giavoleno, ma il testo di Paolo, a differenza di quello di Giavoleno, doveva portare marginalmente annotata la limitazione formulata col *nisi*. Era la limitazione che poneva il maestro postclassico, insegnando o, comunque, commentando il testo. I compilatori la trovavano attorno al testo di Paolo, o forse già penetrata dentro questo testo, non invece attorno o dentro il testo di Giavoleno, e non volevano omettere di riferirla: ecco perchè essi riferiscono la rubrica *Paulus 14 responsorum* e noi non troviamo la limitazione *nisi* etc. soggiunta dopo le ultime parole del testo di Giavoleno, che precede.

Terzo gruppo.

D. 21, 1, 38, 14 Ulpianus 2 ad ed. aed. cur. ...*si polia venierit, dicemus unum equum qui vitiosus est, non omnem poliam redhiberi oportere. haec et in hominibus dicemus pluribus uno pretio distractis, nisi si separari non possint, ut puta si tragoedi vel mimi,*

21, 1, 39 Paulus 1 ad ed. aed. cur. [*vel fratres*]:

21, 1, 40 Ulpianus 2 ad ed. aed. cur. *hi enim non erunt separandi.*

Qui il testo di Paolo è composto di due parole: *vel fratres*, che non sono certamente classiche, ed è incuneato nel testo ulpiano sì da spezzarlo in due. Le parole *vel fratres* non sono certamente classiche, perchè il divieto di separare nelle vendite la famiglia dello schiavo è stato introdotto più tardi da Costantino (C. Th. 2, 25, 1) (79); ma è altrettanto certo che i compilatori non avrebbero attribuito a Paolo, anzi che a Ulpiano, quelle parole — com'era per essi assai agevole fare — se non avessero trovato una nota marginale al testo di Paolo, concernente lo stesso argomento trattato

(79) Sulla dottrina delle interpolazioni giustiniane e pregiustiniane cfr. anche P. BONFANTE, *Storia del diritto romano* 2, 121 sgg.; A. BERGER, *L'odierno indirizzo degli studi di diritto romano*, Firenze 1913; H. PETERS, *Moderne Quellenkritik am römischen Recht*, in *Rhein. Zeitschr. f. Zivil- u. Prozesesrecht*, VIII, 3 sgg.; F. SCHULZ, *Einführung in das Studium der Digesten*, Tubinga 1916; F. EBRARD, *Die Grundsätze der modernen Interpolationenforschung*, in *Zeitschr. f. vergl. Rechtswiss.* 36 (1919) 1 sgg.; F. PRINGSHEIM, *Beryt u. Bologna*, in *Festschrift f. Otto Lenel* 204 sgg.; P. COLLINET, *The general Problems raised by the Codification of Justinian*, in *Tijdschrift v. Rechtsgesch.* 4 (1923) 1 sgg.

nel testo ulpiano, nella quale, sulla base della costituzione costantiniana, si avvertiva che nel caso di due fratelli era da applicarsi la regola che il giurista applicava al caso di due *tragoedi* o *mimi*. La nota marginale qui non era il frutto di una elaborazione dottrinale nuova, o di un nuovo principio invalso nella prassi, ma era resa necessaria dalla linea direttiva tracciata dalla nuova legislazione.

Come abbiamo detto a suo tempo che l'interpolazione, in genere, può essere dimostrata non raramente dal concorso di più criteri, anche l'interpolazione pregiustiniana spesso può esser dimostrata dal concorso di alcuni dei vari criteri che siamo andati enunciando e illustrando. Un passo non genuino, contenente una soluzione dubbiosa, presentata con *fortasse, fortassis*, ad esempio, fa pensare a un'interpolazione pregiustiniana anzi che giustiniana per due ragioni: in primo luogo, perchè un legislatore non affaccia dubbi, ma pone comandi; in secondo luogo, perchè il dubbio è espresso con *fortasse, fortassis*, parole irreperibili nel vocabolario giustiniano, frequentissime invece nel vocabolario postclassico. Un testo tutto quanto interpolato come D. 21, 1, 39, dove si leggono le sole parole *vel fratres*, appare facilmente derivato da una interpolazione pregiustiniana, sia perchè un breve testo tutto quanto interpolato, allacciato ad un altro da cui dipende, anzi inserito fra le due parti di un altro testo, non poteva essere fabbricato dai Giustiniani per il vano scopo di alterare i passi di un giurista più di quelli di un altro e per il gusto sciocco di complicare il loro compito già tanto laborioso, sia perchè la costituzione di Costantino spingeva naturalmente, come abbiamo veduto, la scuola e la prassi a tenersi aggiornate col nuovo diritto.

Alcuni dei criteri, adottati per scoprire in un testo alterato l'origine pregiustiniana dell'interpolazione, si illuminano attraverso la comparazione con la letteratura giuridica bizantina che commenta, chiarisce, svolge la legislazione giustiniana. I maestri dell'età di Giustiniano, o dell'età postgiustiniana, non si scostano dai maestri che nell'ambiente ellenistico li precedettero e li educarono.

E si illuminano, anche, attraverso la comparazione con le glosse medievali: così, ad esempio, con le glosse a quell'opera

elementare che è il *Brachylogus iuris civilis*. Le glosse a quest'opera son fatte con le esplicazioni *id est, veluti, scilicet* etc.; col richiamo al corrispondente termine greco (*constitutiones: gl. ut et Graecis διατάξεις ἢ διατάγματα*); con l'avvertenza caratteristicamente scolastica: *nota quod; hoc notandum est, quod* (= σημειῶσαι); col richiamo al diritto vigente, diverso da quello contenuto nell'opera commentata (*hodie tamen ob poenam nemo statum mutat; hodie simul admittuntur; poena furti hodie est arbitraria*); con le limitazioni introdotte con *nisi, nisi forte* (*nisi forte tale convitium factum sit marito*); con le distinzioni (*hac distinctione accipias totum titulum* etc.); con le generalizzazioni (*quod autem de servo hic dicitur, nos accomodamus filiis* etc.) e così via.

I FATTORI DELLA EVOLUZIONE DEL DIRITTO
ROMANO POSTCLASSICO E LA FORMAZIONE
DEL DIRITTO ROMANO GIUSTINIANEO

Ma il problema centrale è quello concernente il valore delle interpolazioni, siano esse propriamente legislative, siano esse derivate dalla interpretazione più volte secolare dei testi romani svoltasi per opera di maestri e di pratici in età postclassica.

Vi ha chi distinse le interpolazioni in necessarie, utili, voluttuarie, applicando qui una classificazione che i giuristi fanno a tutt'altro riguardo (1). Noi dobbiamo dire che vi sono interpolazioni sostanziali e formali: le prime sono quelle che fanno dire al testo cosa diversa da quella che diceva nella sua redazione originaria e pongono una norma nuova; le seconde sono quelle che, pur mutando le parole e ampliando o suntuando il testo, pur semplificando, chiosando e chiarendo, pur inserendo parole e frasi per coordinare il testo con quello che precede, non alterano la sua sostanza.

E sono, in più largo senso, da considerare formali anche quelle interpolazioni che, se introducono un principio nuovo rispetto al *ius civile*, non sono sostanzialmente innovative rispetto al più progredito *ius honorarium*. Fusi il *ius civile* e il *ius honorarium* in un solo ordinamento, non importa che nella compilazione si dica che compete *iure* ciò che prima si conseguiva soltanto *tuitione praetoris*: in realtà la norma nella sua finale utilità è la stessa.

Un chiaro esempio di interpolazioni formali in questo più largo senso ci è fornito dal confronto fra la redazione originaria di un testo di Ulpiano conservataci nei *Fragmenta vaticana* e la redazione giustiniana dello stesso testo contenuta nei *Digesta*:

(1) Cfr. GRADENWITZ, *Interpolazioni e interpretazioni*, in *Bull. ist. dir. rom.* 2 (1889) 3.

Fr. Vat. 83

fr. 3 § 2 D. 7, 3

....et ipse, quibus modis amitteret et ipse, quibus modis amitteret
ante consolidationem, iisdem et ante consolidationem, iisdem et
nunc ipso quidem iure non nunc
amittet; sed praetor subse- amittet,
cutus exemplum iuris ci-
vilis utilem actionem dabit
fructuario. et ita Neratio et Ari- et ita Neratio et Aristoni
stoni videtur et Pomponius probat... videtur et Pomponius probat (2).

(2) È da tenere, per altro, presente che la *simplicitas iuris* non è raggiunta nè pure entro la compilazione giustiniana, dove *ius civile* e *ius honorarium* non sono organicamente fusi in unico sistema, ma accanto all'*hereditas* sta ancora la *bonorum possessio*; accanto all'*actio* stanno l'*interdictum*, la *cautio* (ad es.: *damni infecti*), la *restitutio in integrum*, etc. Soltanto in pochi testi interpolati, in conformità col processo civile postclassico si chiamano *actio* sia l'*interdictum* (Cfr. ALBERTARIO, in *Riv. it. sc. giur.* 52 [1912] 13 sgg.), sia la *cautio damni infecti* (G. BRANCA, in *Studi in memoria di Umberto Ratti*, Milano 1934, 159 sgg.), sia la *restitutio in integrum*. E non va nè pure dimenticato che sono proprio i Giustiniani a far operare ancora il pretore (cfr. D. 12, 1, 21: *sed melius in utraque causa humanius facturus videtur praetor* — su questa interpolazione, rilevata già da A. FABRO, cfr. S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione* 85-86 e ALBERTARIO, in *Studi in onore di C. Vivante* 1, 19-20) e a introdurre *actiones utiles* e *actiones in factum*.

Basterà richiamare C. 4, 14, 3, dove l'imperatore Alessandro Severo indubitabilmente decideva « *petitionem non habes* », come anche la versione « οὐδεμίαν κατ'αὐτοῦ ἀπαίτησιν ἔχεις » conservata nei Basilici (24, 5, 3) dimostra, e i Giustiniani decidono invece: « *petionem per in factum actionem habes* ».

Basterà richiamare C. 5, 14, 7, dove l'imperatore Diocleziano decideva — come ci attesta Taleleo — « *his actionem quaerere non potuit* », e i Giustiniani decidono invece « *licet his actionem quaerere non potuit, attamen utilis eis ex aequitate accomodabitur actio* ».

Insomma, per quanto *ius civile* e *ius honorarium* non siano ormai più, nella realtà giuridica, sistemi distinti, e l'unificazione processuale sia stata raggiunta con la generalizzazione della procedura *extra ordinem*; per quanto, in seguito a ciò, i Giustiniani possano sentenziare nell'interpolato fr. 46 (47) § 1 D. 3, 5: *nec refert quis an utili actione agat vel conveniatur, quia in extraordinariis iudiciis, ubi conceptio formularum non observatur, haec suptilitas supervacua est, maxime cum utraque actio eiusdem potestatis est eundemque habet effectum*, è una constatazione indistruttibile che non sempre essi operano conformemente alla avvenuta fusione e generalizzazione; frequentemente interpolano valendosi di quei termini e di quegli espedienti di cui soleva valersi il pretore romano di fronte al *ius civile*.

Sull'interpolazione dell'*actio utilis* in numerosi testi v. G. BORTOLUCCI, *Actio utilis*, Modena 1919; M. WLASSAK, *Die klassische Prozessformel* 91.

Cosicchè sostanziali, nel più preciso senso del termine, sono quelle interpolazioni che introducono un principio veramente nuovo anche rispetto al *ius honorarium* o, insomma, non ancora penetrato nel sistema del diritto romano del III secolo d. Cr.

Se non che in questi ultimi anni un nostro eminente studioso, il Riccobono, ha affermato che il diritto, che appare nuovo nella codificazione giustiniana, è tale soltanto nella forma, non nella sostanza (3) e che « il diritto giustiniano è sostanzialmente tutto diritto romano per quanto rifiuto e ricomposto nei suoi elementi costitutivi », (4). Nella nuova epoca, da Diocleziano a Giustiniano, lo sviluppo del diritto romano si sarebbe compiuto « meccanicamente per impulso della forza iniziale », (5).

Per quanto queste affermazioni siano esplose come salutare reazione contro un accentuarsi di intemperanza critica quasi esclu-

(3) *Mélanges Cornil* II, 265.

(4) *Annali Univ. Palermo* 12 (1928) 565.

(5) Il RICCOBONO, reagendo contro quello che era stato il suo indirizzo critico fino al 1914, sostenne il suo nuovo orientamento in una serie numerosa di scritti: *Dal dir. rom. classico al dir. moderno*, in *Ann. Univ. Palermo* III-IV (1917) 165 sgg. (v. soprattutto 587-651); *La nozione del contractus*, in *Boll. Accad. Palermo* 1 (1918) 11 sgg.; *Dies e condicio nella costituzione di servitù* etc., in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 3 (1922) 333 sgg.; *Stipulatio e instrumentum nel dir. giustin.* (parte seconda), in *ZSSr* 43 (1922) 262 sgg.; *La fusione del ius civile e del ius praetorium*, in *Festgabe f. Zitelmann* in *Archiv. f. Rechts-u. Wirtschaftspril.* 16, 503-522; *Diritto romano e diritto moderno*, Palermo 1925; *Formazione del domma della trasmissibilità all'erede dei rapporti sotto condizione*, in *Studi in onore di S. Peruzzi* 1925, 351 sg.; *Outlines of the evolution of Roman Law*, in *University of Pennsylvania Law Review* 74, 1925; *Fasi e fattori dell'evoluz. del dir. rom.*, in *Mélanges Cornil* 2 (1926) 235 sgg.; *Die Vererblichkeit der Strafklagen u. die Fiktion der Litiskontestation nach klass. u. just. Rechte*, in *ZSSr* 47 (1927) 75 sgg.; *Formulae ficticiae as normal means of creating new Law*, in *Tijdschrift voor Rechtsg.* 9 (1929); *Punti di vista critici e ricostruttivi a proposito della dissertazione di L. Mitteis*, in *Annali Univ. Palermo* 12 (1928) 477-637; *La formazione di un ius novum nel periodo imperiale*, in *Atti Congresso di studi romani* 1929; *La formazione della teoria generale del contractus nel periodo della giurisprudenza classica*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, 1 (1930) 124-173; *Recensione a J. STROUX, Summum ius summa iniuria*, in *Gnomon* 5 (1929) 65 sgg.; *Nichilismo storico-critico nel campo del diritto romano e medioevale*, in *Ann. Univ. Palermo* 1929-30; *Lineamenti della rappresentanza diretta in diritto romano*, in *Ann. Univ. Palermo* 14, 398 sgg. e in *Studi in onore di C. Vivante* 2, 125 sgg. Questi studi sono riassunti nel suo *Corso di diritto romano* 1933-34.

sivamente formale, preoccupata soprattutto dell'aspetto esteriore dei testi e disinteressantesi, o poco curantesi, del loro sostanziale contenuto: demolitrice, insomma, della loro forma, non ricostruttrice della loro sostanza; e per quanto siano ispirate al giusto fine di non far perdere di vista l'immenso risultato della evoluzione organica del diritto romano guidata dalla giurisprudenza classica e le molte norme nuove, di più universale applicazione, di cui nel corso dei secoli il diritto romano si era andato arricchendo già prima dell'età diocleziana, queste affermazioni — diciamo — sono da respingere, e da respingere proprio con le stesse parole del Riccobono che altra volta scriveva: il diritto " si innesta profondamente nella vita sociale e si confonde con tutti gli altri fattori che agiscono in un momento storico "; esso raccoglie e riflette " tutte le vibrazioni della vita sociale del tempo. La trasmissione meccanica di norme giuridiche è inconcepibile " (6).

(6) Contro il nuovo orientamento del Riccobono v. P. BONFANTE, *Riv. dir. comm.* 1927, I, 11 n. 3; ID., *Storia del dir. rom.*, 4^a ed. 2 (1934) 35 n. 1; ID., *L'edizione italiana del Digesto*, in *Conferenze per il XIV centenario delle Pandette*, Milano 1931, 93 sgg.; P. DE FRANCISCI, *L'azione degli elementi stranieri sullo sviluppo e sulla crisi del diritto romano*, in *Arch. giur.* 93 (1925) 193 sgg.; ID., *Premesse storiche alla critica del Digesto*, in *Conferenze per il XIV centenario delle Pandette*, Milano 1931, 3 sgg.; E. ALBERTARIO, *Il diritto romano privato nella sua formazione storica e nella sua elaborazione giustiniana*, Milano 1927; ID., *La crisi del metodo interpolazionistico*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, I, 609 sgg.; ID., *Da Diocleziano a Giustiniano*, in *Conferenze cit.* 321 sgg.; B. BIONDI, *Ist. di dir. rom.* I, Catania 1929, 54; V. ARANGIO-RUIZ, in *Studi in onore di P. Bonfante*, I, 497; ID., *Corso di Storia del diritto romano*, Napoli 1933, 264 sgg.; J. PARTSCH, in *ZSSr* 44 (1924) 559 sgg.; ID., *Der griechische Gedanke in der Rechtswissenschaft*, in *Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen*, I, 346-352; P. COLLINET, *Les preuves directes de l'influence de l'enseignement de Beyrouth sur la codification de Justinien*, in *Byzantion* 1927; ID., *Les facteurs de développement du droit romain privé au Bas-Empire*, Parigi 1928; ID., *Le rôle de la doctrine et de la pratique dans le développement du droit romain privé au Bas-Empire*, in *R. hist. du droit* 1929; E. CARUSI, *I rapporti tra il diritto romano e i diritti greco-orientali*, in *Studi in onore di A. Salandra* 156 sgg.; F. SCHULZ, in *Studi in onore di P. Bonfante* I, 338; ID., *Prinzipien des römischen Rechts*, Monaco 1934; F. PRINGSHEIM, *Die archaische Tendenz Justinians*, in *Studi in onore di P. Bonfante* I, 555; ID., *Aequitas und bona fides*, in *Conferenze per il XIV centenario delle Pandette*, Milano 1931, 183 sgg.; ID., *Animus in Roman Law*, in *Law Quarterly*

E le innovazioni sono tanto più vaste e profonde quanto più diversi sono lo spirito e la vita dei nuovi popoli a cui il diritto è imposto.

Il Bonfante non mancò di fare un luminoso confronto fra la evoluzione del diritto e quella che più di ogni altra le si avvicina: l'evoluzione del linguaggio. In questo abbiamo una evoluzione lenta e naturale sulle antiche basi, quando il linguaggio si svolge presso lo stesso popolo che lo ha formato: tale sarebbe l'evoluzione della lingua italiana in Italia, della lingua spagnuola in Spagna. Ben diverso è lo svolgimento di una lingua più o meno imposta presso un popolo che ne parlava un'altra sua propria: tale la diffusione del latino nella stessa Spagna e nelle Gallie. Qui le lingue indigene hanno reagito con manifestazioni più o meno regolari, e le alterazioni del nuovo linguaggio sono state profonde e più o meno violente, con residui della vecchia lingua, ibridismi

Review, 49 (1933) 43-60 e 379-412; G. CORNIL, *Ancien droit romain* 14; M. SAN NICOLÒ, *Römische und antike Rechtsgeschichte*, Praga 1931; ID., *Il problema degli influssi greco-orientali sul diritto romano-bizantino*, in *Atti Congresso intern. dir. rom.* (Roma 1933); H. F. JOLOWICZ, *Historical Introduction to the study of roman Law* 1932, 513 sgg.; R. TAUBENSCHLAG, *Der Einfluss der Provinzialrechte auf das römische Privatrecht*, in *Atti Congresso intern. dir. rom.* (Roma 1933); E. BETTI, *Ist. di dir. rom.*, Padova 1934, 21. Per limitarmi a un solo riferimento, il M. SAN NICOLÒ, *Röm. u. ant. Rechtsg.* scrive: « Die Annahme einer einfachen linearen Fortsetzung und Fortbildung des klassischen Rechtes aus sich selbst heraus scheint nur schon prima facie für Ostrom nicht den Tatsachen zu entsprechen ».

Sui problemi posti dal Riccobono v. anche A. GUARNERI-CITATI, *I fattori del dir. rom. giust. e il problema della sua codificazione*, Macerata 1926; E. LEVY, in *ZSSr* 46 (1926) 420-423 e 48 (1928) 669-678; E. RABEL, in *ZSSr* 47 (1927) 480-485; L. WENGER, *Der heutige Stand der röm. Rechtswiss.*, Monaco 1927; A. B. SCHWARZ, *Pandekten-Wissenschaft u. heutiges romanistisches Studium*, Zurigo 1928; F. DE ZULUETA, *L'histoire du droit de l'antiquité*, in *Mélanges Fournier* 1929.

In senso favorevole al Riccobono si manifestano G. BORTOLUCCI, *La storia del diritto romano, metodi e problemi*, Modena 1929, e W. BUCKLAND, in *Rev. hist. de droit* 4, 368. Quest'ultimo scrive: « parmi les textes conservé au Digeste... la plupart n'ont pas sorti de changements de fond, mais presque tous des modifications dans l'expression ». Di altro avviso erano il primo nel discorso *Diritto romano e papirologia*, Macerata 1916; il secondo nello studio *The Interpolations in the Digest*, pubblicato in *The Yale-Law Journal* 1924. A questi sono da aggiungere G. PASQUALI, in *Riv. di filologia e d'istr. class.* 55 (1927) 228-232 e G. DE SANCTIS, nella stessa *Riv.* 57 (1929) 572-573.

talvolta strani e crasi. Supporre — conchiude il Bonfante — che le nuove popolazioni elleno-orientali, le più appartate dalla romanità, non esercitassero sul diritto la loro azione profonda, è un sogno (7).

Nell'età postdiocleziana il diritto romano risente via via, sempre più vasta e potente, quanto più si allontana dal periodo della sua meravigliosa classica elaborazione, l'influenza di molteplici fattori nuovi, che inseriscono nel sistema nuove norme e nuovi istituti, eliminano norme romane e istituti romani.

Principii e concetti nuovi, che si sovrappongono ai principii e ai concetti romani, erompono già subito nella legislazione di Costantino: cioè dell'imperatore *novator turbatorque priscarum legum et moris antiqui recepti*, come ama definirlo Ammiano.

La compilazione giustiniana, che sopraggiungeva dopo circa due secoli e mezzo, doveva rispecchiare l'evoluzione del diritto romano, non più rettilinea, a cominciare dall'età di Costantino, come avrebbe potuto essere una continuativa evoluzione interna, ma disorganica e scomposta e complessa, come quella che dal principio del IV a quasi la metà del VI secolo aveva proceduto sotto la spinta di nuovi fattori esterni, che erano nuove formidabili forze entrate in gioco. Per rispecchiarla, occorre interpolazioni sostanziali imponenti.

Questi fattori esterni si possono ricondurre ai seguenti:

1) IL CRISTIANESIMO. — L'influenza del Cristianesimo sul diritto romano giustiniano, benchè negata (8), o almeno troppo scarsamente ammessa (9), da qualche solitario scrittore, è immensa (10).

(7) *L'ediz. it. del Digesto etc.*, in *Conferenze cit.*

(8) Cfr. G. PADELLETTI, *Roma nella storia del diritto*, Bologna 1874.

(9) Cfr. G. BAVIERA, *Concetti e limiti dell'influenza del Cristianesimo sul diritto romano*, in *Mélanges Girard* 1, 67-121; P. F. GIRARD-F. SENN, *Manuel de droit rom.* 85 n. 4. Il BONFANTE, alquanto restio dapprincipio ad ammettere una larga influenza del Cristianesimo sul diritto romano giustiniano (cfr. *Ist. di dir. rom.*, 4^a ed., 4), fu più propenso a riconoscerla poi (cfr. le sue *Istituzioni* nelle edizioni successive alla quarta), pur continuando a preoccuparsi della difficoltà di distinguere talvolta tra influenza cristiana e influenza ellenistica. E

Quando Giustiniano nel 527 salì al trono, già più di due secoli erano trascorsi dall'editto di Milano (a. 313); da quasi due secoli la religione cristiana era con Costanzo divenuta (a. 353) religione dello Stato: cristiani erano i sudditi, cristiani gli imperatori. Non potevano le nuove idee morali non permeare di sé la legislazione dell'imperatore cristiano che nella *c. Deo auctore*, scritta per ordinare la compilazione dei *Digesta*, premetteva una magnifica esaltazione della potenza di Dio e confidava nell'aiuto di Dio per portarla a compimento.

Infatti, al *ius sacrum* pagano la legislazione giustiniana ha sostituito un complesso ordinamento giuridico, che è ispirato tutto dalla nuova religione e che nella legislazione stessa tiene il primo posto.

ancor più largamente sembra ammetterla, quando nella *Storia del dir. rom.* (4^a ed., II, 4) scrive che dalla Siria, l'unica regione non mai conciliata col nome romano, l'Irlanda implacata dell'antico Impero, spuntò la forza più benefica della storia nei futuri secoli del medio evo, ma la forza più distruttiva e disgregatrice dell'evo antico.

(10) Il RICCOBONO, che ha il merito di aver dimostrata l'importanza di questo fattore nella evoluzione del diritto romano (cfr. *Cristianesimo e diritto privato*, in *Scientia* 5 [1909] e in *Riv. dir. civ.* 3 [1911]), la ridusse notevolmente poi (cfr. *Punti storici etc.* 561), scrivendo che « l'etica cristiana si manifesta come uno sviluppo, più intenso e più energico, della dottrina stoica. Anche... nel diritto classico c'è un largo riconoscimento del *favor libertatis*, dei sentimenti di umanità, di carità, di fratellanza, e ancora della nobiltà del lavoro, in tutte le sue forme ». Se non che oggi egli è ritornato alla sua prima conclusione affermando nel discorso inaugurale letto all'Università Cattolica di Milano, l'8 dicembre 1933: « Dopo più mature esperienze, ritengo che è quasi per intero un portato dell'etica cristiana tutto ciò che nel *Corpus iuris civilis* appare come veramente e sostanzialmente nuovo rispetto al diritto elaborato dai giureconsulti romani » e soggiungendo che il *Corpus iuris* è « monumento romano-cristiano nella sua essenza ». Il che vorrebbe dire che, oggi, il RICCOBONO ha riveduta e modificata la sua affermazione che gli faceva scorgere nel diritto giustiniano « tutto diritto romano per quanto rifiuto e ricomposto nei suoi elementi costitutivi ».

Sul campo d'influenza del Cristianesimo nell'età postclassica e nella legislazione giustiniana v. soprattutto la bella e larga indagine di A. MARCHI, in *Studi Senesi* 13 (1924) 61 sgg. e la bibliografia ivi citata; A. BECK, *Römisches Recht bei Tertullian u. Cyprian*, Halle 1930; ID., *Der Einfluss des Christentums auf die iustinianische Gesetzgebung*, in *Atti Congr. intern. di dir. rom.* (Roma 1933); S. RICCOBONO, *L'infusso del Cristianesimo sul diritto romano*, ibid.; E. J. JONKERS, *De l'influence du Christianisme sur la législation relat. à l'éclavage dans l'antiquité*, in *Mnemosyne* III ser., 1 (1934) 241 sgg. Ma essa è oggi illuminata anche in molti studi della letteratura romanistica che non riguardano direttamente questo tema.

Le idee cristiane della castità e della carità (11) sono straordinariamente operanti. Di fronte al nuovo ideale cristiano della castità diventa rottame tutto il vasto ordinamento introdotto al tempo di Augusto dalle leggi Giulia e Papia Poppea: lo stato di celibato è stato ancor più perfetto di quello matrimoniale. Le seconde nozze sono viste con sfavore (12): la qualificazione delle seconde nozze come *speciosum adulterium*, *honesta fornicatio* o *fornicatio* semplicemente, che s'incontra nei primi Padri e nei primi concilii della Chiesa, si ripresenta nella legislazione romano-ellenica e giustiniana. Il contrarre nuovo matrimonio è reso (C. 5, 9, 3, 1a) con le parole " *secundis nuptiis funestari* ". Il regime delle seconde nozze s'intitola " *poenae secundarum nuptiarum* ": espressione che ha la sua base legislativa (Nov. 2 cap. 2 § 1, cap. 3; Nov. 22 cap. 23, 41, 43). Le unioni extramatrimoniali sono disciplinate con nuove norme (13); sorge il nuovo istituto della legittimazione dei *liberi naturales*; una grossa battaglia è ingaggiata contro il divorzio (14).

La carità cristiana fa considerare *aequales* tutti gli uomini, anche gli schiavi (15), e il *favor libertatis* è un motivo di interpolazioni frequenti (16); fa nascere l'istituto della fondazione (*pia*

(11) Cfr. E. ALBERTARIO, *Caritas nei testi giuridici romani*, in *Rend. Ist. Lomb.* 64 (1931) 375 sgg.

(12) P. BONFANTE, *Corso di dir. rom.*, I, *La famiglia*, 394 sgg.

(13) Vedasi il regime del concubinato nell'età romano-cristiana, illustrato splendidamente dal BONFANTE, *Corso di dir. rom.* I, *La famiglia* 233 sgg., e *Nota sulla riforma giustiniana del concubinato*, in *Studi in onore di S. Peruzzi* 281 sgg.

(14) Cfr. P. BONFANTE, *Corso di dir. rom.*, I, *La famiglia* 256 sgg.

(15) *Quod ad ius naturale attinet omnes homines aequales sunt*: massima campeggiante in un testo notoriamente interpolato (cfr. S. PEROZZI, *Ist. di dir. rom.*² I, 201; E. ALBERTARIO, *Rend. Ist. Lomb.* 57 [1924] 176 = *Studi* I, 64). L'opinione del RICCOBONO, *Corso di dir. rom.* 1933-34, che vorrebbe ritenere ulpiana l'affermazione « *iure naturae omnes homines aequales sunt* » e derivata dalla filosofia stoica e non dal Cristianesimo l'affermazione stessa, non mi sembra difendibile.

(16) Cfr. E. ALBERTARIO, *Studi di dir. rom.* I, 61 sgg. Giustiniano abroga quasi per intero le leggi classiche che limitavano le manumissioni; nell'ipotesi di *libertas fideicommissaria* a favore del *servus alienus* l'onerato, se non può manomettere lo schiavo per rifiuto del proprietario, è sempre tenuto all'adempimento, appena gli si offra l'occasione (cfr. da un lato Gai 2, 265, dall'altro *Inst.* 2, 24, 2 e C. 7, 4, 6).

causa) che provvede a soccorrere poveri e infelici (17).

L'*humanitas* cristiana attenua il rigore della *patria potestas* affermando che essa " *non debet in atrocitate sed in pietate consistere* " (18); allarga la base del diritto alimentare (19); affretta la introduzione di numerose norme nuove, sovvertitrici del classico regime, anche nel campo dei diritti patrimoniali, sia quando si tratta di regolare rapporti di vicinanza, sia quando si tratta di regolare rapporti tra proprietario rivendicante e possessore convenuto, ovvero rapporti tra contraenti.

S'introduce, così, nella legislazione giustiniana il divieto di usare del diritto di proprietà *animo nocendi* (D. 39, 3, 1, 12); si riconosce la facoltà di entrare nel fondo del vicino per compiere opere che non lo danneggino motivando: *haec aequitas suggerit, etsi iure deficiamus* (D. 39, 3, 2, 5); si formula la celebre massima, che avrà poi tanta risonanza entro l'età medioevale e moderna: *prodesse enim sibi unusquisque dum alii non noceat, non prohibetur* (D. 29, 3, 1, 11).

Il principio " *nemo ex aliena iactura locupletari debet* " si pone contro il principio classico " *qui iure suo utitur neminem laedit* ". Esso opera in materia di *impensae*, dove non si tien conto della buona o mala fede di chi le fece, ma — contrariamente al diritto classico — si cerca di evitare l'ingiusto arricchimento del *dominus* rivendicante; in materia di acquisto dei frutti da parte del possessore di buona fede, dove si fanno acquistare a questo possessore solamente quelli *consumpti* prima della contestazione della lite e non anche quelli *extantes* a questo momento; in materia di respon-

(17) Cfr. S. CUGIA, *Il termine 'piae causae'*, in *Studi in onore di C. Fadda* V, 299 sgg.; P. BONFANTE, *Ist. di dir. rom.*⁹ 65. In una costituzione di Valentiniano (C. th. 13, 1, 5) leggiamo il monito della nuova religione: *Christiani, quibus verus cultus est adiuvere pauperes et positos in necessitatibus*.

(18) Cfr. D. 48, 9, 5: testo interpolato (cfr. C. FERRINI, *Pandette* 756 n. 1). Giustiniana è pure l'affermazione contenuta in D. 27, 10, 4: *pietas enim parentibus, etsi inaequalis est eorum potestas, aequa debetur* (cfr. E. ALBERTARIO, *Studi di dir. rom.* I, 279 n. 1). Sulla origine cristiana della *paterna pietas*, frequentemente richiamata in costituzioni giustiniane e in testi interpolati, v. ora la diligente indagine di M. ROBERTI, *Patria potestas e paterna pietas*, in *Studi in onore di A. Albertoni*, I, 257-270.

(19) Cfr. E. ALBERTARIO, *Studi di dir. rom.* I, 249 sgg.

sabilità patrimoniale, mitigata dalla *deductio ne egeat* il convenuto in giudizio (D. 50, 17, 173 pr.).

I rapporti tra contraenti hanno una disciplina profondamente mutata: l'ammonimento cristiano che "*pretiorum captare incrementa non simplicitatis sed versutiae est*" (S. Ambrogio, de off. 3, 6, 37) fa dire che il *pretium* nella compravendita dev'essere *iustum*; postula l'equilibrio tra prestazione e controprestazione nei negozi giuridici a titolo oneroso e ammette la loro rescindibilità quando l'equilibrio è rotto soverchiamente.

Alla influenza cristiana non si sottrae nè pure il diritto penale. Così una nota interpolazione in C. 8, 4, 1 ammonisce che la reazione contro l'aggressore dev'esser fatta "*cum moderamine inculpatae tutelae*": senza eccedere, cioè, nella difesa. Nelle Istituzioni giustiniane (4, 3, 2) si statuisce che l'aggredito può uccidere soltanto "*utique si aliter periculum effugere non potest*". In D. 1, 1, 3 le parole interpolate "*ob tutelam corporis sui*" significano che non si può reagire contro la persona dell'aggressore per difendere i beni.

Il diritto giustiniano, insomma, ha un colore e uno spirito cristiano: colore e spirito che risplendono particolarmente nei testi in cui i Giustiniani deplorano l'*asperitas*, l'*acerbitas*, la *duritia iuris*, e introducono norme devianti dai principii romani e ispirantisi invece alla *clementia*, alla *benignitas*, alla *pietas*, all'*aequitas* alimentata di indulgenza e di benevolenza, ben diversa dall'*aequitas* romana che esprimeva un rapporto di uguaglianza, cioè parità di trattamento in parità di causa (20).

2) LA NUOVA COSTITUZIONE POLITICA SOCIALE ECONOMICA DELL'IMPERO CHE DOPO DIOCLEZIANO HA NELL'ORIENTE IL SUO CENTRO DI GRAVITÀ. — Se il Principato è veramente la continuazione dell'antica repubblica, l'Impero costantiniano è l'inizio di una nuova

(20) Cfr. E. ALBERTARIO, *La crisi del metodo interpolazionistico*, in *Studi in onore di P. Bonfante* I, 641 sgg. — Un ottimo quadro riassuntivo delle influenze cristiane sul diritto giustiniano è in L. CHIAZZESE, *Confronti testuali (contributo alla dottrina delle interpolazioni giustiniane)* I 399-411.

era (21). La nuova costituzione rappresenta in veste romana un rivolgimento profondo, in cui la romanità perisce annegata nello spirito ellenistico e orientale: la monarchia assoluta è integrata con un ordinamento burocratico in aperto contrasto con gli ordini romani.

Le diverse e opposte tendenze, che caratterizzano e animano le istituzioni dello Stato romano prima e dopo la fine del III secolo, sono già state ampiamente illustrate (22). Dal principio del IV secolo domina la tendenza accentrativa da parte dello Stato che assorbe e regola tutto. Esso accresce i suoi compiti e si assume la cura di soddisfare ad una massa di bisogni economici e sociali, cui prima l'iniziativa privata aveva provveduto. Le manifestazioni più evidenti di questa nuova tendenza si trovano naturalmente nella organizzazione amministrativa dello Stato stesso, ma non ne mancano esempi notevoli nel campo del diritto privato.

Le limitazioni del diritto di proprietà, dilaganti in questo tempo, ne sono un esempio tipico.

Le limitazioni della proprietà non sono originarie nel diritto romano: nel corso del tempo sorgono, bensì, parecchie limitazioni, ma sempre, per tutta l'età veramente romana, assai misurate e, quando appena è possibile, non permanenti. Le distanze circa le piantagioni e le costruzioni ai confini erano criteri per il giudice nel regolamento dei confini stessi, non già norme generali di diritto. Le limitazioni sopravvivono, innumerevoli, nell'epoca romano-ellenica: l'espropriazione per causa di utilità pubblica è riconosciuta (23); sulla base dell'*actio aquae pluviae arcen-*

(21) La riforma diocleziana non segna un brusco distacco dal Principato. Come nel campo del diritto privato Diocleziano è fermo e costante assertore, nei suoi concisi rescritti, del diritto ufficiale romano contro ogni deviazione e infiltrazione straniera, così nel campo del diritto pubblico e dell'amministrazione operò sul vecchio tronco e sugli antichi istituti. La sua riforma costituzionale, benchè creata sotto un altro cielo, che non quello di Roma, è ben più una restaurazione della romanità che non mera adozione e adattamento di forme orientali. Cfr. G. SEGRÈ, *Alcune osservazioni sulla costituzione dell'impero da Diocleziano a Giustiniano*, in *Atti Congr. intern. dir. rom.* (Roma 1933).

(22) Cfr., tra gli altri, ASCOLI, *Lo Stato e il diritto da Giulio Cesare a Giustiniano*, in *Ann. Univ. Messina* 1898; P. BONFANTE, *Storia del dir. rom.*⁴ II, 9 sgg.; V. ARANGIO-RUIZ, *Corso di storia del dir. rom.* 240 sgg.

(23) Cfr. principalmente P. BONFANTE, *Ist. di dir. rom.*⁹ 308; ID., *Corso di dir. rom.* II, 1, *La proprietà* 272 sgg.

dae si vien costruendo un nuovo regime delle acque private, per modo che dell'acqua piovana, che entra nel fondo, dell'acqua che vi scorre o vi scaturisce, ciascuno può usare fino al limite dell'utile proprio (24); è ammesso il passaggio coattivo per poter accedere al sepolcro situato nel fondo altrui (25); crescono in misura straordinaria e in forme gravi le limitazioni concernenti gli edifici; sono ripetutamente e minuziosamente regolate le altezze, le distanze, gli sporti; si vieta di oscurare soverchiamente con le proprie costruzioni la casa del vicino (26); in una costituzione di Graziano, Valentiniano e Teodosio è sancito l'obbligo di concedere

(24) Cfr. S. PEROZZI, *Il divieto degli atti di emulazione e il regime giustiniano delle acque private*, in *Arch. giurid.* 53 (1894). Testi interpolati: D. 39, 3, 1, 11 [*prodesse enim - non prohibetur*]; D. 39, 3, 1, 12 [*si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit*]; D. 39, 3, 2, 9 [*si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat*]; D. 39, 3, 2, 5 [*quamquam tamen deficiat - haec aequitas suggerit etsi iure deficiamus*]; D. 39, 3, 2, 6 [*sed nos etiam in hunc casum aequitatem admisimus*]. L'intervento dello Stato in questa materia è determinato, oltre che dal nuovo assetto politico, anche dalla nuova etica cristiana: per ciò si manifesta in questa forma e colpisce l'*animus nocendi*.

(25) È interessante richiamare il testo ulpiano interpolato (D. 11, 7, 12). Ulpiano scriveva: *Si quis sepulchrum habeat, viam autem ad sepulchrum non habeat et a vicino ire prohibeatur, imperator Antoninus cum patre rescripsit iter ad sepulchrum peti precario et concedi solere ut, quotiens non debetur, impetretur ab eo, qui fundum adiunctum habeat*. La parte finale del testo, interpolata, prosegue così: *non tamen hoc rescriptum, quod impetrandi dat facultatem, etiam actionem civilem inducit, sed extra ordinem interpelletur praeses et iam compellere debet iusto pretio iter ei praestari, ita tamen, ut iudeo etiam de opportunitate loci prospiciat, ne vicinus magnum patiatur detrimentum*.

Mentre, nel diritto classico, il titolare del sepolcro situato nel fondo altrui poteva chiedere in via di concessione precaria e straordinaria l'accesso al sepolcro stesso, nel diritto giustiniano questa concessione si converte in un diritto: si riconosce al titolare del sepolcro il diritto di passaggio dietro indennità. Fa, così, il primo ingresso nella legislazione la servitù legale del passaggio necessario, che si estese poi a qualunque fondo intercluso.

(26) Testi interpolati: D. 7, 1, 30 [*quod usque adeo temperandum est, ut non in totum aedes obscurantur, sed modicum lumen, quod habitantibus sufficit, habeant*]; D. 8, 2, 10 [*sed ita officere luminibus et obscurare legatas aedes conceditur, ut non penitus lumen excludatur, sed tantum relinquatur, quantum sufficit habitantibus in usus diurni moderatione*]. L'intervento statale qui fa leva su quell'empirismo che è proprio delle epoche di decadenza giuridica e che vedremo largamente diffuso anche nella civiltà giuridica bizantina.

l'escavazione delle miniere nel proprio fondo dietro l'indennità di un decimo (27). Il sistema giustiniano prelude all'odierno regime delle limitazioni della proprietà nell'interesse pubblico e nell'interesse dei fondi confinanti e si comincia dai Bizantini ad estendere il concetto di servitù alle limitazioni legali della proprietà (servitù legale).

Il nuovo Stato assoggetta tutti i fondi all'imposta; l'immunità dei fondi italici è abolita. Scompare, così, la *possessio* dei fondi provinciali; e questa scomparsa ha vaste ripercussioni sulla dottrina possessoria. La *possessio* diventa ormai soltanto la posizione di fatto, l'esteriorizzazione, l'immagine della proprietà: la *possessio* del proprietario o di chi crede di esser tale è considerata la vera *possessio*; l'altra *possessio* è accomunata con la detenzione e prende lo stesso nome: è *possessio* meramente *naturalis, corporalis*: non *possessio civilis*. Di qui le distinzioni, campeggianti nel nuovo diritto, tra *possessio bonae fidei* (quella del proprietario o di chi crede di essere tale) e *possessio malae fidei*; tra *possessio pro suo* e *possessio pro alieno*. Di qui anche la tendenza della nuova legislazione a cambiare la base stessa dell'istituto classico, a spostarlo dal campo dei rapporti di fatto nel campo dei diritti: di qui ancora, e per conseguenza, la distinzione tra *possessio animo* e *possessio corpore*, e l'affermazione che la *possessio* si ha, anche se manca la disponibilità fisica della cosa, al punto da far vincere nel giudizio possessorio chi possiede *animo* contro chi possiede solamente *corpore* (28).

Altro esempio della tendenza dello Stato romano-ellenico a limitare il diritto dei singoli si ha nella disciplina delle *res publicae*: dei fiumi pubblici e del lido del mare. Durante l'età romana chiunque poteva *pro modo possessionum* derivare acqua dai

(27) C. th. 10, 19, 10 = C. iust. 11, 7 (6), 3. Il diritto classico riconosceva nettamente il diritto del *dominus* al sottosuolo del proprio fondo contro i privati e contro lo Stato stesso. Ulpiano espone il principio classico in modo assai reciso (D. 8, 4, 13, 1): *Si constat in tuo agro lapidicinas esse, invito te nec privato nec publico nomine quisquam lapidem caedere potest, cui id faciendi ius non est: [nisi talis consuetudo in illis lapidicinis consistat, ut si quis voluerit ex his caedere, non aliter hoc faciat, nisi prius solitum solacium pro hoc domino praestat: ita tamen lapides caedere debet, postquam satisfaciat domino, ut neque usus necessarii lapidis intercludatur, neque commoditas rei iure domino adimatur.]*

(28) Cfr. E. ALBERTARIO, *Il possesso romano* 40 (1932) 5 sgg.

fiumi pubblici per servirsene a scopo di irrigazione o per utilizzarla come forza motrice: questa libera derivazione sembra che fosse subordinata al controllo e alla concessione statale solamente quando l'acqua si derivava da fiumi pubblici navigabili (29).

Nel diritto giustiniano qualunque derivazione d'acqua dai fiumi pubblici è sottoposta alla concessione da parte dello Stato (30). Non diverso, il regime giuridico del lido del mare. Nell'età romana chiunque poteva costruire sul lido del mare: il limite del suo diritto era il pari diritto degli altri; nel diritto giustiniano, invece, interviene anche qui lo Stato ed ogni costruzione è subordinata alla sua concessione (31).

Il Cristianesimo nell'epoca romano-ellenica fa considerare con disfavore la schiavitù, agevola le manumissioni, stimola la affrancazione degli schiavi anche contro la volontà del *dominus*; ma, mentre le sorgenti dell'antica schiavitù si vanno esaurendo, nella economia bizantina, incardinata sul sistema delle caste, l'operaio è vincolato al mestiere, il contadino al fondo e assoggettato quindi ai successivi proprietari del fondo attraverso un rapporto di colonato che è una specie di servitù della gleba; nel campo criminale le pene sono diversamente ordinate secondo che il delinquente appartenga agli *honestiores* o agli *humiliores*; nei rapporti contrattuali l'uomo di condizione sociale inferiore non si pone di fronte ai privilegiati dalla fortuna su una linea di parità. Ciò è soprattutto evidente in materia di locazione, sia di opere, sia di cose. Il contratto di lavoro è redatto in forma di sottoposizione al

potere domestico del datore di lavoro; il contratto di locazione di case e di terreni è concluso per quanto tempo al locatore piacerà.

Tendenzialmente la legislazione mira a sopprimere la schiavitù; ma, tra i liberi da un lato, gli schiavi dall'altro, vi sono infiniti partecipi dello *status libertatis* che sono inceppati, limitati e degradati nel godimento dei loro diritti. Accanto a questi, e contrapposti a questi, trionfano i *potentiores* (32).

Da queste caratteristiche condizioni sociali e dalla pressione delle condizioni economiche, operanti congiuntamente o separatamente, traggono origine quei negozi di diverso nome, ma miranti allo stesso fine, cioè al dissodamento delle terre incolte, ai quali — assai più che alla *locatio* degli *agri vectigales* romani — è da ricondurre l'istituto dell'enfiteusi.

Dalla pressione delle condizioni economiche e dalla crescente desolazione delle campagne, che sospingono a promuovere in ogni modo l'incremento della cultura terriera, derivano quegli ampliamenti dei poteri dell'usufruttuario (33), che gli consentono di migliorare la *substantia* della cosa (34), di aprirvi cave di pietra e miniere (35).

La nuova costituzione politica, finalmente, avoca — più energicamente che per l'innanzi — allo Stato la funzione punitiva: il di-

(32) Cfr. L. MITTEIS, *Ueber den Ausdruck « Potentiores » in den Digesten*, in *Mélanges Girard* 2, 225-235; P. F. GIRARD-F. SENN, *Manuel de droit rom.* 3 77; H. MONIER, *Études de droit byzantin*, in *Nouv. rev. hist.* 24 (1900) 82-107; 169-185.

(33) In questo senso anche L. CHIAZZESE, *Confronti testuali* cit. 417.

(34) Cfr. D. 7, 1, 13, 4 [*meliolem facere potest*].

(35) Cfr. D. 7, 1, 13, 6-7: *Inde est quaesitum, an lapidicinas vel cretifodinas vel harenifodinas ipse instituere possit: et ego puto [etiam ipsum instituere posse, si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est. proinde venas quoque lapidicinarum et huiusmodi metallorum inquirere poterit: ergo et] auri et argenti et sulphuris et aeris et ferri et ceterorum fodinas [vel] quas paterfamilias instituit exercere <posse>, [poterit vel ipse instituere, si nihil agri culturae nocebit. et si forte in hoc quod instituit plus redditus sit quam in vineis vel arbustis vel olivetis quae fuerunt, forsitan etiam haec deicere poterit, si quidem ei permittitur meliorare proprietatem].*

Il testo ulpiano è stato certamente rimaneggiato prima della sua collocazione nella compilazione giustiniana. La conclusione esitante *forsitan etiam haec deicere poterit* non può essere, come dicemmo, una interpolazione legislativa.

(29) Cfr. E. ALBERTARIO, *Le derivazioni d'acqua dai fiumi pubblici*, in *Bull. ist. dir. rom.* 38 (1930) 197 sgg. e in *Studi in onore di O. Ranelletti*, Milano 1931, II, 289 sgg. La tesi, da me sostenuta, non mi sembra scossa nè da quella del LAURIA (*Le deriv. di acque pubbliche*, in *Ann. Univ. Macerata* 1932), che ritiene necessaria la concessione dello Stato per la derivazione di acqua dal fiume pubblico tanto nel diritto classico quanto nel giustiniano; nè da quella del GROSSO (in *Atti Accad. Torino* 56 [1931] 369 sgg.), che la esclude sempre, cioè anche nel diritto della compilazione. Sull'argomento v. anche G. LONGO, in *Studi in memoria di U. Ratti* 55.

(30) Testi interpolati: D. 8, 3, 17 [*permitti*]; D. 43, 12, 2 [*si modo - non erit*]; D. 43, 13, 1, 1 [*minus concessis*]; D. 43, 12, 1, 12; D. 43, 13, 1, 2 [*sive navigabilia sunt sive non sunt*]; D. 43, 13, 1, 8.

(31) Testi interpolati: D. 43, 8, 3; D. 41, 1, 50. Cfr. P. BONFANTE, *Corso di dir. rom.* II 1, *La proprietà* 55 e soprattutto E. ALBERTARIO, in *Bull. cit.* 212 sgg.

ritto penale privato è in isfacelo. Conseguenza caratteristica di questo sfacelo sono le vaste innovazioni in materia di azioni penali, esperite dai privati, le quali vanno sempre più riducendosi; molte si convertono in azioni reipersecutorie o miste; cioè in azioni dirette al risarcimento del danno, se la condanna è dentro i limiti del danno, o dirette anche al risarcimento, se la condanna è in un multiplo (*duplum - triplum - quadruplum*) del danno stesso (36).

3) DIRITTI PROVINCIALI. - Quando la costituzione di Antonino Caracalla estese a tutti, o quasi, gli abitanti dell'Impero la cittadinanza romana e, conseguentemente, impose ad essi il diritto romano, nell'Oriente romano fino al Tigri e all'Eufrate e alle cataratte del Nilo si era diffusa largamente la civiltà ellenica e con essa il diritto greco: sostanzialmente lo stesso diritto vigeva in Atene e a Damasco, in Antiochia e a Ermopoli o in Tebe egiziana. Come, cessate le antiche varietà dialettali, la comune lingua degli Elleni serviva al traffico e alla cultura in tutto l'Oriente, così, composte o dimenticate le secondarie differenze locali, il diritto generale degli Elleni (37) regolava i rapporti della vita privata per quella vasta distesa di terre e di mari (38).

La legislazione imperiale da Caracalla fino a Diocleziano lotta tenacemente (39) per l'applicazione del diritto romano nelle provincie.

Numerosi rescritti rimproverano l'imperizia dei giuristi locali che male consigliano, ispirandosi al diritto provinciale, chi li richiede del loro parere: " *qui tibi suasit, falsum adseveravit* " (40);

(36) Cfr. E. ALBERTARIO, *Nota sulle azioni penali e sulla loro trasmissibilità passiva nei limiti dell'arricchimento dell'erede*, in *Bull. ist. dir. rom.* 26 (1913) 90 sgg.

(37) *Κοινὰ δίκαια τῆς Ἑλλάδος*: Dio. Chrys. 37.

(38) Cfr. C. FERRINI, *Opere* 4, 413 sgg.; E. WEISS, *Griechisches Privatrecht* I, Lipsia 1923, e l'ampia bibliografia citata a p. 5 n. 5.

(39) Cfr. R. TAUBENSCHLAG, *Das römische Recht zur Zeit Diocletians*, Cracovia 1923. Il TAUBENSCHLAG, mentre, in generale, lumeggia assai bene le vivaci resistenze opposte in molti casi da Diocleziano al prevalere dei diritti locali, altre volte non la rileva, perchè ritiene genuini rescritti che sono invece certamente interpolati: cfr. E. ALBERTARIO, in *Arch. giur.* N. S. 7 (1924) 104 sgg. e P. DE FRANCISCI, in *Bull. ist. dir. rom.* 33 (1923) 248 sgg.

(40) C. 2, 4, 39 (a. 293).

" *falso tibi persuasum est* " (41); " *blanditus tibi est qui... persuasit* " (42) etc. E rescritti imperiali e documenti dimostrano assai vivamente la sconoscenza del diritto romano nella prassi orientale dei provinciali, che, divenuti *cives romani*, continuano ad applicare o intendono applicare il loro diritto. Si vendono in vera schiavitù i propri figli; si reputa indispensabile la celebrazione del matrimonio per iscrittura; si confondono tutori e curatori; si vuole adottare a fratello; si nominano donne a tutrici e il magistrato conferma la designazione; la moglie crede la dote di sua proprietà e vende il fondo dotale; si stima necessaria e sufficiente la scrittura e la consegna dei documenti alla trasmissione del dominio; si stima, infine, di poter regolare la successione nei contratti nuziali.

Tutto ciò rivela quanto dovesse esser vigile e ferma la legislazione imperiale, perchè il diritto ufficiale romano non restasse in molti casi lettera morta.

Ma — già lo dicemmo — la legislazione di Costantino apre vie e tempi nuovi, e un tumulto di nuove norme irrompe nel sistema giuridico romano (43): il marito riconosciuto *νύκιος* della

(41) C. 4, 52, 3 (Diocl.).

(42) C. 8, 40, 12 (a. 230).

(43) Naturalmente anche prima, non ostante la resistenza imperiale, i provinciali riluttavano dall'applicare il diritto romano imposto dalla c. antoniniana. Cfr. R. TAUBENSCHLAG, *Le droit local dans les constitutions prédioclétiennes*, in *Mélanges Cornil II*, 497. Che anzi, come dimostra il T. nella sua ampia e ricca *Geschichte der Rezeption des röm. Privatrecht in Aegypten* (in *Studi in onore di P. Bonfante* I, 367 sgg.), già prima della c. antoniniana il diritto locale agì come elemento modificatore del diritto romano applicato dai Romani in Egitto: tra i numerosi esempi dal T. adottati, basterà richiamare i negozi che erano propri del diritto ellenistico e che erano in uso tra Romani: *υπάλλαγμα* (BGU IV 1149: 13 a. Cr.); finta singrafe (Catt. recto IV¹⁸⁻²³); deposito irregolare (BGU 729: 144 d. Cr.; BGU 378: 146-147 d. Cr.); quitanza avente valore dispositivo (BGU 1113: 14 a. Cr.; BGU 1173: 5 a. Cr.). Significativa e ammonitrice è la constatazione del T.: « Während zur selben Zeit sich das römische Recht im Stadtgebiet zu seiner klassischen Höhe erhebt, setzt in Aegypten sein Verfall ein, und es zeigen sich an ihm bereits alle Anzeigen einer Entartung, die es zu einer Art 'Vulgarrecht' herunterdrücken ».

Anche nell'età postgiustiniana è stata dimostrata la coesistenza e la reciproca influenza in Egitto del diritto romano e del diritto provinciale. In Egitto (e così pure in Siria) il diritto romano non soppiantò mai del tutto il diritto ellenistico. Cfr., oltre il TAUBENSCHLAG, anche V. ARANGIO-RUIZ, in *Aegyptus* 1 (1920) 21 sgg.; A. I. BOYÉ, *Le droit romain et les papyrus d'Égypte*, in *L'Égypte contemporaine* 20 (1929) 529 sgg.; M. ROSTOVZEV, *Storia* etc. (tr. it.) 220 n. 50.

moglie; favorita la libertà degli interessi (*usurae*) nel senso del diritto greco; la compravendita dei fondi conchiusa con intervento dei confinanti; la manumissione degli schiavi stabilita con nuove forme (44); i *bona materna* riservati ai figli e la alienazione di questi beni da parte del padre vedovo inibita; la *summa divisio rerum* presupposta tra *res immobiles* e *mobiles* anziché tra *res mancipi* e *nec mancipi* (45); la *possessio* romana trasfigurata, e riconosciuta appena la *possessio corpore* nel possessore di buona fede dal momento in cui è convenuto nel giudizio di rivendica, perchè l'azione esperita fa vacillare il suo diritto (46); la forma dell'istituzione di erede resa più libera: l'intenzione del testatore, anche a questo riguardo, si può manifestare *quibuscumque verbis* (47).

(44) C. 1, 13, 1; C. th. 4, 7, 1 = C. 1, 13, 2.

(45) Il termine *res immobilis* si trova già nella c. 2 C. 3, 19 di Costantino ed è frequente nelle costituzioni romano-elleniche. Ma questo termine, e così la distinzione fra *res immobiles* e *res mobiles*, non si incontra che in testi interpolati e in un passo (XIX, 6, 8), pure non genuino, dell'Epitome Ulpiani. Cfr. P. BONFANTE, *Ist. dir. rom.*⁹ 239 n. 2; E. ALBERTARIO, in *Bull. ist. dir. rom.* 32 (1922) 126.

(46) C. 7, 32, 10.

(47) Cfr. C. 6, 23, 15 (a. 339): *Quoniam indignum est ob inanem observationem irritas fieri tabulas et iudicia mortuorum, placuit ademptis his, quorum imaginarius usus est, institutioni heredis verborum non esse necessariam observantiam, utrum imperativis et directis verbis fiat an inflexa. Nec enim interest si dicatur 'heredem facio' vel 'instituo' vel 'volo' vel 'mando' vel 'cupio' vel 'esto' vel 'erit', sed quibuslibet confecta sentiis, quomodo loquendi genere formata institutio valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio...*

Per Costantino, come per i suoi successori, come per Giustiniano, la forma solenne della romana istituzione d'erede è una *inanis observatio*, perchè Costantino e gli imperatori che gli succedono non hanno il menomo sentore di quella che era la funzione dell'*heredis institutio*: investitura del potere domestico, e sentono invece l'influenza dell'ambiente ellenistico in cui domina la *διαθήκη*: mera assegnazione del patrimonio (cfr. P. BONFANTE, *Il testamento nel diritto comparato*, in *Scritti I*, 324 sgg.; ID., *Le affinità giuridiche greco-romane*, in *Scritti I*, 336; ID., *La διαθήκη ellenistica e la donatio mortis causa*, in *Scritti I*, 417 sgg.). Ed è naturale anche che qui, come altrove, Costantino sanzioni legislativamente la prassi non romana dei provinciali che mal sapevano adattarsi al rigore della formula testamentaria romana e tanto mal sapevano adattarsi che non la usavano mai (*imaginarius usus est!*).

Ma contro lo sporadico uso di forme d'istituzione d'erede, devianti da quelle prescritte, resiste con tenacia indefettibile la giurisprudenza romana. Da Gaio (2, 117) e Papiniano (D. 29, 7, 13, 1) la resistenza è salda, e nè pur s'indebolisce da Papiniano all'ultimo strenuo difensore della romanità: l'imperatore

Pur con moto non sempre uguale, dopo Costantino il diritto delle provincie, più e più volte ancora, soverchia il diritto ufficiale dell'Impero.

Nel campo dei diritti famigliari, la romana *patria potestas* si attenua e si scolora (48); la indipendenza patrimoniale dei *filiifamilias* si afferma in via generale, e cade tutto in frantumi il principio basilare della famiglia romana che fa unico subietto di diritti patrimoniali il *paterfamilias* (49); la greca *νιδέουα*, che fondava un

Diocleziano. Questi in un rescritto, conservatoci in C. 6, 23, 7 (a. 290), ancora scriveva: *Errore scribentis testamentum iuris solemnitas mutilari nequaquam potest. E quindi doveva aggiungere: et ideo testamento facto <si> desit 'heres esto', consequens est <non> existente herede legata <non> oportere dari.*

La decisione diocleziana contrastava con la costituzione costantiniana accolta nello stesso titolo e riflettente il pensiero dei compilatori in questa materia; per ciò gli stessi compilatori decidono invece: *et ideo [recte] testamento facto, [quamquam] desit 'heres esto', consequens est existente herede legata [sive fideicommissa iuxta voluntatem testatoris oportere dari]*. Che siano i compilatori a decidere così, emerge dal contrasto stridente che c'è ora, a interpolazione avvenuta, tra la prima e la seconda parte del rescritto: l'*et ideo* ha sbalordito gli antichi commentatori i quali, ignari di critica storica, si sono limitati a rilevare che il *nequaquam* dovrebbe scomparire dal testo, perchè questo avesse un ragionevole senso. Il sopravvive *nequaquam* illumina, invece, l'avvenuta interpolazione e il contrasto fra i due diritti: il romano e il greco.

Come il rescritto diocleziano, è stato largamente interpolato un testo di Papiniano, il primo dei testi raccolti nella *sedes materiae*, cioè nel titolo del Digesto *de hereditibus instituendis* 28, 5. L'interpolazione è stata con finezza di critica rilevata dal BESELER, *Beiträge* 2, 190; 3, 16.

(48) Il *ius vitae et necis* spettante al *paterfamilias* romano è straniero alla società romano-ellenica: nell'epoca di Valentiniano il potere del padre è ridotto a una mera disciplina domestica.

(49) Constantinus a. 319 C. 6, 60, 1: cfr. C. th. 8, 18, 1 (*bona materna*); Gratianus Valentinianus et Theodosius a. 379 C. th. 8, 18, 6 (*bona materni generis*); Arcadius et Honorius C. 6, 60, 2 = C. th. 8, 18, 7 (*bona materni generis*); Theodosius et Valentinianus a. 426 C. 6, 61, 1 = C. th. 8, 19, 1 (lucri nuziali); Theodosius et Valentinianus a. 428 C. 6, 61, 2 (lucri nuziali); Theodosius et Valentinianus a. 439 C. 6, 61, 3 pr. = Nov. th. 14, 1, 8 (lucri nuziali); Leo et Anthemius a. 472-473 C. 6, 61, 4 e 5 (lucri nuziali e sponsalizi).

Per l'influenza ellenistica che determinò questo nuovo regime patrimoniale entro la *familia* cfr. anche L. MITTEIS, *Reichsrecht* etc. 238 sg.; C. FERRINI, *Pandette* 862 n. 3; G. CASTELLI, *I bona materna nei papiri greco-egizi*, in *Scritti* 215 sgg.; L. WENGER, in *Vierteljahresschrift für Gesetzgebung u. Rechts-*

rapporto di parentela artificiale, base della successione, sovverte la struttura dell'adozione romana, che creava invece un rapporto di potestà (50): così è resa possibile l'adozione anche da parte della donna (51), così l'adottante deve essere maggiore di età dell'adottato e avere precisamente almeno diciotto anni di più (l'età della *plena pubertas*) (52), così gli evirati non possono adottare (53) come non possono nel diritto giustiniano contrarre matrimonio (54), così sorge quella distinzione tra *adoptio plena* e *adoptio minus plena*, nella quale ultima il rapporto con la famiglia originaria non è distrutto (55); il regolamento giuridico degli evirati, anche all'infuori dell'adozione e del matrimonio, ha nel campo del diritto civile una ispirazione orientale (56).

La greca *περνή* riplasma la *dos* romana sostituendo alla proprietà del marito sulla dote la proprietà della moglie e facendo reagire il più possibile contro il lucro del marito e la reversibilità al padre (57).

wiss., 14, 566 sg.; S. PEROZZI, *Ist. dir. rom.*² I 432 n. 3. Cfr. le singolari analogie con la legge di Gortina (6, 31, 46). Interessanti, sono anche P Oxy. 1208 e 1268.

Le costituzioni richiamate preparano il campo alla *generalis constitutio* di Giustiniano (C. 6, 61, 6, riassunta in Inst. 2, 9, 1), per la quale al *paterfamilias* non debbono pervenire in proprietà altri beni, all'infuori di quelli che il *filiusfamilias* acquista *ex re patris* o *ex iussu patris*.

(50) Cfr., per tutti, P. BONFANTE, *Corso di dir. rom. I, La famiglia* 12 sgg.

(51) Il rescritto diocleziano in C. 8, 47 [48], 5 è interpolato: il diritto vigente nell'età di Diocleziano emerge ancora da C. 7, 33, 8. Cfr. E. ALBERTARIO, *La donna adottante*, in *Arch. giurid.* 1934 e in *Mélanges Pappulias*, Atene 1934.

(52) Inst. 1, 11, 4: cfr. invece Gai 1, 106.

(53) Inst. 1, 11, 9: cfr. invece Gai 1, 103.

(54) D. 40, 2, 14, 1 e sull'interpolazione di questo testo BONFANTE, *Corso di dir. rom. I, La famiglia* 196 n. 1.

(55) C. 8, 47 (48), 10, 1. Sulla portata della riforma giustiniana cfr. ora R. MONIER, *A propos de l'« adoptio plena » du droit de Justinien*, in *Studi in memoria di A. Albertoni* I, 233-240.

(56) Cfr. P. BONFANTE, *Di un'influenza orientale nel diritto romano*, in *Arch. giurid.* 101 (1929) 3 sgg. La critica del CHIAZZESE, *Confronti testuali* 446-453 non riesce, secondo me, a eliminarla.

(57) Quest'ultimo effetto si ottiene restringendo anacronisticamente il concetto di *dos profecticia* (C. 5, 13, 1, 13 c.; la c. 4 C. 5, 18 è interpolata): il mezzo usato è infelice, ma la finalità pratica è raggiunta.

L'*arrha sponsalicia* e la *donatio propter nuptias* si inseriscono per la prima volta nel diritto familiare romano (58); e gli sponsali, che erano nell'età classica un istituto più sociale che giuridico, diventano un istituto largamente regolato dal diritto nell'età romano-ellenica sotto l'influenza orientale non disgiunta dall'influenza cristiana; le conseguenze giuridiche degli sponsali si fanno numerose e gravi: l'infedeltà della fidanzata viene assimilata all'adulterio; l'uccisione della fidanzata o del fidanzato, del futuro suocero o della futura suocera, cade sotto la sanzione della *lex Pompeia de parricidiis* (59).

La donna, sottoposta ancora dentro l'età classica a perpetua tutela, può diventare essa stessa tutrice (60); la cura dei minori, sorta in Roma solamente per i minori che non erano in grado di amministrare da sé il proprio patrimonio, diventa un istituto obbligatorio e si fonde e confonde con la tutela: si viene così, applicando un regime protettivo della minore età a somiglianza perfetta di quel che era applicato nelle provincie fino al raggiungimento della *ἡλικία* (61); il curatore del minore, che per l'innanzi

(58) Cfr., per tutti, circa la *donatio propter nuptias* P. BONFANTE, *Corso di diritto romano I, La famiglia* 379 sgg.; circa l'*arrha sponsalicia* E. VOLTERRA, in *Riv. it. sc. giur.*, 1ª puntata N. S. 2 (1927) 581 sgg.; 2ª puntata, 4 (1929) 3 sgg.; 3ª puntata, Roma 1930.

(59) Cfr. E. ALBERTARIO, in *Rend. Ist. Lomb.* 58 (1925) 247 sgg. = *Studi* I, 319 sgg., e soprattutto E. VOLTERRA, *Ricerche intorno agli sponsali* etc., in *Bull. ist. dir. rom.* 40 (1932) 87 sgg.

(60) In un caso, in cui nel testamento di un provinciale era stata data come tutrice una donna, Papiniano (4 resp. D. 26, 2, 26 pr.) decide che alla donna « *iure nostro tutela frustra mandatur* ». Ma la legislazione romano-ellenica batte altra via: cfr. C. 5, 35, 2 dell'a. 390.

(61) La distinzione fra tutela dei pupilli e cura dei minori è incompresa dai provinciali, e dai notai stessi delle provincie, tanto che accumulano le espressioni designando taluno insieme come tutore e curatore o evitano l'uno e l'altro termine designandolo come amministratore: o *ἐπιτροπος ἤτοι κουργάτωρ, ἐπιτροπος ἤτοι κύριος, ο κηδημών*. La confusione terminologica rispecchia la confusione concettuale e la fusione definitiva che, per influenza del diritto provinciale, si va attuando fra cura dei minori e tutela dei pupilli.

Escludere l'influenza provinciale ellenistica sulla confusione e fusione di questi due istituti e considerarla uno sviluppo spontaneo del diritto classico, come fanno il RICCOBONO, *Punti di vista* cit. 569 e, dietro lui, il CHIAZZESE, *Confronti testuali* 378, non è possibile. Ancora poco prima dell'inizio dell'età postclassica, cioè dell'influenza provinciale ellenistica, la distanza tra tutela e

poteva essere soltanto di nomina magistratuale, può essere dato anche dal padre (62).

Nel campo dei diritti reali, la *mancipatio*, forma solenne orale per l'alienazione delle *res Mancipi*, non attecchì nell'Oriente, come nell'Oriente la *summa divisio rerum* non fu posta mai tra *res Mancipi* e *nec Mancipi*. In luogo di questa distinzione si pone chiaramente la distinzione non romana tra *res immobiles* e *mobiles*, che già vedemmo presupposta nella legislazione costantiniana e che si fonde in Occidente con la distinzione germanica dei beni reali e personali; imperatori, prefetti del pretorio, consuetudini locali introducono forme pubbliche e solenni di alienazione degli immobili e registrazione degli atti stessi (*gesta publica*), anche obbligatoria; la *traditio corporalis*, che il diritto romano esigeva, sia pure in forme attenuate, ma pur tali sempre da porre la cosa nella fisica disponibilità dell'acquirente, viene oltrepassata (63). La tradizione simbolica, cioè la consegna delle chiavi di un magazzino per tra-

cura dei minori è grande. La cura dei minori per tutta l'età classica non è obbligatoria (Inst. 1, 23, 2 [Marciano]: *inviti adulescentes curatores non accipiunt*; D. 26, 5, 13, 2 [Papiniano] *minoribus desiderantibus curatores dari solent*). E Modestino (D. 45, 1, 101) scrive: *Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari*.

Invece nel diritto postclassico qualunque minore di 25 anni è sottoposto a cura e non ha l'*administratio* del suo patrimonio. Un commentatore postclassico a un testo ulpiano, che riportava l'editto pretorio

'*quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicitur, ubi quaeque res erit, animadvertam*'

appone la seguente nota:

Et ideo hodie in hanc usque aetatem adulescentes curatorum auxilio reguntur, nec ante rei suae administratio eis committi debet, quamvis bene rem suam gerentibus.

La nota postclassica è fusa nel testo ulpiano conservatoci in D. 4, 4, 1, 3.

Quando due norme sono antitetiche, la seconda non può essere mai frutto della evoluzione spontanea della prima.

(62) Un rescritto di Severo e Antonino (C. 2, 18 [19], 6) reagisce contro la norma ellenistica: *Curatorem tibi quidem patris testamento datum dicitur: quod non potest videri iure factum*. Ma il diritto giustiniano l'accoglie: cfr. Inst. 1, 23, 1 dove, dopo le parole «*sed curator testamento non datur*», i compilatori soggiungono «*sed datus confirmatur decreto praetoris vel praesidis*».

(63) Cfr. RICCOBONO, *Traditio ficta*, in *ZSSSt* 33 (1912) 259 e 34 (1913) 159 sgg. e *Corso di dir. rom.: Il possesso* 1933, 141 sgg.: anche in questo Corso il contrasto col diritto classico e il rapporto delle innovazioni legislative con istituti e ordinamenti provinciali è ancora riaffermato.

sferire la proprietà delle merci in esso contenute, non avviene più — come nel diritto classico doveva avvenire — *apud horrea*: la consegna delle chiavi, ovunque fatta, trasferisce la proprietà delle merci, come la trasmette oggidì la consegna di titoli rappresentativi delle merci esistenti nei magazzini generali e nei punti franchi.

Nel campo del diritto delle obbligazioni, la *stipulatio*, contratto verbale solenne, è sostituita dall'*instrumentum*: questo da mezzo di prova del negozio, diventa essenza del negozio stesso (64).

(64) La degenerazione postclassica della *stipulatio*, in cui i *verba* non importano e l'*instrumentum* acquista valore dispositivo, non è affatto una evoluzione, come dal RICCOBONO (cfr., da ultimo, *La prassi nel periodo postclassico*, in *Atti Congr. intern. dir. rom.* (Roma 1933)) e, dietro lui, dal CHIAZZESE si pensa, della *stipulatio* classica complessa, che veniva redatta in iscritto con tutte le sue clausole, letta dal futuro stipulante al futuro promittente e conclusa con la domanda «*ea quae supra scripta sunt, promittis*», alla quale il promittente rispondeva «*promitto*». Qui l'essenza della *stipulatio* è pur sempre e tutta nella solennità orale, e rimane sempre tale, da Cicerone a Ulpiano. L'essenza, invece, è nell'*instrumentum* e la pronuncia delle parole smarrisce la sua solennità (C. 8, 37 [38], 10: a. 472 Leone), diventa addirittura una finzione (C. 8, 37 [38], 14: a. 531 Giustiniano) nel diritto romano-ellenico, per certa influenza ellenistica. Non svolgimento, dunque, ma capovolgimento dell'istituto romano; acute e decisive osservazioni fa al riguardo il LEVY, *ZSSSt* 49 (1929) 254 n. 6.

Nè giova, per negare questa influenza, richiamare Pauli Sent. 5, 7, 2 dove si legge: *Quod si scriptum fuerit instrumento promississe aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione praecedente responsum sit*. Se il testo dovesse necessariamente affermare con queste parole il valore dispositivo dell'*instrumentum*, conterrebbe evidentemente una formulazione postclassica. Ma non vedo perchè il testo, che nella interpretazione postclassica certamente ha questo significato, dovesse originariamente averlo anche nel pensiero di Paolo. Per questi l'*instrumentum* ha ancora un valore semplicemente probatorio, non dispositivo: il giurista vuol dire che, se nell'*instrumentum* è fatto soltanto cenno della avvenuta risposta e non della domanda che naturalmente l'ha preceduta, l'*instrumentum* costituisce prova, per implicito, anche di questa. Il passo collima con altro passo di Paolo (ex l. 15 responsorum) riferito in D. 45, 1, 134, 2: *Idem respondit, cum Septicius litteris suis praestaturum se caverit pecuniam et usuras eius semisses, quae apud Sempronium depositae sint... intellegendum etiam a parte Titii praecessisse verba stipulationis*. E collima con un rescritto degli imperatori Severo e Antonino conservatoci in C. 8, 37 (38), 1: *Licet epistulae, quam libello inseruisti, additum non sit stipulationem esse eum cui cavebatur, tamen... credendum est praecedente stipulatione vocem spondentis secutam*. Sono i Giustiniani a intendere il testo di Paolo (D. 45, 1, 134, 2) a loro modo, cioè a riconoscere valore dispositivo, non soltanto probatorio, al do-

E la realtà giuridica nuova è manifesta anche sotto le fallaci apparenze che sembrerebbero nascondere (65). La *promissio dotis*, che

cumento, e per ciò prima di « *intellegendum* » interpolano, conformemente alla loro costituzione sopra richiamata, le parole « *si inter praesentes actum est* », che nel testo sono sganciate; e sono i Giustiniani a riconoscere valore dispositivo al documento e, per ciò, nel rescritto imperiale prima di « *credendum* » interpolano, sempre conformemente alla loro costituzione, « *si res inter praesentes gesta est* ».

Lo stesso passo delle *Sententiae* assume un significato nuovo, benchè non siavi un esplicito accenno alla *praesentia* delle parti (la mancanza di questo accenno è rilevata dal RICCOBONO, *ZSSt* 35 [1914] 291), nel diritto postclassico occidentale e nella legislazione giustiniana, dove è pure inserito (cfr. *Inst.* 3, 19, 17). Nella legislazione giustiniana questo passo delle Istituzioni va coordinato coi testi interpolati (D. 45, 1, 134, 2; C. 8, 37 (38), 1); nel diritto postclassico occidentale il significato assunto dal testo di Paolo (cioè il valore dispositivo dell'*instrumentum*) è lumeggiato dalla *interpretatio* visigotica che conchiude: *et ideo ad redhibitionem secundum scripturae ordinem retinetur*. Nell'Occidente postclassico il valore dispositivo del documento è riconosciuto più tardi che nell'Oriente, dove l'influenza ellenistica è viva: cfr. LEVY, *ZSSt* 49 (1929) 254 n. 6.

(65) I notai delle provincie ellenistiche, come fu acutamente segnalato (cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Corso di storia del dir. rom.* 275), per non contrapporsi apertamente al diritto ufficiale dell'impero, nascondono l'istituto ellenistico sotto l'intonaco di una falsa romanità. I Romani usavano stendere un ricordo scritto dell'avvenuta mancipazione o tradizione o stipulazione, ma lo scritto aveva — come già dicemmo per la stipulazione — un'efficacia probatoria soltanto, non valore dispositivo. I provinciali, invece, riescono a stabilire una falsa equazione tra la *mancipatio* e la *καταγραφή* ellenistica, documento notarile di compravendita con trasmissione contestuale della proprietà; trasformano la tradizione — consegna materiale della cosa — nella consegna del documento relativo alla trasmissione della proprietà (*traditio per chartam, παράδοσις δ' ἐγγράφου*), e, preoccupati del rigore formale romano della stipulazione, l'appiccicano in coda a qualunque domanda: *et stipulatus spondit (καὶ ἐπερωτηθεὶς ὡμολόγησεν)*. Ma, mentre nelle scritture romane essa alludeva alla domanda e alla risposta effettivamente e solennemente scambiate fra le parti, nelle scritture provinciali parti e notai sapevano che la formalità verbale non era stata adempiuta e la clausola relativa era soltanto un finto ossequio al diritto ufficiale di Roma. Finto ossequio: tanto che la formula stipulatoria la soggiungono anche là dove essa viene a creare un ridicolo contrasto col contenuto dell'atto, ad es. in fine a un testamento (v. il testamento del 235 pubblicato dal WESSELY, in *Wiener Studien* IX [1887] 241; cfr. PREISIGKE, *Sammelbuch* I, n. 5294; WESSELY, *Textus graeci* I, n. 35).

L'elemento che distingue la stipulazione dal semplice patto è ormai l'*animus stipulandi*, salva — s'intende — la presenza delle parti. In questo senso è alterato D. 2, 14, 7, 12.

dentro l'età classica doveva farsi nella forma verbale solenne della *dictio* o della *stipulatio*, con la c. degli imperatori Teodosio e Valentiniano (a. 428) può farsi con la *nuda pollicitatio*, cioè adoperando *qualiacumque verba*: più tardi ancora, può farsi — e si fa — non oralmente, ma *per libellum*, anche se la *stipulatio* o la *pollicitatio* manchi (*etiamsi desit stipulatio promittentis et verba iuridica*) (66).

La scrittura è richiesta spesso quale requisito formale di altri contratti: in alcuni casi la compravendita non è valida se non redatta per iscritto, e si distingue — per quanto dai *Digesta* la profonda innovazione sia poco emergente — (67) tra *venditio quae in scriptis* e *venditio quae sine scriptis fieri placuit*. Il confronto tra le Istituzioni di Gaio da un lato, le Istituzioni di Giustiniano e la Parafrasi di Teofilo dall'altro, è illuminante (68).

(66) È possibile determinare approssimativamente il tempo in cui l'*instrumentum dotis*, la *scriptura dotalis*, così nell'Oriente, come nell'Occidente, assume valore dispositivo.

Mentre la c. di Teodosio e Valentiniano (C. th. 3, 13, 4, a. 428) ammoniva: *Ad exactionem dotis, quam semel praestari placuit, qualiacumque sufficere verba censemus, etiamsi dictio vel stipulatio in pollicitatione rerum dotalium minime fuerit subsecuta*, i Giustiniani la riferiscono nel loro Codice con una significativa aggiunta: dopo « *qualiacumque sufficere verba censemus* » scrivono: *sive scripta fuerint sive non*. Il che è dire che i *verba* non sono più necessari. E l'insistenza sullo *scriptum* ritorna nelle costituzioni giustiniane. Cfr. C. 4, 29, 25, 1: *quod ab initio sponte scriptum vel in pollicitatione deductum est*; C. 5, 13, 1, 1: *omnes dotes per ex stipulatu exigi, sive scripta fuerit stipulatio sive non*.

Non diversamente nell'Occidente. L'*interpretatio* alla c. 4 C. 3, 13, su riferita, commenta: *Ad implendam vel exigendam dotem, hoc est, quae a muliere tempore nuptiarum viro datur, etiamsi desit stipulatio promittentis et verba iuridica, dos valere iubetur*.

E uno scolio al Fr. Vat. 113 pure commenta: *dotem per libellum promissam et sine stipulatione afferre actionem*. L'*instrumentum* ha sopraffatto i *verba*: il diritto provinciale è qui prevalso sul diritto ufficiale romano.

(67) Ve ne è soltanto un fugace accenno nella interpolazione delle parole *sine scriptis habitam* in D. 18, 1, 2, 1.

(68) Gaio (3, 139) scrive: *Emptio et venditio contrahitur, cum de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit, ac ne arrha quidem data fuerit...* I Giustiniani, invece, nelle loro Istituzioni (3, 23 pr.) soggiungono: *sed haec quidem de emptionibus et venditionibus, quae sine scriptura consistunt, optinere oportet: nam nihil a nobis in huiusmodi venditionibus innovatum est. in his autem quae scriptura conficiuntur non aliter perfectam esse emptionem et venditionem*

Il *contractus* è termine che viene attribuito alla donazione, anche se si tratti di donazione reale (che il diritto classico contrapponeva al *negotium contractum*), e viene attribuito in genere, a quei negozi che, anzi che essere fonti di rapporti obbligatori, sono costitutivi di diritti reali (69); il *depositum irregulare*, respinto come figura di deposito dalla giurisprudenza classica, ma già inseritosi nella prassi contrattuale dei romani viventi in Egitto prima della costituzione di Caracalla, trionfa (70) della opposizione degli ultimi giuristi classici che ravvisavano in esso un mutuo (71); la greca *ἀλληλεγγύη* (mutua fideiussione) s'infiltra nella solidarietà o correalità romana e la sconvolge (72).

A influenze ellenistiche risalgono la recezione del sistema delle *arrhae* contrattuali (73); il vasto sistema di multe fiscali inserite nelle clausole contrattuali (74); il *ius poenitendi* e la *condictio ex poenitentia* giustiniana. Concezioni ellenistiche operano in tema di garanzie personali (75): origine provinciale ha la concessione al ga-

constituimus, nisi et instrumenta emptiois fuerint conscripta vel manu propria contrahentium vel ab alio quidem scripta, a contrahente autem subscripta et, si per tabellionem fiunt, nisi completiones acceperint et fuerint partibus absoluta.

Cfr. anche Theoph. Paraphr. 3, 23 pr.

(69) L'imperatore Zenone (C. 4, 66, 1) non ha scrupolo di parlare di *contractus emphytheuseos* per significare la convenzione costitutiva del nuovo diritto reale di enfiteusi: *contractus* è nelle fonti interpolate l'accordo per la costituzione di un diritto di servitù (D. 8, 3, 13 pr.) e *contractus*, interpolato in luogo di *mancipatio* o di *in iure cessio*, è pure adoperato per indicare il modo di acquisto della proprietà (D. 44, 7, 55).

(70) Cfr. NABER, in *Mnemosyne* 34 (1906) 59 sgg.; C. LONGO, in *Bull. ist. dir. rom.* 18 (1906) 121 sgg.; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di dir. rom.*³ Napoli 1934, 302. L'opinione di G. SEGRÈ, in *Bull. ist. rom.* 19 (1907) 197 sgg., a cui aderisce il KÜBLER, in *ZSSSt* 29 (1908) 203 sgg., è confutata ora dal LONGO, *Corso di dir. rom., Il deposito*, Milano 1933, 111 sgg.

(71) Cfr. specialmente D. 16, 3, 1, 34; D. 12, 1, 9, 9; Coll. 10, 7, 9.

(72) Cfr. BONFANTE, *Solidarietà o mutua fideiussione?* in *Scritti in onore di G. P. Chironi*, 1, 559 sgg. e in *Riv. dir. comm.* 12 (1914) 1, 905 = *Scritti* 4, 568 sgg.

(73) Cfr. P. COLLINET, *Études historiques sur le droit de Justinien* I, 85 sgg. e larga bibliografia ivi; R. v. MAYR, *Römische Rechtsgeschichte* 4, 126.

(74) Cfr. A. BERGER, *Die Strafklauseln in den Papyrusurkunden*, Lipsia 1911.

(75) R. v. MAYR, *Römische Rechtsgeschichte* 3, 91; 4, 125; J. PARTSCH, in *ZSSSt* 44 (1924) 561.

rante del *beneficium excussionis* consacrata nella Nov. 4, come il diritto di liberazione concessa in taluni casi al garante di fronte al debitore (76). Il diritto provinciale fa parificare la *datio in solutum* alla compravendita (77).

Il diritto successorio romano, per ciò che attiene alla successione *inter vivos*, alla successione dei figli alla madre e della madre ai figli (78), alla intrasmissibilità della delazione, alla successione illimitata dell'erede nei debiti, alle forme testamentarie ecc., si rinnova profondamente.

Che tutto questo avvenisse, era fatale; e fu, anche per la società medioevale e moderna, in cui il diritto romano dominò per tanti secoli, benefico avvenimento. Data la civiltà e la ricchezza di forme giuridiche dei due mondi, italico e greco-orientale, queste vaste azioni e reazioni di elementi disparati — fenomeno unico nella storia del diritto — furono provvide e salutari (79).

4) L'EMPIRISMO DELLA DECADENZA. — Nell'epoca romano-ellenica, come in ogni epoca di decadenza giuridica, mere considerazioni empiriche inducono gravi mutamenti nel sistema giuridico.

Sono queste considerazioni empiriche, cospiranti talvolta con le nuove correnti etiche cristiane, che fanno rescindere i negozi a titolo oneroso quando, pur conchiusi con l'osservanza di tutte le norme che l'ordinamento giuridico prescrive, nella pratica esecuzione rivelano uno squilibrio troppo grave tra prestazione e controprestazione.

(76) Cfr. R. TAUBENSCHLAG, *Römisches Privatrecht zur Zeit Diokletians* 259.

(77) Cfr. P. DE FRANCISCI, in *Aegyptus* I, 302-308; P. KOSCHAKER, in *ZSSSt* 37 (1916) 168.

(78) La successione dei figli alla madre e della madre ai figli a Roma fu ammessa soltanto nell'età imperiale dai senatoconsulti Tertulliano e Orfiziano, e con grandi limitazioni. Nel diritto greco era riconosciuta senza riserve essendo i figli posti rispetto alla madre — come ereditandi e come successibili — nella stessa posizione che di fronte al padre: di qui derivano le innovazioni legislative in questa materia.

(79) Cfr. P. BONFANTE, *Storia del dir. rom.*⁴ 2, 36; G. PACCHIONI, *Corso di dir. rom.* 1, 399; V. SCIALOJA, in *Bull. ist. dir.* 14 (1901) 301 e in *Ist. di dir. rom.* (Roma 1934 ristampa) 7.

Ed ecco la rescissione della compravendita immobiliare per lesione enorme (80), se al venditore è stato corrisposto meno della metà del giusto prezzo e il compratore non sia disposto a corrispondere *id quod deest iusto pretio* (81); ecco la rescissione della transazione, se una delle parti *laesa est immodice* (82), della divisione, se *perperam* o *inaequaliter facta est* (83), e via via.

Il criterio della quantità s'insinua un po' dappertutto: così il colono deve sopportare *aequo animo* il *damnum modicum* (84) e l'usufrutto, per quanto il suo diritto consista soltanto nell'*uti* e non nel *frui*, può avere anche una piccola parte di frutti che *abundant in fundo* (85); così si può rescindere la vendita di cosa del pupillo, per sè valida, *si grande damnum pupilli vel adulescentis versatur* (86). Gli esempi si potrebbero moltiplicare (87).

Dovunque sorgono interessi contrastanti, non deve prevalere la lineare applicazione delle norme ricavabili dalla configurazione

(80) THOMASIIUS, *Dissert. acad.* III, 62; O. GRADENWITZ, in *Bull. ist. dir. rom.* II (1889) 14; E. ALBERTARIO, *ibid.* 31 (1921) 1 sgg.; S. SOLAZZI, *ibid.* 31 (1921) 51 sgg.. Testi interpolati: C. 4, 48, 2 [*humanum est - soluta sit*]; C. 4, 48, 8 [*nisi minus - servanda*]; C. 4, 44, 15 [*paulo*]; C. 4, 47, 7 [*facile*]; C. 4, 49, 6 [*non facile*].

(81) Che a questo riguardo giochi molto l'influenza della nuova etica cristiana, non è dubbio. Nelle costituzioni interpolate (C. 4, 44, 2 e 8), che fissano, come misura della lesione per poter invocare la rescissione della compravendita, un prezzo inferiore alla metà del valore della cosa, riecheggia il rimprovero agostiniano contro i profittatori delle tristi condizioni dei bisognosi (Serm. 75, 2 in MIGNÉ, *Patr. lat.* 39, 1890): «... *et pro casella pro qua prius, verbi gratia, forte centum solidos offerebat, ut eum opprimi viderit, nec medietatem pretii dare acquiescit*». Cfr. D. NONNOI, *S. Agostino e il diritto romano*, in *Riv. it. sc. giur.* N. S. IX (1934) 86-87 estr.

(82) C. 2, 20, 5 [*sane si laesa es immodice - tribuenda est*]; cfr. RICCOBONO, *Dal dir. rom. class. al dir. moderno* 640 sgg.

(83) C. 3, 38, 3 e Cons. 2, 6: il rescritto diocleziano è alterato tanto nel Codice giustiniano quanto nella *Consultatio*; cfr. ALBERTARIO, in *Athenaeum* N. S. 6 (1928) 330 sgg.

(84) D. 19, 2, 25, 6 [*si plus quam tolerabile est - non aufertur*]: cfr. ALBERTARIO, *Le valutazioni quantitative nel dir. giust. e nelle legislazioni moderne*, in *Riv. dir. comm.* 20 (1922) 1, 685.

(85) D. 7, 8, 12, 1 [*sed melius est - in fundo*]: cfr. ALBERTARIO, in *Riv. cit.* 686 n. 2.

(86) D. 4, 4, 49.

(87) Cfr. i numerosi testi adottati da ALBERTARIO, in *Riv. cit.* 679-691, il cui elenco è ancor lontano dall'essere completo.

giuridica degli istituti (questa lineare applicazione nell'ambiente spirituale della compilazione giustiniana, e delle generazioni di interpreti che la prepararono, è *ius strictum, merum, subtile* etc.), ma dev'essere seguita quella *media via* che li possa conciliare.

Quando aveva il diritto di scelta, il debitore di una obbligazione generica poteva *iure* dare anche la specie pessima e il creditore poteva *iure* pretendere l'ottima: i Bizantini impongono all'uno e all'altro di dare e pretendere la specie di *media qualità, mediae aestimationis* (88).

Il giudice deve *per mediocritatem causam dirimere* (89) e non dare ascolto nè al *delicatus debitor* nè al *creditor onerosus* (90).

Nel fissare l'ammontare della *stipulatio damni infecti* si dice che *honestus modus est servandus* (91).

Insomma, la *medietas*, la *media ratio*, la *media sententia*, la *media via*, la *congruens moderatio*, sono manifestazioni di un empirismo ignoto al diritto romano classico e soverchiante le norme di questo diritto (92). Di tale empirismo la compilazione giustiniana è veramente satura, per modo che esso può considerarsi un fattore che nell'età romano-ellenica deforma il diritto romano, ne incrina il sistema, indebolisce la solidità e la maestà delle sue logiche architetture. Giustiniano stesso confessa in una sua Novella (23, cap. 20 pr.) di essere nemico di ogni *immoderatio*: *ἡμῖν ἔδοξε τὰς ἀμετρίας ἀποστρεφόμενοις*.

5) LO SPIRITO E LA PREPARAZIONE DOTTRINALE DEI GIURISTI DELL'ORIENTE GRECO. - Verso la fine del IV secolo si svilupparono numerosi focolari di studi nelle provincie orientali dell'Impero: in Alessandria, Antiochia, Cesarea, Costantinopoli, Berito.

Questa città, già celebrata nel 239 come la scuola del diritto (*παιδευτήριον τῶν νόμων*), è considerata in seguito la madre del diritto (*μήτηρ τῶν νόμων*) e i suoi maestri sono esaltati come eroi (*ἡρώες*) e

(88) Cfr. E. ALBERTARIO, *La qualità della specie nelle obbligazioni generiche*, in *Riv. dir. comm.* 23 (1925) 1, 177-189.

(89) D. 36, 3, 7: interpolazione già rilevata dal FABRO: ora anche BESELER, *Beiträge* 3, 68.

(90) D. 13, 7, 25: [*medie igitur - audiatur*]: cfr. EISELE, in *ZSt* 30 (1909) 114.

(91) D. 39, 2, 40 pr. [*licet - servandus est*]: cfr. RICCOBONO, in *Bull. ist. dir. rom.* 9 (1895) 238 n. 2.

(92) Cfr. E. ALBERTARIO, in *Riv. cit.* 186-189.

maestri del mondo (*διδάσκαλοι της οικουμένης*): alcuni — Cirillo, Patricio, Donnino, Demostene, Eudossio, Leonzio — furono ricordati per secoli nella tradizione dottrinale bizantina. Ma questi maestri, a cui era toccato il compito di interpretare il diritto romano, portavano nella interpretazione di questo diritto, non disgiunta necessariamente dalla illustrazione della sua pratica applicazione, un nuovo spirito e un nuovo metodo.

Niente, in essi, che li rassomigli, o li avvicini soltanto, ai grandi giuristi di Roma.

Se, come disse il Poeta, i giuristi romani sentirono il diritto come poesia, cioè come vocazione spirituale, che era intuizione ed arte prima di esser meditazione e scienza, i giuristi delle provincie ellenistiche lo studiarono soprattutto con la mentalità di retori, di filosofi, di teologi sperimentati nella elaborazione dei dommi cristiani, che assorbiva le più elette e fervide intelligenze (93); onde

(93) L'influenza della retorica e della filosofia greca è notevole sulle scuole romane di retorica e di filosofia, e non v'ha dubbio che per esse si affinò anche la mente dei giuristi; ma non fu influenza soverchiatrice; fu più formale che sostanziale, dai giuristi contenuta e controllata, cioè a sua volta dominata, sicché il diritto romano sin verso la fine del III secolo d. Cr. ha uno svolgimento nazionale, anche quando diventa romano-universale, anche quando si avvantaggia di istituti di altri popoli ed è posto a contatto di idee e di dottrine di altre civiltà. Se le teorie elleniche di diritto pubblico non hanno fatto deviare né pure di una linea lo svolgimento politico della costituzione romana, anche la giurisprudenza ha seguito il suo corso naturale e la sua interiore evoluzione senza lasciarsene sostanzialmente influenzare in alcun modo. Il fatto che i più grandi giuristi furono coltissimi nelle discipline filosofiche, non prova nulla: bisognerebbe provare che in casi concreti, in singoli istituti e teorie un principio filosofico qualsiasi ha determinato un nuovo indirizzo. I concetti scientifici della filosofia ellenica rappresentano più che altro nelle decisioni e nelle costruzioni della giurisprudenza romana un elemento ornamentale e decorativo. La speculazione del giureconsulto romano è corretta sempre dal suo senso pratico e dalle basi realistiche e storiche degli istituti. I Bizantini, invece, della speculazione abusano e non sentono più quei correttivi: lo spirito metafisico trascendentale non raggiunse mai così vertiginose altezze come nell'Oriente ellenobizantino. Cfr. G. PADELLETTI, *Roma nella storia del diritto*, Bologna 1874; P. BONFANTE, *Scritti* I, 304; F. SCHULZ, *Prinzipien des röm. Rechts* 89.

In questo preciso ordine di idee è un altro romanista nostro, C. LONGO, quando scrive (*Storia del dir. rom.*, Milano 1933, 236 sg.): « Vi è un momento in cui tutte le manifestazioni della vita romana (costumi, letteratura, arte, filosofia) risentono profondamente l'influsso della cultura greca... solo la giurisprudenza ne rimane sostanzialmente immune; ed a noi ciò appare naturale dal momento che la caratteristica originale del popolo romano è il genio

la passione della teoria, da cui germogliarono definizioni, classificazioni, generalizzazioni, anche se fondate soltanto su esteriori apparenze, e sostanzialmente inutili o — ciò che è peggio, e più spesso accade — pericolose ed erronee; onde l'inclinazione al dubbio (*dubitatio, dubietas*) quando sorprende nei testi *contrarietates, controversiae, dissensiones, ambiguitates*, che si componeva e si acquietava poi mediante *distinctiones, differentiae, varietates* e *divisiones*; onde la tendenza a porre esempi, fabbricare casi, sollevare obiezioni perchè dall'esemplificazione e dalla discussione sul testo romano si riflettesse più luce; onde, finalmente e specialmente, in essi — più retori, più filosofi, più teologi nell'anima che non giuristi (94) — il disprezzo e quasi l'odio per

politico, e questo genio non poteva a meno di estrinsecarsi anche in quel campo che costituisce una delle pietre angolari di ogni organizzazione politica, il campo dell'ordinamento giuridico e della elaborazione delle sue norme.

Non è che i giuristi romani abbiano ignorate le astrazioni della filosofia greca, anzi nelle loro opere se ne riscontrano spesso delle tracce; ma vi appaiono più che altro a titolo di erudizione e di pompa, perchè nessuna conseguenza ne è tratta, e, quando sono in giuoco i principii generali, sono sempre i principii del diritto romano positivo che decidono». Sulle distinzioni delle cose, dominate da un criterio pratico economico-sociale anzi che ispirate a un concetto filosofico v. P. BONFANTE, *Ist. di dir. rom.*⁹ 231 sgg.; ID., *Corso di dir. rom.* II, 1, *Diritti reali*, 91 sgg.

L'influenza della retorica e della filosofia greca sul pensiero giuridico romano è stata energicamente accentuata dallo STROUX, *Summum ius summa iniuria*, Berlino 1926 e più ancora dal RICCOBONO, in *Annali Univ. Palermo* 1929, 639 sgg. Contro l'uno e l'altro v. E. ALBERTARIO, in *Studi in onore di P. Bonfante* I, 631 sgg., a cui sostanzialmente aderisce il LEVY, in *ZSSr* 51 (1931) 546. Più recentemente sul tema v. ancora STROUX, in *Atti Congr. intern. dir. rom.* (Roma 1933) 1, 111 sgg. e KUEBLER, *ibid.* 1, 79 sgg. Il KUEBLER, per altro, pur essendo tra quelli che ammettono in notevole misura l'influenza della filosofia e della cultura greca già sul diritto romano classico, non esita a scrivere (*Geschichte des röm. Rechts* 376) che nel diritto postclassico « griechische Gedanken durchdringen nun auch immer mehr und mehr das Recht, das sich allmählich völlig umgestaltet ». È veramente inconcepibile che a questa influenza siano stati proprio insensibili i maestri delle scuole greco-orientali, che insegnavano in greco, riempivano di glosse greche i testi romani, erano cresciuti nelle scuole greche di retorica e filosofia, avevano anima mentalità educazione greca nel territorio dell'Ellenismo, proprio quando questo aveva ripreso novello vigore!

(94) Rilievi intorno all'influenza delle dottrine retoriche e filosofiche sulle dottrine giuridiche bizantine s'incontrano in quasi tutta la letteratura romanistica più recente. Cfr. J. PARTSCH, in *ZSSr* 42 (1921) 227; ID., *Der griechische*

tutto ciò che il diritto richiede per la sua certezza, per tutto ciò che è forma e veste, e l'esaltazione di tutto ciò che è sostanza e pensiero interiore; il rispetto e la ricerca, con ogni larghezza consentita, della *voluntas* del soggetto agente (95).

E così nelle scuole dell'Oriente si elaborano dommi giuridici nuovi, che furono una triste eredità anche per la dommatica giuridica dell'età nostra: tale, l'estensione del concetto di *servitus* (96), si da indicare talvolta qualunque diritto altrui sulla cosa nostra (97) e, più spesso, almeno i diritti reali di usufrutto, di uso, di *habitationis*, con la classificazione conseguente delle *servitutes* in due grandi classi (*servitutes praediorum* e *servitutes personales*): tale, l'estensione del concetto di *successio* (98) si da esprimere con questo termine qualsiasi acquisto a titolo derivativo, e la conseguente distinzione tra *successio in universum ius* o *in universitatem* e *successio in dominium* o *in singulas res*, per modo che l'*hereditas* è rappresentata

Gedanke in der Rechtswissenschaft, in *Nachgelassene Schriften* 346 sgg.; ID., in *ZSSr* 43 (1922) XVI; O. LÉNEL, in *ZSSr* 45 (1925) XII; F. PRINGSHEIM, in *ZSSr* 45 (1925) 643 sgg.; P. COLLINET, *Le rôle etc.* 19 sgg.; P. DE FRANCISCI, *Premesse storiche alla critica del Digesto*, in *Conferenze per il XIV centenario delle Pandette*, Milano 1931, 3 sgg.; E. LEVY, in *ZSSr* 46 (1926) 421; F. SCHULZ, *Prinzipien des röm. Rechts* 93.

(95) O. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten* 170-217; P. BONFANTE, *Storia del dir. rom.*⁴ 2, 138; G. PACCHIONI, *Corso di diritto romano I*, CCXIII, n. 2; G. SEGRÉ, in *Atti Congr. int. dir. rom.* (Roma 1933) I, 224 n. 1. E già il CUIACIO (*Op.*, ed. Neap. 3, 394) avvertiva: *Triboniano amicum et familiare est desiderare specialem voluntatem ubi sufficit quaelibet.*

(96) Cfr. C. LONGO, *La categoria delle servitutes etc.*, in *Bull. ist. dir. rom.* 11 (1900) 281 sgg.. Questa estensione non ha spunti classici, come il CHIAZZESE, *Confronti testuali* 1, 424 e 428, sembra voler credere. Il testo giustiniano (D. 35, 2, 1, 9) contrappone l'*ususfructus* alle *ceterae servitutes*; il testo classico (conservatoci in Fr. Vat. 68) contrapponeva, invece, l'*usus fructus* all'*iter*. La novità non consiste nel sostituire *servitutes* a *iter*, ma nel chiamare le servitù prediali «*ceterae servitutes*», in quanto per i Giustinianeî anche l'*ususfructus* è una *servitus*.

(97) Cfr. D. 39, 1, 3, 3 [*sed praetor - mihi concedi*]: interpolato già secondo il BAVIERA. Cfr. ALBERTARIO, *Il pegno della superficie*, Pavia 1911, 13.

(98) Cfr. C. LONGO, *L'origine della successione particolare nel dir. rom.*, in *Bull. ist. dir. rom.* 14 (1902) 127 sgg., 224 sgg.; 15 (1903) 283 sgg.

come una *universitas* (99) e la *petitio hereditatis* diventa un'*actio de*

(99) Cfr. P. BONFANTE, *La successio in universum ius e l'universitas*, in *Studi in onore di V. Scialoja I*, 531 sgg. = *Scritti I*, 250 sgg.; *La formazione scolastica della dottrina dell'universitas*, in *Rend. Ist. Lomb.* 39 (1906) 277 sgg. = *Scritti I*, 307 sgg. Recentemente il CHIAZZESE, *Confronti testuali*, 425 sgg., ha sostenuto che il concetto dell'*universitas iuris*, col quale viene rappresentata l'*hereditas* in età postclassica, si sarebbe uniformemente svolto nelle due parti dell'Impero, prima in Occidente poi in Oriente. Ciò perché l'*hereditas* è già considerata come *universitas iuris* nei frammenti d'Autun (§ 61-63). Si può agevolmente dimostrare, invece, che questo concetto è una elaborazione delle scuole orientali, e fu trasportato nella Gallia o da un greco o da un occidentale educato nelle scuole greche. Se l'Epitome Gai è genuina espressione locale della cultura giuridica dell'Occidente, la Parafrasi gaiana, che i Frammenti d'Autun contengono, è chiara espressione di un insegnamento giuridico importato in Occidente dal di fuori. La Parafrasi d'Autun è diversa dall'Epitome non soltanto perché è il nitido tipo delle elaborazioni che i giuristi orientali designano col nome di *πλάτος*; vi ha ben di più: nel tono, nello stile, nella sostanza essa presenta un'analogia mirabile con la Parafrasi di Teofilo.

Il professore di Costantinopoli e il maestro d'Autun assumono lo stesso tono, lo stesso stile, insegnano la stessa non classica dottrina.

Le coincidenze di tono e di stile sono stupefacenti:

Th. Paraphr. 1, 2, 1: *εἰρήκαμεν ἐν τοῖς προλαβοῦσιν — ἀναγκαιῶς ὀφειλομεν εἰπεῖν*

1, 2, 3: *εἰπόντες . ἔλθωμεν ἐπὶ δευτέραν κτλ.*

1, 2, 6: *εἰπόντες — καὶ — διεξεληθόντες — μαθόντες — μετέλθωμεν ἐφ' ἕτερον καὶ μάθωμεν*

1, 5, pr.: *εἰρήκαμεν — εἴπωμεν.*

Fr. Aug. § 9: *tractavimus quae sint — sic nunc adicimus*

§ 12: *plane tractavimus — nunc consequens est ut dicamus*

§ 13: *et superius tractavimus, prius tractemus etc.*

Le definizioni sogliono essere precedute nella Parafrasi teofilina e nella Parafrasi d'Autun da analogia interrogazione:

Th. Paraphr. 1, 2, 4: *καὶ τί ἐστὶ δῆμος; κοινῆς τύχης σύνοδος*

1, 5, pr.: *καὶ τί ἐστὶ manumissio?*

Fr. Aug. § 44: *quid est pro herede gerere? animum habere capiendae hereditatis.*

§ 47: *quid est repudiare? nolle capere.*

Nella Parafrasi teofilina e nella Parafrasi d'Autun si accenna alla lacuna di qualche definizione e al modo di ripararvi.

Th. Paraphr. 2, 6, 3: *ἐλλιπῶς ὁ ὄρος ἔχει καὶ δεῖ προσθεῖναι αὐτῷ... καὶ λέγειν...*

Fr. Aug. § 18: *ideo sic dicimus... et illud adiciendum est...*

Tanto nella Parafrasi di Teofilo quanto in quella d'Autun il maestro si ri-

universitate contrapposta alla *rei vindicatio* che diventa un'*actio specialis in rem* (100).

volge agli uditori, ne suppone e rettifica impressioni e giudizi.

Th. Paraphr. 2, 6, 3: ἵσως προσηδήσας ἐρεῖς ... ἀλλ'οὐ δεῖ σε τοῦτο λέγειν.

Fr. Aug. § 22: *ut dicas ... opponitur tibi statim.*

Ma più interessante è notare che lo stesso punto di diritto offra ai due maestri le stesse difficoltà: sia nella Parafrasi di Teofilo sia in quella d'Autun si accenna alle obiezioni che si possono opporre tanto a chi volesse sostenere che i *liberi* del *captus ab hostibus* sono *sui iuris*, quanto a chi volesse sostenere il contrario.

Th. Paraphr. 1, 12, 5: καὶ τέως ἀντεξούσιος ἐμαντὸν εἰπεῖν οὐ δύναμαι — οὐ δύναμαι δὲ οὔτε λέγειν ἐμαντὸν ἐν τῷ μεταξύ καὶ δούλου ὅ — πεξνούσιον

Fr. Aug. § 22: *utrumque ergo difficile est: sive dicamus ... illud opponitur ... si dicamus ... illud.*

Come nel tono, nello stile, nella formulazione di dubbi e di obiezioni la Parafrasi teofilina e la Parafrasi d'Autun si assomigliano perfettamente, nessuna meraviglia deve recare la constatazione che nell'una e nell'altra Parafrasi vi sia una stessa concezione dottrinale nuova: che il *fideicommissum hereditatis* di Gaio (2, 247) diventi il *fideicommissum universitatis* per Teofilo e per il maestro di Autun.

Th. Paraphr. 2, 23 pr.: τῶν fideicommissῶν τὰ μὲν ἐστὶν ἰδικὰ, τὰ δὲ καθομάδα.

Fr. Aug. § 61: *Universitas, ubi hereditas directis verbis relinquitur: singularae res, ubi per legata singulas res relinquit.*

Il maestro d'Autun ha portato dall'Oriente la sostanza e la forma dell'insegnamento che nell'Oriente si andava svolgendo e che ci riappare più tardi (giacchè la Parafrasi d'Autun sembra composta verso la metà del V secolo) nella Parafrasi teofilina. È noto che Autun era centro di studi fiorenti, ove si stabilirono dotti greci, come Eumenius, principe dei retori sul principio del secolo IV (cfr. TEUFFEL, *Gesch. d. röm. Lit.* V, 11, § 391; PAULY-WISSOWA, *Realencycl.* VI, 1, 1105-1114; P. BONFANTE, *Scritti* I, 318-319).

L'origine orientale della concezione dell'*hereditas* come *universitas* è dimostrata anche dalla circostanza che l'Epitome Gai la ignora e che l'epitomatore occidentale spiega classicamente ancora l'*acquirere per universitatem* che si attua nell'*hereditas* scrivendo: *per universitatem, hoc est simul omnia.*

(100) Cfr. E. ALBERTARIO, *Actio de universitate et actio specialis in rem*, in *Annali Univ. Perugia* 1919.

Contro l'origine postclassica e scolastica dell'*universitas*, generalmente ammessa, è insorto ora il BORTOLUCCI, *La hereditas come universitas*, in *Atti Congr. internaz. dir. rom.* (Roma 1933). Ma la reazione contro una delle più solide conquiste della critica romanistica degli ultimi trent'anni è uno sforzo vano. Erronei sono i punti di partenza della reazione. Quando Gaio (2, 14)

Una concezione giuridica nuova, dovuta a influenze dottrinali

annovera fra le *res incorporales*, cioè fra quelle cose che *in iure consistunt*, l'*hereditas*, questa non è punto considerata come oggetto del rapporto, ma come il rapporto stesso: a quella stregua che è *res incorporalis* l'*usus fructus*, cioè il diritto reale di usufrutto, l'*obligatio*, cioè il diritto personale di credito, si dice *res incorporalis* l'*hereditas*, cioè il *ius successionis*. Gaio dice infatti: *ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporate est*. E, se il BORTOLUCCI avesse richiamato il passo corrispondente della Parafrasi di Teofilo (II, 2 pr.), avrebbe visto che il bizantino, ossessionato dalla voglia di configurare l'*hereditas* come *universitas iuris*, approfitta subito anche di questa occasione per distinguere tra *ius successionis* da un lato e *ius ususfructus* e *ius obligationis* dall'altro; per chiamare il primo, a differenza degli altri due, *ius in universum*: τὸ δίκαιον ἀπόρως.

Quanto a Gaio 2, 97, che configura l'*hereditas* come una *acquisitio per universitatem*, ciò è dire un acquisto in blocco, *res* possono essere anche le *res incorporales*: quindi anche un credito. Ma, fin che non si faccia della scandalosa ironia, i debiti non si possono chiamare diritti, nè a proposito del loro trapasso in altro soggetto si può parlare di *acquisitio* da parte di questi. Si acquista un diritto: non un debito, non un onere. Il debito e l'onere gravano su una persona, non si acquistano ad essa,

Se i giuristi classici avessero qualche volta raffigurata come *universitas* l'*hereditas*, l'avrebbero raffigurata in senso collettivo concreto, come un complesso di *res corporales* e di *res incorporales* (cioè di *corpora* e di *iura*), non come una *universitas* astratta, e precisamente come *universitas iuris*. È proprio, quando l'*universitas* si astrattizza e diventa *universitas iuris*, che vien concepita come un soggetto a sè stante: *persona*: *persona giuridica* (Cfr. DI MARZO, *Sulla dottrina romana dell'eredità giacente*, in *Studi in onore di V. Scialoja* 2, 53 sgg.). Movimento parallelo a quello che vediamo operarsi nelle corporazioni o associazioni: l'*universitas municipium* (collettività classica dei *municipes*) diventa l'unità astratta giustiniana: il *municipium*. Il BORTOLUCCI sembra non accorgersi della differenza sbalorditiva che c'è tra la concezione classica dell'*hereditas* che *defuncti* o *heredis personam sustinet* e la concezione giustiniana che la rappresenta, essa, come *persona*: nella concezione classica è un complesso di rapporti riallacciatisi a un fittizio soggetto concreto: nella concezione giustiniana è trasformata in un fittizio soggetto astratto, titolare di quel complesso di rapporti.

Se anche Africano in D. 50, 16, 208 avesse potuto scrivere che tanto il termine *bonorum possessio* quanto il termine *hereditas* esprimono *universitatem quandam ac ius successionis*, questa *quaedam universitas* non sarebbe che l'insieme delle *res* e dei *iura*: non dei *debita*. I quali passano al *bonorum possessor* e all'*heres*, perchè *bonorum possessio* ed *hereditas* esprimono anche (*ac!*) la *successio*: insomma, passano perchè l'*heres* e il *bonorum possessor* succedono. Nel diritto postclassico giustiniano la base si sconvolge: l'erede non risponde dei debiti perchè succede (succede anche l'acquirente di una *res singula*: il compratore, il donatario, il legatario, etc.): risponde, perchè succede in una

ellenistiche è — come recentemente è stato ben dimostrato (101) — quella che ravvisa nell'*heres* il continuatore della personalità giuridica del defunto.

Nella legislazione giustiniana essa è frequente: (C. 6, 26, 11, 1 [531]; 11, 48 (47) 22, 4 [531]; 3, 33, 14, 1) [530] (102). Nella Nov. 48 pr. [537] si statuisce che, se il defunto abbia giurato l'ammontare del suo patrimonio, gli eredi non possono impugnarne la dichiarazione:

καίτοι γε τοῖς ἡμετέροις δοκεῖ νόμοις ἐν πῶς εἶναι πρόσωπον τοῦ κληρονόμου καὶ τοῦ εἰς αὐτὸν παραπέμποντος τὸν κληρονόμον...

e al cap. 1 § 1 si soggiunge:

ἀλλὰ ταῦτα μὲν πρὸς τοὺς κληρονόμους, οἵπερ ταῦτὸ πον δοκοῦσι τοῖς τελευτῶσιν εἶναι, κρατεῖν βουλόμεθα,

ribadendo che formano un'unità la persona dell'erede e quella del defunto.

Questa concezione è già nell'antica speculazione greca e si perpetua nei Padri greci.

Platone, trattando della necessità dei matrimoni e del loro scopo afferma che lasciando, dopo di sé, figli e nipoti si trasmette la vita come una fiaccola e si acquista una quasi sempiterna natura:

Plato (Hermann) *de legib.* IV, 11, 721: Γένος οὖν ἀνθρώπων ἐστὶ τι ξυμφυῆς τοῦ παντός χρόνον, ὃ διὰ τέλους αὐτῷ ξυνέπεται καὶ συνέγεται, τοῦτῳ τῷ τρόπῳ ἀθάνατον ὄν, τῷ παιδῶν παίδων κατὰ λειπόμενον ταῦτόν καὶ ἐν ὄν ἀεὶ γενέσει τῆς ἀθανασίας μετεληφέναι.

Plato (Hermann) *de legib.* VI, 17, 773 fin.: περὶ γάμων δὴ ταῦτ' ἔστω παραμύθια λεγόμενα, καὶ δὴ καὶ τὰ ἐμπροσθε τούτων ῥηθέντα, ὡς χρὴ τῆς ἀειγενούς φύσεως ἀντέχεσθαι τῷ παιδῶν παίδων καταλείποντα ἀεὶ τῷ θεῷ ὑπερέτας ἀνθ' αὐτοῦ παραδιδόναι.

universitas iuris, anzi che nel singolo *ius*, ad es. nel *dominium*. La base della *successio* non serve più, ed allora l'altra base (l'*universitas iuris*) dev'essere posta in evidenza: per ciò il maestro di Autun dice ai suoi discepoli di leggere *universitas* dove è scritto *hereditas*. Il concetto classico di *successio* è recentemente bene illustrato da E. BETTI, *Ist. dir. rom.*, Padova 1934, 181 sgg.

(101) Cfr. G. BORTOLUCCI, *Il dogma della successione nella personalità giuridica del defunto*, in *Atti Congr. intern. dir. rom.* (Roma 1933).

(102) Non, per altro, adoperata per spiegare gli effetti della successione ereditaria, diversi da quelli della successione particolare: questa diversità di effetti è spiegata — come abbiamo visto — col dire che nella *hereditas* si ha una *universitas iuris*.

Non diverso è il linguaggio dei Padri.

Così leggiamo in Atenagora d'Atene, Apolog. 12 (Migne P. G. 6, 996):

ποιεῖται δὲ καὶ παιδῶν οὔτε διὰ χρεῖαν ἰδίαν, οὔτε δι' ἕτερον τι τῶν αὐτῶ προσημόντων, ἀλλ' ἐπὶ τῷ εἶναι τε καὶ διαμένειν καθ' ὅσον οἶον τε τοὺς ἀπ' αὐτοῦ γενομένους, τῇ τῶν παίδων καὶ τῶν ἐγγόνων διαδοχῇ τὴν ἑαυτοῦ τελευτήν παραμυθούμενος, καὶ ταύτῃ τὸ θνητὸν ἀποθανατίζειν οἰόμενος.

E in Clemente d'Alessandria, Stromat. II, 23 (Migne P. G. 8, 1090): ὁ ἀτεννος τῆς κατὰ φύσιν τελειότητος ἀπολείπεται, ἅτε μὴ ἀντικαταστήσας τῇ χῶρᾳ τὸν οἰεῖον διάδοχον. τέλειος γὰρ ὁ πεποιμῶς ἐξ αὐτοῦ τὸν ὅμοιον μᾶλλον δέ, ἐπειδὴν κἀκείνον τὸ αὐτὸ πεποιμῶτα ἐπίδη, τουτέστιν, ὅταν εἰς αὐτὴν καταστήσῃ φύσιν τὸ τεκνωθέν τῷ τεκνώσαντι. Γαμητέον οὖν παντός καὶ τῆς πατρὶδος ἕνεκα, καὶ τῆς τῶν παίδων διαδοχῆς, καὶ τῆς τοῦ κόσμου, τὸ ὅσον ἐφ' ἡμῖν, συντελειώσεως.

La prefazione della Nov. 22 sulle nozze sembra calcata su Platone e Clemente d'Alessandria:

Εἰ γὰρ ὁ γάμος οὕτως ἐστὶ σεμνόν, ὡς τῷ ἀνθρωπίνῳ γένει δοκεῖν ἀθανασίαν ἐπιτεχνῆτην εἰσῆγεῖσθαι, καὶ ἐκ τῆς παιδοποιίας ἀνανεούμενα τὰ γένη μένει διηνεκή, τῆς τοῦ θεοῦ φιλανθρωπίας καθ' ὅσον ἐστὶ δυνατόν τῇ καθ' ἡμᾶς τὸ ἀθάνατον χαριζομένης φύσει, εἰκότως ἡμῖν περισπούδαστα τὰ περὶ τῶν γάμων ἐστί.

Ma, se questa concezione ha trovato anch'essa più critici che fautori, non va taciuto che nelle scuole dell'Oriente greco si elaborano anche dommi giuridici fecondi per la dommatica dell'avvenire: così il concetto della *possessio iuris*, che si colloca a lato della *possessio rei* (103); così il concetto di persona giuridica (*universitas personarum* o *corpus* nel suo significato unitario e non più collettivo) (104): la corporazione, che i Romani si rappresentavano

(103) Cfr., da ultimo, E. ALBERTARIO, *Vat. Fr. 90 (Contributo agli studi sulla origine della possessio iuris)*, in *Rend. Ist. Lomb.* 64 (1931) 145 sgg., e letteratura ivi richiamata. L'affermazione del RICCIBONO (*Corso di dir. rom.* 1933-34, *Il possesso* 230), che la *possessio iuris* sarebbe una costruzione della giurisprudenza romana, urta contro le affermazioni recise anche degli ultimi giureconsulti classici, secondo i quali non si possono possedere le *res incorporales*. Nè è da approvare l'oscillante posizione concettuale assunta da B. KÜBLER (*Die klassischen Juristen und ihre Bedeutung für die Rechtsentwicklung*, in *Conferenze per il XIV centenario delle Pandette*, Milano 1931, 121 n. 1), che riterrebbe classica la *iuris quasi possessio*, non la *iuris possessio*. Non è da approvare, perchè una relazione d'antitesi non può logicamente diventare una relazione di somiglianza. E la giurisprudenza romana era soprattutto logica.

(104) Cfr. E. ALBERTARIO, *Corpus e universitas nella designazione della persona giuridica*, in *Scritti I*, 97 sgg.

come una collettività concreta, onde è che parlano, ad esempio, di *municipes* anzi che di *municipium* (105), è dai Greci dell'Oriente configurata come una astratta unità col procedimento mentale analogo a quello con cui i teologi rappresentano la Chiesa cattolica, comunità dei fedeli, come il *corpus Christi* (106).

La *voluntas*, l'interno volere, comunque rintracciabile passa al primo posto e si fa ogni sforzo per far prevalere la volontà interna sulla volontà dichiarata o risultante dall'oggettivo comportamento (107). Per il giurista romano le parole e i gesti delle parti, anche se non fissati in formulari immutabili, vengono sempre interpretati secondo il criterio oggettivo della valutazione che ogni parola o gesto trova nell'ambiente sociale: l'eventualità, che l'interno volere sia diverso da quello che da tale indagine risulta, è un rischio da cui l'interessato deve sapersi guardare ricorrendo, se occorre, ad esperti. Ma, mentre in qualunque negozio giuridico il giurista romano considera *quid actum est*, cioè valuta la *voluntas* oggettivamente attraverso la sua manifestazione (e così attraverso i *verba* o la *scriptura*), l'interprete greco considera *quid senserit* l'agente, cioè trascura piuttosto l'esteriore manifestazione della volontà pur di scoprire la volontà effettiva (108).

(105) *Municipium*, invece di *municipes*, è in testi interpolati. Cfr. ALBERTARIO, *Scritti cit.* I, 117 sgg.

(106) Cfr. ALBERTARIO, *Scritti cit.* I, 100 sgg.

(107) Cfr., da ultimo, ALBERTARIO, in *Studi in onore di P. Bonfante* I, 645 sgg.; PRINGSHEIM, in *Gnomon* 3 (1927) 523; ID., *Animus in Roman Law*, in *Law Quarterly Review* 1933; V. ARANGIO RUIZ, *Ist. dir. rom.*³, Napoli 1934, 94-95; E. BETTI, *Ist. dir. rom.*, Padova 1934, 226 sgg.

(108) Basta vedere quel che dicono classici e giustiniani in tema di stipulazione. Dicono i primi: *Semper in stipulationibus... id sequimur quod actum est* (D. 50, 17, 34). Dicono i secondi: [*Plerumque*] *enim in stipulationibus verba, ex quibus obligatio oritur, inspicienda sunt* (D. 45, 1, 126, 2: anche questo testo nella sua redazione genuina, invece di *plerumque*, diceva *semper*). L'interpolazione ha la sua spiegazione in ciò che i classici guardano alla volontà esteriorizzata (*quid actum est*); i giustiniani alla volontà interiore dell'agente (*quid senserit*). I classici formulano e tengono fermo il principio: *cum in verbis nulla ambiguitas est, non admittitur voluntatis quaestio* (D. 32, 25, 1); per i giustiniani occorre sempre *voluntatem spectari* anche quando *in verbis nulla ambiguitas est*.

Un esempio particolarmente interessante, in quanto appartiene a un giurista

Nel diritto romano classico, inoltre, l'individuo doveva adattare la propria volontà alla forma del diritto e, scelta una determinata forma, era soggetto a determinate norme fisse con tutte le conseguenze che il diritto assegnava ad esse, anche se non tutte comprese nella sua volontà. La forma era come uno strumento, e lo strumento arrivava a un determinato fine indipendentemente dalla volontà di chi se ne serviva e magari contro questa volontà. Invece, i giuristi bizantini lasciano maggiore libertà alla volontà, cercano di aiutarla, di mettersi —

che vive quando l'età classica della giurisprudenza sta per chiudersi, è contenuto in un testo di Modestino (D. 33, 2, 19):

Si alii fundum, alii usum fructum eiusdem fundi testator legaverit: si eo proposito fecit ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur. nam detracto usu fructu proprietatem eum legare oportet eo modo: 'Titio fundum detracto usu fructu lego: (Seio eiusdem fundi usum fructum lego) vel Seio eiusdem fundi usum fructum heres dato'. quod nisi fecerit, usus fructus inter eos communicabitur, quod... plus valet scriptura...

Quando il testatore scrive *'fundum lego'*, adopera un *verbum* in cui non c'è *ambiguitas*; vuol dire che egli lega la proprietà del fondo: cioè il diritto e il godimento del diritto stesso. Poco importa che ad altri leghi l'usufrutto dello stesso fondo: ciò produrrà la sola conseguenza che il godimento del diritto sarà comune al proprietario e all'usufruttuario: *usus fructus inter eos communicabitur*. Ciò dimostra che la giurisprudenza classica, quando i *verba* e lo *scriptum* non ammettono *ambiguitas*, non si accinge alla ricerca dell'interno volere, il quale, anche se diverso da quello risultante dai *verba* e dallo *scriptum*, è giuridicamente infecundo.

Ma i compilatori, pur non giungendo a mutare la decisione classica in questa fattispecie, non potevano tollerare la sua precisa risonante motivazione: *quod plus valet scriptura*, quando questa non è ambigua, ed estenuarono la motivazione stessa, come sogliono fare, con un avverbio, scrivendo: *quod interdum plus valet scriptura*. Si comprende anche, così, come là, dove la giurisprudenza classica scorgeva una volontà effettiva, i giustiniani vi scorgano soltanto una volontà presunta e pongano in questo campo della volontà presunzioni innumerevoli, eliminabili da una prova contraria; onde le interpolazioni consuete: *nisi aliud voluisse testatorem probaretur* — *nisi aliud testatorem sensisse probetur* ecc. Sullo sviluppo della dottrina delle presunzioni nel diritto giustiniano cfr. C. FERRINI, *Le presunzioni in dir. rom.*, in *Riv. it. sc. giur.* 14 (1892) 258-294 = *Opere* 3, 417 sgg.; G. DONATUTI, *Le praesumptiones iuris in dir. rom.*, 1931 e *Le praesumptiones iuris come mezzi di svolgimento del dir. sostanz. romano*, in *Riv. dir. priv.* 3 (1933) 161 sgg.; F. SCHULZ, *Prinzipien des röm. Rechts* 22.

per così dire — al suo servizio. Essi modificano in questo senso tutto il diritto classico modificandone l'intonazione generale.

Il diritto classico diceva: chi usa una determinata forma, raggiunge certi determinati effetti; i giuristi bizantini dicono lo stesso ma soggiungono, interpolando i testi classici: a meno che l'autore non abbia voluto una cosa diversa. La modificazione verbale è lievissima, ma sostanzialmente è della massima importanza: è la volontà che prevale anzi che la forma (109).

La giurisprudenza romana aveva tramandato all'età postclassica i negozi che chiamava indifferentemente *contractus* (*negotia*

(109) Così, egregiamente V. SCIALOJA, *Ist. di dir. rom.* (ristampa 1934) 12-13. Cfr. anche E. ALBERTARIO, in *Studi in onore di P. Bonfante* I, 647. La *voluntas* nel negozio giuridico classico ci deve pur essere, ma è sottomessa alla forma: nel negozio giuridico giustiniano è sciolta dalla forma e dominante. Un esempio caratteristico si ha nel regime della *stipulatio* che non presenti congruenza tra domanda e risposta. Per i classici questa *stipulatio* è nulla. Ce lo dice Gaio (3, 102):

Adhuc inutilis est stipulatio, si quis ad id quod interrogatus erit, non responderit, veluti sestertia X a te dari stipuler et tu sestertia V promittas....

Nel diritto giustiniano, invece, la *stipulatio* è valida per la somma minore. È notissima, infatti, l'interpolazione di D. 45, 1, 1, 4:

Si stipulanti mihi 'decem' tu 'viginti' respondeas, non esse contractam obligationem [nisi in decem] constat. ex contrario quoque si me 'viginti' interrogante tu 'decem' respondeas, obligatio [nisi in decem] non erit contracta. [licet enim oportet congruere summam, attamen manifestissimum est viginti et decem inesse]. Analogamente interpolato è D. 50, 17, 34.

È da avvertire ancora che tra i documenti ellenistici, che il diritto giustiniano si appropria, e i moduli orali, in uso presso i Romani, eravi una differenza essenziale: questi moduli segnavano alla libertà negoziale delle parti confini strettissimi e inderogabili, sicché non si potevano attuare negozi per i quali non fossero predisposti i relativi moduli: la scrittura, invece, è come una veste capace di adattarsi ad ogni contenuto (v. su ciò V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del dir. rom.* 271-272). E allora può ben dire lo scoliaste bizantino (in HEIMB. II, 71): *καὶ ἄνευ διαθέσεως οὐκ ἔστιν δυνατόν, συνίστασθαι συνάλλαγμα. μήτηρ γὰρ ἔστιν τῶν συναλλαγμάτων ἢ διάθεσις.*

Non va, infine, dimenticato che la concezione postclassica giustiniana tende a deprimere l'importanza della funzione pratica tipica del negozio e, in correlazione, mira a dare invece importanza decisiva alla volontà rivolta a determinati effetti giuridici (*animus* o *voluntas donandi, transigendi, stipulandi, paciscendi, novandi, compensandi* ecc.): cfr. E. ALBERTARIO, in *Pubbl. Un. Catt.* I, fasc. 2; R. DE RUGGIERO, in *Arch. giurid.* 97 (1927) 138 sgg.; E. BETTI, *Ist. dir. rom.*, Padova 1934, 227.

contracta), avessero, o non, a loro base una *conventio* (110); atti illeciti che chiamava *delicta*, avessero, o non, a loro base il *dolus* (111). I Greci vedono in essi due categorie da riordinare e da ricomporre: distinguono il negozio, che ha per base la *conventio*, da quello che non l'ha (112): l'atto illecito, che ha per base il dolo, da quello commesso per semplice colpa (113). Al *contractus* = *conventio* i

(110) Cfr. P. BONFANTE, *Sulla genesi e l'evoluzione del contractus*, in *Rend. Ist. Lomb.* 40 (1907) 888-902 = *Scritti* 3, 107 sgg.; ID., *Sui contractus e sui pacta*, in *Riv. dir. comm.* 18 (1920) 1, 1 sgg. = *Scritti* 3, 135 sgg.; E. ALBERTARIO, in *Riv. dir. comm.* 21 (1923) 1, 493 sgg.; ID., in *Rend. Ist. Lomb.* 59 (1926) 409 sgg.; ID., in *Riv. dir. comm.* 34 (1934) 1, 227 sgg. Così, per i Romani è *contractus* la *negotiorum gestio*: per la gestione tutelare abbiamo la testimonianza preziosa di Gaio (4, 182); è *contractus* la cosiddetta comunione incidentale che viene chiamata, anch'essa, *societas* e contrapposta alla *societas iuris gentium* in quanto questa ha la sua base nel *consensus* e l'altra ne prescinde: anche qui è preziosa e recentissima la testimonianza del Gaio alessandrino: cfr. E. ALBERTARIO, in *Riv. dir. comm.* 34 (1934) 1, 227 sgg.

(111) Cfr. E. ALBERTARIO, in *Rend. Ist. Lomb.* 59 (1926) 409 sgg. Era per i Romani *delictum* il *damnum iniuria*, benché questo *damnum* fosse recato senza dolo dell'agente (Gai 3, 210).

(112) E così, mentre il giurista classico diceva (D. 50, 12, 3): *pactum est duorum consensus atque conventio*, il bizantino Teofilo applica questa definizione del *pactum* al *contractus*. In Paraphr. 3, 13, 2 egli scrive: *συνάλλαγμα δὲ ἐστὶ δύο ἢ καὶ πλείονων εἰς τὸ αὐτὸ σύνοδος τε καὶ συναίσεις*, e in Paraphr. 4, 5 pr. con tenace insistenza ripete: *τὸ γὰρ σύντρονον τῶν δύο τὴν συναίσεων ἀπατεῖ*. E i Giustiniani in D. 2, 14, 1, 3 dicono (deformando ciò che doveva scrivere Pedio): *nullum esse contractum.... quae non habeat in se conventionem*.

(113) Così negli schemi bizantini dei *delicta* rileviamo spostamenti interessanti. Mentre la quadripartizione classica dei *delicta* era la seguente: *furtum, vi bona raptā, damnum iniuria, iniuriae* (Gai 3, 182), la quadripartizione bizantina finisce per essere un'altra: *dolus, furtum, vi bona raptā, iniuriae*. Uno scoliaste, l'Agioteodorita, infatti commenta D. 47, 1, 1 = Bas. 60, 1, 1, scrivendo (HEIMB. 5, 447): *γίνωσκε δὲ ἰδιωτικὰ ἀμαρτήματα εἰσι ταῦτα: δόλος, ὕβρις, ἀρπαγή καὶ κλοπή*. Dall'elenco bizantino è cacciato fuori il *damnum iniuria*, che non è necessariamente doloso, e vi è inserito invece, e al primo posto, il *dolus*, che è il nuovo necessario presupposto perché il *delictum* vi sia e abbraccia tutti gli atti illeciti dolosi: vi è inserito il *dolus*, così tutt'una cosa col *delictum*, che lo stesso termine *ἀμαρτήματα* è adoperato indifferentemente per indicare e *delictum* e *dolus*.

Greci contrappongono il *quasi contractus* (114); al *delictum* = *dolus*, il *quasi delictum* (115).

Così la bipartizione gaiana delle fonti delle obbligazioni (*contractus - delictum*) diventa la quadripartizione scolastica postclassica, poi giustiniana (*contractus, quasi contractus, delictum, quasi delictum*) (116). E le fonti comprese in questa quadripartizione diventano categorie generali.

Il campo dell'atto illecito è poi il campo sperimentale preferito per le loro dialettiche disquisizioni.

(114) Nessuna migliore dimostrazione, a questo proposito, si può avere di quella offerta dalla comparazione tra il pensiero gaiano deformato nelle fonti giustiniane e bizantine da un lato e il pensiero gaiano conservato nelle sue Istituzioni dall'altra. In Gaio (4, 182) la *negotiorum gestio* tutelare è annoverata tra i *contractus*, e per ciò le fonti delle obbligazioni possono ancora essere soltanto due: *contractus* e *delictum*. Nella Parafraresi teofilina (4, 16, 2), che riferisce il passo gaiano, la *negotiorum gestio* tutelare non è più considerata un *contractus* ma un *quasi contractus*. Per ciò, accanto al *contractus* è collocato, come fonte di obbligazione, il *quasi contractus*. Nel Gaio alessandrino la comunione ereditaria, svoltasi dall'antico *consortium familiare*, è detta *societas* (cioè *genus societatis, proprium civium Romanorum*, contrapposto al *genus societatis*, che è *iuris gentium*, e che *consensu contrahitur*). *Societas*: cioè *contractus*. Ma un passo gaiano, interpolato nel Digesto (10, 3, 2) distingue tra una comunione consensuale e una comunione incidentale definendo la prima *communio cum societate* (cioè contrattuale), la seconda *communio sine societate*, cioè quasi contrattuale, come i Giustiniane in Inst. 3, 27, 3, 4 e lo scoliaste bizantino nel commento a D. 10, 3, 1 (HEIMB. 1, 791) chiaramente dicono. Sui *duo genera societatis*, cfr. EIN, in *Bull. ist. dir. rom.* 39 (1931) 33 sgg.; P. FREZZA, in *Riv. it. sc. giurid.* N. S. 7 (1932) 3 sgg.; ID., in *Riv. di filol. e d'istr. classica*, N. S. 13 (1934) 27 sgg.; ID., recensione di "V. ARANGIO-RUIZ, *Societas re contracta*", in *Apollinaris* (Studi e documenti di storia e diritto) 1935; E. ALBERTARIO, in *Per il XIV cent. della codificaz. di Giustiniano*, Pavia 1934.

(115) E, quando configurano un atto illecito come *quasi delictum*, i Giustiniane si affrettano a mettere in evidenza l'elemento soggettivo della *culpa* anzi che del *dolus* (cfr. D. 9, 3, 44, dove sono aggiunte dai compilatori le parole: *culpa enim penes eum est*, e soprattutto uno scolio a D. 9, 3, 1 pr. = Bas. 60, 4, 1 (in HEIMB. 5, 328) dove si vuol spiegare perchè l'*effusum et deiectum* non è delitto ma quasi delitto: giacchè c'è molta differenza, dice lo scoliaste, tra la colpa e il dolo, cioè tra la semplice negligenza e il meditato proposito di nuocere: *πολλή γὰρ διαφορὰ ῥαθυμίας καὶ ἀμαρτήματος αἰσχροῦ, καὶ κακίστης προαιρέσεως, καὶ μεμελετημένου δόλου γινόμενον*. Per annoverare poi l'atto del *iudex qui litem suam fecerit* tra i quasi delitti i Giustiniane sono costretti a pensare, con una vera stortura logica, che questo possa avvenire *per imprudentiam* (testi interpolati: D. 44, 7, 5, 4 = 50, 13, 6; Inst. 4, 5 pr.).

(116) Cfr., da ultimo, E. ALBERTARIO, in *Riv. dir. comm.* 21 (1923) 1, 493 sgg.; ID., in *Rend. Ist. Lomb.* 59 (1926) 409 sgg.

Attorno alla *culpa* lavorano costruendo distinzioni ed equazioni: distinguono tra una *culpa lata* e una *culpa levis* (117) e assimilano la prima al dolo facendo discendere da essa quegli effetti che dal *dolus* scaturiscono: *magna culpa dolus est; nimia negligentia dolo aequiparatur* (118).

Distinguono tra una *culpa in abstracto* e una *culpa in concreto* (119), la prima commisurando sul tipo del *bonus paterfamilias*, cioè dell'uomo medio, la seconda valutando con riferimento concreto alla condotta del soggetto singolo nella amministrazione delle cose proprie, e stabiliscono che questa seconda valutazione si faccia precisamente quando si tratta di valutare la condotta di chi amministra cose, o gerisce affari, altrui (il tutore, il curatore, il gestore di negozi, il mandatario), o proprie e di altri insieme (il socio), o proprie, ma che devono eventualmente restituirsi ad altri (il marito nell'amministrazione delle cose dotali).

Salgono più su e costruiscono anche una *culpa in eligendo*. Così *aliquatenus culpa reus est* taluno per il fatto che *opera malorum hominum utitur* (120). Non altrimenti sottilizzano in materia di caso fortuito e di forza maggiore, distinguendo da un lato il *casus* o il *casus minor*, dall'altro il *casus fortuitus*, la *vis maior*, il *damnum fatale* (121).

La loro attitudine speculativa, l'amore della teoria e del sistema li fa indugiare a distinguere tra *ius scriptum* e *ius non scriptum* (122); a porre la definizione, anzi le definizioni, del *ius*

(117) Cfr. O. LENEL, in *ZSt* 38 (1917) 263 sgg.

(118) Cfr. A. DE MEDIO, *Studi sulla culpa lata in dir. rom.*, in *Bull. ist. dir. rom.* 17 (1905) 5 sgg. e 18 (1906) 260; ID., *Sulla validità del patto di non prestare la colpa grave*, in *Foro it.* 1905; ID., *Valore e portata della regola 'magna culpa dolus est'*, in *Studi in onore di C. Fadda*, Napoli 1906.

(119) Cfr. L. LUSIGNANI, *Studi sulla responsabilità per custodia secondo il dir. rom.*, Parma 1903, 99 sgg.; G. ROTONDI, *Scritti* 2, 105 sg.; B. KUEBLER, *Der Einfluss der griechischen Philosophie auf die Entwicklung der Lehre von den Verschuldensgraden im römischen Recht* 63 sgg.

(120) Cfr. F. MESSINA VITRANO, *Note intorno alle azioni in factum di danno e di furto contro il nauta, il caupo, lo stabularius*, Palermo 1909, 3, 25 sgg.; F. SCHULZ, *Die Haftung für das Verschulden der Angestellten im klass. röm. Recht*, in *Grünhut's Zeitschr. f. d. priv. u. öff. Recht* 1911.

(121) A. DE MEDIO, *Caso fortuito e forza maggiore in dir. rom.* 20 (1908) 157 sgg..

(122) Cfr. S. PEROZZI, *Ist. di dir. rom.* 1, 42 n. 2.

naturale e a distinguerlo dal *ius gentium* (123); a valorizzare, fino ad esasperarla, la distinzione tra *actiones in rem* e *actiones in personam* (124), e a distinguere analogamente tra *pacta in rem* e *pacta in personam* (125), tra *mora ex re* e *mora ex persona* (126), tra giuramento *in rem* e giuramento *in personam* (127); a sottilizzare sulla *ψυχή*, sulla *φύσις*, sulla *οὐσία*; a individuare, classificare, elencare azioni, contratti e, in generale, gli atti giuridici secondo la loro *φύσις*. Per ciò, in testi interpolati incontriamo la *natura actionis* (128) e la *natura contractus* (129) e vediamo spuntare *actiones mixtae* (130)

(123) Cfr. S. PEROZZI, *Ist. di dir. rom.*² 1, 91 sgg.; E. ALBERTARIO, *Sul concetto del ius naturale*, in *Rend. Ist. Lomb.* 57 (1924) 168-180.

(124) Cfr. E. ALBERTARIO, *In tema di classificazione delle azioni*, in *Riv. di dir. proc. civile* 5 (1928) 185 sgg.

(125) Cfr. G. ROTONDI, *Di alcune riforme giustinianee relative al pactum de non petendo*, in *Scritti* 2, 307 sgg.

(126) Cfr. H. SIBER, in *ZSSr* 29 (1908) 47 sgg.

(127) Cfr. G. SEGRÉ, in *Riv. dir. comm.* 12 (1915) 1, 1067.

(128) Cfr. C. LONGO, *Il criterio giustiniano della natura actionis*, in *Studi in onore di V. Scialoja*, Milano 1904, 1, 605 sgg.; ID., *Natura actionis nelle fonti bizantine*, in *Bull. ist. dir. rom.* 17 (1905) 34 sgg.

(129) Cfr. G. ROTONDI, in *Scritti* 2, 159 sgg. Sulla *natura actionis* e sulla *natura contractus* v. anche P. COLLINET, *Études hist. sur le droit de Justinien* 1, 192-199; ID., *Le rôle de la doctrine et de la pratique etc.*, Parigi 1929, 48 sgg.; F. PRINGSHEIM, in *Apollinaris (Studi e documenti di storia e diritto)* 1935. Il RICCOBONO, *Punti di vista etc.* 591 vorrebbe considerare queste dottrine come un *posterius* rispetto alla compilazione giustiniana: sono l'espressione, invece, del bizantinismo che è riuscito a travasarsi nei *Digesta*, giacchè i pochi passi, che accennano alla *natura actionis* e alla *natura contractus*, sono indubbiamente interpolati. Stefano nello scolio τούτ' ἔστιν a D. 12, 1, 9, 9 (HEIMB. 2, 601) riferisce a proposito del deposito irregolare le parole di Amblicio, uno dei παλαιοί, che insegnavano a Berito tra il 480 e il 500: καλῶς οὖν καὶ ἀρμοδίως ἂν τις τοῦ ἡρώος Ἀμβλίου κεχορημένος ῥήμασιν εἴποι, ὅ πόσα δύναται τῶν συναλλαγμάτων ἢ φύσις ὅ πόσα δι' ἑνὸς μετασχηματίζεται ῥήματος: ἅπαντα γὰρ τῷ χρῆσθαι μεταβέβληται ῥήματι, δημοτεία, νομή, συνάλλαγμα, κίνδυνος, ἀγωγή. *Natura actionis* e *natura contractus* erano formule e concetti, dunque, delle scuole pre-giustiniane! Cfr. su ciò F. PRINGSHEIM, in *Apollinaris* cit.

(130) I Bizantini chiamano *mixtae actiones* tanto quelle in cui *uterque actor est* (D. 44, 7, 37, 1 itp.: cfr. E. ALBERTARIO, in *Riv. it. sc. giur.* (1913), quanto quelle che dicono a un tempo *in rem* e *in personam* (Theoph. Paraphr. 4, 6, 20: cfr. AUDIBERT, in *Nouv. rev. hist. de droit fr. et étr.* 28 (1904)), quanto quelle che sono dette a un tempo reipersecutorie e penali (E. CUQ, *Les institutions juridiques des Romains* 825; E. ALBERTARIO, in *Bull. ist. dir. rom.* 26 [1913] 90 sgg.).

e *interdicta mixta* (131), cioè *actiones* e *interdicta* che hanno *mixtam naturam* (132).

Dopo tutto ciò, dire che il diritto romano dalla fine del III alla metà del VI secolo si è svolto spontaneamente, per impulso della forza iniziale, e meccanicamente, quindi anche linearmente, è porre una affermazione inaccettabile, perchè disconoscitrice di una realtà storica complessa e grandiosa (133).

(131) Cfr. A. BERGER, *Interdicta mixta*, in *Studi in onore di V. Simoncelli* 171 sgg.

(132) Naturalmente i maestri dell'Oriente ellenistico erano ben lungi dall'essere su ogni punto concordi, e questa constatazione è una riprova della vivacità e del fervore che alimentavano il pensiero delle scuole. Le discordanze potevano nascere dalle diverse tendenze tradizionali delle varie regioni orientali e dalle diverse influenze d'ambiente (DE FRANCISCI, *Premesse storiche etc.* 27), ma si riallacciavano anche a dissensi che lo stesso ardore dialettico e l'appartenenza a diversa scuola letteraria o filosofica dovevano inevitabilmente produrre. Esse sono attestate da Giustiniano stesso nella c. Omnem al § 7: *audivimus etiam in Alexandria splendidissima civitate et in Caesariensium et in aliis quosdam imperitos animos devagare et doctrinam discipulis adulterinam tradere*, e Giustiniano di tale argomento si vale per sopprimere tutte le scuole di diritto all'infuori di quelle di Roma, Costantinopoli e Berito. Un' *adulterina doctrina* era certamente, ad es., quella che limitava la responsabilità dell'erede convenuto con l'*a. depositi* all'*id quod ad eum pervenit* anzi che riconoscerla *in solidum*: dottrina respinta dai compilatori (cfr. G. ROTONDI, *Dolus ex contractu e dolus ex delicto*, in *Scritti* 2, 371 sgg.): esempi numerosi di *altercationes* postclassiche v. in G. ROTONDI, *Scritti* 1, 441 n. 3.

(133) Un adeguato apprezzamento dell'opera delle scuole di diritto dell'Oriente ellenistico faceva già il FERRINI, in *Riv. it. sc. giur.* 14 (1893) 351-352 = *Scritti* 5, 449-450 scrivendo: «.... non devesi dimenticare che essi (i compilatori) in molti casi danno il risultato di un lungo svolgimento della pratica, in altri introducono concetti ignoti ai giuristi classici, ma evidentemente già da tempo accolti e fissati nelle scuole, soprattutto nelle orientali. Le cospicue alterazioni della materia delle *condictiones*.... risentono in più di un modo l'attività scolastica....». E H. ERMAN, *Études de droit classique et byzantin*, in *Mélanges Appleton* 1903, 213-215 già scriveva: «C'est de 518, bien plutôt que de 528 ou 530, qu'il faudra faire partir la renaissance justinienne et la préparation des Pandectes, précédée elle-même et rendue possible par l'essor de beaucoup antérieur de la jurisprudence byzantine et surtout bérytienne.... En lisant les décisions de Justinien, on a souvent l'impression que l'empereur emprunte à la jurisprudence byzantine antérieure la solution qu'il donne à la controverse classique, voir par exemple C. 6, 2, 21, § 3a, 4... les professeurs byzantins purent ou même durent inventer des systèmes nouveaux toutes les fois que les règles classiques se trouvaient dans un désac-

Una rivoluzione è scoppiata nel campo religioso — il trionfo del Cristianesimo diventato religione di Stato; una rivoluzione è scoppiata nell'ordine politico — costituzione della monarchia assoluta, di tipo orientale; una rivoluzione è scoppiata nell'ordine sociale ed economico — socialismo di Stato ed economia retta sul sistema delle caste: il diritto romano si applica a un territorio nuovo, il più appartato dalla romanità, dove altri diritti hanno radici profonde e fitte invadenti propaggini; la direzione del movimento giuridico è passata con Costantino all'Oriente (134); sono Greci che disapplicano, spesso con avveduti infingimenti, il diritto romano nella prassi del foro e nella prassi notarile e privata; sono Greci, imbevuti di retorica di filosofia di teologia, che lo interpretano, lo commentano, lo elaborano nelle scuole. In questa così ampia e così profonda rivoluzione di idee e di tendenze, di cose e di uomini, il diritto romano ebbe un movimento agitato e inquieto e passò, anzi che attraverso una fase serena di spontaneo svolgimento, attraverso una complicata fase di azioni e reazioni molteplici, lungamente perduranti, sì da riapparire con nuovo spirito e con nuovo volto dentro la compilazione di Giustiniano. Come nel campo del diritto pubblico, anche nel campo del diritto privato ci fu — e non poteva non essere così — una rivoluzione (135).

cord trop profond avec le droit nouveau, que surtout ils devaient enseigner, soit à la suite des lois impériales, par exemple celles sur le *repudium* ou les secondes noces, la grande innovation de la prescription des actions, ou la loi très importante, elle aussi, de Zénon sur la plus-pétition à la suite de laquelle on du tailler dans le vif de la théorie classique de la consommation: soit par l'influence du droit vulgaire gréco-oriental... Enfin et surtout à la suite de la profonde transformation de la procédure, la *cognitio extra ordinem*, avec ses institutions et ces tendances nouvelles ».

(134) La maggior parte delle costituzioni inserite nel Codice teodosiano e nel Codice giustiniano sono emesse da centri orientali e dirette a personaggi orientali: le sedi del nuovo movimento legislativo sono i paesi dell'Oriente. Ciò assume un più vivo risalto quando si consideri che il numero dei senatori provenienti nell'era classica dall'Oriente era insignificante e che gli imperatori provenivano in quell'epoca tutti dall'Occidente o si innestavano in una famiglia occidentale, come gli ultimi due Severi.

(135) Il LEVY, pur annettendo una qualche importanza allo sviluppo meccanico del diritto romano in età postclassica, non disconosce questa realtà. Cfr. *ZSS* 49 (1929) 259: « Durften wir denn jemals glauben, dass die Arbeit

Come il nuovo si andasse innestando sul vecchio, o, meglio sostituendo al vecchio, non è difficile dire.

I nuovi elementi si fissarono nel diritto romano:

a) attraverso la legislazione imperiale, da Costantino in poi;

b) attraverso la prassi del foro (*usus iudiciorum*), e attraverso la prassi notarile e privata, cioè quella *longa consuetudo*, a cui accenna Giustiniano stesso nella c. *Deo auctore* (§ 10): *usus iudiciorum* e *longa consuetudo*, per cui norme e istituti romani, per disapplicazione, decadde e norme e istituti greci, per la frequenza costante della loro applicazione, riuscirono a prevalere;

c) attraverso l'insegnamento scolastico.

Un lavoro inesausto di glosse ai testi romani dell'età classica e di interpolazioni pregiustiniane dei testi stessi o di loro epitomi e un lavoro più sistematico di interpolazioni della commissione legislativa di Giustiniano condensano il ricco frutto dell'insegnamento scolastico, riassumono le risultanze dell'*usus iudiciorum* e della *longa consuetudo*.

Ecco perchè dicemmo che le interpolazioni sostanziali sono nella legislazione di Giustiniano una massa veramente cospicua, e l'espressione diritto romano giustiniano indica esattamente quel sistema che è l'apporto di due età profondamente diverse e di due diverse civiltà giuridiche.

L'architettura romana prevale: l'elemento fondamentale — diceva il Mitteis — resta pur sempre il diritto nazionale romano; ma ciò non poteva trattenerlo dal dichiarare che il diritto romano

der 300 Jahre langen, weltverändernden Zwischenzeit sie auf einem simplen generalnener werde bringen lassen? So wenig Justinian der alleinige Urheber ist, so wenig ist es der Hellenismus oder die mechanische Fortbildung des klassischen Rechts oder sonst ein einzelner Faktor. Komplexe Probleme fordern komplexe Lösungen ». Cfr. anche quanto il LEVY osserva in *ZSS* 46 (1926) 421. Non diversamente, e più recentemente, lo SCHULZ, *Prinzipien des röm. Rechts* 93: « Die Rechtsgeschichte des vierten und fünften Jahrhunderts ist eine höchst komplexe Erscheinung... ».

nella legislazione giustiniana è diventato un'altra cosa (136), ciò è dire si è profondamente trasformato (137).

Nè ad affermare che il diritto romano nell'età postclassica ha continuato a svolgersi spontaneamente e, attraverso lo svolgimento, a semplificarsi, insensibile alle influenze esterne, può indurre la identità o somiglianza di principii e di istituti, che appaiono nuovi rispetto al diritto classico, e che pur dominano nel diritto postclassico dell'Occidente come in quello dell'Oriente.

È da osservare innanzitutto — e recentemente ne ha già fatta una brillante dimostrazione il LEVY (138) — che vi ha tutta una serie di divergenze tra le nuove concezioni che si affermano in Occidente e quelle che si affermano in Oriente: divergenze che sono talvolta soltanto di grado, ma che altre volte sono invece di principii.

(136) Cfr. *Römisches Privatrecht*, Vorwort: «... die Gedankenwelt der Byzantiner überall eine eigenartige ist... unter Beibehaltung der antiken Rechtsformen das Recht selbst doch überall ein anderes geworden ist». In senso conforme C. FERRINI, *Pandette* 1-5; *Opere* 4, 413-435; P. COLLINET, *Le caractère orientale de l'oeuvre législative de Justinien*, in *Études hist.* 1; R. V. MAYR, *Römische Rechtsgeschichte* 4, 48; R. SOHM-L. MITTEIS-L. WENGER, *Gesch. u. Inst. d. röm. Rechts* 120: «Das römische Recht vollendete sich unter dem Einfluss des Griechenrechts: aus dem Stadrecht ging ein Weltrecht hervor»; P. BONFANTE, *Scritti* 4, 25 n. 1; 4, 583, e altrove; F. SCHULZ, *Prinzipien d. röm. Rechts* 92-93.

(137) La stessa scomparsa del processo formulare con la sua caratteristica e veramente romana distinzione nelle due fasi *in iure* e *in iudicio*; la stessa sostituzione della *cognitio extra ordinem*, che aveva prima scarse ed eccezionali applicazioni, al processo formulare, per cui si trasforma in regola processuale inderogabile e assoluta ciò che era, prima, eccezione alla regola: la conseguente abolizione del giudice privato e l'elevazione della funzione del giudice a funzione statale, sono innovazioni e riforme che non potevano restare senza influenza sullo svolgimento del diritto privato. E, se da un punto di vista concettuale può aver poca importanza il veder considerata nell'età postclassica alla stregua di un'*actio directa* un'*actio utilis*, ha molta importanza il veder trasformata la *cautio damni infecti* in un'*actio damni infecti* e l'*interdictum* in un'*actio*: cioè la tutela amministrativa in tutela giudiziaria.

(138) *Westen und Osten in der nachklassischen Entwicklung d. röm. Rechts*, in *ZSSr* 49 (1929) 230 sgg.; v. anche P. COLLINET, *Études hist.* 1, 249 sgg.; P. DE FRANCISCI, in *Mélanges Cornil* 1, 297 sgg.

L'esistenza di queste numerose divergenze contraddice a una evoluzione lineare del diritto romano sviluppatosi per forza d'inerzia. Sono forze esterne — di ambiente, di condizioni, di uomini — che operano sulla evoluzione giuridica e le imprimono qua e là, nelle diverse parti dell'impero, un determinato e non parallelo movimento.

Molte coincidenze, anche, vi sono e derivano da cause varie:

a) l'apporto del Cristianesimo, diffuso sì nell'Occidente che nell'Oriente;

b) l'influenza della nuova costituzione politica e del nuovo ordinamento sociale dappertutto dominanti, pur accanto a quella che potevano determinare le condizioni regionali diverse;

c) l'azione esercitata anche in Occidente dalla nuova legislazione che l'Oriente ha cominciato a dirigere (139);

d) l'influenza diretta, esercitata soprattutto dall'Oriente sull'Occidente (140), mediante il tramite dei commerci e attraverso le scuole (141);

(139) È notevolissima la circostanza, rilevata già dal MEYER (*Prolegomena in leges Novellas ad Theod. pertinentes XI*) e anche dal LEVY (*ZSSr* 49 [1929] 254) che nessuna costituzione occidentale fu da Valentiniano III e suoi successori inviata in Oriente; che nessuna costituzione occidentale fu inserita nel Codice giustiniano dopo il 432, mentre le costituzioni orientali venivano inviate e applicate in Occidente.

(140) Cfr. FERRINI, *Opere* 1, 51; 2, 426; G. ROTONDI, *Scritti* 1, 296; 409; 440; G. SEGRÈ, *Elementi elleno-orientali nel diritto privato dell'alto Medioevo*, in *Ann. Univ. Torino* 1923-24; L. WENGER, in *Byzantinische Zeitschr.* 27, 407-419.

(141) La povertà delle scuole occidentali è stata generalmente avvertita ed è dimostrata dal carattere pratico dello studio del diritto romano in Occidente, mentre carattere dottrinale ha questo studio in Oriente (LEVY, COLLINET). Un'opera, come la compilazione giustiniana, non poteva maturare in un ambiente, del quale sono prodotto ed espressione insieme i *Tituli ex corpore Ulpiani*, i *Fragmenta Vaticana*, la *Collatio legum mosaicarum et romanarum*, la *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti*; in un ambiente, nel quale, alcuni anni dopo la c. teodosiana, si scriveva che i giuristi classici, fatta eccezione dei cinque, non rimanevano negli originali ma erano appena noti per le citazioni; nel quale le *Institutiones* di Gaio erano rappresentate da una barbara e brevissima epitome e alcune costituzioni imperiali, richiamandosi all'autorità del *ius*, mostravano di intendere con queste parole le sole *Sententiae* di Paolo. Da poche linee dei *Fragmenta sinaitica*, da tante citazioni in così poche linee, ben possiamo arguire, invece, quanto fosse ricca la biblioteca e larga la cultura dei commentatori d'Oriente. Cfr. FERRINI, *Il Digesto* 33.

e) un fondo di tradizioni giuridiche comuni e non romane (142).

Quando queste varie cause si abbiano presenti, si illuminano le coincidenze tra concetti, norme, istituti, non riconducibili al diritto classico, nè allo spontaneo sviluppo del diritto classico, emergenti nelle due parti dell'impero.

Non sorprende, così, il trovare nel *favor libertatis* una tendenza viva del nuovo diritto sì in Occidente che in Oriente, e la stessa forma della *manumissio in ecclesia* qua e là praticata; non sorprende il constatare la stessa applicazione che del *favor libertatis* fanno alla condizione giuridica del concepito un passo alterato delle Sentenze di Paolo e un frammento marciano alterato nei *Digesta* (143); si comprende che il *iustum pretium* si insinuò in tanti testi interpolati dei *Digesta* e già prima in un passo della epitome che va sotto il nome di *Tituli ex corpore Ulpiani* (144); che la rescissione di una divisione, *perperam* e *inaequaliter* fatta, ci appaia in un rescritto interpolato sia nel *Codex* di Giustiniano, sia nella *Consultatio* occidentale (145); che l'unificazione della *tutela impuberum* e della *cura minorum*, lo scambio di *pupillus* e di *minor*, si ritrovino in testi della giurisprudenza classica alterati nell'Occidente (*Vaticana Fragmenta*) e nell'Oriente (*Institutiones, Digesta, Codex*) (146); che la dottrina tipicamente bizantina dell'*universitas* ci si affacci nella Parafrasi al Gaio di Autun, e così via.

Ma fu l'Oriente che salvò i destini del diritto romano.

Dopo l'improvviso silenzio della giurisprudenza classica nella seconda metà del III secolo, la povertà degli studi fu fenomeno

(142) « Es ist uns ja heute geläufig — avverte il LEVY (ZSS: 49 [1929] 252) — dass Griechen und Germanen in ihren Rechtsanschauungen sich oft die Hand reichen, während die Römer eigenwillig ihren isolierten Weg gehen ».

(143) Pauli Sent. 2, 24, 1-3 e Marcianus D. 1, 5, 5, 2-3: cfr. E. ALBERTARIO, *Studi di dir. rom.* 1, 3 sgg.

(144) Tit. ex corp. Ulp. 2, 11 [*iusto pretio*]: cfr. E. ALBERTARIO, in *Bull. ist. dir. rom.* 31 (1921) 2; S. SOLAZZI, *ibid.* 83-84.

(145) C. 3, 38, 3 e Cons. 2, 6: cfr. E. ALBERTARIO, in *Athenaeum* N. S. 6 (1928) 330 sgg.

(146) Cfr. E. ALBERTARIO, *Studi di dir. rom.* 1, 427 sgg.; S. SOLAZZI, *La minore età* 171 sgg.; P. DE FRANCISCI, *Saggi romanistici* 1 sgg.

generale dell'Occidente e dell'Oriente: Claudio Mamertino (147), Ammiano Marcellino (148), Teodosio II (149) e Valentiniano III (150) ne fanno testimonianza diretta e sicura. Ma nell'Oriente le scuole riflorirono e, soprattutto nel V e nei primi decenni del VI secolo, prepararono la via alla grande opera legislativa di Giustiniano. Non sono da dimenticare le parole che già nel 1891, quando interpolazioni nelle fonti pregiustiniane non erano state rilevate ancora, scriveva il Ferrini: « Fu la scuola di Berito che in certo modo salvò ai posteri il diritto romano. Se non ci fosse stato questo focolare in Oriente, Giustiniano non avrebbe trovato nè gli uomini nè i mezzi nè la cultura sufficienti per raccogliere nel Codice e nei Digesti tante reliquie dell'antica dottrina » (151).

Uomini della teoria più che della pratica, ricchi di dottrina e di pazienza, i maestri greci, pur concentrando il loro maggior studio sulle opere dei cinque giuristi ricordati nella costituzione teodosiana, spaziarono — come già abbiamo avvertito — anche un po' fuori, servendosi di altre opere della giurisprudenza classica che la cultura giuridica occidentale o ignorava o trascurava o respingeva, alle quali essi invece volentieri guardavano e attingevano; aggiornarono le opere del loro insegnamento e del loro studio, annotandovi, almeno in parte, ciò che i tempi e gli eventi avevano mutato, ciò che era ormai da omettere, ciò che era invece necessario aggiungere; invogliati dalla loro stessa educazione filosofica e dal loro ardore dialettico, si provarono a comporre gli elementi vecchi e nuovi — cioè romani, ellenistici e cristiani — in un sistema necessariamente eterogeneo ma tale da far sentire che una elaborazione dottrinale vi era pur dentro e si affermava nelle concezioni nuove, nelle nuove generali idee, nelle nuove classificazioni.

L'opera giustiniana ebbe anche per base — come pure abbiamo avvertito — il fervido lavoro di questi maestri del V e del VI secolo; ma, non ostanti i molti aggiornamenti, doveva riuscire

(147) *Gratiarum actio Iuliano* c. 20 e 25.

(148) XXX, 4.

(149) Nov. Th. 1, pr.

(150) Nov. Valent. § 6.

(151) *Opere* 2, 1 sgg.

necessariamente un'opera di compilazione più che di legislazione: fortunata, se la si guarda sotto altri aspetti; pessima, se la si guarda sotto l'aspetto legislativo (152), giacchè nacque, in notevole parte, già superata dai tempi; in notevole parte, più storia che dottrina (153).

Per cercare il diritto vigente all'età di Giustiniano non raramente bisogna guardare fuori dei *Digesta*: scoprirlo nelle costituzioni personali del legislatore dentro il *Codex* e soprattutto nelle *Novellae* (154).

Ma la romanità, così potentemente e misticamente sentita da Giustiniano, venuta da quell'Illiria che nel III secolo aveva dati i soli uomini capaci di fronteggiare la grande crisi (Aureliano, Probo, Diocleziano), giovò alla salvezza della tradizione giuridica che le scuole d'Oriente, pur adattandola e deformandola, avevano custodito, e che si sarebbe in altro modo sciaguratamente perduta.

Giustiniano con l'opera sua, in cui il materiale storico sembra non raramente soffocare il materiale legislativo, conservò una parte preziosa del tesoro più fulgido della sapienza latina, a cui attinge in ogni tempo e in ogni luogo l'educazione giuridica del pensiero umano (155), e gettò la sua grande legislazione come gigantesco

(152) Cfr. P. BONFANTE, in *Studi in onore di A. Salandra* 124.

(153) Sulla più o meno accentuata valutazione dell'arcaismo di Giustiniano v., in vario senso, da un lato E. LEVY, *ZSt* 49 (1929) 240 n. 5; P. DE FRANCISCI, *Premesse storiche* etc. 36; B. BRUGI, *Papiri bizantini di compravendita e diritto romano*, in *Studi in onore di S. Peruzzi* 299 sgg.; F. PRINGSHEIM, *Die archaische Tendenz Justinians*, in *Studi in onore di P. Bonfante* 1, 549 sgg.; dall'altro, S. RICCOBONO, *La verità sulle pretese tendenze arcaiche di Giustiniano*, in *Conferenze per il XIV centen. delle Pandette* 235 sgg.; A. BERGER, *Le XII tavole e la codificazione giustiniana*, in *Atti Congresso intern. dir. rom.* (Roma 1933).

(154) Bene il BONFANTE: « A guardare solo le apparenze, nel diritto giustiniano, sparita la tutela del sesso, le donne sono interamente libere come non furono mai nella storia del diritto: l'uguaglianza delle cose è completa, l'accordo genera qualunque obbligazione, e tutte le forme sono soppresse. La realtà è diversa: ma conviene guardare fuori delle Pandette ».

(155) In quanto il diritto romano è considerato uno strumento incomparabile per affinare il senso giuridico, va cercato nell'età dei grandi giureconsulti. Le posteriori innovazioni non furono scientificamente rifuse con l'antico materiale: cfr. FERRINI, *Pandette* 2.

ponte fra la civiltà antica e la civiltà moderna. Se l'imperatore avesse fatto prevalere la pratica greco-orientale che ispirò poi l'Ecloga isaurica, la sua opera in Occidente avrebbe perduto ogni influenza col cadere della dominazione bizantina: invece costruì un'opera che, attraverso la rinascenza bolognese, potè assurgere a diventare nei secoli di mezzo la legge comune di gran parte d'Europa.

L'INTERPRETAZIONE DELLE FONTI DEL DIRITTO ROMANO GIUSTINIANEO

È stato argutamente affermato (1) che il *Corpus iuris* è la miglior palestra per l'interprete del diritto, così per i pregi insuperati dei giureconsulti, da cui emanano i frammenti delle Pandette, come per i difetti, egualmente insuperati, dal lato formale, della legislazione giustiniana.

E' vero che il legislatore nella c. *Tanta* (§ 15) scrive: "*contrarium autem in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit nec invenitur, si quis suptili animo diversitatis rationes excutiet: sed est aliquod novum inventum, vel occulte positum, quod dissonantiae querellam dissolvit et aliam naturam inducit discordiae fines effugientem* „; è vero, cioè, che Giustiniano nega che vi siano contraddizioni nelle sue leggi e ammonisce di ricercare *suptili animo* le ragioni occulte delle opposte decisioni, ma è certamente, codesta, la più ingenua manifestazione del suo entusiasmo legislativo: di quell'entusiasmo che generò la fallace illusione che la sua legislazione non avesse bisogno di commenti, al punto di vietarli (c. *Deo auctore* § 12, c. *Tanta* § 21) e di permettere soltanto traduzioni letterali in greco (*κατὰ πόδα*), sommari delle leggi singole (*indices*), singoli titoli con le citazioni dei luoghi paralleli (*παράτιτλα*). Non ostante la pena del falso minacciata ai contravventori, oltre la distruzione dei libri, non sembra che, nemmeno lui regnante, il divieto venisse preso sul serio.

Da alcuni testi del diritto giustiniano parrebbe a tutta prima risultare che l'interpretazione legislativa, che noi siamo soliti chiamare anche autentica, e che impropriamente è considerata interpretazione, sia da ritenersi come l'unica possibile, esclusa qualunque interpretazione dottrinale o giurisprudenziale; esclusa, cioè, quella che propriamente e solitamente è da considerare interpretazione. Nella c. 12 § 1 C. I, 14 leggiamo:

(1) Cfr. P. BONFANTE, *Ist. di dir. rom.* 29.

“ *si enim in praesenti leges condere soli imperatori concessum est, et leges interpretari solo dignum imperio esse oportet... tam conditor quam interpretis legum solus imperator iuste existimabitur* ”, e a proposito del Digesto nella c. *Tanta* § 21: “ *si quid vero ambiguum fuerit visum, hoc ad imperiale culmen per iudices referatur et ex auctoritate augusta manifestetur, cui soli concessum est et leges condere et interpretari* ”.

Ma, così scrivendo, Giustiniano non poteva pensare, e in realtà non pensava, ad attribuire a sè solo la facoltà di interpretare la legge nel senso odierno; egli voleva impedire l'*interpretatio* nel senso antico del termine: cioè, abolire la creazione di diritto da parte della giurisprudenza; voleva essere non solo unico *conditor* di *leges*, ma unico *conditor* di *ius*. Più di due secoli prima di lui, appena stabilita la monarchia assoluta, Costantino si affrettò a dichiararsi unico interprete delle leggi nel senso giustiniano: “ *inter aequitatem iusque interpositam interpretationem nobis et oportet et licet inspicere* ” (c. 1 C. I, 14, a. 316).

L'interpretazione del *Corpus iuris* è stata ardua in ogni tempo, per quanto ispirata nelle varie epoche a non coincidenti finalità.

La scuola bolognese dei glossatori (2) con Irnerio e i suoi quattro discepoli e continuatori — Bulgaro e Martino, Jacopo

(2) Cfr. C. F. v. SAYIGNY, *Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter*², Heidelberg 1850 (trad. it. BOLLATI, Torino 1853); B. BRUGI, *I fasti aurei del diritto romano*, Pisa 1879; H. FITTING, *Die Anfänge der Rechtschule zu Bologna*, Berlino 1888; N. TAMASSIA, *Bologna e le scuole imperiali di diritto*, in *Arch. giur.* 40 (1888); L. CHIAPPELLI, *Lo studio bolognese*, Pistoia 1888; F. SCHUPFER, *Le origini dell'Università di Bologna*, in *Mem. Acc. Lincei*, Sc. mor., 6 (1889); A. GAUDENZI, *Appunti per servire alla storia dell'Università di Bologna e dei suoi maestri*, 1889; G. PESCATORE, *Beiträge zur mittelalterlichen Rechtsgeschichte*, Berlino 1890; N. TAMASSIA, *Odofredo*, Bologna 1894; E. BESTA, *L'opera di Irnerio*, Torino 1896; B. BRUGI, *I glossatori nella storia della nostra giurisprudenza civile*, Torino 1915; ID., *Le dottrine politiche dei glossatori*, Torino 1915; A. VISCONTI, *Glosse e glossatori*, Milano 1915; P. TORELLI, *La codificazione e la glossa*, in *Atti Congr. intern. dir. rom.* (Bologna 1933), Pavia 1934, 1, 329; E. GENZMER, *Die justinianische Kodifikation und die Glossatoren*, ibid., 345 sgg.; P. VACCARI, *Pavia e Bologna*, ibid. 291 sgg.; P. S. LEICHT, *Ravenna e Bologna*, ibid. 277. Più ampia bibliografia in F. SCHUPFER, *Storia del dir. it.*⁴, Roma 1908, 598 n. 63; E. BESTA, in *Storia del dir. it.* sotto la direzione di P. Del Giudice, Milano 1923-25, 790; G. SALVIOLI, *Storia del dir. it.*³, Roma 1930, 96 sgg.; A. SOLMI, *Storia del dir. it.*³, Milano 1930, 508 sg.

e Ugo — per antonomasia chiamati i quattro dottori, iniziò una fase interpretativa, che favorì l'adattamento del diritto romano giustiniano alle condizioni del tempo.

Per l'ignoranza della storia e per l'assenza di critica, ingenui dubbi, anacronismi, equivoci nelle glosse abbondano e possono ironicamente far sorridere la colta giurisprudenza di secoli più dotti; ma, con avveduta esegesi, accostando nella comparazione dei testi alla regola arcaica le sue numerose *fallentiae* (che non erano se non i principii nuovi affermatasi o nel corso della evoluzione interna del diritto romano o nell'età del Basso Impero) e queste principalmente valorizzando, ispirandosi alle costituzioni giustiniane, di cui avevano buona conoscenza, i glossatori seppero, tra la moltitudine dei cozzanti testi e delle discordanti norme, rintracciare e illuminare quei testi e quelle norme che più vivamente erano gli elementi del diritto giustiniano e rappresentavano di questo sistema il fresco spirito animatore.

Una più ardita corrente di questa scuola fece anche di più. I glossatori non erano, specialmente nel primo rigoglioso fiorire della scuola, come non furono mai i giureconsulti di Roma, quantità fungibili; nel loro campo, come assai presto nel campo della giurisprudenza romana, si formarono diverse correnti: i “ *nostri doctores* ”, l'appellativo col quale i glossatori indicano i loro maestri; gli “ *alii doctores* ”, l'appellativo che designa i seguaci della corrente opposta, riecheggiano quegli appellativi coi quali il giureconsulto Gaio ricorda i maestri delle due scuole, che per tanta età divisero la giurisprudenza romana: della scuola sabiniana (*nostrae scholae auctores*); della scuola proculeiana (*diversae scholae auctores*).

E, se la scuola di Bulgaro è legata alla parola del testo giustiniano, la scuola di Martino mira non soltanto a illustrare e raccogliere gli elementi vivi di questo diritto, ma a svolgerlo altresì e a dilatarlo, così da essere non esatta interprete del testo, ma degna e felice continuatrice di Giustiniano (3); fa leva sull'*aequitas*, intesa non nel senso ciceroniano di spirito della norma giuridica,

(3) I dissensi fra le due scuole sono molti e gravi, e si perpetuarono anche a causa della venerazione che i discepoli avevano per i loro caposcuola: *os aureum* era detto Bulgaro; *copia legum* Martino. I dissensi sono tanti, e tanto profondi, che Azzone, un seguace della scuola di Bulgaro, in un caso in cui il suo maestro, Giovanni Bassiano, è d'accordo con l'altra scuola, esclama sorpreso: « *Johannes assentitur Martinum, quod vix alibi invenies* ».

contrapposta alla lettera della norma stessa (4), ma nel senso di quella realtà sociale nuova, che pretendeva avere riconoscimento giuridico (5). E l'insegnamento della scuola di Martino riesce a prevalere nella prassi e nella vita.

Movendo dall'*aequitas*, o dalla "*facta aequitas*", come i suoi oppositori amano dire, Martino fa del contratto a favore di terzi una categoria generale e non limitata alle poche concrete figure del diritto giustiniano (6); accorda azione per la restituzione delle spese sostenute nella *negotiorum gestio*, anche se fatta *prohibente domino*; nega azione per la restituzione della dote al *paterfamilias* che l'ha costituita, se dal matrimonio siano nati figli (7). In questi, e in altri casi assai numerosi (8), la legislazione giustiniana è sviluppata e, meglio ancora, oltrepassata: l'interpretazione libera e sciolta diventa creativa di nuovo diritto.

Fatalmente una immensa raccolta dottrinale con molte contraddizioni doveva riuscire la compilazione Accursiana, non ostante che il grande raccoglitore, delle glosse eliminasse le cattive e le insignificanti, scemasse le contraddittorie, aggruppasse le migliori, e imprimesse a tutto l'apparato un carattere personale, molte aggiungendovene di proprie.

Nel secolo XIV, dopo il decadimento dell'insegnamento bolognese, si riapre un periodo di nuovo e ricco splendore. E' il periodo dei tre grandi giuristi che rendono celebre la scuola dei postglossatori (9), detta anche dei commentatori o degli

(4) Cfr. TH. KIPP, *Geschichte der Quellen des röm. Rechts*⁴, 1919, 8 n. 28; E. ALBERTARIO, in *Studi in onore di P. Bonfante*, I, 641 sgg.

(5) Ciò è l'*aequitas* che ispirò e illuminò l'opera del pretore romano.

(6) Esse sono indicate in P. BONFANTE, *Ist. di dir. rom.*⁹ 397 sgg.

(7) Cfr. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, *La famiglia*, 353 sgg.

(8) Cfr. E. M. MEIJERS, *Sommes lectures et commentaires* (1100 à 1250), in *Atti Congr. intern. dir. rom.* (Bologna 1933), Pavia 1934, I, 431.

(9) Cfr. GERARD, *Les préliminaires de la renaissance du droit romain*, in *Revue hist. de droit franç. et étr.* 1922, 15, sgg.; COQUILLE, *Les légistes, leur influence politique et religieuse*, Parigi 1865; F. ERCOLE, *Saggi sul diritto pubblico del Rinascimento*, Firenze 1929; B. BRUGI, *Alcune osservazioni sul periodo storico dei postglossatori in Italia*, Bologna 1881; BARNABEI, *Bartolo da Sassoferrato e la scienza delle leggi*, Roma 1881; G. SALVEMINI, *La teoria di Bartolo da Sassoferrato sulle costituzioni politiche*, Firenze 1901; TARDUCCI, *Il tempo di Bartolo e lo spirito della sua scuola*, Città di Castello 1901; WOOLF, *Bartolus of Sas-*

scolastici: Cino da Pistoia, Bartolo da Sassoferrato, Baldo degli Ubaldi.

Come la corrente dei glossatori, che riconosceva in Martino il suo capo, e ancor più di quella corrente, questi insigni commentatori si preoccupavano di rendere moderno, anzi italiano, il diritto romano: ancor più liberamente e audacemente scostandosi dalla analisi letterale del testo giustiniano e ricavando dal testo stesso spunti per teorie generali, anche se non potevano assurgere a vaste costruzioni e sintesi; ravvivando l'esegesi; ravvicinandola alla pratica dei tribunali e del diritto statutario; spogliando il diritto romano di quanto aveva di incompatibile con l'età in cui vivevano. Ancora una volta l'opera dei dottori, nell'interpretare il testo giustiniano, lo superò.

Particolarmente Bartolo, la cui singolare perizia di interprete lo fece considerare "*in legibus ut terrestre lumen*", seppe trarre dal diritto romano gli elementi e la ispirazione per il diritto dei tempi nuovi. E, se la sua opera "*de insignis et armis*" è notevole anche per la storia dei marchi industriali, costruì anche — e soprattutto — teorie, che non soltanto facevano testo nelle scuole, ma erano seguite nei tribunali d'Italia, della Spagna, del Portogallo e accolte nelle legislazioni: così la teoria sugli statuti reali e personali, sull'enfiteusi dei beni ecclesiastici, sulla validità dei testamenti mistici, sulla validità dei patti nudi in materia commerciale, per ricordarne alcune tra le più famose (10).

Fu questo *mos italicus* di interpretazione e di insegnamento del diritto romano; fu questo svolgimento e superamento del di-

soferrato: his position in the History of medieval political thought, Cambridge 1913; ROSSI, *Le idee politiche di Bartolo da Sassoferrato*, in *N. Ant.* 1917, 173 sgg.; CUTURI, *Baldo degli Ubaldi di Firenze*, Perugia 1900; *L'opera di Baldo*, per cura dell'Università di Perugia (con studi di E. BESTA, B. BRUGI, N. TAMASSIA etc.), Perugia 1901; E. BESTA, *Riccardo Malombra*, Perugia 1894. Più ampia bibliografia in F. SCHUPFER, *Storia del dir. it.*⁴, Roma 1908, 622 n. 64; E. BESTA, *Storia del dir. it.* sotto la direzione di P. Del Giudice, Milano 1923-25, I, 2, 843 sgg.; G. SALVIOLI, *Storia del dir. it.*⁹, Roma 1930, 106; A. SOLMI, *Storia del dir. it.*³, Milano 1930, 521.

(10) Bartolo si emancipa dalla regola "*extra territorium ius dicenti impune non paretur*" e, movendo da un testo del Codice — la c. 1 C. 1, 1 — che non si adattava, per altro, all'argomento, non esita a riconoscere che la persona abbia diritto a far rispettare la sua legge nazionale anche dai giudici stranieri, quando si riferisca al suo stato e alla sua capacità personale, ammettendo lo sta-

ritto giustiniano per adattarlo alla nuova civiltà italica e alla nuova vita europea, che cooperò con quelle, che furono le profonde cause d'ordine politico ed economico, a fare del diritto romano il diritto universale d'Europa, cioè quel diritto romano comune, descritto come un vasto mare, in cui statuti municipali e diritti locali erano piccole isole sparse, minacciate ogni istante di essere sommerse o ridotte di proporzioni e, quindi, di importanza.

La funzione storica della glossa bolognese e dei grandi commentatori, specialmente di Bartolo e di Baldo, non è sminuita dalla più dotta e più elegante critica del diritto giustiniano, che il Rinascimento italiano prepara e matura, nè è ottenebrata dal periodo della decadenza che fu — per l'una e per l'altra scuola — fatale, a quella guisa che, nel campo letterario, il petrarchismo non oscura la grandezza di Francesco Petrarca e il manzonismo non oscura quella di Alessandro Manzoni.

Nè gli aforismi, anche se formulati in tono di grave ammonimento “ *adhaerens glossae in aeternum non potest errare* ”, “ *somnari dicuntur doctores volentes infringere opiniones glossarum* ”, “ *inhaerens glossis sicut ducens navem timoni* ”, “ *nemo bonus jurista nisi sit bartolista* ”, per quanto innegabilmente siano, e restino, la triste espressione di quella decadenza giuridica, cominciata nel secolo XV con la letteratura prona nell'ossequio del fulgido passato, asservita all'autorità della glossa e del commento, inverosimilmente farra-

tuto del luogo soltanto quando si trattasse di beni. Così introdusse per il primo la distinzione tra lo statuto personale e lo statuto reale.

Circa le enfiteusi temporanee dei beni ecclesiastici, appoggiandosi a un testo del Digesto — fr. 1 § 41 D. 43, 20 — Bartolo ne dedusse che il proprietario, dopo esaurite le generazioni concessionarie, abbia nondimeno l'obbligo di rinnovare l'enfiteusi a favore del prossimo consanguineo dell'ultimo enfiteuta defunto. La teoria, mentre combatteva la manomorta, impediva che i coltivatori fossero spogliati delle terre fecondate dalla loro fatica: fu accettata quasi dappertutto col nome di consuetudine di Bartolo o equità di Bartolo.

Anche qualche istituto del diritto commerciale è stato da lui regolato attingendo alle fonti del diritto romano. E così prevalse la sua dottrina che i patti nudi, inefficaci di fronte al diritto civile, dovessero riconoscersi pienamente efficaci in materia commerciale, dove le questioni si decidevano *bona aequitate*. Egli così si esprime: « *iniuria mercatorum, ubi de negotio potest decidi bona aequitate non potest opponi ista exceptio: non intervenit stipulatio, sed pactum nudum fuit* ».

Questi non sono che pochi esempi di nuove feconde dottrine elaborate dal grande scolastico.

ginosa, inviluppata in logomachie scolastiche, che facevano smarrire e confondere regole e principii generali, fatta — si direbbe — per spegnere ogni anelito di indagine, per sopprimere il dubbio e la negazione, per alimentare quella facile stolta sicurezza, che è la morte del pensiero e della scienza, devono far dimenticare ciò che le scuole furono nel momento della loro grandezza e della loro gloria; non nel momento del loro avvilito e della loro degenerazione.

Fino al secolo XVI l'interpretazione del diritto giustiniano fece a meno di ogni indagine storica e si mosse sprovvista di quei preziosi aiuti che potevano essere la filologia e l'archeologia. Il Petrarca scriveva: “ La maggior parte dei nostri legisti non cura l'origine del diritto, contenta di appurare quello che sta scritto nelle leggi sui contratti, i testamenti, ecc. ”. Lorenzo Valla insorgeva contro le inezie e le vacuità dei bartolisti indicando il metodo storico e filologico che si doveva applicare alla giurisprudenza.

Da Firenze, centro dell'Umanesimo, dove buoni studi giuridici si erano mantenuti, ebbe inizio il movimento che portò a rimettere in onore le fonti, a investigarle da un punto di vista storico e con cultura filologica adeguata.

Benemerito veramente in quest'opera si dimostrò il Poliziano (11), il quale non soltanto studiò il manoscritto fiorentino delle Pandette col proposito di prepararne una edizione critica, ma si proponeva di scrivere anche commentarii, “ *quibus in integrum corrupta diu lectio restitueretur et linguae latinae vis, quae tota paene in legibus est, explicaretur* ”. Gli furono compagni Niccolò Niccoli e Lodovico Bolognini: la storia e le antichità giuridiche furono un campo in cui lavorarono alacramente umanisti e giuristi nostri.

Ma il movimento, iniziato a Firenze, si delineò veramente poi come un poderoso rinnovamento, per merito di Andrea Alciato in Italia; di Ulrico Zasius, dell'Aloandro, del Gifanio, in Germania;

(11) Cfr. A. M. BANDINI, *Ragionamento storico sopra la collazione delle fiorentine Pandette fatta da A. Poliziano*, Livorno 1762; BONAFOUS, *De A. Politiani vita et operibus*, Parigi 1845; F. BUONAMICI, *Il Poliziano giureconsulto*, Pisa 1863; D. DAL RE, *I precursori italiani di una nuova scuola di diritto romano nel secolo XV*, Roma 1878.

di Guglielmo Budeo in Francia; soprattutto per la vasta, dotta, originale opera di Jacopo Cuiacio che, benchè nato a Tolosa, appartiene anche all'Italia, dove apprese, come il francese Duareno, alla scuola dell'Alciato la *disciplina iuris*.

E' il periodo della giurisprudenza culta (12), che apre una nuova fase nella interpretazione del diritto giustiniano.

In questo periodo il diritto giustiniano non è riguardato come un tutto omogeneo, ma come composto di opere di diversi giuristi e di diverse scuole, di diverse età e di diverse tendenze: monumento insigne della sapienza latina in ciò che ha di incorrotto, sia che lo si consideri come opera giuridica o come opera letteraria; nel quale, per altro, sono molti elementi eterogenei, sostanziali e formali; e, se sostanziali, non risplendenti di quell'*ars*, in cui la giurisprudenza romana fu maestra insuperata; se formali, prodotto mediocre di *Graeculi semilatini*, non confondibili col *purissimus sermo* dei giuristi di Roma.

Così viene affermandosi e sviluppandosi la critica storica e filologica delle fonti del diritto giustiniano.

Il Cuiacio, soprattutto, sembra veramente ricreare il *Corpus iuris* facendo rivivere giureconsulti romani tra i più insigni, Papiiano, Paolo, Africano; rivelandone lo spirito, ricomponendo e commentando con dotta esegesi le loro opere; valendosi, anche, delle fonti letterarie, delle fonti pregiustiniane nuovamente scoperte, delle fonti bizantine. E ricerca curiosamente le interpolazioni giustiniane nel *Corpus iuris*, che gli svelano quanto vi è di sostanzialmente nuovo e spesso mal coordinato e fuso con l'antico; quanto vi è di formalmente nuovo che stona e stride.

(12) Cfr. A. GRIMALDI, *Oratio in funere Andreae Alciati*, Pavia 1550 (ristampata a Londra, con trad. e pref. inglese, dalla Holbein-Society, 1871); G. PRINA, *Elogio di Andrea Alciato*, Milano 1811; MACCAFERRI, *Il genio di Alciato*, Bologna 1856; E. COSTA, *Andrea Alciato allo studio di Bologna*, in *Atti Deputaz. storica di Romagna* 1903-04; E. v. MOELLER, *Andreas Alciat*, Breslavia 1907; E. SPANGENBERG, *Jacob Cuias und seine Zeitgenossen*, Lipsia 1822; J. FLACH, *Cujas, les glossateurs et les bartolistes*, in *Nouv. Revue hist. de droit fr. et étr.* 7 (1883) 205 sgg.; R. DARESTÉ, *François Hotman*, in *Rev. hist.* 2 (1876); EYSSEL, *Donneau, sa vie et ses ouvrages* (trad. Simmonet), Digione 1822; B. BRUGI, *Come gli Italiani intendevano la cultura giurisprudenza*, in *Storia della giurisprudenza italiana*, Nuovi Saggi, 2, 111 sgg. Più ampia bibliografia in F. SCHUPFER, *Storia del dir. it.*⁴, Roma 1908, 699 n. 82; P. DEL GIUDICE, *Storia del dir. it.*, Milano 1923, 2, 87 e 100-101; G. SALVIOLI, *Storia del dir. it.*⁹, Torino 1930, 116 sgg.; A. SOLMI, *Storia del dir. it.*³, Milano 1930, 651.

Dalla scuola di Bourges, dove il Cuiacio insegnò lungamente, partì quel *mos gallicus docendi*, che seguirono il Brissonio, illustratore delle formule romane; Dionisio Gotofredo, editore critico e illustratore del *Corpus Iuris*; Jacopo Gotofredo, dottissimo commentatore del *Codex Theodosianus*; il Balduino, che scriveva "*sine historia caecam esse iurisprudentiam*"; Francesco Ottomano, il Molineo e Antonio Fabro: quest'ultimo, il più fiero e acuto indagatore delle interpolazioni nei testi giustiniani (13).

Ma anche la scuola degli Umanisti esagerò e fuorviò, e però presto decadde: in Francia la filologia soverchiò la giurisprudenza e provocò la reazione, di cui fu capo eminente Alberico Gentili, anch'egli della scuola culta, ma educato nel metodo dell'Alciato, che volle esser soprattutto giurista e formare sperimentati consulenti (14).

La reazione, per altro, poteva investire e flagellare la degenerazione della critica storica: non la critica storica, come metodo di interpretazione del *Corpus iuris*.

A quella guisa che l'accusa di "*ridiculus*", "*ineptus*", "*absurdus*", "*stultus*", rivolta dal Cuiacio ad Accursio, poteva riguardare le glosse più tarde e mediocri e insulse, non tutta la Glossa; a quella guisa che la critica dell'opera dei postglossatori, fatta dallo stesso Cuiacio col dire di essi: "*inani sermone imprudentiae utuntur, sunt verbosi et prolixi in re futili, in difficili muti, in angustia diffusi*", può colpire i degeneri bartolisti, ma non abbassare l'altezza raggiunta da Bartolo, così la reazione contro i cuiaciani, che esagerarono e fuorviarono, non può far scemare l'ammirazione per l'opera del grande Cuiacio, nè legittimare l'acre opposizione del Donello, che, avverso al *mos gallicus* come al *mos ita-*

(13) Un posto a sé tiene il francese Connano, che tentò scoprire nel diritto il lato sociologico desumendone le leggi dall'esame dei diritti dei diversi popoli.

(14) Non va, per altro, taciuto che nei suoi dialoghi dedicati a Roberto Dudley di Leicester (Oxford, X Kalendas Octobris 1582) il GENTILI difende la vecchia scuola e il vecchio metodo, anche contro l'Alciato, dicendo che con gli Accursiani si apprende la civile sapienza, mentre con gli Alciatei non s'imparano se non *ornamenta quaedam*: cose accessorie alla scienza giuridica. Egli giudica non necessaria alla giurisprudenza la filologia, la storia, l'antiquaria; e nel sesto dialogo conchiude col consigliare i giovani a non dipartirsi dagli antichi interpreti: "*tu esto cum antiquis, invisos etiam novos hosce Antipatros*". Cfr. A. GENTILI, *De iuris interpretibus dialogi sex*, Lipsia 1721.

licus docendi, avrebbe da una più vigile critica storica ricavato giovamento immenso per quei trattati dommatici e quelle sintesi, alle quali il suo spirito logico e geometrico era portato.

In ogni scuola i successori e i discepoli esasperarono quelli che potevano essere i difetti e i pericoli di ciascun metodo, superati soltanto dalle insigni qualità dei maestri. Così i difetti e i pericoli emersero e turbarono; e di ciascun metodo facilmente si dimenticarono, invece, volta per volta i meriti insigni e i risultati fecondi. Fenomeno, non certamente nuovo nè nella storia del diritto, nè in quella delle altre scienze.

Il movimento della scuola culta si arrestò nei Paesi latini, nuovamente soffocato dal sorgere delle tendenze pratiche; ma degnamente continuò per tutto il secolo XVII nell'Olanda, che si gloria di studiosi come Ulrico Huber, il Vinnio, il Bynkershoek, il Noodt e lo Schulting. Le *Notae ad Digesta seu Pandectas* di Antonio Schulting, edite e accresciute di osservazioni critiche da Nicolò Smalenburg, sono un prezioso strumento per l'intelligenza e la critica del *Corpus iuris*, anche perchè contengono e raccolgono le numerosissime segnalazioni delle interpolazioni giustiniane, che dal Cuiacio in poi i culti, e quelli che alla giurisprudenza culta si ispiravano, erano andati via via facendo.

Il nuovo rinascimento della scienza del diritto romano, preparato in Italia dalle menti sovrane di Ludovico Antonio Muratori, critico dei metodi della giurisprudenza pratica, e da Giambattista Vico, filosofo della storia e del diritto; in Germania da giuristi come Giorgio Schubart, Cristiano Goffredo Hoffmann, l'Eineccio e il Bach, si svolge parallelamente — un'altra volta — al rifiorire degli studi classici e alle mirabili scoperte nel campo della filologia e della storia.

Se non l'iniziatore, il più alto maestro della nuova scuola, che dal nuovo indirizzo è detta la scuola storica, è il Savigny. Questa, insegnando, contro la dominante scuola filosofica del diritto naturale, che il diritto, non ostante tutte le apparenze, non è il prodotto accidentale o arbitrario della mente di un legislatore, ma un prodotto organico e un portato naturale della vita di un dato popolo, fecondò e ampliò la scienza del diritto romano e i metodi di interpretazione di questo diritto. Impulso vivo, carattere organico

e positivo ne ebbe la ricerca genetica degli istituti, la formazione dei concetti giuridici e l'ordinamento sistematico del diritto (15).

Ma questa scuola, splendidamente affermata agli inizi del secolo XIX, idealmente coordinantesi con la giurisprudenza culta del secolo XVI, che però svolgeva e superava, non poté per tutto il secolo scorso, ciò è dire fino a che il diritto romano giustiniano sotto il nome di diritto delle Pandette ebbe vigore come parte del diritto comune tedesco nella Germania, dov'essa era nata, espandersi e dare quei copiosissimi frutti di cui era capace.

Il secolo XIX è il secolo d'oro della Pandettistica. Animati da quello spirito pratico e moderno, che alimentò l'opera della scuola di Innerio e della scuola di Bartolo, ma anche da uno spirito scientifico introvabile nei glossatori e nei commentatori, i giuristi tedeschi del secolo scorso non abbandonarono la critica storica per continuare a fare soltanto opera di interpretazione più o meno libera del diritto giustiniano, ma di questo diritto, così come attraverso l'opera interpretativa e creativa dei glossatori e dei commentatori erasi svolto, edificarono il sistema dottrinale. Invece di fare la critica storica, elaborarono la dommatica di questo diritto: dommatica, che ha la sua espressione più limpida, più felice, più alta, nel trattato di Pandette di Bernardo Windscheid.

Naturalmente questi costruttori avvertivano la difficoltà di mettere insieme, con gli elementi del *Corpus iuris*, un edificio in ogni sua parte omogeneo; ma riuscivano a superarla non adoperandoli tutti, o non tutti mettendoli nella stessa evidenza, con una accorta selezione, prima; con un opportuno collocamento, poi; insomma, con un lavoro architettonico sapiente, che era anche veramente arte felice. Per questa costruzione occorreva potenza di sintesi e senso di prospettiva: chi era più tratto verso l'analisi, o

(15) « Nella sua speciale applicazione al diritto romano — scriveva il Savigny — la dottrina storica vuole anzitutto cercare e determinare nell'insieme delle nostre condizioni giuridiche ciò che è veramente di origine romana, affinché noi non ne siamo dominati senza averne coscienza; e quindi essa tende ad eliminare dal complesso degli elementi romani della nostra coscienza giuridica tutto ciò che realmente è morto, e che solo per un nostro malinteso conserva una perturbatrice apparenza di vita, affinché si guadagni un più libero campo per lo sviluppo e la salutare azione delle parti ancor vive dell'elemento romano »: in *Sistema del diritto romano attuale* (trad. V. SCIALOJA) 1, 7.

chi metteva tutto il materiale sullo stesso piano, senza far giocare luci e ombre, senza giovare di prospetti e di scorci, doveva abbandonare l'impresa.

Uno di questi spiriti era Carlo Adolfo Vangerow. Anche l'opera sua si intitola, come quella del Windscheid, "Lehrbuch der Pandekten"; ma il "Lehrbuch" del Windscheid era, ed è, la sintesi del *Corpus iuris* che cerca di comporre in armonia i suoi discordanti elementi; il "Lehrbuch" del Vangerow è l'analisi del *Corpus iuris* che ne rivela le dissonanze innumerevoli, profonde e vaste.

Ed ecco sopravvivere, così, nell'età della Pandettistica quei disperati tentativi di conciliare l'inconciliabile, di ridurre l'irriducibile, con artifici e mezzucci e cavilli d'ogni specie, adoperati nell'età della glossa e del commento; le vecchie *legum conciliationes* sono continuate ancora per tutto il secolo XIX, anche in Italia, nell'opera — particolarmente — del Serafini e del Buonamici. Era fatale che tutto ciò accadesse, specialmente in Germania, dove il diritto romano giustiniano, come parte del diritto comune tedesco, restò in vigore fino al tramonto di quel secolo.

Venuto meno il vigore positivo del diritto romano in Europa, questo diritto poteva per la prima volta essere studiato come un organismo storico sociologico unico al mondo, rintracciato e scoperto nelle sue successive stratificazioni formatesi attraverso il corso dei secoli; e il *Corpus iuris* giustiniano poteva essere scomposto nei suoi elementi costitutivi: elementi discordanti, perchè confluiti insieme da diversi ambienti e da diverse età.

Per la prima volta, senza preoccupazioni pratiche, senza — cioè — il pericolo di non servire alla pratica, poteva applicarsi il metodo e realizzarsi la mèta della scuola culta; per la prima volta poteva integralmente applicarsi e svolgersi il programma della scuola storica tedesca, con ricchezza e precisione di strumenti di ricerca, più raffinati e perfetti di quelli di cui disponeva il suo grande fondatore.

L'interpretazione del *Corpus iuris civilis* ha, oggi, per suo compito preliminare, questo: separare nelle *Institutiones*, nei *Digesta*, nel *Codex* di Giustiniano i testi genuini dai testi interpolati; e, fra questi ultimi, distinguere quelli, la cui interpolazione è soltanto formale da quelli, la cui interpolazione è anche sostanziale. Così

procedendo, i testi non vengono coordinati malamente e forzatamente insieme ma, dove il contrasto appare, gli uni — i genuini — vengono adoperati per costruire il diritto romano classico, gli altri — i sostanzialmente interpolati — vengono adoperati per costruire il diritto romano giustiniano: i primi sono nella legislazione di Giustiniano materiale archeologico e storico; i secondi, elementi vivi della realtà giuridica nuova. Nella stessa legislazione vi è la storia e il domma.

Il lavoro estremamente delicato dell'interprete sta soprattutto in quello che abbiamo definito il suo compito preliminare: nel separare con la maggior possibile esattezza dagli altri i testi, la cui interpolazione è veramente sostanziale. I testi sostanzialmente interpolati, le costituzioni giustiniane, inserite nel *Codex* e le cosiddette *Novellae* sono naturalmente l'espressione più fresca e più viva del diritto di Giustiniano: le *constitutiones novellae*, in modo particolare, sono l'espressione del suo sentimento cristiano e del suo spirito greco, benchè tanto splendidamente ammantato di romanità.

Ma il contrasto tante volte non è fra Giustiniano e la giurisprudenza classica, fra Giustiniano e le costituzioni o i rescritti imperiali precedenti; ma è tra giurista e giurista, tra imperatore e imperatore.

In questo caso l'interprete, per decidere quale fra le contrastanti norme è da considerarsi accolta da Giustiniano, dovrà guardare alla posizione delle norme stesse, dando la preferenza a quella che è riferita nella *sedes materiae* e svalutando quella che accidentalmente si trova come errante fuori di questa *sedes*; dovrà considerare la cronologia dei vari frammenti delle opere giurisprudenziali, dei rescritti e delle costituzioni imperiali, e considerare norma accolta da Giustiniano quella che rappresenta uno svolgimento progressivo ed è più conforme allo spirito della nuova legislazione.

Non raramente all'interprete toccherà di scoprire che di due diverse dottrine, urtantisi entro l'età classica, Giustiniano non segue nè l'una nè l'altra, ma ne ha una sua che per solito tiene un po' dell'una e un po' dell'altra, come *media via* e *media sententia*.

Nessuna preminenza è accordata a una delle tre parti della compilazione sulle altre due, nè alle Istituzioni, come un tempo si credette; nè al Codice, perchè pubblicato un anno dopo. Le tre

parti — *Institutiones, Digesta, Codex* — s'intendono emanate dallo stesso legislatore nello stesso giorno.

È chiaro che, applicando questo procedimento interpretativo, nel tempo stesso in cui l'interprete rintraccia e raccoglie gli elementi che gli servono per comporre il sistema del diritto romano giustiniano, separa ed accumula anche quelli che gli possono servire per comporre il sistema del diritto romano classico. Naturalmente, per questo assai — e soprattutto — gli giovano anche i residui della giurisprudenza classica e i rescritti dei primi tre secoli dell'Impero pervenutici per via diversa dalla compilazione di Giustiniano; mentre le costituzioni imperiali, dal principio del IV secolo in poi, anche se non inserite nel Codice giustiniano, illuminano l'opera legislativa di Giustiniano alimentata dallo stesso spirito e ispirata alle stesse tendenze.

A dimostrare in qual modo l'interprete del diritto giustiniano deve praticamente orientarsi, quando si trova di fronte a testi discordanti dentro alla stessa compilazione, basteranno alcuni pochi esempi.

Due rescritti diocleziani in materia di rescissione della compravendita per squilibrio tra prestazione e controprestazione contengono decisioni non concordanti.

Dice il primo (C. 4, 44, 2 Imp. Diocl. et Max. AA. Aurelio Lupo a. 285):

Rem maioris pretii si [tu vel] pater tuus minoris pretii distraxit, [humanum est ut vel pretium te restituyente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis, vel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipias. minus autem pretium esse videtur si nec dimidia pars veri pretii soluta sit].

Dice il secondo (C. 4, 44, 4 Imp. Diocl. et Max. AA. et CC. a. 293):

Ad rescindendam venditionem et malae fidei probationem hoc solum non sufficit quod magno pretio fundum comparatum minoris distractum esse commemoras.

I due rescritti non si accordano, perchè il primo dà, e il secondo non dà, rilevanza giuridica alla sproporzione tra il valore del fondo venduto e il prezzo ricavato: il secondo rescritto fa leva non sul prezzo inadeguato, ma sulla mala fede del vendi-

tore, che nella fattispecie non ritiene provata. L'interprete qui dovrà anzitutto accertare se i due rescritti sono riferiti nella loro redazione genuina, o se uno di essi non sia riferito in redazione alterata. E gli riuscirà facile in questa fase di accertamento dimostrare che un rescritto — precisamente il primo — è interpolato (decisione non giuridicamente motivata: *humanum est*; criterio del *iustum pretium* che non è classico ma giustiniano, etc.). Riuscito questo accertamento, potrà concludere che la rescissione della compravendita immobiliare per la cosiddetta lesione enorme è un istituto del diritto romano giustiniano, ignoto ancora a Diocleziano; potrà segnalare la conforme interpolazione di altri rescritti, in questo stesso titolo (C. 4, 44) raccolti, e così di C. 4, 44, 7 [*facile*], C. 4, 44, 8 [*nisi minus - servanda*], C. 4, 44, 15 [*paulo*] e avvertire la distrazione compilatoria, che non ha fatto conformemente mutare anche il tenore del rescritto conservatoci in C. 4, 44, 4. Considererà questo rescritto espressione del diritto classico, non del diritto giustiniano: un testo, dunque, che nella compilazione ha soltanto un valore storico.

Nè, accertata l'interpolazione di C. 4, 44, 2, avrà bisogno di ricorrere al mezzuccio usato dalla glossa per comporre il contrasto: mezzuccio consistente nella supposizione che il compratore del fondo, che lo alienò la seconda volta, fosse un negligente possessore del fondo, e che al deterioramento del fondo, derivato dalla sua negligenza, dovesse attribuirsi il minor prezzo ricavato dalla seconda vendita. Alla parola "*distractum*", del secondo rescritto la glossa annota: *etiam si constat praecium duplicari. H. Quia diligentia possessoris res melioratur, et negligentia deterioratur.*

L'interprete, che fa buon uso della critica storica, metterà da parte il mezzuccio e negherà valore dommatico, per l'intelligenza del diritto giustiniano, al secondo rescritto.

Discordanti affermazioni contengono in materia di tutela i seguenti testi:

C. 5, 35, 1 Imp. Alexander A. Otaciliae a. 224:

Tutelam administrare virile munus est, et ultra sexum femineae infirmitatis tale officium est.

D. 26, 1, 16 pr. Gaius 12 ad ed. prov.:

Tutela [plerumque] virile officium est.

D. 26, 1, 18 Neratius 3 regularum:

Feminae tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est [nisi a principe filiorum tutelam specialiter postulant].

C. 5, 35, 2 Impp. Valentinianus Theodosius et Arcadius AAA. Tatiano a. 390:

Matres quae amissis viris tutelam administrandorum negotiorum in liberos postulant, priusquam confirmatio officii talis in eas iure veniat, fateantur actis sacramento praestito ad alias se nuptias non venire.

Qui l'interprete ha innanzi a sè un nuovo principio fissato da questa tarda costituzione, da cui evidentemente è derivata l'aggiunta, probabilmente scolastica prima di essere giustiniana: "nisi a principe filiorum tutelam specialiter postulant", nel testo di Nerazio, e la limitazione, anch'essa già probabilmente pregiustiniana, espressa col "plerumque", nel testo di Gaio. Il rescritto imperiale del 224, rimasto immutato nonostante la c. del 390 che introduceva un diverso regime, e rimasto immutato proprio entro lo stesso titolo che accoglie la c. di Valentiniano riformatrice, sarà dall'interprete considerato un rudere storico, di cui si gioverà per ricostruire le linee della tutela classica, ed un esempio, nel tempo stesso, della sbalorditiva negligenza con la quale i compilatori ordinavano, anche dentro lo stesso titolo e sotto la stessa rubrica, le varie fonti.

In tema di obbligazioni generiche, circa la qualità della *species*, che viene data o richiesta per estinguere l'obbligazione, i testi non sono concordi. Da una parte abbiamo

D. 17, 1, 52 Iavolenus 1 epistularum:

[Fideiussorem] si sine adiectione bonitatis tritici pro altero triticum spondit, quodlibet triticum dando reum liberare posse existimo.

Vedansi in senso conforme anche D. 30, 45, 1; D. 30, 46; D. 46, 3, 72, 5; D. 33, 6, 4 ecc.

Dall'altra abbiamo D. 30, 37 pr. Ulpianus 21 ad Sabinum:

Legato generaliter relicto veluti hominis, Gaius Cassius scribit id esse observandum ne [optimus vel pessimus] accipiat: quae res sententia rescripti imperatoris nostri et divi Severi iuvatur.....

D. 30, 110 Africanus 8 quaestionum:

Si heres generaliter servum, quem ipse voluerit, dare iussus sciens furem dederit, isque furtum legatario fecerit, de dolo malo agi posse

ait. [Sed quoniam illud verum est heredem in hoc teneri, ut non pessimum det, ad hoc tenetur ut et alium hominem praestet et hunc pro noxae dedito relinquat].

Vedansi in senso conforme anche D. 46, 3, 33, 1; D. 21, 1, 19, 4; D. 21, 1, 18, 1.

C. 6, 43, 3, 1 b Iustinianus Iohanni:

Censemus itaque, si intra annale tempus ille qui eligere iussus est hoc facere supersederit vel minime potuerit vel quandocumque decesserit, ipsi legatario videri esse datam electionem, ita tamen ut non optimum ex servis vel aliis rebus quicquam eligat, sed mediae aestimationis, ne, dum legatarium satis esse fovendum existimamus, heredis commoda defraudentur.

Vedasi nello stesso senso C. 8, 53, 35, 1-2, anch'essa di Giustiniano.

Vi sono, dunque, testi che affermano l'estinguersi dell'obbligazione generica con la prestazione di qualunque *species*, *optima* o *pessima* che sia (*quodlibet triticum*); ve ne sono altri che esigono che la *species* sia di qualità media: nè l'*optima*, se è al creditore attribuita la facoltà di scelta; nè la *pessima*, se la scelta è — come nel caso normale è — del debitore.

L'interprete, potendo in questo punto attingere alla legislazione personale di Giustiniano, comincerà a sospettare seriamente che il requisito della *media qualitas* della *species*, richiesto nei frammenti delle Pandette, sia di origine giustiniana; il sospetto diventerà certezza con l'analisi critica di ciascun frammento in cui il requisito è richiesto. Infatti, le parole "optimus vel pessimus", in D. 30, 37 pr. sono state sostituite dai Giustinianeii alla parola "actor", adoperata per indicare colui che socialmente non è confondibile col semplice schiavo, come dimostra la redazione genuina del rescritto riferito in D. 30, 37 pr., per avventura conservatoci in altro testo delle Pandette: D. 39, 4, 16 pr. E il frammento di Africano, D. 30, 110, è certamente interpolato nella seconda parte perchè, prescindendo da ogni altra considerazione critica, non si comprenderebbe come mai nella parte genuina si dia l'*actio de dolo* e non l'azione nascente dal rapporto per l'inadempimento dell'erede.

Dopo questi accertamenti, l'interprete non avrà più dubbi circa il pensiero legislativo di Giustiniano: gli altri testi sopravvissuti, che non insistono sulla *media qualitas* dell'oggetto, che anzi esplicitamente la respingono (*quodlibet!*), saranno da considerarsi

elementi estranei al diritto giustiniano; elementi preziosi, invece, per la costruzione del diritto classico.

A proposito del possesso dei diritti vi sono nelle compilazioni giustiniane testi che lo negano, testi che lo affermano. Tra i molti testi, che da una parte e dall'altra si potrebbero richiamare, basterà riferire i seguenti:

D. 41, 2, 3 pr. Paulus 54 ad edictum:

Possideri autem possunt quae sunt corporalia;

D. 41, 3, 4, 26 Paulus 54 ad edictum:

Nec possideri intellegitur ius incorporale;

D. 8, 2, 32, 1 Iulianus 7 digestorum:

Natura enim servitutum ea est ut possideri non possint;

D. 43, 26, 2, 3 Ulpianus 71 ad edictum:

Habere precario videtur qui possessionem [vel corporis vel iuris] adeptus est ex hac solummodo causa, quod preces adhibuit et impetravit ut sibi possidere aut uti liceat;

D. 8, 4, 2 Ulpianus 17 ad edictum:

De aqua per rotam tollenda ex flumine vel haurienda, vel si quis servitutem castello imposuerit, quidam dubitaverunt, ne hae servitutes non essent: sed rescripto imperatoris Antonini ad Tullianum adicitur, [licet servitus iure non valuit, si tamen hac lege comparavit seu alio quocumque legitimo modo sibi hoc ius adquisivit, tuendum esse eum qui hoc ius possedit].

Mentre i primi tre testi qui riferiti e altri, ad essi conformi, che si potrebbero qui richiamare, espliciti tutti nell'escludere la possibilità della *possessio iuris*, hanno chiari indizi di genuinità, presentano evidenti tracce di interpolazioni gli ultimi due testi, e molti altri ad essi conformi che ho ommesso di riferire. Così in D. 43, 26, 2, 3 il testo genuino doveva certamente dire non "*possessionem corporis vel iuris*", ma "*possessionem rei vel usum iuris*", come lasciano nettamente intravedere le parole "*possidere aut uti*", che seguono nel testo; in D. 8, 4, 2 dalle parole "*licet servitus iure non valuit*", comincia un rimaneggiamento profondo del testo, come formalmente dimostra anche il *licet* costruito con l'indicativo secondo lo sgrammaticato uso delle costituzioni giustiniane, contro il buon uso classico.

Assodato ciò, l'interprete dovrà concludere che la *possessio iuris*, ignota al diritto classico, negata ancora da Paolo e da Ulpiano,

è un concetto e un istituto del diritto giustiniano: raggrupperà i testi interpolati per bene intendere questo diritto, i testi genuini per ben intendere il diritto classico.

Vi sono casi in cui l'interprete ha un'analisi più delicata e complessa da compiere, perchè deve decidersi in senso che, se più profondamente non indagasse, sembrerebbe contrastante con la organica evoluzione di fondamentali istituti del diritto romano. Uno di questi casi si ha nella determinazione del concetto di *dos profecticia*. I testi della compilazione non sono univoci. Ci limiteremo anche qui a richiamarne soltanto alcuni.

D. 23, 3, 5, 11 Ulpianus 31 ad Sabinum:

Si pater pro filia emancipata dotem dederit, profecticiam nihilo minus dotem esse nemini dubium est, quia non ius potestatis sed parentis nomen dotem profecticiam facit.

D. 24, 3, 10 pr. Pomponius 15 ad Sabinum:

Si ab hostibus capta filia, quae nupta erat et dotem a patre profectam habebat, ibi decesserit, puto dicendum perinde observanda omnia ac si nupta decesserit, ut etiamsi in potestate non fuerit patris, dos ab eo profecta reverti ad eum debeat.

C. 5, 18, 4 Imp. Alexander A. Apollonio (a. 225):

Dos a patre profecta, si in matrimonio decesserit mulier [filia-familias], ad patrem redire debet.

C. 5, 13, 1, 13 Imp. Iustinianus A. ad pop. urbis Costantinopolitanae:

Extraneum autem intellegimus omnes citra parentem per virilem sexum descendentem et in potestate dotandam personam habentem.

L'esaltazione del requisito della *patria potestas*, per cui, agli effetti di qualificare la dote come *profecticia* (cioè costituita dal padre), si dà importanza al rapporto potestativo e non al vincolo del sangue, sembra veramente anacronistica, quando già i testi classici guardavano al vincolo del sangue anzi che al rapporto potestativo e consideravano *profecticia* anche la dote costituita dal padre per la figlia emancipata.

Nel diritto giustiniano la *familia romana* è in isfacelo; perchè questa risurrezione del *ius potestatis* al posto del *parentis nomen*? L'anacronismo sembrò così forte che in questo caso la glossa tradì il pensiero di Giustiniano. Alle parole "*in potestate*" della

c. giustiniana essa commenta: " *videntur ergo duo necessaria: quod sit de adscendentibus, et quod habeat in potestate. sed videtur sufficere primum* „. E l'interpretazione della glossa fu generalmente seguita da diritto comune. A dimostrarla errata restò, nel secolo scorso, quasi solo il Vangerow (16).

Secondo il canone interpretativo che abbiamo posto più sopra, l'interprete deve innanzitutto tener presente la costituzione giustiniana; guidato da questa costituzione, sarà portato a ritenere inserita l'apposizione " *filiafamilias* „ nel rescritto del 225, apposizione che — indipendentemente dalla c. giustiniana — si rivela insitica, e sarà tratto finalmente ad attribuire valore solamente storico ai testi delle Pandette che dichiarano, al fine di qualificare la *dos profecticia*, irrilevante il requisito della *patria potestas*. E, se approfondirà la sua indagine, si renderà subito conto di questo apparente anacronistico risorgere della *patria potestas*: vedrà che, così artificialmente, contro la struttura del nuovo organismo familiare, esaltando in materia di costituzione di dote la *patria potestas* ed esigendo che, per poter il padre chiedere la restituzione della dote, deve aver avuto in potestà la figlia al momento della costituzione della dote e deve averla ancora al momento in cui ne chiede la restituzione, si vengono a ridurre a un numero minimo i casi in cui la dote, sciolto il matrimonio, è sottratta alla moglie e ai figli. Per realizzare questo scopo, Giustiniano ricorse a quell'artificio: pur troppo l'artificio poco felice, nella interpretazione della glossa e del diritto comune, non fece raggiungere lo scopo del legislatore.

L'orientarsi in mezzo ai discordanti testi riesce per l'interprete più difficile, quando correnti diverse dominavano la giurisprudenza classica: come determinare, nel silenzio del legislatore, la dottrina da lui seguita, cioè la dottrina, che è elemento vivo della sua legislazione? Abbiamo detto che l'interprete deve considerare accolta da Giustiniano quella che rappresenta uno svolgimento progressivo ed è più conforme allo spirito della legislazione giustiniana; ma talvolta dovrà l'interprete accertarsi se, tra i testi discordanti, non ve ne sia qualcuno che, per quanto inquadrato in una delle due correnti, non contenga qualche elemento nuovo, esprimente il nuovo pensiero legislativo.

(16) *Pandekten* I. p. 463 § 220.

Ciò accade nella discussa materia della *iusta causa erroris*. Nell'età della giurisprudenza classica fu viva questione se, per usucapire, occorresse la reale esistenza della *iusta causa*, o se bastasse la mera credenza del subbietto; in altri termini, se la *bona fides* potesse sostituire in tutto e per tutto la *iusta causa*. Le opposte opinioni di Nerazio e Ulpiano e Paolo, che la negavano, sono tutte accolte nelle Pandette. Riferiremo tre soli testi.

D. 41, 3, 17 Ulpianus 31 ad Sabinum:

Celsus libro trigensimo quarto errare eos ait, qui existimarent, cuius rei quisque bona fide adeptus sit possessionem, [pro suo usucapere eum posse] nihil referre, emerit nec ne, donatum sit nec ne, si modo emptum vel donatum sibi existimaverit, quia neque pro legato neque pro donato neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit.

D. 24, 1, 44 Neratius 5 membranarum:

Si extraneus rem viri ignorans eius esse ignoranti uxori, ac ne viro quidem sciente eam suam esse, donaverit, mulier recte eam usucapiet. idemque iuris erit, si is qui in potestate viri erat, credens se patrem familias esse uxori patris donaverit.

D. 41, 10, 5 Neratius 5 membranarum:

Usucapio rerum constituta est, ut aliquis litium finis esset. Sed id quod quis, cum suum esse existimaret, possederit, usucapiet, etiamsi falsa fuerit eius existimatio. [Quod tamen ita interpretandum est, ut probabilis error possidentis usucapioni non obstet, veluti si ob id aliquid possideam quod servum meum aut eius, cuius in locum hereditario iure successi, emisse id falso existimem, quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est].

Le due opposte dottrine classiche emergono dai due primi testi: nel terzo, invece, la dottrina di Nerazio assume una evidente limitazione con le parole: « *quod tamen ita interpretandum est* » etc., che non possono appartenere a Nerazio (17).

L'accertamento di questa interpolazione sarà, per ciò, rivelatore della dottrina giustiniana: la quale non è precisamente d'accordo nè con l'una nè con l'altra delle due dottrine classiche: non

(17) Cfr. P. Voci, *Errore e buona fede nella usucapione romana*, in *Studi in memoria di U. Ratti* 367 sgg.

con quella rappresentata da Celso, Paolo, Ulpiano, perchè il diritto giustiniano non esige la reale esistenza della *iusta causa*, ma si contenta del titolo putativo; non con quella rappresentata da Africano e Nerazio, perchè il titolo putativo per Giustino — come risulta dalla interpolazione di D. 41, 10, 5 — ha la sua base non in un qualunque errore, ma in un *tolerabilis error*.

Gli esempi fin qui adottati dimostrano, adunque, quale importanza ha l'accertare, quando vi siano antinomie, se tra i testi discordanti vi siano costituzioni giustiniane e testi sostanzialmente interpolati. Se vi sono le prime o i secondi, la via dell'interprete è segnata: egli si atterrà alle une e agli altri per fissare il pensiero legislativo, per costruire il sistema del diritto giustiniano; e si varrà dei testi genuini e dei rescritti imperiali dei primi tre secoli per costruire il sistema del diritto classico.

Talvolta l'antinomia non c'è; ma, ciò non ostante, la interpretazione del testo, non contrastata da altri, ha da essere duplice: storica e legislativa insieme. Le stesse parole dicono una cosa per il giurista e per l'imperatore classico: dicono una cosa assai diversa per i compilatori giustiniani. Si veda, ad es., la celebre definizione di Modestino sul matrimonio, conservataci in D. 23, 2, 1:

Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnium vitae, divini et humani iuris communicatio.

Che cosa si dovrà intendere per la *communicatio divini iuris*? Evidentemente, nel diritto romano e nel pensiero di Modestino *communicatio divini iuris* sono parole che alludono alla partecipazione della moglie ai *sacra* del marito, che avveniva *iure* nei matrimoni accompagnati da assoggettamento alla *manus*; di fatto nei matrimoni liberi.

Ma questa è l'interpretazione storica del testo.

Se quelle parole avessero necessariamente dovuto indicare soltanto questo, anche nell'età giustiniana, non le troveremmo più nel testo di Modestino, perchè antiquate e ripugnanti alla nuova struttura della *familia*, nella quale il *paterfamilias* non ha più le funzioni di sacerdote.

I giustiniani le conservano, invece, per far esprimere ad esse un'altra cosa: cioè, il divieto delle nozze tra cristiani ed ebrei, tra appartenenti a religione diversa, in conformità a ciò che costituiva già una costituzione di Valentiniano, Teodosio e Arcadio dell'a. 388,

accolta tanto nel Teodosiano (3, 7, 2), quanto nel Codice giustiniano (1, 9, 6).

Questa è l'interpretazione legislativa del testo.

Per Modestino, la *communicatio divini iuris* è conseguenza del matrimonio; per Giustino essa è condizione per poterlo contrarre: la diversità di religione è impedimento al matrimonio nel nuovo diritto.

L'interprete moderno, preoccupato non soltanto del diritto giustiniano, ma del diritto classico ricostruibile attraverso le fonti giustiniane, non può prescindere dal fare questa *duplex interpretatio*. Potevano naturalmente farne a meno gli interpreti medioevali, a cui importava rendere il pensiero giustiniano e nulla più: essi colsero subito, infatti, il valore legislativo delle parole *divini iuris communicatio* richiamandosi alla costituzione del 388. Ignari del più ampio senso, in cui la *communicatio divini iuris* è intesa dai giuristi bizantini dell'età succeduta a Giustino, essi annotano la parola 'divini' così: *Nuptiae sunt divini quia eiusdem sectae, ut ambo Iudaei vel Christiani.... religionis tamen diversitas non impedit cum sint eiusdem sectae.*

Per essi quella che i canonisti chiamano la *disparitas cultus imperfecta* (che si ha nell'unione di un ortodosso con una eterodossa) non è impedimento matrimoniale; lo è soltanto — come lo è nel diritto giustiniano — la *disparitas cultus perfecta* (che si ha nell'unione di un cristiano con una ebrea). E la ricostruzione del pensiero legislativo è perfetta, benchè la più tarda prassi bizantina, come emerge da uno scolio a D. 23, 2, 1 sia andata più innanzi e abbia riscontrato un impedimento matrimoniale anche nella *disparitas cultus imperfecta* (18).

Ma l'interprete moderno non soltanto conosce la necessità, in tanti casi, della *duplex interpretatio* per intendere esattamente la norma del diritto classico e la norma, diversa, del diritto giustiniano presentata con le stesse parole; non ignora, anche, che vi sono nella compilazione principii erroneamente formulati, perchè aventi in essa un valore generale che nella fonte classica non avevano.

(18) Cfr. HEIMBACH, *Bas.* 3, 166, e su questo punto E. ALBERTARIO, *La definizione del matrimonio secondo Modestino*, in *Studi in memoria di A. Albertoni* I, 241 sgg. (cf. anche *Studi di dir. rom.* I, 179 sgg.).

Uno di questi è il principio che oggi leggiamo in D. 50, 17, 54 (Ulpianus 46 ad ed.):

Nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse haberet.

Nell'opera di Ulpiano queste parole si riferivano alla successione ereditaria, e più precisamente ad una *in iure cessio hereditatis*; e, così riferite, dicevano cosa esattissima: nella *hereditas* si ha veramente una *successio in ius*. Ma, trasferite queste parole sotto il titolo del Digesto 50, 17 che ha per rubrica '*de diversis regulis iuris antiqui*', avulse dal riferimento all'*hereditas*, e poste come una generale *regula iuris*, non dicono cosa altrettanto esatta, perchè, pur prescindendo dal problema se il diritto classico scorgeva, o non, un trasferimento del diritto nei cosiddetti acquisti derivativi a titolo singolare (compravendita, donazione, legato, ecc.) (19), è certo che questa *regula* ha le sue *fallentiae*; è certo, ed es., che il creditore pignoratizio è soltanto possessore della cosa data in pegno, di cui rimane proprietario il debitore pignorante; e, ciò non ostante, se, non soddisfatto alla scadenza del debito, il creditore pignoratizio vende il pegno, trasferisce nell'acquirente il diritto di proprietà: un diritto — dunque — di cui egli non è titolare.

In D. 50, 17, 44 un altro testo ulpiano (29 ad ed.) pone la regola:

Totiens in heredem damus de eo quod ad eum pervenit, quotiens ex dolo defuncti convenitur, non quotiens ex suo.

E' assai dubbio (20) se queste parole siano proprio state scritte da Ulpiano. Ma, se anche fossero ulpiane, esse volevano sancire la misura della responsabilità dell'erede per un dolo non contrattuale del defunto: distaccate dal testo ulpiano, conservatoci in D. 14, 4, 9, 2 e assumentesi, a causa del distacco, il valore di una regola generale, esprimono un principio non esatto, seguito — è vero — da qualche scuola postclassica anteriore a Giustiniiano, ma *apertis verbis* sconfessato dai compilatori giustiniani (21). Diciamo: non esatto, perchè affermandosi che l'erede risponde nella misura dell'arricchimento *quotiens ex dolo defuncti convenitur*, si viene ad ammettere che l'erede risponde entro questi limiti

(19) Cfr. P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà*, Padova 1924.

(20) Cfr. E. ALBERTARIO, in *Rend. Ist. Lomb.* 46 (1913) 340 sgg.

(21) Cfr. G. ROTONDI, *Dolus ex contractu e dolus ex delicto etc.*, in *Scritti* 2, 371 sgg.

anche quando il dolo è contrattuale, mentre questo dolo genera, anche nel diritto giustiniano, la responsabilità integrale (*in solidum*) dell'erede.

Ma, a proposito di massime generali, un'altra avvertenza va posta. Scelte qua e là nelle opere della giurisprudenza classica, o dai Giustiniani formulate direttamente, esse furono tutte insieme distribuite nel titolo 50, 17 *de diversis regulis iuris antiqui*, che chiude il Digesto ed è come l'ultimo capitolo dell'opera immortale.

L'interprete che volesse nelle massime generali, così ordinate, rintracciare le linee direttive dell'opera legislativa e scoprirne lo spirito, durerebbe una vera fatica e non si avvicinerrebbe mai alla mèta. Le massime non si accostano e non si coordinano in una interiore armonia, ma si sovrappongono e si urtano con indicibile stridore: nell'ultimo titolo del Digesto sembra toccare il suo culmine la lotta fra domma e storia, il contrasto fra presente e passato. Da una parte, come un coro di voci possenti, alcuni testi ammoniscono:

Non omne quod licet honestum est (22);

Nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur (23);

Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet (24);

Non videtur vim facere qui iure suo utitur (25);

Quod quis ex sua culpa damnum sentit, non intellegitur damnum sentire (26);

Nec stultis solere succurri (27).

Dall'altra salgono voci non meno risonanti:

In omnibus quidem, maxime tamen in iure, aequitas spectanda est (28);

Desinit debitor esse is, qui nactus est exceptionem iustam nec ab aequitate naturali abhorrentem (29);

(22) D. 50, 17, 144 pr. Paulus 62 ad ed.

(23) D. 50, 17, 55 Gaius 2 de testam. ad ed. urb.

(24) D. 50, 17, 151 Paulus 64 ad ed.

(25) D. 50, 17, 155 1 Paulus 63 ad ed.

(26) D. 50, 17, 203 Pomponius 8 ad Q. M.

(27) D. 22, 6, 9, 5 Paulus 1. sing. de iur. et facti ign.

(28) D. 50, 17, 90.

(29) D. 50, 17, 66 Iulianus 60 digest.

Etsi nihil facile mutandum est ex sollemnibus, tamen ubi aequitas evidens exposcit, subveniendum est (30);

Quotiens aequitatem desiderii naturalis ratio aut dubitatio iuris moratur, iustis decretis res temperanda est (31).

L'armonia si ricomponesse, se i primi testi si isolano dai secondi, come espressione di due diverse età e di due diversi mondi: dell'età classica e del mondo classico, in cui la norma giuridica è nettamente differenziata dalla norma etica e non pretende di regolare tutta quanta l'attività umana, a cui altre norme — e tra queste le norme etiche — provvedono; dell'età giustiniana e del mondo giustiniano, in cui la norma giuridica investe anche un campo che il diritto classico assegnava alla norma etica, per cui forza motrice dello svolgimento del diritto non è più l'*aequitas* romana, ma una nuova *aequitas*, l'*aequitas naturalis*, colorita di *benevolentia*, di *clementia*, di *pietas*: l'*aequitas* del caso particolare e della situazione contingente; l'*aequitas cerebrina*, da cui derivano l'istituto della rescissione per lesione *ultra dimidium* nella compravendita immobiliare ed altre simili innovazioni e norme; l'*aequitas* dell'accomodamento e delle reciproche rinunce, perchè gli interessi contrastanti delle parti, anzi che esser decisi dalla mera applicazione delle norme giuridiche in modo da dar ragione alla ragione e torto al torto, si incontrino in una *media via*, sbocchino in una *media sententia* e ivi trovino la loro conciliazione.

Nella dottrina della interpretazione del diritto si parla di una interpretazione progressiva del diritto stesso, per affermare che una norma giuridica, una volta posta, è in certi limiti indipendente dall'organo da cui deriva: essa si esplica, si evolve, si allarga e si restringe per vie proprie e per intima virtù. Ma è certo che assai spesso l'interprete, nello sviluppo di una norma, non ha da rilevare una interpretazione progressiva della giurisprudenza romana, ma deve accertare invece una innovazione postclassica o una manifestazione dell'attività legislativa dei compilatori giustiniani. Questo potrà rilevarlo ogni qualvolta gli riesca di fissare l'ultimo pensiero della giurisprudenza classica, contenuto in testi, anche se accolti nella compilazione giustiniana, assolutamente genuini.

(30) D. 50, 17, 183 Marcellus 3 digestorum.

(31) D. 50, 17, 85, 2 Paulus 6 quaest.

Vedasi, ad es., ciò che si dice in D. 23, 5, 4 a proposito del fondo dotale:

Gaius 11 ad ed. prov. *Lex Iulia, quae de dotali praedio prospexit, ne id marito liceat obligare vel alienare [„plenius interpretanda est, ut etiam de sponso idem iuris sit quod de marito].*

Dobbiamo scorgere qui, nel divieto fatto al fidanzato di alienare il fondo costituito in dote per il futuro matrimonio una interpretazione progressiva (una '*plenior interpretatio*', come Gaio direbbe) della giurisprudenza classica?

Questa conclusione non è consentita per due fondamentali considerazioni: sia perchè l'estensione di molte norme, dettate per i coniugi, ai fidanzati è dovuta, come più largamente di tutti il Volterra ha dimostrato (32), al diritto giustiniano; sia perchè anche, proprio a riguardo dell'estensione di questa norma, possiamo addurre due testi classici, più tardi del testo gaiano, che ancora la escludono.

Ulpiano, infatti, in D. 23, 5, 13 pr. (5 de adult.) avverte:

Dotale praedium sic accipimus, cum dominium marito quaesitum est, ut tunc demum alienatio prohibeatur.

E Paolo in Sent. 2, 21^B, 2:

Lege Iulia de adulteriis cavetur, ne dotale praedium maritus invita uxore alienet (33).

Ardua difficoltà per l'interprete del *Corpus iuris civilis* solleva la disciplina dell'interpretazione analogica, e di ciò che i Romani, meglio, perifrasticamente dicono: *producere ad consequentias, in argumentum trahere, procedere ad similia*, e così via. È noto che questo procedimento, che è una forma superiore di interpretazione, non ricerca il pensiero espresso, ma il pensiero implicito in un'opera legislativa. Ma è anche naturale che a questo procedimento non si possa ricorrere per le norme, che costituiscono eccezione ai principii fondamentali di un istituto: sulla base del *ius singulare*, che è eccezione alla regola generale, non si può ragionare per analogia.

Ma l'interprete del *Corpus iuris* non deve dimenticare che dentro la compilazione vi sono due sistemi, cioè due diritti: il di-

(32) Cfr. *Ricerche intorno agli sponsali*, in *Bull. ist. dir. rom.* 40 (1932) 87 sgg.

(33) Sul tema cfr. E. ALBERTARIO, *Sulla dotis datio ante nuptias*, in *Studi di dir. rom.* I, 329 sgg.

ritto romano classico e il diritto romano giustiniano, e che la innovazione giustiniana consiste molte volte nel far diventar regola ciò che era per l'innanzi eccezione; e che, dopo questa innovazione, l'interpretazione analogica è applicabile, perchè l'eccezione è sparita. Anche quando non si tenga conto di tutti gli elementi nuovi, cioè estranei al diritto romano classico, che la compilazione giustiniana ha assimilato, questo vario e frequente ampliarsi delle eccezioni classiche in regole giustiniane ha determinato il sorgere di un diritto nuovo, in tanta parte diverso dal romano. Esempi abbondanti di questo ampliarsi dell'eccezione in regola ci offre l'istituto del possesso. *Res facti*, come i Romani lo intendevano, esisteva tutte le volte che vi fosse la disponibilità fisica della cosa e l'*animus* di tenerla per sè. Ma, a proposito dei *saltus hiberni* e dei *saltus aestivi*, cioè di fondi, lo sfruttamento dei quali non è possibile, o, quanto meno, non è economicamente utile se non in determinate stagioni, i Romani ammettevano che si conservasse *animus* il possesso, tra l'uno e l'altro sfruttamento, da parte di chi li godeva con quella regolare periodicità che è a loro caratteristica, senza bisogno di risiedervi stabilmente o di lasciarvi un rappresentante: cosa o addirittura impossibile o, ad ogni modo, socialmente inutile.

Limitata, così com'era questa norma eccezionale, e motivata *utilitatis causa* com'era motivata, essa presupponeva la regola e anzi la ribadiva.

Questa eccezione non è più sola nel diritto giustiniano: in questo diritto possiedono *animus* il *captivus*, l'assente, il *dominus*, il cui fondo è stato alienato dal rappresentante infedele, e così via: la massima '*possessio animo retinetur*' non è, dunque, più una ragionata e isolata eccezione, pur partendo dalla regola che il possesso è *res facti*, ma è diventata una regola che rinnega la natura di rapporto di fatto nel possesso (34): e, come regola, è interpretabile per analogia.

Quando tutto ciò tenga presente, l'interpretazione moderna può elevarsi al disopra di tutti i procedimenti interpretativi che dall'età della glossa bolognese all'età della scuola storica furono applicati al *Corpus iuris civilis*: può elevarsi al disopra del procedi-

(34) Cfr. da ultimo E. ALBERTARIO, in *Bull. ist. dir. rom.* 40 (1932) 5 sgg.

mento interpretativo della scuola di Irnerio e della scuola di Bartolo, che fu senza luce storica; al di sopra di quello della scuola del Cuiacio e del Fabro, che adeguatamente non apprezzò certi sostanziali progressi del nuovo diritto giustiniano, anche se turbarono e deturparono il classico dettato; può essere, anche, migliore di quello della scuola storica, a cui l'insufficienza dei mezzi negò il raggiungimento del fine, e di quello della Pandettistica del secolo XIX, che nella elaborazione dottrinale mescolò il vecchio e il nuovo, il romano e il giustiniano, senza vigile discernimento critico.

L'età delle conciliazioni disperate e delle torbide dottrine escogitate nello sforzo di spiegare molti testi contraddittori è tramontata per sempre: l'interprete sa che non ha davanti a sè il diritto di quel periodo di tempo che si apre nel 530 d. Cr. e si chiude subito dopo, nel 565, con la morte di Giustiniano; ma che ha davanti a sè il diritto di sei secoli, straordinariamente ricchi nella storia dell'umanità: di tre secoli, che gravitano ancora verso il centro antico, Roma; di altri tre, che cominciano a gravitare verso un centro nuovo, Bisanzio.

REV15

ÚK PrF MU



3129S04522