

Bill. Tolazzi
Barto G4H5

ANTONIO GUARINO

Professore Incaricato nella R. Università di Napoli



NOTE

DI

64375

DIRITTO ROMANO

(ediz. provvisoria).

I. *Modi di acquistare il possesso* - II. *Sulla importanza delle compilazioni giuridiche bizantine per l'indagine storica* - III. *Schema di classificazione del possesso* - IV. *Il diritto giuridico romano di commento ai Digesti e le compilazioni giuridiche bizantine*

G. U. F. "MUSSOLINI,"

SEZIONE EDITORIALE

NAPOLI 1942 - ANNO XX

ANTONIO GUARINO

Professore Incaricato nella R. Università di Napoli

NOTE

DI

DIRITTO ROMANO

G.U.F. "MUSSOLINI, - SEZ. EDITORIALE - NAPOLI 1942 - ANNO XX

“ Nihil facere posse ”

SOMMARIO. — 1. Il problema se il debitore che *nihil facere potest* debba essere condannato, in diritto romano classico, a pagare *nihil* o se invece debba essere assolto. Importanza del problema nella teoria della *taxatio in id quod facere potest*. L'opinione dominante è per l'assoluzione. — 2. Iniquità della regola per cui va assolto il debitore che *nihil facere potest*. Contrarietà di essa ai principi fondamentali del processo formulare classico. — 3. Esame dei testi addotti dai sostenitori della teoria dell'assoluzione. D. 3. 5. 34 (35) pr. è glossato. — 4. D. 17. 2 63. 7 è stato male interpretato. Esso non riguarda il nostro argomento. — 5. Erroneità dell'argomento *e contrario* fondato su D. 42. 1. 10. Questo testo favorisce invece la tesi della condanna. — 5. Conclusione: se il debitore *nihil facere potest*, egli viene, in diritto classico, condannato a pagare *nihil*. Valore pratico della regola. Genesi e spiegazione del mutamento avvenuto in epoca postclassica.

1. — Un punto ancora discutibile, nella teoria della *taxatio in id quod facere potest*⁴⁾, è quello rappresentato dall'ipotesi che il debitore che ne beneficia *nihil facere potest*.

Nel caso che il debitore *nihil facere potest* deve l'*iudex* condannarlo al pagamento del *nihil*, o deve piuttosto assolverlo?

⁴⁾ Per la letteratura sull'argomento, cfr. GUARINO *Studi sulla «taxatio in id quod facere potest»* I, in *Studia et documenta historiae et iuris* (1941) estr.

Vi è un testo, come vedremo, che afferma esplicitamente doversi il debitore in tal caso assolvere. E la testimonianza ha trovato la migliore fortuna nella dottrina romanistica, anche recente²⁾, la quale non ha mancato di ribadire che "è assurdo che il giudice condanni il convenuto a non prestare niente"³⁾.

L'importanza del quesito è evidente per un duplice ordine di ragioni.

A) È chiaro, anzitutto, che l'assoluzione del debitore rappresenta, ad un tempo, un grande vantaggio per lui e un grande svantaggio per il creditore:

a) perchè egli è liberato dall'onere delle spese processuali, le quali passano a carico dell'attore, nonchè dall'onere delle *usurae rei iudicatae*;

b) perchè egli evita l'*infamia* che gli incoglierebbe in ogni caso, se condannato nei giudizi di deposito, fiducia, tutela, società, mandato.

B) È chiaro, secondariamente (e qui si involge un problema di ordine essenzialmente storico), che questa possibilità di essere assolti nel caso di insolvibilità assoluta assurge a motivo principalissimo perchè si possa giustificare, contro le affermazioni della più antica dottrina, come mai la *taxatio in id quod facere potest* abbia potuto ancora sussistere, anche senza la *deductio ne egeat*, almeno nel diritto classico, pur dopo l'introduzione della *lex Julia de bonis cedendis*.

Molto controverso è, in dottrina, in qual periodo sia sorta la *deductio ne debitor egeat*, che, nel diritto giustiniano, vediamo regolarmente accompagnarsi al beneficio della condanna limitata.

²⁾ Cfr. ZANZUCCHI *sul così detto beneficium competentiae* in *Bullettino dell'Istituto di dir. romano* 29 (1916) 90 s.; LEVET *Le bénéfice de compétence* (Paris 1927) 162 s.

³⁾ SOLAZZI *L'estinzione dell'obbligazione* 1^a (Napoli 1935) 210.

Può dirsi che gli autori sono d'accordo su un solo punto: che il nostro istituto sorse come *taxatio in id quod debitor facere potest*, mentre divenne solo in un momento successivo un beneficio della condanna con *deductio ne egeat*.

Ma quando avvenne la trasformazione? Qui le opinioni sono varie.

a) Una prima corrente⁴⁾ sostiene che la trasformazione sia avvenuta in epoca classica, a seguito dell'emanazione della *lex Julia de bonis cedendis*: dato che questa dette a tutti i creditori (e non solamente ad alcuni) la possibilità di evitare l'esecuzione (personale e patrimoniale) con l'*infamia* susseguente, mediante la *cessio bonorum*, si sostiene che il nostro istituto per non morire dovette trasformarsi, avviandosi ad assumere l'aspetto di un beneficio alimentare.

b) Una seconda corrente⁵⁾ sostiene che la trasformazione avvenne nel diritto postclassico-giustiniano.

c) Una terza corrente⁶⁾ sostiene che la trasformazione avvenne già nel diritto classico, limitatamente ad alcuni casi (donante, *miles*, *parentes* e *patroni*, *bonis cedens*).

Contro la prima corrente di pensiero è stato portato, principalmente dallo ZANZUCCHI⁷⁾, l'argomento della assoluzione del debitore che *nihil facere potest*⁸⁾.

⁴⁾ FRANKÉ *Ueber die Rechtswohlthat der Kompetenz* in *Archiv für die civilistische Praxis* 23 (1840) 412 s. Altre citazioni in ZANZUCCHI cit. 64^a.

⁵⁾ SOLAZZI cit. 230 s. — Più ampie citazioni in ZANZUCCHI cit. 65^a.

⁶⁾ ZANZUCCHI cit. 65 s. e citazioni *ivi*.

⁷⁾ *Loc. cit.* 63 s.

⁸⁾ Comunque, anche se cade questo argomento, la teoria della trasformazione classica della *taxatio* rimane inammissibile, se si pensa che la *condemnatio* limitata (anche senza la *deductio*) rappresentava sempre un vantaggio rispetto alla *cessio bonorum*, dato che questa imponeva in ogni caso la liquida-

Ma l'assoluzione del *debitor qui nihil facere potest* è una illusione, o una fisima, a cui è duopo rinunciare. Il diritto classico non conobbe nè potè conoscere questo strampalato principio. E passo a dimostrarlo.

2. — Anzitutto è stupefacente la iniquità della regola. Assolvere un debitore è, in pratica, ben diverso che condannarlo a *nihil*, perchè si tratta di far passare a carico del creditore le spese giudiziali. Orbene, per quanto possa essere giusto che un debitore insolubile non sia perseguitato oltre misura da un Shylok di creditore, far ricadere su quest'ultimo anche le spese del giudizio significa aggiungere le beffe al danno, significa andare contro ogni più elementare esigenza di logica e di giustizia.

Che il creditore non ottenga niente, passi; ma che debba addirittura far lui le spese, è cosa che supera ogni misura. Nè si dica che egli doveva pensarci e comportarsi da uomo previdente, astenendosi dall'esercitare l'azione: il fio di non essere stato previdente egli lo paga non ottenendo un bel nulla e perdendo la possibilità di agire in futuro *de eadem re*, ma insomma egli vantava pur sempre un diritto e, giuridicamente, niente lo costringeva *a priori* a valutare le sostanze del suo debitore!

Lo Zanucchi⁸⁾ crede di poter giustificare il principio della assoluzione del debitore, ponendo in vivo risalto i suoi interessi: « Anche chi possa *nihil facere* e goda del beneficio ha tutto l'interesse che il suo debito non venga aggravato e accre-

zione generale (cioè, magari, anche davanti ad un solo creditore!) e costituisca, quindi, ben spesso, un vero disastro economico per il debitore *codens*. V. *ampius*, su questo punto, SOLAZZI cit. 211.

⁸⁾ Loc. cit. 92.

cresciuto con amminicoli, perchè egli resta per sempre obbligato: e ciò che non può fare oggi, sarà tenuto a prestare domani in caso di migliorata fortuna». Ma l'errore è duplice: 1) l'«interebbe» pratico del debitore a non vedere aggravato il suo debito non può prevalere contro il «diritto» del creditore a chiedere il pagamento quando lo ritenga opportuno; 2) dicendo che il debitore «resta pur sempre obbligato», lo Zanucchi non s'accorge di scorporare il diritto giustiniano, ma non il diritto classico nel quale la *litis contestatio* aveva ormai consumato la lite, rendendo impossibile l'iterazione dell'azione⁴⁹⁾.

Qui è il punto fondamentale del problema. Tutta la concezione formulare del processo classico si ribella a che possa essere assolto il debitore, *si paret*.

La formula era l'invito al giudice di esaminare in linea di fatto se una pretesa asserita dall'attore sussistesse o meno: nel primo caso (*si paret*) egli doveva condannare il convenuto, nel secondo caso (*si non paret*) egli doveva assolverlo. La sussistenza della pretesa dell'attore era dunque, condizione necessaria e sufficiente per la condanna del debitore: l'assoluzione di questo poteva derivare soltanto dalla constatazione che la pretesa della parte attrice era infondata o dalla sussistenza in linea di fatto di una *exceptio* dedotta nella formula. Senonchè la *taxatio* era cosa ben diversa da una *exceptio*: essa non era una seconda condizione (negativa) della *condemnatio*, ma era invece una pura limitazione della *condemnatio* stessa⁴⁴⁾

⁴⁹⁾ Cfr. SOLAZZI cit. 238.

⁴⁴⁾ Sulla non classicità della terminologia *exceptio*, applicata al nostro istituto, v. SOLAZZI op. cit. 204⁸ e GUARINO *Il beneficium competentiae del promissor dotis*, in *Rivista Italiana Scienze Giur.* N.S. 14 (1939) 161²⁸. Stupisce che alla tesi dell'assoluzione abbia aderito il SOLAZZI che, oltre ad aver combattuto la genuinità del termine *exceptio* applicato alla nostra materia, è notoriamente un gran difensore

3. — Veniamo ora all'esame dei testi.

D. 3. 5. 34 (35) pr. (Scaev. 1 quaest.) *Divortio facto negotia uxoris gessit maritus: dos non solum dotis actione, verum negotiorum gestorum servari potest. haec ita, si in negotiis gestis maritus dum gerit facere potuit: alias enim imputari non potest, quod e se non exegerit, sed et posteaquam patrimonium amiserit, plena erit negotiorum gestorum actio, quamvis si dotis actione maritus conveniatur, absolendus est.*

Oserei dire che un testo più impasticciato non poteva essere scelto a fondamento di una tesi *a priori* sorprendente. Lo ZANZUCCHI⁴²⁾ lo riporta tale quale, senza commenti, dopo aver proceduto a segnare l'interpolazione di *dotis* premesso ai due *actione*, nonchè di *in negotiis gestis* prima di *maritus*.

È troppo poco per poterci contentare, tanto più che non per queste emendazioni diviene il testo più chiaro e lucido.

L'HUSCHKE⁴³⁾ proponeva, qualche tempo fa, il seguente riordinamento della disordinata compagine:

... *haec ita* [, si] *in negotiis* < si > *maritus dum gerit facere potuit: alias enim imputari* < ei > *non potest. sed* [*et posteaquam*] < si postea > *patrimonium amiserit, plena erit negotiorum gestorum actio, [quamvis] < quamquam > si dotis actione maritus conveniatur, absolendus est.*

Ma l'ipotesi di un guasto così complicato è quanto meno,

della rigidità del processo formulare classico e del punto che *l'exceptio* non poteva in nessun caso diminuire la condanna (v. *L'exceptio in diminuzione della condanna* in *Bullettino Ist. dir. rom.* 42.238 s.). Se *l'exceptio* non poteva diminuire la condanna, ma solo eliminarla, per converso la *taxatio* non poteva eliminare la condanna (procurando l'assoluzione), ma solo diminuirla sino a ridurla al *nihil!*

⁴²⁾ Loc. cit. 91.

⁴³⁾ *Zeitschrift des Savigny-Stiftung*, Rom. Abteilung, 9 (1888) 352.

arditissima: Molto più ardua della ipotesi di una alterazione, se si pensa che questa seconda ipotesi salverebbe dal sovvertimento un chiarissimo principio processuale classico. Questo correggere minutamente un dettato scorretto e zoppicante, come si fa con i bambini a scuola, non mi convince. Lascero pertanto l'ipotesi del guasto all'anticritica⁴⁴⁾.

Non è peccato di audacia aderire, per questa volta, alla critica del Besele⁴⁵⁾, il quale ha sostenuto che, nel nostro testo, da *haec ita* sino alla fine vi è tutto un glossema. L'intricato sistema di distinzioni e di considerazioni che fa seguito al primo periodo è palesemente di marca postclassica. Nel primo periodo Giustiniano non ha mancato, dal suo canto, di mutare *actione rei uxoriae* in *dotis actione*

4. — D. 17. 2. 63. 7 (Ulp. 31 ad ed.) *Hoc quoque facere quis posse videtur, quod dolo fecit quo minus possit: nec enim aequum est dolum suum quemquam relevare. quod et in ceteris, qui in id quod facere possunt conveniuntur, accipiendum est. si tamen non dolo, sed culpa sua facere posse desiit, dicendum est condemnari eum non debere.*

Non mi risulta che il passo abbia formato oggetto di critica e, da parte mia, credo che esso non sia stato menomamente alterato in epoca postclassica.

Mi stupisce, tuttavia, e forte, che la critica, specie dello ZANZUCCHI e del LEVET, si sia tanto ostinata a far giuo-

⁴⁴⁾ Un tentativo di emendamento molto più ragguardevole, ma non perciò più convincente, è quello operato dal LENEL (in *Zeitschr. der Sav. Stift.* 39 (1918) 134), il quale riconosce che ampie glosse sarebbero state inserite nel nostro testo (di cui abbiamo riportato, si badi, soltanto la prima parte).

⁴⁵⁾ *Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsquellen* 4. 69. V. anche *Zeitschr. der Sav. Stift.* 51 (1931) 67.

care al passo in esame un ruolo, per cui esso assolutamente non è adatto. Lo Zanzucchi⁴⁶⁾ si è limitato a riportare trionfalmente e senza alcun commento la sola seconda parte: *si tamen non dolo — fin.* Il Levet⁴⁷⁾, pur citando anch'egli soltanto l'ultimo periodo, si è sforzato di imbastire una motivazione, che rivela di per sé stessa il suo arbitrio di interprete: "Ulpian pose un principe général. Etudiant la situation du débiteur devenu insolvable, il déclare que si cette insolvabilité est dolosive, le bénéfice ne joue pas; mais, ajoute-t-il, s'il n'y a pas eu dol, nous devons admettre que le débiteur ne doit pas être condamné".

Se gli studiosi, che sopra ho citato, si fossero data la pena di leggere con maggiore attenzione il testo di Ulpiano, forse avrebbero rinunciato all'idea di addurlo a sostegno della loro assurda teoria.

L'argomento di cui Ulpiano si occupa in questo punto è la *condemnatio in id quod facere potest* del socio⁴⁸⁾; giustamente egli esordisce, affermando che nell'*id quod facere (socius) potest* deve essere compreso *quod dolo fecit quo minus possit* (cioè *quod dolo desiit possidere*) E' un principio che torna spesso nelle fonti romane, il principio che *dolus est pro possessione*: "*nec enim aequum est dolum suum quemquam relevare.*" E' un principio tanto giusto e universale, che Ulpiano propone di applicarlo anche a tutti gli altri casi in cui viene concessa la *taxatio in id quod facere potest*⁴⁹⁾.

Logica si presenta, a questo punto, la domanda: se il socio

⁴⁶⁾ Loc. cit. 92.

⁴⁷⁾ Op. cit. 163.

⁴⁸⁾ Per disposizione editale, il socio può essere condannato *in id quod facere potest*, se convenuto dall'altro socio. Cfr. GUARINO *Taxatio* cit. 154².

⁴⁹⁾ Vedili enumerati in GUARINO *Taxatio* cit. 154².

desiit possidere non dolo, ma *culpa sua*, deve applicarsi lo stesso principio? No, risponde naturalmente il giurista: dato che manca il dolo, non può essere condannato il socio: *si tamen non dolo, sed culpa facere posse desiit, dicendum est eundem eum non debere*.

In conclusione, Ulpiano dice, è vero, che il socio non deve essere condannato, *si culpa sua desiit possidere*, ma sottintende che egli non deve essere condannato a pagare oltre a quello che ha, anche quello che *desiit possidere*.

L'innocente frase ulpiana già prova poco, in sé e per sé, a favore della tesi da noi osteggiata²⁰⁾. Ma esaminata, come è doveroso, in rapporto al discorso di cui fa parte, essa non prova nulla di nulla, salvo, forse; la poca attenzione di chi ha voluto ricorrervi²¹⁾.

5. — L'opinione dominante ha voluto fondarsi persino su un argomento *e contrario*, basato su:

D. 42. 1. 10 (Marcell. 2 dig.) *Qui, cum se pro patre familias fingeret, mutuum pecuniam accepit et exheres a patre vel emancipatus sit, quamvis facere non possit, debet condemnari*.

Seguiamo il ragionamento del Levet²²⁾: "Un fils de famil-

²⁰⁾ Se la teoria dello ZANZUCCHI, del LEVET e del SOLAZZI fosse nel vero, avremmo letto piuttosto: *si tamen — dicendum est absolvi eum debere*. In ogni modo, il testo di Ulpiano verrebbe a limitare l'applicabilità della predetta teoria al solo caso che il debitore *dolo suo* si sia messo in condizioni di *nihil facere posse*.

²¹⁾ Assolutamente non pertinente al nostro tema è il frammento di Ulp. 3 disputat., detto frammento di Strasburgo, riportato dallo ZANZUCCHI cit. 92 e citato dal SOLAZZI, loc. cit. Molto opportunamente ha rinunciato a parlarne il LEVET.

²²⁾ Loc. cit. 163 s.

le, en se faisant passer pour *pater familias*, a emprunté de l'argent. Il est ensuite exhéredé ou émancipé. Le bénéfice ne l'empêchera pas d'être condamné, bien que son actif soit nul, *quavis facere non possit*: car il a agi dolosamente ».

Guardati dagli argomenti *e contrario!* A chi è infatuato della interpretazione, dimostrata erronea, di D. 17. 2. 63. 7, questo nuovo frammento può apparire una conferma del presunto principio della assoluzione del debitore che *culpa sua nihil facere potest* (e quindi della condanna del debitore che *dolo nihil facere potest*). Ma a chi si soffermi meno concitatamente a riguardare il passo di Marcello, in sé e per sé preso, appare invece evidente che esso autorizza una e soltanto una interpretazione: una volta diseredato o emancipato il *filius familias* (o che sia stato in dolo o che sia stato in colpa) deve essere condannato, anche se non ha niente.

Lungi dal sostenere la dottrina dominante, il brano di Marcello è, in conclusione, un elemento notevole di conferma della nostra reazione.

6. — Possiamo dunque concludere che, se il debitore *nihil facere potest*, egli viene, nel sistema del diritto classico, condannato a pagare *nihil*. Egli cioè viene condannato al pagamento delle spese processuali, e deve sottostare (nei giudizi di fiducia società, tutela, deposito, mandato) alla conseguenza dell'*infamia*. D. 3. 5. 34 (35) pr., che parla di assoluzione, è glossato da mano postclassica.

La genesi della riforma²³⁾ è evidente.

Sin dai primi tempi dell'epoca postclassica dovette esservi

²³⁾ Se pur di "riforma", può parlarsi in ordine ad uno sparuto glossema pregiustiniano, entrato a far parte forse per caso della compilazione.

motivo di obliterare i canoni più puri dell'*ordo iudiciorum privatorum*. La netta distinzione classica tra fase *in iure* e fase *apud iudicem* veniva impallidendo, mentre (per influsso della *extraordinaria cognitio*) perdeva molto della sua originaria rigorosissima funzione la *litis contestatio*. In questa epoca dovette aversi lo spunto per tutta una serie di anomalie, che nelle fonti giustiniane appaiono accanto ai frammenti che ancora testimoniano il rigore dell'*ordo iudiciorum* classico: effetto diminutivo della condanna attribuito alla *exceptio*²⁴⁾, denominazione della *taxatio in id quod facere potest* come *exceptio*²⁵⁾, principio dell'assoluzione del debitore che *nihil facere potest*.

Il principio dell'assoluzione del debitore che *nihil facere potest* è espressione di una grave confusione — quale non poteva avvenire presso la giurisprudenza classica — tra i concetti di *exceptio* e di *taxatio*. Nel diritto classico, la *taxatio* aveva effetto diminutivo della condanna, l'*exceptio* effetto estintivo. I giuristi postclassici, confondendo l'uno con l'altro istituto (come anche le improprietà terminologiche dimostrano), vennero ad ammettere, per singoli casi, che la *taxatio* potesse avere efficacia estintiva e la *exceptio* efficacia diminutiva della condanna.

Zona d'operazioni (Russia), luglio 1941 XIX.

²⁴⁾ Sul punto, cfr. da ultimo GUARINO in *Studia et documenta* 5 (1939) estr.

²⁵⁾ V. le citazioni *retro* nota 11.

**Sull'importanza delle compilazioni giuridiche bizantine
per l'indagine storico-critica.**

I. — È noto che Giustiniano vietò rigorosamente che sui *Digesta* si esercitasse ogni elaborazione dottrinale, la quale non fosse limitata ai modesti contributi di una traduzione letterale (*κατὰ πῶδας*), o di indici-sommari (*ἰνδίκαις*), o di rinvii a testi paralleli (*παράτιπλοι*)¹⁾. Non meno noto è però che la *summa* dei Digesti che va sotto il nome dell'Anonimo, così come tutto l'apparato degli scolii (di Stefano, di Doroteo, di Cirillo, dell'Anonimo, dell'Enantiofane) che ci è conservato dai Basilici, presenta divergenze numerose e a volte notevoli con il testo dei frammenti raccolti nelle Pandette.

Le spiegazioni avanzate dal M o m m s e n²⁾ convincono, ma solo in parte. Non tutte le divergenze testuali sinora riscontrate³⁾ possono ricondursi alla sforzo di concentrazione proprio della *summa*, o alla tendenza al diluimento proprio degli *indices*.

La tesi oggi dominante è quella avanzata dal Ricco-

¹⁾ Const. *Deo auctore* (a. 530) § 12, const. *Tanta* (a. 533) § 21.

²⁾ *Praefatio* LXXIII s.

³⁾ E molte divergenze testuali rimangono ancora da riscontrare, nell'immenso materiale dei Basilici, specie quando sarà seguita una degna edizione critica di essi.

bono⁴⁾, secondo il quale tanto gli scolii ai Digesti quanto la *summa* dell'Anonimo provengono da traduzioni greche pregiustiniane dei testi classici, di modo che il compito dei loro autori fu essenzialmente quello di operare, in queste versioni pregiustiniane, interpolazioni (in lingua greca) corrispondenti a quelle operate da Triboniano nei testi delle Pandette⁵⁾.

La teoria del Riccobono, già osteggiata dal Peters⁶⁾, è stata combattuta punto per punto, recentemente, dal Sontis⁷⁾, che ha, in particolare, tentato di dimostrare per via di molteplici esempi come il metodo dell'Anonimo fosse un metodo esclusivamente riassuntivo del diritto giustiniano e come, pertanto, solo in base a questo sforzo di sintesi del traduttore greco possano essere spiegate le divergenze testuali tra la *summa* e i frammenti delle Pandette.

Da ultimo ho discusso anch'io il problema delle compilazioni giuridiche postgiustiniane, sia nella recensione al lavoro del Sontis⁸⁾, che in altri scritti posteriori a carattere monografico⁹⁾.

⁴⁾ *Tracce di diritto classico nelle collezioni giuridiche bizantine* (1906), *Il valore delle collezioni giuridiche bizantine* (1906), *Mélanges Fitting* 2.463 s.

⁵⁾ Hanno esplicitamente aderito alla teoria del Riccobono i seguenti autori: BRUNS-LENEE *Geschichte und Quellen in Holtzendorff Enzyklopädie* 1.388², KIPP *Quellen* 172, SIBER *Römisches Recht* 1.75, SCHULZ *Einführung in das Studium der Digesten* 53.

⁶⁾ *Die oströmischen Digestenkommentare* 36 s. Ma v. contra MITTEIS in *Zeitschr. Sav.-Stift. R. A.* 34 (1913) 406.

⁷⁾ *Die Digestensumme des Anonymos - I. Zum Dotalrecht* (Heidelberg 1937) 13 s.

⁸⁾ *Studia et documenta hist. et iuris* 5 (1939) 273 s.

⁹⁾ *Ueber den Begriff der Kollation* in *Zeitschrift Sav. Stift.* 59 (1939) 509 s. (cfr., per l'enunciazione della mia tesi, 510²), *Il divieto giustiniano di commenti ai Digesti e le compilazioni giuridiche bizantine* (Memoria presentata al

La mia tesi è stata ed è la seguente:

a) tracce di diritto pregiustiniano si trovano indiscutibilmente nella *summa* e negli scolii dei Digesti¹⁰⁾;

b) i numerosissimi casi in cui (pur essendo accertato che il diritto classico differisce da quello giustiniano) non risulta che la *summa* o gli scolii rappresentino la situazione classica¹¹⁾, si spiegano in base ad uno dei seguenti motivi:

aa) gli autori della *summa* o degli scolii hanno ben operato, mutando le versioni greche che avevano a disposizione¹²⁾, oppure;

bb) l'adeguamento delle versioni greche ai testi latini dei Digesti è stato fatto dai compilatori dei Basilici¹³⁾, oppure

Convegno pavese per le onoranze a Contardo Ferrini, 1942: riportata in tutto *infra*, p. 37 s.).

¹⁰⁾ V., per una dimostrazione testuale, GUARINO *Ueber den Begriff* cit.

¹¹⁾ V., per un'ampia esemplificazione, relativa alla *summa* dell'Anonimo, SONTIS cit. 31 s. Secondo il SONTIS, inoltre, tutte le divergenze possono spiegarsi in base all'attività epitomatoria e interpretativa del diritto giustiniano dell'Anonimo (e degli autori degli scolii), ma io ritengo che il divieto severissimo di Giustiniano (che comminava la pena del falso per i trasgressori) doveva essere abbastanza minaccioso, per dissuadere giuristi a lui coevi, o quasi, dal commentare troppo liberamente le Pandette. Le divergenze si spiegano molto più naturalmente in base alla considerazione che l'Anonimo e i compilatori degli scolii non prestarono, spesso, soverchia attenzione al loro lavoro e lasciarono pertanto sopravvivere tracce di diritto pregiustiniano.

¹²⁾ Questo è stato indubbiamente il caso normale. Nè voglio che si creda che la mia teoria non sia nel senso che le compilazioni giuridiche bizantine rappresentano sporadicamente, eccezionalmente il diritto pregiustiniano.

¹³⁾ Ecco, a mio parere, un punto debole delle teorie, o per un verso o per l'altro, troppo estremiste del Riccobono e del SONTIS. Anche il compilatore dei *Libri Basilicorum* può aver avuto un'anima, una intelligenza, una iniziativa. Si ricordi, a questo proposito, quanto Basilio il Macedone — cioè l'ideatore

cc) le versioni greche pregiustiniane adoperate per la stesura della *summa* e degli scolii riflettevano un testo già alterato (il che può essere indizio del fatto che l'alterazione del testo classico è una alterazione postclassica, sì, ma pregiustiniana).

In somma, anch'io ritengo che molte divergenze tra i testi bizantini e quelli latini dei Digesti possano spiegarsi solo in base all'ipotesi del Riccobono. Ritengo però che — appunto perchè non pare dubbia la derivazione della *summa* e degli scolii ai Digesti da compilazioni bizantine pregiustiniane — tutte le volte in cui, essendovi già il sospetto di alterazioni in un testo delle Pandette, la *summa* o gli scolii riflettano il testo giustiniano (e non il presunto testo classico) ciò possa essere indizio del fatto che l'alterazione del frammento classico non è stata compiuta da Giustiniano, ma dalle scuole o dai lettori postclassici.

In questa sede voglio soltanto addurre qualche elemento di ulteriore conferma della tesi che tanto la *summa* dell'Anonimo, quanto gli scolii di Cirillo e degli altri ripetono indubbiamente la loro origine da compilazioni giuridiche pregiustiniane.

2. — Un primo elemento di conferma della teoria da me seguita ci verrà da uno scolio di Cirillo a Bas. 41. 7. 1. 9 (H. 4. 164).

Siamo in tema di *collatio bonorum*, e più precisamente di fronte all'intricatissimo problema delle conseguenze della mancata prestazione della *cautio collationis* da parte dell'*emancipatus*⁴⁵⁾.

dell'opera compiuta da Leone il Filosofo — diceva nelle prefazioni al Prochiro ed alla Epanagoge: essere suo intento di sfrondare la compilazione giustiniana da tutto ciò che era diventato inutile e superfluo e di concentrare il diritto della compilazione in una sola grande opera.

⁴⁵⁾ Sul punto, diffusamente, GUARINO *Collatio bonorum* (Roma 1937) 150 s., le cui conclusioni vengono qui ribadite.

Il sistema giustiniano è espresso da una serie piuttosto lunga di testi in parte contraddittori: D. 37. 6. 1. 9, 10, 13, D. 37. 6. 2. 8, 9, D. 37. 6. 3. pr, D. 36. 3. 5. 1. Ma non occorre riesaminarli tutti; basterà far cenno di una grave divergenza che, pur nel sistema delle Pandette, vi ha tra D. 37. 6. 1. 10 e D. 36. 3. 5. 1.

D. 37. 6. 1. 10 (Ulp. 40 ad ed.) *Si frater cavere non possit, curator portione eius constituitur, apud quem rejecta pecunia collocetur, ut tunc demum recipiat quod redactum est, cum bona propria contulerit. Quod si per contumaciam actiones denegatae sint, oblata postea cautione recipit pristinum ius.*

Che il *frater* sia l'*emancipatus* lo dimostra ampiamente il fatto che dell'*emancipatus*, appunto, discorre il § 9, immediatamente precedente⁴⁶⁾. Se, dunque, vi sia *inopia* dell'*emancipatus* (*si frater cavere non possit*) i *bona paterna* devono essere senz'altro depositati presso un *curator*, in attesa che l'*emancipatus* possa pagare⁴⁶⁾. Se vi sia invece *contumacia*, le azioni ereditarie vengono senz'altro denegate all'*emancipatus*.

D. 36. 3. 5. 1 (Pap. 28 quaest.)... *sicuti, cum de bonis suis conferendis filius accepta possessione cavere non potest, quia denegamus ei actiones, defertur condicio cavendi fratribus ex forma iurisdictionis, quod ex portione fratris fuerint consecuti, cum bona propria conferre coeperit, se restitutos.*

Se vi sia *inopia* dell'*emancipatus*, la *condicio cavendi* viene deferita ai *sui heredes*, perchè si impegnino a restituire *quod fuerint consecuti* della sua *portio*, il giorno in cui egli sarà in grado di effettuare il conferimento.

Come risolvere la contraddizione? In caso di *inopia* viene

⁴⁵⁾ D. 37.6.1.9: *Iubet autem praetor ita fieri collationem ut recte caveatur...*

⁴⁶⁾ Questa regola è confermata da D. 37.6.1.13, itp.: GUARINO cit. 167 s.

nominato il *curator* per la quota dell'emancipato, o questa viene attribuita ai *sui heredes*, purchè si impegnino a restituirla al momento opportuno?

La critica esegetica non è in grado di tagliar corto al problema, negando la classicità di uno dei due testi contraddittori. Vi è motivo di credere che l'uno e l'altro, pur essendo pieni di alterazioni, non siano tuttavia totalmente apocrifi. Non starò a ripetere argomenti ampiamente addotti in altro studio⁴⁷⁾; mi basti riportare la ricostruzione dei nostri frammenti, cui si perviene dopo una rigorosa indagine critica⁴⁸⁾. Queste ricostruzioni dimostrano che in diritto classico non si faceva distinzione tra l'*inopia* e la *contumacia* dell'emancipato e che la *cautio collationis* doveva essere prestata *bonorum possessione petita*, ma prima della *datio*.

(D. 37. 6. 1. 10) *Si frater cavere non possit, curator portio- nis eius constituitur [, apud — collocetur], ut tunc demum recipiat quod reductum est, cum bona propria contulerit. [rell.]*

(D. 36. 3. 5. 1) ... *cum de bonis conferendis filius accepta < bonorum > possessione cavere non [potest] < possit >, quia [denegamus] ei [actiones] < denegata est >, desertur condicio cavendi fratribus [ex forma iurisdictionis] < a praetore (?) >, quod ex portione fuerint consecuti, [cum] < si > bona propria conferre coeperit, se restitutus.*

L'editto pretorio stabiliva che l'emancipatus non potesse ottenere la *bonorum possessio* se non avesse prima promesso ai singoli *sui heredes* di conferir loro i beni *quae moriente patre habuit*; ed era implicito nel sistema che l'emancipato, anzichè prestare la *cautio collationis*, poteva a dirittura incominciare, senza

⁴⁷⁾ Op. loc. cit. retro a nota 14.

⁴⁸⁾ GUARINO cit. 174 s.

altro, *ante datam bonorum possessionem*, a conferire " di fatto " ad ogni singolo *suus heres*. Senonchè poteva avvenire che, giunto il giorno stabilito per la *datio bonorum possessionis*, le operazioni del conferimento " reale, " non fossero ancora terminate.

D. 36. 3. 5. 1, nella nostra ricostruzione, dice quel che il pretore dispose per questa ipotesi. Per ottenere la *bonorum possessio* bastava aver *incominciato* la collazione reale: e ciò per evitare l'ingiustizia che l'emancipato si trovasse a non poter concorrere con i *sui*, per il fatto di non essere riuscito a trovare *sponsores* o, peggio, per il fatto di aver voluto essere troppo solerte. Ma siccome l'emancipatus, una volta ricevuta la *bonorum possessio*, avrebbe potuto interrompere il conferimento reale, danneggiando i *sui* che non lo avessero ottenuto prima, l'editto⁴⁹⁾ stabilì che la sua quota andasse provvisoriamente, agli stessi *sui heredes*, sino a che il conferimento non fosse portato a termine, sotto cauzione da parte loro di restituirla.

Rispetto a questo regime che ci è attestato da D. 36. 3. 5. 1, può finalmente spiegarsi D. 37. 6. 1. 10. Il *frater* che " non può dar cauzione " non è l'emancipatus. Probabilmente tra il § 9 e il § 10 era una dichiarazione consimile a quella ricostruita in D. 36. 3. 5. 1; questa dichiarazione è stata cancellata da Triboniano e perciò appunto il sostantivo *frater* è venuto ad indicare l'emancipatus, anzichè il *suus*.

La ricostruzione che io pertanto ho proposto di D. 37. 6. 1. 9-10 è la seguente:

Iubet autem praetor ita fieri collationem ut recte caveatur: caveri autem per satisfactionem oportere Pomponius ait: [—] et

⁴⁹⁾ L' " *ex forma iurisdictionis* " , per quanto alterato, mi fa propendere per la idea che la disposizione di cui si parla nel testo fosse portata dall'editto del pretore. Ma la cosa non è sicura.

ita ego quoque puto. < Si jilius non cavet, bona tamen conferre coepit, defertur condicio cavendi fratri, qui in potestate fuit, quod ex portione eius fuerit consecutus, se restitutum. > Si frater (id est: suus heres) cavere non potest, curator portionis eius (id est: emancipati) constituitur, ut tunc demum recipiat quod redactum est, cum bona propria contulerit.

Questa fu la ipotesi da me avanzata alcuni anni fa²⁰⁾, pur con ogni cautela²¹⁾. Essa fu giudicata dal Kadén²²⁾ "eine äusserst gewagte Hypothese", ma il mio critico non indicò, tuttavia, un'altra via di uscita dal dilemma in cui ci pone il contrasto tra D. 37. 6. 1. 10 e D. 36. 3. 5. 1.

Lo scolio di Cirillo a B. 41. 7. 1. 9 (H. 4. 164) dà una conferma addirittura solare, direi, della verità della mia ipotesi²³⁾.

... εἰ μὴ δύνανται ἀσφαλίσασθαι ὁ σοῦος, κενρώτωρ διέδοσθη τῷ μέρει αὐτοῦ....

(...si suus cavere non possit, curator portionis eius constituitur...)²⁴⁾

La mia interpretazione di *frater* = *suus heres* in D. 37. 6. 1. 10 viene validamente appoggiata dallo scolio di Cirillo. Lo Heimbach²⁵⁾, il quale, stando alla versione giustiniana, i-

²⁰⁾ Congetturavo pertanto che l'editto *de collatione* (LENEL § 144) portasse questa ulteriore clausola: "nisi ita caverint, bona sua tamen conferre coeperint, hos, qui in potestate mortalis fuerint, quod ex portione eorum fuerint consecuti, se restitutos recte cavere iubebo": cfr. op. cit. 204 s. l.

²¹⁾ Cfr. op. cit. 181A.

²²⁾ *Zeitschr. Sav. - Stift.* 58 (1938) 330.

²³⁾ Dello scolio di Cirillo non avevo tenuto conto nel formulare la mia ipotesi.

²⁴⁾ Il testo dello scolio continua traducendo la ipotesi giustiniana, dell'emancipatus che per contumaciam non cavet.

²⁵⁾ *Bas.* 4. 164 nota m.

identificava il *frater* nell'emancipatus, annotava con tutta sicurezza: "Lectio δ σοῦος manifeste falsa est. Nam suus heres non confert, ideoque non cavet. Legendum autem δ ἀδελφόςσος, emancipatus"; ma, forse, a torto:

Il *suus heres non cavet* nel diritto giustiniano, ma *cavet* nel diritto classico e, come abbiamo supposto, D. 37. 6. 1. 10 spiegava appunto, nel contesto genuino di Ulpiano, come quando e che cosa devono promettere con *cautio* i *sui heredes*. Nel contesto giustiniano, caduto tutto un periodo, tra il § 9 e il § 10, *frater* indica invece l'emancipato, il quale *cavet* in quanto *confert*.

Sia lecito, in conclusione, supporre che Cirillo, avendo davanti agli occhi una versione greca del testo classico di Ulpiano, la abbia modificata imperfettamente, tralasciando di sostituire, come andava fatto, δ σοῦος con δ ἀδελφόςσος.

3. — Un secondo elemento di conferma della mia tesi — valevole per la *summa* dell'Anonimo — mi viene fornito dall'acuta e convincente indagine del De Martino sulla *specificatio*²⁶⁾.

Per quanto la dottrina dominante, ultimamente ribadita dal Di Marzo²⁷⁾, ritenga Paolo autore della *media sententia* accolta da Giustiniano in tema di *specificatio* fatta con materiale altrui, io reputo di dover pienamente aderire al De Martino nel credere che Paolo seguisse l'indirizzo sabiniano²⁸⁾ e che la

²⁶⁾ *Rivista del dir. della navigazione* 3 (1937) 1. 179 s.

²⁷⁾ *Istituzioni di dir. romano*⁴ (Milano 1942) 2377.

²⁸⁾ E cioè l'indirizzo per cui il proprietario della *materia* si avesse a ritenere proprietario della *nova species*. Per i proculiani era invece proprietario della *nova species* l'autore della *specificatio*.

*media sententia*²⁹⁾ sia stata forgiata solo nelle scuole postclassiche³⁰⁾.

Un frammento fortemente interpolato dai giustiniani è:

D. 41. 1. 26 pr. (Paul. 14 ad Sab.) *Sed si meis tabulis navem fecisses, tuam navem esse, quia cupressus non maneret sicuti nec lana vestimento facto, sed cupresseum aut laneum corpus fieret. Proculus indicat hoc iure nos uti, quod Servio et Labeoni placuisset: in quibus propria qualitas expectaretur, si quid additum erit, toto cedit, ut statuæ pes aut manus, scypho fundus aut ansa, lecto fulcrum, navi tabula, aedificio cementum: tota enim eius sunt, cuius ante fuerant.*

Indiscutibilmente la prima parte del testo parlava soltanto della *navis*: *sicuti nec — facto e aut laneum* sono inserzioni palesi. Non convincente è la critica formale che il De Martino fa da *Proculus* a *placuisset*. *Indicat* (nel senso di *putat* o di *docet*) è classico³¹⁾; *Proculo* non è "profetico", come giudica ironicamente il De Martino, se Paolo dice che egli *indicat hoc iure nos uti*, quasi che *Proculo* potesse sapere quel che sarebbe stata la condizione del diritto dopo la sua morte³²⁾; *placuisset* sta, invece, per *placuit*.

²⁹⁾ Secondo questa *sententia*, proprietario delle *nova species* è l'autore della *specificatio*, se per causa della trasformazione ricevuta la *species nova* risulta irriducibile al pristino stato; è il proprietario dei materiali, nel caso contrario. Cfr. Inst. 2.1.24, D. 41.1.7.7 itp. (*Index interp.*).

³⁰⁾ Ritengo itp., col De Martino, D. 41.1.24 e D. 32.78.4. Significativo per indicarci il vero pensiero di Paolo è:

D. 41.3.4.20 (Paul. 54 ad ed.). *Si ex lana furtiva vestimentum feceris, verius est, ut substantiam spectemus et ideo vestis furtiva erit.*

(Su questo testo, De Martino cit.).

³¹⁾ Basta uno sguardo al *Vocab. iurispr. rom.* shv.

³²⁾ È un modo di citare comunissimo, fra i giuristi romani e quelli moderni.

Le critiche del De Martino (ed è quello che importa) colgono pienamente nel segno, in ordine al rimanente, da *in quibus* alla fine. È evidente il pasticcio di due diversi problemi: quello della *specificatio* (a chi appartenga la nave costruita con legno altrui) e quello della *accessio* (a chi appartenga il *pes aut manus* che è aggiunto alla statua, ecc.); nè è classico il criterio della *propria qualitas*³³⁾.

In conclusione, anche se la critica del De Martino non è in tutto accoglibile dal punto di vista formale, ineccepibile essa mi sembra dal punto di vista sostanziale e molto convincente ritengo la tesi, per cui Paolo, dopo aver citato l'opinione dei *proculiani*, ha riferito come la più giusta la teoria della scuola sabiniana:

Sed si meis — maneret [sicuti — facto], *sed cupresseum* [aut laneum] — [placuisset] < placuit >. < sed rectius Sabinus et Cassius putant meam navem esse >: *tota enim eius* [sunt] < est > *cuius ante < tabulae > fuerant.*

Si confronti ora con questa ricostruzione congetturale del frammento di Paolo la *summa* conservataci nei Basilici:

B. 53. 1. 11 (Ferrini 7. 101) *Ἐὶ ἀπὸ πάντων ἀναλίδων πλοίων ἐποίησα ὅν ἐστιν. οὐ γὰρ ὑποστρέφει εἰς τὴν ἀρχαίαν ἐλθῆν.*

(*Si ex tuis tabulis navem compegi tibi cedit navis: nec enim ad priorem materiam redigitur*)³⁴⁾.

Anche questa volta la situazione classica è riflessa nella "versione" dei Basilici: la nave è di proprietà del padrone delle tavole, e non di colui che l'ha costruita. Anche questa volta l'editore dei Basilici — nella specie, il Ferrini³⁵⁾ — ritiene che

³³⁾ V. PAMPALONI *Bullétino Ist. dir. rom.*, 37 (1929) 50².

³⁴⁾ Traduzione di F. VENTURI; cfr. FERRINI *Bas.* 7. 182.

³⁵⁾ *Bas.* 7.182 nota 2.

vi sia stato un errore di amanuense e propone di correggere il testo come se dicesse che la nave è di proprietà dell'autore della *specificatio* (" *mihi cedit navis* ").

Anche questa volta sia lecito supporre che l'Anonimo, avendo davanti agli occhi una versione greca del testo classico di Paolo, la abbia modificata imperfettamente e ci abbia quindi inconsciamente permesso di vedere come Paolo non fosse sostenitore di una *media sententia*, ma seguace fedele delle teorie sabiniane in tema di *specificatio* ⁸⁶⁾.

Zona d'operazioni (Krivoj Rog) autunno 1941 XIX.

⁸⁶⁾ Si può, dunque, rispondere affermativamente all'interrogativo del Dr MARTINO: "Possibile che i Basilici ci tramandino la concezione di Paolo?".

III.

In tema di classificazione del possesso.

1. — Con questo titolo l'ALBERTARIO ha pubblicato di recente una breve monografia ¹⁾, ricavata dal suo noto e lucido corso sul possesso del diritto romano ²⁾.

L'ALBERTARIO, nell'intento di dimostrare la tesi che la *possessio* era, in diritto classico, un fatto e non un diritto, prende in esame tutti i testi (molto pochi, in verità), nei quali fa capolino la terminologia *ius possessionis* ³⁾, inammissibile per diritto romano ⁴⁾: D. 48. 6. 5. 1 (Marc. 4 inst.), D. 43. 8. 2. 37-38 (Ulp. 68 ad ed.), D. 41. 2. 49. 1 (Pap. 2 definit.), D. 41. 2. 44 pr. (Pap. 23 quaest.), C. 7. 16. 5. 2 (Alex., s.d.) ⁵⁾. Frammenti, tutti, indubbiamente alterati.

¹⁾ *Studi di diritto romano* 2 (Milano 1941), 173 s.

²⁾ *Corso di diritto romano - Il possesso* (Milano 1939) 110 s.

³⁾ La terminologia *ius possidendi* (diritto di possedere la cosa) è estranea alle fonti romane.

⁴⁾ Sui testi, in generale, BONFANTE *Corso di diritto romano* 3. 181 s. La critica dei frammenti fu già fatta dal VASSALLI *Miscellanea critica di diritto romano* 2 (Roma 1914) 31 s.

⁵⁾ Un ultimo testo contenente la terminologia *ius possessionis* è C. 7.32.10 (Constant., a. 314).

La dimostrazione impressa dall'Albertario⁶⁾ non sarebbe completa, se non si valutassero criticamente altri due importantissimi passi, che non sono conciliabili con il concetto classico del possesso, ma che invece dimostrano per chiari segni di essere intimamente collegati alla concezione postclassica del *ius possessionis*⁷⁾.

2. — D. 41. 2. 23 pr. (Javol. 1 epistularum) *Cum heredes instituti sumus, adita hereditate omnia quidem iura ad nos transeunt, possessio tamen nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet.*

1. *In his, qui in hostium potestatem pervenerunt, in retinendo iura rerum suarum singulare ius est: corporaliter tamen possessionem amittunt: neque enim possunt videri aliquid possidere, cum ipsi ab alio possideantur: sequitur ergo, ut reversis his nova possessione opus sit, etiamsi nemo medio tempore res eorum possederit.*

Con l'aggiunta dell'eredità si effettua il passaggio agli eredi di ogni diritto: tuttavia la *possessio* non spetta all'erede *nisi naturaliter comprehensa*. Questo dice il *principium*. E il paragrafo 1 conferma: i *captivi* mantengono i *iura rerum suarum*, ma perdono tuttavia la *possessio corpore*.

⁶⁾ Ad essa ho aderito in *Zeitschrift der Sav.-Stift.*, R. A. 61 (1911) 69 nota 37 bis.

⁷⁾ L'alterazione di D. 41.2.23.1 è implicitamente ammessa dallo stesso ALBERTARIO, allorchè (p. 182), accennando alle più appariscenti innovazioni dipendenti dalla concezione postclassica del *ius possessionis*, ricorda "la conservazione del possesso a favore del cittadino fatto prigioniero... anche se la *possessio corpore* è venuta meno". Ora, dice D. 41.2.23.1: *In his qui in hostium potestatem pervenerunt, in retinendo iura rerum suarum singulare ius est...*

Del paragrafo 1, sotto il profilo della classificazione del possesso, la dottrina romanistica non si è mai occupata. Eppure è un testo che implica chiaramente il concetto postclassico del *ius possessionis*, non solamente se lo si legga nella veste attuale ("viene perduto il possesso *corpore*, ma non quello *animo*"), ma anche se, come è stato proposto⁸⁾, ci si limiti ad espungere *corporaliter*: il *tamen* implica pur sempre che la *possessio (corporaliter o no)* è un *ius rerum suarum*.

Quanto al *principium*, il Bonfante⁹⁾ ne ha avvertito l'incongruenza rispetto alla concezione classica della *possessio*, ma si è limitato a negare che il *tamen* implichi necessariamente che il possesso è un diritto. Non mi pare che l'osservazione sia giusta. Soprattutto in questo testo il *tamen* è significativo, perché determina, e necessariamente, la seguente considerazione: "tutti i diritti, e così anche la *possessio naturaliter comprehensa*, passano all'erede".

3. — Bisogna, dunque, vedere se i nostri frammenti non sono stati alterati in epoca postclassica. E possiamo dire tranquillamente che lo sono stati, ed in maniera notevole.

a) Nel *principium* stupisce che, dopo essersi parlato di eredi in generale, si discorra di adizione dell'eredità, che è un istituto riservato agli *heredes extranei*.

Il Solazzi¹⁰⁾ ha tentato di riparare, proponendo la restituzione: *cum [heredes] <extranei> instituti sumus*. Ma questa frase vorrebbe dire "se siamo stati istituiti come eredi estranei", men-

⁸⁾ ROTONDI *Possessio quae animo retinetur* in *Bullettino Ist. Dir. rom.* 30 (1921) 84 s. Unanime adesione in dottrina: v. *Index interpolat.* ahl.

⁹⁾ Op. cit. 181.

¹⁰⁾ *Diritto ereditario romano* 2. 165f.

tre è evidente che il senso dovrebbe essere un altro: " *si extranei sumus et heredes instituti sumus* „. Occorre pensare ad un rimaneggiamento più ampio e ce ne convince il *nisi naturaliter comprehensa (possessio)*, che più oltre si legge: frase già in sé formalmente scorretta⁴¹⁾, che vuol dare al concetto della *possessio* una restrizione press'a poco simile a quella adombrata dal *corporaliter* del paragrafo seguente.

b) Sul paragrafo I non indugero, se non per ricordare quello che ho altra volta sostenuto e, credo, ampiamente dimostrato nel senso di un suo vasto rimaneggiamento⁴²⁾. Sostanzialmente buona è la ricostruzione proposta dal Beseler⁴³⁾, che elimina *in his* e *in retinendo* — *tamen*. Più esattamente, è da dire, a mio avviso⁴⁴⁾, che siamo in presenza di un elaborato postclassico: una ricostruzione è pertanto impossibile.

4. — Mi corre l'obbligo, peraltro, di rispondere in questa sede ad un appunto indirettamente rivoltomi dal Di Marzo, a proposito di D. 41. 2. 23. 1⁴⁵⁾.

Come è noto, l'assurdità del verbo *retinere* (*iura rerum suarum*) per esprimere gli effetti del *postliminium* è stata vista, per primo, dal Beseler⁴⁶⁾ ed è stata confermata dal Ratti⁴⁷⁾.

⁴¹⁾ Meglio: *nisi naturaliter eam comprehendamus*.

⁴²⁾ GUARINO Sul *ius singulare postliminii* in *Zeitschrift der Sav. Stift.*, R. A. 61 (1941) 58 s.

⁴³⁾ *Zeitschrift* cit. 45 (1925) 205: *Qui in hostium potestatem pervenerunt possessionem amittunt: neque enim possunt videri aliquid possidere, cum ipsi ab alio possideantur: sequitur ergo, ut reversis his nova possessio opus sit, etiamsi nemo medio tempore res eorum possederit.*

⁴⁴⁾ Loc. cit. 71 s.

⁴⁵⁾ *Istituzioni di diritto romano*⁴ 34⁴.

⁴⁶⁾ Loc. cit. a nota 13.

⁴⁷⁾ *Studi sulla captivitas* III (in *Riv. it. sc. giur.* 1927) estr. 31, 15⁴.

pur essendovi tra i due autori radicale diversità di pensiero circa il *postliminium*⁴⁸⁾. L'Ambrosino⁴⁹⁾ ha voluto salvare la classicità del testo, sostenendo che esso esprime lo stato di diritto sino a Giavoleno: da Giavoleno a Gaio⁵⁰⁾, il *ius postliminii* si sarebbe trasformato dall'originario *retinere* in un *recipere*. Contro queste affermazioni, ribadendo le conclusioni del Beseler e del Ratti, mi sono dichiarato io⁵¹⁾, in uno scritto in cui ho sottoposto il frammento di Giavoleno ad una critica completa e, credo, meditata.

Oggi il Di Marzo, tornando sulla questione, dice: " Mi sembra che l'Ambrosino... sopravvaluti la importanza di D. 41. 2. 23. 1, nel quale Giavoleno adopera la espressione " *in retinendo* „, perchè ha la mente rivolta all'effetto ultimo del *postliminium*: i *iura rerum suarum* si ritengono, in quanto si considerano come non mai perduti. Il dubbio di Gaio 1. 129 riguardava il caso della morte *apud hostes* e non quello del ritorno del *captivus*. Ed in realtà solo nel caso di morte *apud hostes* poteva essere questione di perdita dei diritti da parte del *captivus* e sorgere il dubbio, se tale perdita avvenisse al momento della prigionia o al momento della morte. Il ritorno del *captivus* aveva invece per conseguenza il « *recipere omnia pristina iura* », che non era ricupero di diritti che si erano perduti, ma ricupero di diritti ch'erano rimasti, *propter ius postlimi-*

⁴⁸⁾ Il BESELER sostiene che la regola, per cui il *reversus ab hostibus* vale come se non fosse mai stato prigioniero, è giustiniana: il RATTI la reputa invece classica, ma mette in evidenza che il *reversus* riacquista i suoi diritti, perduti durante la schiavitù di guerra (*recipit*, non *retinet iura rerum suarum*).

⁴⁹⁾ *Da Giavoleno a Gaio in tema di postliminio* in *Studia et doc. hist. et iuris* 5 (1939) 202 s.

⁵⁰⁾ Gai 1.129: ... *si reversi fuerint, omnia pristina iura recipiunt*...

⁵¹⁾ Loc. cit. a nota 12.

ni, pendenti. Del tutto fuori strada è Beseleler... la sua ricostruzione del testo di Giavoleno accoglie Guarino..., attribuendo l'alterazione alle scuole postclassiche ».

Sono lieto che il chiaro Maestro dell'Università di Roma concordi con me nel pensare che l'Ambrosino sopravvaluti la importanza di D. 41. 2. 23. 1. Mi permetto però di ritenere che, se non vi fossero (mentre ve ne sono) tanti altri indizi per credere che il fr. 23. 1 è alterato, un argomento molto buono si ritroverebbe nelle parole del Di Marzo, secondo cui Giavoleno « ha la mente rivolta all'effetto ultimo del *postliminium*: i *iura rerum suarum* si ritengono in quanto si considerano non mai perduti ». Come chi dicesse che un risparmiatore, il quale a Capodanno avesse avuto 100 lire in Banca e ne le avesse prelevate il giorno 2, venendole a riversare il 30 dicembre, potesse esigere al 31 le sue brave due lire e cinquanta di interessi! Non credo che Giavoleno possa aver avuto questa ingenua mentalità, e se una legge per avventura proibisse ai romanisti di ritenere interpolati i frammenti del Digesto, aderirei allora *toto corde* alla tesi dell'Ambrosino, il quale ha per lo meno il merito di credere che Giavoleno abbia pesato e ben pesato le sue parole.

Ma il contrasto tra il *retinere* di D. 41. 2. 23. 1 ed il *recipere* di Gai 1. 129 e di tanti altri testi insospettabili è prova sicura della non genuinità del primo testo. *Retinere iura rerum suarum* si adatta alla mentalità postclassica²²⁾, non alla penna di un giurista come Giavoleno. Il Di Marzo interpreta ineccepibilmente il « dubbio di Gaio 1. 129 », ma non è quello che qui ci interessa, sì bene la dichiarazione, che precede quel dubbio, per cui i *captivi, si reversi fuerint, omnia pristina iura recipiunt*.

Il Beseleler sarà dunque « del tutto fuori strada », per quel

²²⁾ V. il mio scritto cit. a nota 12, p. 65 s.

che riguarda la sua teoria sul *reversus ab hostibus*²³⁾ (nè voglio entrare nella questione), ma è invece sulla buona via, sull'unica via buona, per quel che riguarda la valutazione critica di D. 41. 2. 23. 1.

E con lui credo di essere anch'io, una volta tanto, sulla strada giusta.

5. — Chi tenga presente l'ipotesi del Beseleler²⁴⁾, per cui i *libri epistularum* di Giavoleno sono un'opera apocrifia, troverà che essa è confermata dalle nostre conclusioni esegetiche su D. 41. 2. 23 (pr. e 1), per cui, più che di fronte a frammenti determinatamente interpolati, ci troviamo di fronte ad un elaborato postclassico²⁵⁾.

Zona d'operazioni (Dujepropetrowsk), gennaio 1942-XX.

²³⁾ V. *retro* nota 18.

²⁴⁾ *Studi Bonfante* (Milano 1929) 272.

²⁵⁾ In verità non è ben chiaro se il BESELELER, nello scritto citato, intenda realmente dichiarare apocriefi i *libri epistularum*: il suo modo di scrivere ultra lapidario lo rende, in questa occasione, incomprensibile (v., sul punto, FELGENTRAEGER in *Symb. Friburg. in hon. Ottonis Lenel* (1934) 366, ma v. *contra* BERGER in *Bullettino Ist. dir. rom.* 44 [1936-37] 96 e art. *Octavius Javolenus* in *Pauly-Wissowa Realencyclop.*). In ogni caso, la tesi della rielaborazione postclassica dei *libri epistularum* è una tesi di cui mi vado sempre più convincendo, man mano che procedo nello spoglio dei frammenti tratti da quest'opera, e che spero di poter dimostrare quanto prima.

**Il divieto giustiniano di commenti ai Digesti
e le compilazioni giuridiche bizantine (*)**

1. — A coronamento della sua opera di compilazione dei *Iura*, Giustiniano pose un divieto assoluto a che su di essa si esercitasse ogni ulteriore elaborazione dottrinale, la quale non fosse limitata ai modesti contributi di una traduzione letterale, o di indici-sommari, o di rinvii a testi paralleli.

La comune dottrina (cfr. DE FRANCISCI *Storia* 3.1.315²) non pone, generalmente, in evidenza un fatto importantissimo: che il divieto di commenti giuridici fu stabilito dalle costituzioni *Deo auctore*, 12, e *Tanta - Δέδωκεν*, 21, ambedue relative ai Digesti, e che esso pertanto è limitato esclusivamente alle Pandette.

Di questa limitazione del divieto di commenti giuridici alle Pandette (o meglio, della apposizione del divieto in parola alle sole Pandette) bisogna pur rendersi conto. È vero che Giustiniano ebbe in odio l'idea che l'attività delle scuole e della prassi giurisprudenziale potesse continuare ad esplicarsi dopo la sua compilazione?

(*) *Sunto della relazione inviata al Convegno pavese per le onoranze a Contardo Ferrini* (11-13 giugno 1942).

Il PETERS (*Die oströmischen Digestenkommentare* 105) ritiene di no: Giustiniano volle preservare i testi dei *iura* da ulteriori corruzioni postclassiche, ma non volle infrenare l'elaborazione giuridica avvenire: egli giudicò che quest'ultima sarebbe stata assicurata dall'attività di commento, che la giurisprudenza non avrebbe mancato di esercitare ai margini delle *leges*. I commentari alle *leges* avrebbero richiamato, per ogni singolo punto, i principi indistruttibili dei *iura*, operandosi così la necessaria fusione tra le due parti della compilazione.

Il PETERS ha certamente ragione su due punti: 1) sull'intenzione di Giustiniano che le sue Pandette, "*monumentum aere perennius*", più non fossero guaste dall'elaborazione giuridica di quei tempi di decadenza; 2) sull'intenzione del medesimo imperatore che la elaborazione giuridica si svolgesse pur liberamente ai margini del Codice e (aggiungo io) delle stesse Istituzioni. L'ipotesi che egli, a dirittura, prevedesse e volesse una sorta di fusione fra i testi delle *leges* ed i testi dei *iura*, attuantesi mediante le rielaborazioni giuridiche bizantine, è invece del tutto gratuita ed inammissibile. Giustiniano, figlio dei suoi tempi, non pensò neanche lontanamente ad impedire che la giurisprudenza lavorasse in avvenire, come per il passato; egli volle soltanto arginare e correggere il suo corso futuro, impedire l'ulteriore inquinamento di quei *iura* che aveva durato tanta pena a raccogliere e (almeno nelle intenzioni) a depurare.

Il ricollegamento delle disposizioni del par. 12 della const. *Deo auctore* e del par. 21 della const. *Tanta* - *Ἀέδωκεν* - disposizioni che comminano la pena del falso a coloro che si attenteranno di *confundere* con la loro *verbositas* il *compendium* dei Digesti — il ricollegamento di dette disposizioni alla « archaistische Tendenz Justinians », così finemente individuata dal PRINGS-

HEIM, non è stato ancor fatto, ma non deve giudicarsi arrischiato per ciò il fatto che noi lo facciamo.

2. — Le considerazioni precedentemente svolte spiegano ampiamente, ed in maniera soddisfacente, perchè, non appena uscita alla luce la compilazione di Giustiniano, apparirono anche dei commenti e delle traduzioni in greco, sia alle *Institutiones* che al *Codex repetitae praelectionis*: ad opera, alcuni, degli stessi componenti le commissioni giustiniane.

Fenomeno naturale e ricorrente, questo, dei collaboratori di una riforma legislativa, che sentono l'impulso di essere i primi ad illustrarla ed a chiarirne gli aspetti reconditi. E cosa a dirittura necessaria nell'impero di Oriente, ove la lingua latina della compilazione non si prestava ad essere facilmente intesa, non dico dai profani, ma da molti giureconsulti.

La rapidità con cui i predetti commentari greci apparvero fa pensare, inoltre, che a riguardo loro si sia verificato un altro fenomeno non meno naturale e ricorrente di quello dianzi accennato: il fenomeno per cui i primi commentatori di una riforma fanno spesso capo a lavori preparatori ed a commentari della legge abrogata, per desumerne con minor fatica (ed anche con un certo risultato di pratica utilità, ai fini dell'applicazione della legge nuova) tutto quel materiale che ancor sia possibile utilizzare.

Non deve fare impressione, dunque, se la Parafrasi di Teofilo e l'Indice del *Codex* di Taleo presentano tracce numerose di diritto classico, o comunque pregiustiniano. Sarebbe strano se ciò non fosse, anche trattandosi di autori come Teofilo e come Taleo.

a) Sotto questo punto di vista merita di essere nuovamente valutata la notissima tesi del Ferrini (*Opere* vol. I), secondo

cui l'autore della Parafraresi alle Istituzioni non sarebbe stato Teofilo, ma un ignoto, che utilizzò largamente un *κατὰ πρόβατον* delle *Institutiones* di Gaio.

Io ritengo fondamentalmente indistruttibile la poderosa dimostrazione del Ferrini circa l'utilizzazione del *κατὰ πρόβατον* gaiano; non necessaria nè giusta è in vece la conclusione che dalla sua ricerca ha voluto trarre il Maestro pavese. Teofilo, anche lui, può ben aver adoperato, per la compilazione della sua parafraresi, la versione greca già esistente, già in sue mani, dell'opera che egli aveva utilizzato per la compilazione delle *Institutiones*.

b) Egualmente è da dire che le molte divergenze fra il testo del Codice e quello dell'Indice del Codice stesso che va sotto il nome di Taleleo non si spiegano con gli ingegnosi, ma infruttuosi tentativi dello Zachariä von Lingenthal (ZSS 8. I s.), ma soltanto con l'ipotesi difesa dai Riccobono, per cui Taleleo sfruttò ampiamente, e non sempre con la dovuta prudenza, i *κατὰ πρόβατον* pregiustiniani delle costituzioni imperiali (*Mélanges Fitting* 2.465 s.).

Questa ipotesi è oggi generalmente accolta, e non sarà male ricordare, a suo sostegno, che molte dovettero essere, in periodo postclassico, le raccolte sistematiche di costituzioni imperiali, oltre l'unica ufficiale e le due private che conosciamo.

3. — Per quanto riguarda i Digesti, ogni attività di elaborazione del materiale in essi raccolto era vietata, ma è un fatto che divergenze sostanziali, spesso notevoli, non mancano sia nella *summa* dell'Anonimo, che negli scolii, soprattutto in questi. Le spiegazioni avanzate dai Mommsen (*Praefatio* LXXIII s.) convincono, ma solo in parte. Non tutte le divergenze testuali riscontrate (e molte ancora rimangono da riscontrare, nell'immenso

materiale dei Basilici, specie quando sarà seguita una degna edizione critica di essi) possono ricondursi allo sforzo di concentrazione proprio della *summa*, o alla tendenza al diluimento propria degli *indices*.

Ora è noto che anche per i commenti greci ai Digesti il Riccobono (loc. cit. 473 s.) ha sostenuto la tesi che essi provengano da traduzioni greche pregiustiniane dei testi classici, di modo che il compito dei loro autori fu essenzialmente quello di operare, in queste versioni, interpolazioni corrispondenti a quelle operate da Triboniano nei testi delle Pandette.

Questa tesi, indiscutibilmente suggestiva, è stata osteggiata, limitatamente alla *summa* dell'Anonimo, dal Peters (loc. cit. 36 s.) ed è stata combattuta punto per punto nella recente pregevole monografia del Sontis, in cui si è, in particolare, tentato di dimostrare per via di molteplici esempi come il metodo dell'Anonimo fosse un metodo esclusivamente riassuntivo del diritto giustiniano, e come pertanto solo in base a questo sforzo di sintesi possano essere spiegate le divergenze testuali tra la *summa* ed i frammenti delle Pandette.

Mi sia concesso di dire che la reazione radicale alla teoria del Riccobono non convince. Le indagini del Maestro siciliano hanno indubbiamente un fondamento di vero, anche se la formulazione della sua teoria, non che molte illazioni di sostanza, possano apparire e siano effettivamente esagerate.

Quel che c'è di vero, di indiscutibile, nella tesi del Riccobono, è che elementi classici affiorano nella *summa* e negli scolii, nè la loro presenza può essere spiegata altrimenti che pensando alla utilizzazione di elaborazioni greche pregiustiniane.

a) Gran parte degli argomenti adottati dal Riccobono riguardo agli scolii di Stefano, Doroteo, Cirillo, rimangono in

pie di, malgrado gli attacchi del Sontis. Ad essi possono facilmente aggiungersi altri esempi non meno probanti ¹⁾.

b) Lo stesso si dica per la *summa* dell'Anonimo. Che essa rifletta in molti punti il diritto romano classico, non può essere discusso. Agli esempi già noti (vanamente tentati di svalutare dal Sontis) altri possono aggiungersene ²⁾. Le obiezioni di carattere generale mosse a questa tesi non hanno, d'altronde, molto valore (v. Guarino in SDHI 5.275 s.). Unica, importantissima precisazione di cui la tesi, a mio parere, abbisogna è che il testo della *summa* riflette molte volte uno stato di diritto non più classico, ma non per ciò giustiniano in quanto che non va dimenticato quante e quali alterazioni abbiano subito i testi dei giuristi classici nel periodo postclassico-pregiustiniano: qualche interessante esempio di ciò credo di aver fornito nel mio scritto *Ueber den Begriff der Kollation* (ZSS 59.509 s.).

In conclusione, non mi pare che si possa seriamente svalutare la tesi che elementi pregiustiniani (classici e postclassici) affiorano numerosissimi nelle elaborazioni greche bizantine, anche relative ai Digesti. E' indiscutibile e certo, io ritengo, che tanto gli autori degli scolii, quanto quello della *summa* hanno sfruttato ampiamente traduzioni greche pregiustiniane dei testi utilizzati da Triboniano per la compilazione delle *Pandette*.

4. — Le conclusioni dianzi raggiunte ci permettono di apportare qualche elemento, forse decisivo, di chiarificazione nel pro-

1) Per uno dei tali esempi, v. lo scritto *Sull'importanza delle compilazioni giuridiche bizantine per la indagine storico-critica*, retro p. 17 s.

2) V. lo scritto citato nella nota che precede.

blema relativo al rapporto tra il divieto di commenti giuridici sancito da Giustiniano e le compilazioni giuridiche bizantine.

A) Il divieto delle const. *Deo auctore* e *Tanta - Δέδωκεν* non fu rispettato neanche in vita dell'imperatore. Questo è certo. Ma la cosa diviene per gran parte spiegabile, se non giustificabile, qualora si ammetta, con noi, che gli autori degli scolii e della *summa* dei Digesti sfruttarono ampiamente materiale scolastico pregiustiniano, di modo che non sempre furono in grado di accorgersi, nel riportarlo, delle sostanziali divergenze tra detto materiale ed i testi latini (riveduti da Triboniano) dei *iura*.

In particolare:

a) per quanto riguarda gli scolii, è naturale che gli autori di essi non si siano accorti talvolta delle divergenze che venivano a stabilirsi con i frammenti della compilazione, dato che essi non li redigevano *ex novo*, ma ne toglievano gli spunti dalle compilazioni pregiustiniane;

b) per quanto riguarda la *summa* dell'Anonimo, è altrettanto naturale che chi l'ha scritta (giurista di modestissima levatura, qual era, checchè dica in contrario il Sontis), preso dal suo lavoro di "adattamento", abbia negletto spesso, se non volentieri, di controllare se quel che adattava era poi letteralmente corrispondente a quel che avrebbe dovuto tradurre.

B) Vi è di più. Io credo che ormai poco possa dubitarsi della esattezza della tesi avanzata dall'Arango-Ruiz (*Conf. XIV cent. Pand. 297 s.*), per cui le sottocommissioni giustiniane si sarebbero ripartito il lavoro nel senso di riordinare e semplificare il materiale classico, già sistematicamente rielaborato (in tanti *Predigesti*), per i fini della scuola, dai post-classici.

Questa tesi, che noi integralmente accettiamo, ci offre lo spunto per ipotizzare che nelle scuole bizantine fos-

sero in uso non tanto traduzioni greche (più o meno libere) delle opere dei giuristi classici, quanto, di già, "catene", di commentari e scolii dei singoli *predigesti*. A maggior ragione è, pertanto, fondata la teoria di una larga utilizzazione di materiale pregiustiniano da parte dei compilatori giustiniani.

C) In sostanza, io credo che si debbano applicare al nostro problema alcune idee, oggi generalmente accette, che già sono state applicate al problema della composizione dei *Digesti*.

Come i *Digesti* non risultarono dallo spoglio diretto delle molteplici opere classiche che Giustiniano assicura di aver trascritto, ma dall'utilizzazione dei *Predigesti* postclassici; come non tutte le alterazioni che si riscontrano nei frammenti delle *Pandette* possono farsi veramente rientrare nei "*multa et maxima*", trasformati da Giustiniano, ma la gran parte di esse debbono attribuirsi alle scuole postclassiche; così la *summa* dei *Digesti*, che va sotto il nome dell'Anonimo, risultò, forse, dall'utilizzazione di *summae* e catene pregiustiniane; così molte divergenze tra i testi delle *Pandette* e quelli della *summa* e degli scolii debbono essere attribuite alla derivazione pregiustiniana.

E si rifletta ancora a questa analogia. La determinazione del carattere pregiustiniano delle alterazioni dei frammenti contenuti nei *Digesti* è della massima importanza, anche per il fatto che essa può servire a stabilire se un determinato frammento rappresenta il pensiero giustiniano o se invece esso, pur non essendo genuino, non lo rappresenta affatto (perchè, ad esempio, deve essere data la prevalenza ed altro frammento, non alterato, che Giustiniano ha disposto nella *sedes materiae*). Le molte contraddizioni tra i testi delle *Pandette* si spiegano assai più facilmente, invero, quando si accerti, o si arguisca, che talune alterazioni non sono emblematiche, ma recepite, direi quasi per svi-

sta, dalle commissioni tribonianee, che quando semplicisticamente si attribuisca ogni alterazione a Triboniano e si ammetta pertanto ad ogni piè sospinto che Giustiniano ed i suoi collaboratori dimenticassero per un nonnulla, interpolando un testo, il criterio che li aveva mossi ad interpolare altro testo in altra sede.

Ora anche l'Anonimo, malgrado la modesta levatura del suo cervello, doveva essere tale uomo da avvedersi, nel caso che la *summa* fosse sua originale composizione, delle divergenze di sostanza create tra determinati testi latini e la corrispondente traduzione greca. Se egli talora non se ne è avveduto, ciò è, insisto, perchè l'Anonimo non traduceva *ex novo* i testi latini, ma adattava ai frammenti delle *Pandette* le traduzioni greche pregiustiniane.

D) Se, in somma, le molte divergenze che noi riscontriamo tra i frammenti dei *Digesti* e la *summa* e gli scolii greci dei *Basilici* integrarono formalmente altrettanti violazioni dei severissimi divieti delle const. *Deo auctore* e *Tanta - Δέωκεν*, va però subito aggiunto che, in sostanza, è ben spiegabile che a quelle divergenze non si sia fatto troppo caso ai fini della applicazione della pena del falso, proprio perchè esse erano involontarie, perchè esse erano state insensibilmente portate dal modo tenuto dai commentatori postgiustiniani nella compilazione dei loro commentari.

Gli stessi autori della *summa* e degli scolii furono i primi a non prestarvi attenzione, chè altrimenti le avrebbero eliminate. E ciò spiega perchè nè Stefano, nè Teofilo, nè Cirillo pensarono a nascondersi sotto il velo dell'anonimato, per sfuggire alla pena sancita per la trasgressione di un divieto che essi non avevano la coscienza di aver trasgredito.

E) Rimane l'Anonimo. E' evidente che tutti i tentativi finora

svolti per spiegare l'anonimato dell'autore della *summa* devono essere dichiarati insufficienti, perchè essi son tutti convogliati nella direzione di ritenere che l'autore della *summa* si sia accuratamente nascosto, per sfuggire alla applicazione della pena del falso. Tutti i tentativi di spiegazione in questo senso sono—mi si permetta di dirlo—assurdi ed inverosimili. L'Anonimo non aveva maggior motivo di tenersi celato di quanti ne avessero Stefano, Cirillo e gli altri scolasti.

La verità non può essere che questa: che la indicazione "Anonymos, è una personificazione, attuata per distinguere la *summa* dei Digesti dagli scolii o da altre *summae* greche. La *summa* dei Digesti che va sotto il nome dell'Anonimo è un'opera di scuola, più che di un singolo: nè è questo il solo esempio di compilazione anonima del sesto secolo d. C. (altri esempi in Peters loc. cit.). Essa è l'ultima espressione, riveduta e corretta in rapporto alla compilazione giustiniana delle Pandette, di una attività di riassunto che le scuole bizantine certamente svolsero in ordine alle opere dei giuristi classici, trasfuse nei postclassici Predigesti.

Napoli, maggio 1942 XX.

INDICE

I. — "Nihil facere posse"	pag. 5
II. — Sull'importanza delle compilazioni giuridiche bizantine per l'indagine storico-critica	" 16
III. — In tema di classificazione del possesso	" 29
IV. — Il divieto giustiniano di commenti ai Digesti e le compilazioni giuridiche bizantine	" 37