

I DIGESTI E LA « SUMMA » DELL'ANONIMO

1. — Per due motivi soprattutto va segnalato il libro del Sontis da una parte, per l'ottimo contributo alla caratterizzazione del metodo di lavoro dell'Anonimo, la cui *summa* dei Digesti appare ampiamente sfruttata dai Basilici; e, dall'altra, per l'occasione che crea di riesaminare e discutere sotto una nuova luce il problema della utilità dei Basilici (ed in particolare dei testi dell'Anonimo) ai fini della critica del *Corpus iuris* (ed in particolare dei Digesti). Per quanto la tesi fondamentale del Sontis non debba dirsi, a mio avviso, riuscita, la via da lui aperta si rivela particolarmente fruttuosa e suggestiva. Sarebbe augurabile perciò che altre ricerche — dell'a. e di altri — si aggiungessero a questa prima. Solo quando un esame completo e profondo avrà pervaso l'intero materiale dei Basilici, potrà dirsi forse la parola definitiva sulle fonti cui essi — specialmente nella parte che corrisponde ai Digesti — si ricollegano. Ed allora appunto la intuizione del Riccobono, vanamente attaccata dall'a., potrà trovare la sua sostanziale, tranquilla conferma.

La monografia è divisa dall'a. in tre parti. Nella prima (p. 1-30) l'a. inquadra il suo problema entro la cornice più ampia di tutte le elaborazioni bizantine del *Corpus iuris*, compilate intorno al secolo VI. Nella seconda (p. 31-132) egli, premesso un esame critico molto acuto dei testi latini, procede ad un'opera di raffronto fra il pensiero classico, il pensiero giustiniano e quello postgiustiniano, in ordine a singoli punti del diritto dotale romano. Nella terza, infine, egli trae le sue conclusioni generali e formula la sua propria teoria.

2. — L'opera, interessante, merita una esposizione più ampia e minuta.

* In *SDHI.* 5 (1939) 272 ss. Recensione a J. M. SONTIS, *Die Digestensumme des Anonymos - I. Zum Dotalrecht (Ein Beitrag zur Frage der Entstehung des Basilikentextes)*, « *Heidelberger rechtswissenschaftliche Abhandlungen* » 23 (Heidelberg 1937) p. VI-160.

I) L'a. prende le mosse da un dato di fatto, che a lui sembra incontrovertibile: di contro al divieto emanato da Giustiniano di ogni libera rielaborazione dei materiali raccolti nel *Corpus iuris*¹ sta la innegabile esistenza di quelle libere elaborazioni greche, principalmente del VI secolo (alcune indubbiamente compiute durante la vita dell'imperatore), che a noi sono soprattutto pervenute attraverso i *Libri basilicorum*. Egli prescinde dall'occuparsi del perché di queste rielaborazioni² e limita il suo esame al come esse si sono formate: sono esse di totale fattura postgiustiniana o si appoggiano piuttosto a commentari greci pregiustiniani? Si nota a prima vista, infatti, come esse presentino spesso divergenze anche notevoli dal contenuto dei testi del *Corpus iuris*, né mancano accenni espliciti allo stato di diritto pregiustiniano ed alle riforme apportatevi da Giustiniano. Sin che si tratta di quest'ultima categoria di divergenze, non è difficile farsi una spiegazione: un motivo didattico ha spinto i loro autori (trattasi, più precisamente, della Parafraasi delle Istruzioni di Teofilo, dei *παραγραφαί* al Codice di Taleleo, dell'*Index* e dei *παραγραφαί* ai Digesti di Stefano) a delucidare di tanto in tanto, con riferimenti, con citazioni, con comparazioni, il dettato compilatorio. Le difficoltà sorgono invece in altri casi: a) quando maggiori o minori divergenze sostanziali si diano tra le apparenti parafraasi ed il testo latino; b) quando tali elaborazioni abbiano più il carattere di una libera interpretazione dei passi corrispondenti, che di una letterale traduzione (*κατὰ πλάτος ἑρμηνεία* piuttosto che *κατὰ πόδας*). In tali casi, e proprio perché sono tutt'altro che infrequenti, viene naturale il pensiero che il « traduttore » greco abbia avuto sotto occhio e ampiamente usato un'altra fonte, e cioè: a) o manoscritti delle varie parti del *Corpus iuris*, i quali erano sensibilmente diversi da quelli da cui sono derivati i manoscritti fonti delle nostre edizioni critiche; b) o (ipotesi molto più probabile) fonti greche pregiustiniane, esponenti di uno stato di diritto ampiamente riformato dai compilatori.

La seconda ipotesi è quella che da gran tempo va per la maggiore,

¹ C. *Deo auctore* 12, c. *Tanta* - Δέδωκεν 21. Per la estensione di questo divieto (che risulta soltanto da costituzioni relative alle Pandette) a tutto il *Corpus iuris* è la dottrina di gran lunga dominante: cfr. da ultimo DE FRANCISCI, *Storia* 3 (parte I^a) 315 nt. 2. Ma v. in contrario le acutissime obiezioni del PETERS, *Die oströmischen Digestenkommentare und die Entstehung der Digesten*, in *Sitz-Berichte Sächs. Gesellsch., Philol.-histor. Klasse* 65 (1913) 105, cui peraltro l'a. diffusamente replica (p. 146 s.).

² L'a. tralascia di vedere cioè (come invece forse andava fatto) le ragioni per cui il divieto giustiniano, pur in vita dell'imperatore, fu così poco osservato.

sia in relazione alle compilazioni in greco delle *Institutiones*, che in merito a quelle del *Codex*. Con molta coerenza e con successo notevole di critica, essa fu applicata, agli inizi del secolo, dal Riccobono³, anche ai Digesti. I commentatori greci di quest'opera — ha sostenuto lo studioso italiano — si fondarono essenzialmente sulle traduzioni greche dei testi classici, sí che il loro compito si ridusse a fare delle interpolazioni di esse sulla falsariga di quelle eseguite da Triboniano sui testi latini: alla loro sciatteria va imputato se questo lavoro non fu esattamente compiuto, ma alla loro sciatteria debbono essere grati gli studiosi moderni, se attraverso mille fessure è dato loro di scorgere, in queste compilazioni, angoli altrimenti oscuri del puro diritto romano. — Alla eccessiva audacia (di pura formulazione, del resto) di questa impressionante teoria volle reagire il Peters⁴ con una tesi parimenti esagerata e molto meno verosimile: i casi che secondo il Riccobono presentano tracce classiche non dovrebbero essere ricollegati allo sfruttamento di scritti greci pregiustiniani, bensí — almeno limitatamente all'Anonimo e alla ipotetica Anonimuskatene — ad un manoscritto latino di molto divergente da quello onde è discesa la *Littera florentina*. — Molto opportunamente l'a. (15) ripudia, sulle tracce del Mitteis⁵, questa controteoria e si propone il compito piú radicale « die These Riccobonos und seine Argumentation ins Auge (zu) fassen ».

Ma anche la critica dell'a. appare senz'altro incerta e poco convincente. Egli tralascia, anzitutto, nella prima parte, di esaminare l'argomento fondamentale del nostro romanista — quello cioè che alcuni passi della *summa* dell'Anonimo sono liberi da interpolazioni, che appaiono invece nella Florentina — e ne rimanda la demolizione alla fine del lavoro. Comunque già le obiezioni agli altri argomenti paiono a me fatte con soverchia leggerezza (p. 15-25); troppa per poter dichiarare improbata, in tutta la sua estensione, la tesi del Riccobono. Molti degli indizi da questi portati a riprova del suo asserto mantengono inalterati tutto il proprio valore: 1) è innegabile che citazioni di autori classici sono piú esatte in scoli (es.: di Stefano, di Doroteo) che non nel manoscritto fiorentino, che dunque esse provengono dalla consultazione di scritti dei maestri di Berito anteriori alla compilazione; 2) è innegabile che Stefano ha conoscenza della *formula prohibitoria* classica, insistente nei Digesti; 3) è innegabile che Taleleo cita un principio di

³ *Mélanges Fitting* 2.473 s. Con il Riccobono è oggi la comune dottrina.

⁴ *Digestenkommentare* cit. 36 s.

⁵ *ZSS.* 34.406.

Paolo ignoto ai Digesti e alla stessa *summa* dei Basilici; 4) è innegabile che Harmenopulos fa cenno di un principio che è contenuto soltanto nella post-classica *Epitome Gai.* Tutte ragioni per ritenere incrollabile la ipotesi del Riccobono, almeno per quanto riguarda gli scolii non dell'Anonimo.

Possono fare impressione, piuttosto, gli argomenti di indole generale che l'a. — con una restrizione del suo campo di indagini — porta contro la applicazione di quella teoria almeno alla *summa* dell'Anonimo; senonché anche essi valgono — se non mi sbaglio — piú in confronto della formulazione, anziché della sostanza della teoria del Riccobono.

a) Si stenta a credere che la *summa*, nei due secoli in cui rappresentò il massimo commento greco dei Digesti, non sia stata corretta, in relazione al testo latino, da qualche solerte lettore. Ma — a parte il fatto che ciò qua e là può essere benissimo successo — è ben sicuro l'a. della esistenza, in diritto postgiustiniano, di studiosi così attenti e scrupolosi, da andare a confrontare — avendone sott'occhio la epitome in propria lingua — quella noiosa raccolta di nozioni in gran parte vecchie e superate che erano per essi le voluminose Pandette? b) Si stenta a credere che la *summa* sia rimasta priva per l'appunto di tante interpolazioni giustiniane. Ma non crede l'a. che il carattere epitomatorio dell'opera (di cui il Riccobono non ha — ne convengo — tenuto il debito conto) possa contribuire a giustificare molte lacune — rafforzando dunque la tesi del Riccobono, dal punto di vista della verosimiglianza —, anziché spingere ad escludere del tutto il gravissimo indizio della mancanza di queste interpolazioni? c) Si stenta a credere che almeno l'Anonimo e Stefano, i quali hanno scritto le loro opere intorno agli ultimi anni del regno di Giustiniano⁶, si siano dati alla lettura esclusiva di opere pregiustiniane, anziché consultare la fiorente letteratura ormai già sorta (per opera di Teofilo, Doroteo, Cirillo e forse molti altri ignoti) intorno ai Digesti. Ma — prescindendo da ciò, che questi primi commenti fanno appunto capo ad opere pregiustiniane — non pensa forse l'autore che perlomeno l'opera dell'Anonimo avesse un carattere troppo particolarmente nuovo (quello cioè di un riassunto sistematico), perché essa potesse attingere esclusivamente ai commenti piú frammentari precedentemente compiuti? È indubbio che — a piú di

⁶ KRÜGER, *Gesch. der römischen Quellen und Litteratur*² 408 s.; PETERS, *Digestenkommentare* cit. 39, 24. Per Teofilo nemmeno l'a. nega (p. 26) che egli — come Taleo — si sia rifatto, anche nei παραγραφαί ai Digesti, a scolii greci pregiustiniani.

venti anni di distanza dalla sua formulazione — l'ipotesi del Riccobono vada di molto riveduta, modificata e corretta, soprattutto — aggiungerei — in relazione alla *Digestenkatene*, la cui esistenza è stata così luminosamente dimostrata dal Peters⁷. Ma è ben difficile — a quanto pare — spogiarla di quel fondo di ragione, che è il suo vero e grande merito.

II) A destituire di verosimiglianza la teoria del Riccobono, caratterizzando il metodo di lavoro dell'Anonimo come metodo esclusivamente epitomatorio ed interpretativo del diritto giustiniano, sono rivolte le cento fitte e belle pagine della seconda parte della monografia del Sontis, che toccano alcuni fra i più interessanti argomenti della materia dotale⁸. Qui mi limiterò a riassumere brevemente una soltanto di queste ricerche, dando puramente notizia del titolo delle altre.

A) Un primo gruppo di indagini si aggira intorno al ben noto principio: *pater adiuncta filiae persona habet actionem rei uxoriae* (Ulp. *Reg.* 6.6). Il problema fondamentale, che — fra altri minori⁹ — a questo proposito l'a. si pone, è il seguente: quando è sorta e come si è modificata nel diritto giustiniano la regola della *adiectio filiae*? Ed ecco in succinto come egli vi risponde (p. 31-66). a) Nel contrasto fra Ulp. *Reg.* 6.6, che non dà alcuna giustificazione del principio, e altri testi delle *Pandette* (D. 24.3.2.1; 46.3.34.6; 24.3.3), che vi conferiscono il fondamento *communis est (dos) patris et filiae*, non può darsi — rispetto al diritto classico — la prevalenza a questi ultimi, per la ragione che una *communio* della dote (intesa come capitale, e non come azione per la restituzione) costituita tra padre e figlia contrasta col sistema classico della incapacità patrimoniale (*Vermögensunfähigkeit*) del *filius familias*. L'a. invece si fonda precipuamente sulla scarsezza dei testi che parlano dell'esercizio dell'azione contro gli eredi del marito — tanto più rilevante, se si consideri la abbondanza di quelli che si riferiscono all'esercizio della azione contro lo stesso marito, *soluta matrimonio* — per aderire (p. 37 s.) ad una vecchia teoria del von Scheurl e del Polygenis, e sostiene che il

⁷ *Digestenkommentare* cit. 8 s. Approvo — si badi — la esistenza, e non la composizione della *Digestenkatene*, così come l'ha ipotizzata il Peters.

⁸ Ecco i titoli cui appartengono le fonti che formano oggetto della indagine: D. 23.3 = B. 29.1; D. 23.4 = B. 29.5; D. 23.5 = B. 29.6; D. 24.3 = B. 28.8; D. 25.1 = B. 28.10; D. 25.2 = B. 28.11.

⁹ Li riferisco: 1) sul valore del silenzio della *filiafamilias*, come espressione di consenso al padre (p. 66-69); 2) sulle conseguenze degli atti di disposizione della dote, fatti dalla figlia senza concorso del padre (p. 69-71); 3) sulla sorte dell'azione dotale nel caso di condanna all'esilio del *paterfamilias* (p. 71-77).

caso originario di applicazione della regola fu quello dello scioglimento del matrimonio mediante divorzio: la regola sarebbe stata creata per frenare l'esercizio arbitrario, da parte dei *patres familiarum*, del diritto di sciogliere, quando loro piacesse, i matrimoni *sine manu* delle figlie soggette alla loro potestà. Solo piú tardi la regola sarebbe stata estesa al caso di scioglimento del matrimonio per morte del marito¹⁰. In conseguenza di ciò l'a. critica come interpolati i testi che si riconnettono, direttamente o indirettamente, al fondamento della *communio*. *b*) Nel contrasto fra Ulp. *Reg.* 6.6, che prosegue con le parole *nec interest adventicia sit dos an profecticia*, ed i testi della compilazione, i quali limitano l'esercizio della azione al caso della sola dote profectizia, deve darsi la prevalenza — per diritto classico — al primo (almeno nella sua sostanza), dato che la limitazione alla *dos profecticia* appare chiaramente legata alla riforma di Teodosio e Valentiniano (CI. 6.61.1.2), per cui la *dos adventicia* — nel caso dello scioglimento del matrimonio per divorzio (senza colpa della moglie) e per morte del marito — va senz'altro alla moglie (p. 43 s.). *c*) Il motivo che dovette spingere Giustiniano alla enunciazione di due principi cosí stranamente antiggiuridici è ricercato dall'a. nell'influenza del diritto greco, per cui¹¹: 1) la dote era, *constante matrimonio*, proprietà della moglie, e su di essa era riconosciuto al marito un semplice usufrutto; 2) la dote (sia che fosse stata costituita dai genitori, sia che fosse stata costituita da terzi) era proprietà della moglie anche dopo lo scioglimento del matrimonio. Ma Giustiniano, per un complesso di ragioni, che si ricollegano principalmente all'ossequio necessario al diritto romano, non applicò organicamente questi principi del diritto greco nella compilazione¹², né seppe o poté esprimere con esattezza il nuovo stato di cose¹³. *d*) È

¹⁰ Il ragionamento non ha convinto il LAURIA, *Dote romana* estr. da *Atti Soc. Reale di Napoli* 29 nt. 22.

¹¹ Cfr. MITTEIS, *Reichsr. und Volksr.* 230 s.

¹² Il che è riconosciuto dall'Albertario, *Studi* 1.401, che della evoluzione in parola ha dato la completa dimostrazione (ivi 369 s.). Cfr. anche i citati dall'a. p. 50 nt. 1; adde MASCHI, *La concezione naturalistica*, PUC. (serie 2^a) 53.319 s., in senso nettamente contrario.

¹³ Gli scolii dei Basilici (e specialmente quelli dell'Anonimo) dimostrerebbero invece, secondo l'a. (58), che « die Gedanken der Kompilatoren, welche sie durch Interpolation in unvollkommener und unklarer Weise zum Ausdruck gebracht haben, werden vom Anonymos in seinen Anmerkungen in einer entwickelten und klareren Form ausgeführt ». Senonché — a prescindere dalle osservazioni piú particolari che faccio *infra* n. 3 *sub E* — obietterò che chi segue oggi il Riccobono non afferma affatto che gli scolii dei Basilici (per limitarci ad essi) siano stati sempre ed unicamente compiuti ricalcando servilmente le elaborazioni pregiustinianee. Il

certo che il confusionario ed oscuro stato dei testi viene di molto semplificato e chiarito nella *summa* dell'Anonimo, e l'a. ce ne dà un pregevole esempio nella comparazione fra D. 34.3.22.6 e B. 28.8.22 th.7 (p. 58 s.).

B) Altre indagini meno ampie ineriscono alle seguenti questioni: 1) spese dotali (p. 77-90); 2) *dos tacita* (p. 90-96); 3) se il marmo di un fondo dotale sia frutto (p. 96-104); 4) responsabilità del marito per sottrazione di beni parafernali (p. 104-115); 5) ripartizione dei frutti nell'ultimo anno dotale (p. 115-120). Una disamina di 17 altri singoli testi (D. 23.3.6 pr.; 12 pr.; 21; 46.1; 53; 23.4.4; 11; 24.3.1; 2 pr.; 9; 10.1; 14.1; 17.1; 20; 22.3; 45) chiude questa seconda parte (p. 120-132).

III) Eccoci infine alla parte conclusiva del lavoro.

A) I risultati particolari raggiunti, a proposito di singole questioni o di singoli testi, nella parte seconda portano l'a. alla formulazione di queste proposizioni generali (p. 133-138).

a) Quasi tutte le interpolazioni dei Digesti sono riportate nella *summa* dell'Anonimo. — Più esattamente è da notare, a questo proposito: 1) che spesso la *summa* dell'Anonimo traduce il pensiero di queste interpolazioni in una forma migliore e più chiara, che non gli stessi compilatori o gli scolasti Doroteo, Cirillo e Stefano; 2) che non mancano punti in cui il pensiero compilatorio riceve uno svolgimento più ampio ed armonico, in quanto che vengono eliminate tracce del pensiero classico non spazzate via da Triboniano né dagli scolasti sunnominati.

b) A volte interpolazioni dei Digesti mancano nella *summa* dell'Anonimo. Ma in tal caso si può rimarcare: 1) o che queste interpolazioni non avevano una importanza sostanziale, sicché la loro eliminazione può ricondursi al generale intento riassuntivo dell'Anonimo; 2) o che — avendo tali interpolazioni importanza sostanziale — esse erano fatte così male, che l'Anonimo ha dato più rilievo al testo classico, mentre Stefano, Doroteo e Cirillo non hanno ommesso di riportarle.

c) Gli scolii dell'Anonimo e dell'Enantiofane presentano — in confronto di quelli di Stefano, Cirillo e Doroteo — particolari caratteristiche: 1) perché le note dell'Anonimo esprimono spesso in forma più chiara pensieri interpolatori; 2) perché l'Enantiofane è un accurato annota-

fatto (per me innegabile) che queste furono a base delle elaborazioni bizantine posteriori alla compilazione si concilia senza difficoltà con l'intento ben ragionevole degli scolasti ed epitomatori post-giustiniani di chiarire e completare, ove necessario, il pensiero dei compilatori.

tore delle contraddizioni fra passi, di cui uno sia stato alterato dai compilatori, ed è anche caratterizzato dal tentativo frequente di una certa qual conciliazione, alla maniera pandettistica, tra essi.

B) Le conclusioni dell'a. sono (p. 138-150) che la *summa* dell'Anonimo e gli scolii dell'Anonimo e dell'Enantiofane hanno tutti la comune caratteristica di fornire del diritto giustiniano una sintesi piú lucida, di quanto non avvenga negli stessi Digesti e negli scolii di Stefano, Doroteo e Cirillo. Data la inverosimiglianza della teoria del Peters — già dianzi riferita — non vi è che da concludere — egli continua (p. 132) — se non che le divergenze di queste opere dell'Anonimo dal testo delle Pandette siano « der Initiative und dem energischen Eingreifen einer privaten Person zu verdanken, und es ist das Natürlichste, Anonymos selbst für diese Person zu halten ». In tutte queste opere — accentua l'autore (p. 143) — l'Anonimo « scheint ein Jurist von hervorragendem Wissen und ausserordentlicher Autorität gewesen zu sein ». — La conseguenza di simili conclusioni si è — come è chiaro — che l'opera del giurista innominato non può essere usata per indagare il diritto giustiniano. Essa rappresenta soltanto (p. 145) « ein wichtiges Hilfsmittel, wenn es sich um die Ermittlung und Verdeutlichung justinianischer Rechtsanschauungen in den Digesten handelt ». Ma come mai — vien fatto logicamente di domandarsi — un giurista tanto fecondo ed insigne è rimasto per tutto il periodo postgiustiniano completamente incognito? Al che l'a. non si perita di rispondere (p. 148) che il nostro Anonimo volle evidentemente sottrarsi alla applicazione delle pene stabilite da Giustiniano per i violatori del suo divieto di libere elaborazioni del *Corpus iuris*¹⁴, che anzi proprio ciò porta ad ammettere che « das Kommentarverbot auch nach der Regierung Justinians Geltung gehabt hat ».

C) La monografia è coronata dall'esame particolare dei tre confronti fra Digesti e *summa* dei Basilici, che il Riccobono aveva portato a riprova della sua argomentazione fondamentale (p. 151-155). Ma, oramai, il fatto che la *summa* dell'Anonimo non riporti in questi casi le interpolazioni delle fonti giustinianee non può impressionare l'A., il quale agevolmente conclude, assumendo che gli esempi portati dal Riccobono provano unicamente, una volta di piú, la attività epitomatoria dell'Anonimo.

3. — Le affermazioni cui giunge l'a. sono, come si vede, spesso seducenti. Esse non possono dirsi tuttavia a stretto rigore fondate. Soprattutto

¹⁴ Le pene del delitto di falso: c. *Tanta-Δέδοικεν* 21.

tutto muoverei all'a. qualche osservazione di ordine generale circa l'inquadratura della intiera monografia.

A) La fedele esposizione dianzi fatta è sufficiente a giustificare il giudizio che il metodo della trattazione non sia del tutto da approvare. L'opera è come spezzata in due parti monche dalla ampia ricerca critica che, come sappiamo, vi sta nel mezzo. Sarebbe stato molto preferibile, invece, se l'a. avesse impostato su piú larghe basi la trattazione generale — ivi fondendo la prima e la terza parte del lavoro — ed avesse dedicato le interessanti pagine della parte intermedia soltanto ad appoggio delle varie conclusioni formulate¹⁵. Così com'è, la monografia non può cancellare la impressione che la sua parte veramente vitale sia la seconda, e che le altre due vi siano state innestate piuttosto artificiosamente. Ed in verità — come ho già detto¹⁶ — non è possibile far derivare una soluzione del problema, con quella completezza che l'a. tenta di darvi, da un'analisi così incompleta e ristretta di testi. L'opera del Sontis, piú che un « Beitrag zur Frage der Entstehung des Basilikentextes », è (o perlomeno appare) un contributo alla generale opinione che i Basilici servano di regola ad interpretare il diritto giustiniano.

B) Piú in particolare, avrei ritenuto necessario che il problema della *summa* dell'Anonimo fosse con maggiore organicità inquadrato nel piú ampio problema di tutte le elaborazioni greche del *Corpus iuris* e della loro origine. Al contrario l'a. accenna soltanto di sfuggita alle discussioni relative alle rielaborazioni bizantine delle *Institutiones* e del *Codex*, le quali invece (come ha ben visto il Riccobono¹⁷) non possono essere trascurate neanche da chi voglia limitarsi a portar contributi in relazione alle rielaborazioni delle Pandette. Come concilia l'a. l'opinione dominante in merito alle rielaborazioni del Codice — e cioè che queste rielaborazioni si riattacchino a scritti pregiustiniani — con quella da lui avanzata in merito alle rielaborazioni dei Digesti? E, per limitarci a queste ultime, quale relazione precisa scorge l'a. fra le opere dell'Anonimo e gli altri

¹⁵ Un esempio delle discordanze cui ha portato il metodo di dividere fra la prima e la terza parte la argomentazione generale, lo trovo nella valutazione che l'a. fa del divieto di commenti fatto da Giustiniano. Nella prima parte esso è ritenuto come avente indiscutibilmente portata generale e come superato in pratica soltanto per necessità didattiche (cfr. p. 4 s.); nella terza parte invece l'a. enuncia la tesi del Peters ed imposta finalmente — anche se in funzione di quella tesi — il problema *ex novo* (cfr. p. 146 s.). V. anche *retro* nt. 1.

¹⁶ V. *retro* n. 1.

¹⁷ Nel suo scritto citato alla nt. 3, ove egli formula anche la sua teoria in merito alle rielaborazioni del *Codex*.

scolii dei Basilici — a parte quella puramente negativa derivante dal fatto che né le une né gli altri si riallaccerebbero a commentari greci pregiustiniani? — Perché, in ogni caso, non utilizza egli gli ottimi rilievi del Peters¹⁸, allorché affronta il problema della anonimità del commentatore bizantino? Perché, infine, egli non si preoccupa di vedere in che latitudine il commento dell'Anonimo violasse il divieto giustiniano?¹⁹

C) Né mi par utile che l'a. imposti la sua discussione generale sulla antitesi con la teoria del Riccobono. Questa impostazione lo ha portato fatalmente a dire tutto il contrario di quanto fu asserito nel 1906 dal nostro studioso. Vero è che egli subisce in ciò l'influsso del Peters, che nel 1916 respinse in blocco la teoria del Riccobono, sostituendovi la propria, già riferita, e che tanto più alla esclusione totale della ipotesi del Riccobono egli è indotto, in quanto che neanche la tesi del Peters gli pare (e giustamente) verosimile. Ma ciò appunto lo avrebbe dovuto spingere piuttosto a chiedersi quanto di vero vi sia nella tesi — pur se imprudentemente formulata — dell'autore italiano. Invece egli muove a quella tesi una critica un po' superficiale e non molto convincente, che crede di trovare la sua conferma nei rilievi poi formulati circa il metodo di lavoro dell'Anonimo.

D) E noterò ancora — indottovi dal richiamo della radicale antitesi con la vecchia dottrina del Riccobono — che i risultati esegetici della seconda parte non sono, neanche in sé e per sé considerati, molto convincenti. Come il Riccobono, di trenta anni fa, l'a. si limita a distinguere un diritto classico, perfetto, da un diritto giustiniano, alterato; nessuna preoccupazione per il diritto postclassico e per il conseguente complesso di alterazioni testuali, che ad esso — non al diritto giustiniano — vanno attribuite. Ma da trenta anni fa ad oggi un gran passo avanti è stato compiuto dalla critica interpolazionistica, da quando cioè ci si è convinti della impossibilità di ricondurre tutte le moltissime alterazioni dei Digesti a Triboniano, nonché della absurdità di tali ricollegamenti²⁰, si è iniziata con ardimento la nuova esplorazione²¹ e si è giunti finalmente

¹⁸ *Digestenkommentare* cit. II s.

¹⁹ Se veramente l'Anonimo deve essere preso come un fedele traduttore ed epitomatore dei Digesti, la sua era né più né meno che l'attività lecitissima di un compilatore di *Indices*. Nessuna ragione vi sarebbe stata, quindi, per celarsi sotto il velo dell'incognito.

²⁰ Intuizioni notevoli già in COGLIOLO, *AGFS*. 41 (1888) 188 s.

²¹ Soprattutto ad opera dell'Albertario, di cui basta rileggere i più antichi *Scritti* ripubblicati nei tre volumi (I, III, V) sinora usciti delle sue opere, e del Beseler, nei suoi primi preziosi *Beiträge*.

ad un punto in cui — pur essendo l'arduo cammino tutt'altro che coperto — già una classificazione di criteri ed una sistematica valutazione di indizi è stata tentata, con buon successo, da chi fu tra i primi a percorrerlo²². Tanto più doveva — come io credo — l'a. lavorare in questo senso, in quanto che sarebbe stato di immenso ausilio per la sua teoria il poter dimostrare, quando qua quando là, che le cosiddette interpolazioni giustinianee (non riportate dalla *summa* dei Basilici) erano invece sicure alterazioni post-classiche, di modo che ancor meno probabile sarebbe stato il ricollegamento ai manoscritti greci (che forse già le contenevano) della *summa* dell'Anonimo (che invece le esclude). Viceversa — ed è questo il punto cui volevo giungere — non è chi non veda la minor fondatezza e credibilità della teoria dell'a., quando si possa dimostrare che una alterazione rilevata dall'Anonimo era già indubbiamente dell'epoca pregiustiniana, sì che non è più del tutto sicuro il ricollegamento della *summa* al manoscritto dei Digesti, piuttosto che ad un precedente manoscritto post-classico, già alterato nel senso accolto da Triboniano.

E) Mi sforzerò qui di dare un esempio di ciò che mi intendo di dire.

Come ho avvertito²³, l'a. attribuisce le riforme « giustinianee » del principio *pater adiuncta filiae persona habet actionem rei uxoriae* alla influenza della tipica concezione greca della dote come proprietà della moglie. Ora stupisce che questi rilievi — come anche la nota che il nuovo pensiero giuridico in materia dotale è tutt'altro che chiaramente ed organicamente espresso nella compilazione — non facciamo domandare dall'a. a se stesso, se quelle riforme che egli attribuisce a Giustiniano fossero invece già avvenute nel diritto post-classico, sì che Giustiniano si limitò unicamente ad accoglierle. A questo proposito io sono convinto di due cose: 1) che già il diritto post-classico dovette essere fortemente influenzato dalla concezione dotale del diritto greco, e che quindi tracce frequenti ne dovettero portare i testi classici per mano dei loro tardi lettori; 2) che soprattutto il diritto post-classico orientale dovette essere pervaso da questa concezione, e che quindi ad essa dovevano essere prevalentemente informate le « traduzioni » greche dei testi latini, fatte a scopi pratici o anche didattici. Il secondo punto è intuitivo e non rappresenta che una conseguenza implicita della magnifica dimostrazione del Mitteis²⁴ circa la influenza del diritto greco, in questo settore, sul diritto

²² V. ALBERTARIO, *Introduzione storica* 157 s.

²³ *Retro* n. 2 sub A.

²⁴ *Reichsrecht und Volksrecht* 230 s.

romano. Quanto al primo punto²⁵, mi basti di rilevare che presenta, ad esempio, tracce di alterazioni post-classiche e non giustinianee:

D. 37.6.4 (Afr. 4 *quaest.*): *Filium emancipatum dotem, quam filiae suae nomine dedit, conferre non debere, quia [non, sicut in matris familias bonis esse dos intellegatur, ita et] in patris, a quo sit profecta.*

L'Albertario²⁶, segnalando giustamente questa alterazione, parlava di « interpolazione giustiniana ». Ma ciò è — a mio parere — da escludersi assolutamente. I compilatori avrebbero scritto *mulieris* e non *matrisfamilias*²⁷. Il confronto, invocato dall'Albertario, con D. 21.2.71 ed anche la comparazione con D. 23.3.75 lo dimostrano pienamente, perché in quei testi Triboniano (dato che è indubbio che si tratti di lui) interpola il sostantivo *mulier*²⁸. L'estrosa ed erratissima menzione della *mater familias* può solamente ricondursi alla annotazione marginale di un lettore di Africano, e più precisamente di un lettore orientale, come è dimostrato: 1) dal fatto che questi ha chiarito il dettato classico con un principio del diritto greco (dote in proprietà della moglie); 2) dal fatto che egli non ha avvertito la palmare impossibilità di designare la *sua heres* come *mater familias*.

Vi è dunque stato uno stadio in cui il testo di Africano doveva presentarsi, in una famiglia orientale di manoscritti, pressappoco così²⁹:

²⁵ La evoluzione essenzialmente postclassica non mi pare affermata dall'Albertario, il quale (nei due scritti citati *retro* nt. 12) si limita a rilevare la riforma del sistema classico e mette spesso in evidenza l'opera che vi ebbero i giustiniani.

²⁶ *Studi* 1.376; v. anche LENEL, *ZSS.* 51.15 e WOLFF, *ZSS.* 53.358 nt. 7. Contro questi autori, e per la genuinità del testo, sono Koschaker e Arnò, citati dall'*Index interp.* Per errore l'*Index* annovera il Wolff tra i sostenitori della integrità del passo.

²⁷ È impossibile credere che Triboniano potesse giungere al punto da definire *materfamilias* una persona *in potestate*.

²⁸ D. 21.2.71: — [non] — [sicut mulieris dos est, ita patris esse dici potest]. D. 23.3.75: *Quamvis in bonis mariti dos sit, [mulieris tamen est]*. — La coincidenza di D. 37.6.4 e di D. 21.2.71 induce l'Albertario a dichiarare che i due testi, o sono dello stesso giurista o sono della stessa mano interpolatrice; egli scarta la prima ipotesi, perché dei due testi l'uno è di Africano e l'altro è di Paolo, ed accoglie la seconda. Ma, escludendo con noi che la alterazione sostanziale di D. 37.6.4 possa derivare da Triboniano, bisogna pensare che ivi i compilatori si siano limitati alla pura interpolazione formale. Più particolarmente è possibile che l'emblema di D. 21.2.71 sia stato ricalcato sulla alterazione di D. 37.6.4. — Queste osservazioni dissolvono l'ipotesi del WOLFF, *loc. cit.*, che il supposto emblema di D. 37.6.4 sia derivato da quello già compiuto in D. 21.2.71.

²⁹ Altre ricostruzioni del testo classico, sostanzialmente identiche, danno l'ALBERTARIO e il LENEL citati *retro* nella nt. 26.

Africanus 4 *quaest.*

Nota marginale.

(Caso: *Emancipatus, qui filiam dotatam in potestate habebat, bonorum possessionem contra tabulas petiit. Quaero, an dotem, quam filiae suae nomine dedit, conferre debeat.*)

(*Respondit:*) *Filium emancipatum dotem, quam filiae suae nomine dedit, conferre non debere, quia non [—] (sit) dos [—] in (bonis) patris, a quo sit profecta.*

Dos intelligitur in matris familias bonis esse, non in patris.

Solo in un secondo momento (e, possiamo anche concedere, ad opera dei compilatori³⁰), la nota marginale è stata fusa col testo classico, di modo che — come finemente nota l'Albertario — l'insegnamento genuino appare come attraversato da quello spurio. Prima di allora è da presumere che per un certo tempo la soluzione di Africano e la nota scolastica ellenizzante appiccicatavi dal commentatore orientale, siano rimaste distinte. Ordunque è indiscutibilmente a questo stadio che fa capo la *summa* dell'Anonimo, quale la leggiamo nei Basilici. Lo dimostra lucidamente il confronto di essa con il testo giustiniano, da un lato, e, dall'altro lato, con quello che abbiamo presunto essere lo stato del passo di Africano in epoca post-classica.

D. 37.6.4

Africanus 4 *quaest.*

B. 41.7.4 (H. 4.170)

Filium emancipatum dotem, quam filiae suae nomine dedit, conferre non debere, quia non, sicut in matris familias bonis esse dos intellegatur, ita et in patris, a quo sit profecta.

Filium emancipatum dotem, quam filiae suae nomine dedit, conferre non debere, quia non sit dos in bonis patris, a quo sit profecta.

Nota: *Dos intelligitur in matris familias bonis esse, non in patris.*

ὁ αὐτεξούσιος κἂν αἰτήσῃ τὴν κατὰ τῆς διαθήκης τοῦ πατρὸς ἐναντίωσιν, οὐ συνεισάγει τὴν προῖκᾶ, ἣν ὑπὲρ τῆς οἰκείας ἐπέδωκε θυγατρὸς.

αὐτῆς γὰρ ἔστιν ἡ οὐσία, καὶ οὐ τοῦ ἐπιδεδωκότος.

Mentre il frammento giustiniano riflette la fusione fra testo classico e nota marginale, la « traduzione » dell'Anonimo riflette quello sta-

³⁰ V. *retro* nt. 28.

dio indubbio di distacco fra testo e nota, che bisogna ammettere sia esistito in un primo momento.

Piccoli indizi — è vero —, ma quanto basta per ritenere che anche l'Anonimo si sia appoggiato, nella sua *summa*, a traduzioni greche pregiustiniane dei testi classici. Quanto basta, in linea specifica, per convincersi che, nella materia dotale, l'Anonimo non perfezionava riforme giustiniane, ma al contrario ritornava, per così dire, ad uno stato di diritto (quale doveva essere quello manifestantesi nelle « traduzioni » greche pregiustiniane), che forse Giustiniano aveva voluto mitigare. Ed invero è evidente che Giustiniano si trovava, nella compilazione dei Digesti, di fronte a due sistemi contrapposti, quello romano e quello greco, di cui il secondo già aveva dovuto di molto influire sull'altro (laonde frequenti alterazioni dei testi classici) e già, nei paesi di oriente, aveva dovuto assumere un dominio quasi assoluto (laonde ne dovevano fare ancora più frequente menzione le libere traduzioni in greco dei testi post-classici). L'imperatore, più che riformare il diritto dotale, dovette tendere, in conseguenza, a salvarlo, tentandone una conciliazione col sistema dotale greco. Di questo tentativo appunto è espressione il deplorabile insegnamento di:

D. 23.3.75: *Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est*³¹.

L'Anonimo e gli scoliasti posteriori a Giustiniano, liberi ormai delle sue preoccupazioni e dei suoi scrupoli, tornarono agli insegnamenti degli scritti greci pregiustiniani. È probabile, quindi, che questo ritorno si sia effettuato anche nella materia dell'*adiectio filiae*, indagata (ma non sufficientemente) dall'a.

4. — In conclusione, non credo che l'opera dell'a. sia riuscita a screditare il valore eccezionale dei Basilici al fine dell'indagine del mondo giuridico pregiustiniano (classico e postclassico)³². Essa rappresenta

³¹ Per la critica del testo cfr. *Index interp. e retro* nt. 28.

³² Nel mio scritto *Ueber den Begriff der Kollation*, in ZSS. 59 (1939) 109 ss., ho tentato di fornire una dimostrazione molto più ampia e completa della utilità che può assumere lo sfruttamento delle *summae* dei Basilici per la ricostruzione del pensiero post-classico e pregiustiniano. Alle ricerche del Sontis relative all'istituto dotale, le quali pur non convincono sulla agiustatezza della tesi dell'a., mi permetto quindi di opporre queste mie sull'istituto della collazione, che è particolarmente indicato (a causa del pochissimo interesse che dovette avere Giustiniano ad alterarlo, salvo che in punti fundamentalissimi) a servire come mezzo di prova per la tesi che io difendo, che cioè la *summa* dell'Anonimo rappresenta sostanzialmente lo stato pregiustiniano del diritto romano.

indubbiamente un'utile ammonizione a non troppo fidarsi, in simili ricerche, di quella che potrebbe rivelarsi un'arma a doppio taglio. E di ciò — come di ogni invito alla prudenza rivolto alla spesso frettolosa e concitata romanistica moderna — bisogna esser grati al Sontis.

Ma chiudo queste note ripetendo quanto ho già detto all'inizio, che il merito piú alto dell'opera sta nell'aver orientato gli studi sui Basilici verso una nuova direzione, il seguir la quale non potrà non essere, in futuro, fecondo di risultati.