

## LE COMPILAZIONI GIURIDICHE BIZANTINE E L'INDAGINE STORICO-CRITICA

1. — È ben 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 πόδας*), o di indici-sommari (*ἑνδικες*), o di rinvii a testi paralleli (*παράτιτλα*)<sup>1</sup>. 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 Mommsen<sup>2</sup> convincono, ma solo in parte. Non tutte le divergenze testuali sinora riscontrate<sup>3</sup> possono ricondursi allo sforzo di concentrazione proprio della *summa*, o alla tendenza al diluimento proprio degli *indices*.

La tesi oggi dominante è quella avanzata dal Riccobono<sup>4</sup>, secondo il quale tanto gli scolii ai Digesti quanto la *summa* dell'Anonimo provengono da traduzioni greche pregiustinianee dei testi classici, di modo che il compito dei loro autori fu essenzialmente quello di operare, in queste versioni pregiustinianee, interpolazioni (in lingua greca) corrispondenti a quelle operate da Triboniano nei testi delle *Pandette*<sup>5</sup>.

\* In *Scritti Ferrini Pavia* (1946) 309 ss.

<sup>1</sup> C. *Deo auctore* (a. 530) § 12; c. *Tanta* (a. 533) § 21.

<sup>2</sup> *Praefatio* LXXIII ss.

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

<sup>4</sup> *Tracce di diritto classico nelle collezioni giuridiche bizantine* (1906); *Il valore delle collezioni giuridiche bizantine* (1906); *Mélanges Fitting* 2 (1907-1908) 463 ss.

<sup>5</sup> Hanno esplicitamente aderito alla tesi del Riccobono i seguenti autori: BRUNS-LENEL, *Geschichte und Quellen*, in *Holtzendorff Enzyklopädie* 1.388 nt. 2; KIPP, *Quellen*<sup>4</sup> 172; SIBER, *Römisches Recht* 1 (1925) 75; SCHULZ, *Einführung in das Studium der Digesten* (1916) 53.

La teoria del Riccobono, già osteggiata dal Peters<sup>6</sup>, è stata combattuta punto per punto, recentemente, dal Sontis<sup>7</sup>, 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 Sontis<sup>8</sup>, che in altri scritti posteriori a carattere monografico<sup>9</sup>.

La mia tesi è stata ed è la seguente:

a) tracce di diritto pregiustiniano si trovano indiscutibilmente nella *summa* e negli scolii dei Digesti<sup>10</sup>;

b) i numerosissimi casi in cui (pur essendo accertato che il diritto classico differì da quello giustiniano) non risulta che la *summa* o gli scolii rappresentano la situazione classica<sup>11</sup>, 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 disposizione<sup>12</sup>, oppure

bb) l'adeguamento delle versioni greche ai testi latini dei Digesti è stato fatto dai compilatori dei Basilici<sup>13</sup>, oppure

<sup>6</sup> *Die oströmischen Digestenkommentare* (1913) 36 ss. Ma v. *contra* MITTEIS, in ZSS. 34 (1913) 406.

<sup>7</sup> *Die Digestensumme des Anonymos. 1. Zum Dotalrecht* (Heidelberg 1937) 13 ss.

<sup>8</sup> SDHI. 5 (1939) 273 ss.

<sup>9</sup> *Ueber den Begriff der Kollation* cit.

<sup>10</sup> V., per una dimostrazione testuale, GUARINO, *Ueber den Begriff* cit.

<sup>11</sup> V., per un'ampia esemplificazione, relativa alla *summa* dell'Anonimo, SONTIS, *op. cit.* 31 ss. 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.

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

<sup>13</sup> 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

cc) Le versioni greche pregiustinianee 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, sí, ma pregiustiniana).

Insomma, 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 perché non pare dubbia la derivazione della *summa* e degli scolii ai Digesti da compilazioni bizantine pregiustinianee — 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 pregiustinianee.

2. — Un primo elemento di conferma della teoria da me seguita ci verrà da uno scolio di Cirillo a B. 41.7.1.9 (H. 4.164).

Siamo in tema di *collatio bonorum*, e piú precisamente di fronte all'intricatissimo problema delle conseguenze della mancata prestazione della *cautio collationis* da parte dell'*emancipatus*<sup>14</sup>.

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 portionis eius constituitur, apud quem refecta pecunia collocetur, ut tunc demum recipiat quod redactum est, cum bona propria contulerit. quod*

*Libri Basilicorum* può aver avuto un'anima, una intelligenza, una iniziativa. Si ricordi, a questo proposito, quanto Basilio il Macedone — cioè l'ideatore 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.

<sup>14</sup> Sul punto, diffusamente, GUARINO, *Collatio bonorum* (Roma 1937) 150 ss., le cui conclusioni vengono qui ribadite.

*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 precedente<sup>15</sup>. Se, dunque, vi sia *inopia* dell'*emancipato* (*si frater cavere non possit*), i *bona paterna* devono essere senz'altro depositati presso un *curator*, in attesa che l'*emancipato* possa pagare<sup>16</sup>. 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, deferitur condicio cavendi fratribus ex forma iurisdictionis, quod ex portione fratris fuerint consecuti, cum bona propria conferre coeperit, se restitutos.*

Se vi sia *inopia* dell'*emancipato*, la *condicio cavendi* viene deferita ai *sui heredes*, perché 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 nominato il *curator* per la quota dell'*emancipato*, o questa viene attribuita ai *sui heredes*, purché 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 adottati in altro studio<sup>17</sup>; mi basti riportare la ricostruzione dei nostri frammenti, cui si perviene dopo una rigorosa indagine critica<sup>18</sup>. 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 portionis eius constituitur [ , apud — collocetur], ut tunc demum recipiat quod re-dactum 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]*

<sup>15</sup> D. 37.6.1.9: *Iubet autem praetor ita fieri collationem ut recte caveatur ...*

<sup>16</sup> Questa regola è confermata da D. 37.6.1.13, itp.: GUARINO, *op. cit.* 167.

<sup>17</sup> *Op. e loc. cit. supra* a nt. 14.

<sup>18</sup> GUARINO, *op. cit.* 174 ss.

(*denegata est*), *defertur 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, anziché prestare la *cautio collationis*, poteva addirittura incominciare, senza altro, *ante datam bonorum possessionem*, a conferire « di fatto » ad ogni singolo *suus heres*. Senonché 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'editto<sup>19</sup> 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*, anziché 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 ita ego quoque puto. (Si filius 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,*

<sup>19</sup> 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.

*curator portionis eius (id est: emancipati) constituitur, ut tunc demum recipiat quod redactum est, cum bona propria contulerit*<sup>20</sup>.

Questa fu la ipotesi da me avanzata alcuni anni fa<sup>21</sup>, pur con ogni cautela. Essa fu giudicata dal Kaden<sup>22</sup> « 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 ipotesi<sup>23</sup>:

... εἰ μὴ δύναται ἀσφαλίσασθαι ὁ σοῦος, κουράτωρ διδόντω τῷ μέρει αὐτοῦ ...

(... si suus cavere non possit, curator portionis eius constituatur ...) <sup>24</sup>.

La mia interpretazione di *frater=suus heres* in D. 37.6.1.10 viene validamente appoggiata dallo scolio di Cirillo. Lo Heimbach<sup>25</sup>, il quale, stando alla versione giustiniana, identificava il *frater* nell'*emancipatus*, annotava con tutta sicurezza: « Lectio ὁ σοῦος manifesto falsa est. Nam suus heres non confert, ideoque non cavet. Legendum autem ὁ αὐτεξούσιος, *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, l'abbia modificata imperfettamente, tralasciando di sostituire, come andava fatto, ὁ σοῦος con ὁ αὐτεξούσιος.

### 3. — Un secondo elemento di conferma della mia tesi — vale-

<sup>20</sup> Congetturavo pertanto che l'editto *de collatione* (LENEL, EP.<sup>3</sup> § 144) portasse questa ulteriore clausola: « nisi ita caverint, bona sua tamen conferre coeperint, hos qui in potestate morientis fuerint, quod ex portione eorum fuerint consecuti, s restitutos recte cavere iubebo »: cfr. *op. cit.* 204 ss.

<sup>21</sup> Cfr. *op. cit.* 181 nt. 1.

<sup>22</sup> ZSS. 58 (1938) 330.

<sup>23</sup> Dello scolio di Cirillo non avevo tenuto conto nel formulare la mia ipotesi.

<sup>24</sup> Il testo dello scolio continua traducendo la ipotesi, giustiniana, dell'*emancipatus* che *per contumaciam non cavet*.

<sup>25</sup> Bas. 4, 164 nt. m.

vole per la *summa* dell'Anonimo — mi viene fornito dall'acuta e convincente indagine del De Martino sulla *specificatio*<sup>26</sup>.

Per quanto la dottrina dominante, ultimamente ribadita dal Di Marzo<sup>27</sup>, 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 sabiniano<sup>28</sup> e che la *media sententia*<sup>29</sup> sia stata forgiata solo nelle scuole postclassiche<sup>30</sup>.

Un frammento fortemente interpolato dai giustinianeî è:

D. 41.1.26 pr. (Paul. *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 exspectaretur, 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 classico<sup>31</sup>; 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 morte<sup>32</sup>; *placuisset* sta, invece, per *placuit*.

Le critiche del De Martino (ed è quello che importa) colgono pie-

<sup>26</sup> *Rivista del dir. della navigazione* 3 (1937) 1. 179 ss.

<sup>27</sup> *Istituzioni di dir. romano*<sup>4</sup> (Milano 1942) 237 nt. 7.

<sup>28</sup> E cioè l'indirizzo per cui il proprietario della *materia* si avesse a ritenere proprietario della *nova species*. Per i proculleani era invece proprietario della *nova species* l'autore della *specificatio*.

<sup>29</sup> Secondo questa *sententia*, proprietario della *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.*).

<sup>30</sup> 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, *loc. cit.*).

<sup>31</sup> Basta uno sguardo al *VIR. shv.*

<sup>32</sup> È un modo di citare comunissimo, fra i giuristi romani e quelli moderni.

namente 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.); né è classico il criterio della *propria qualitas*<sup>33</sup>.

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 proculeiani, 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): Εἰ ἀπὸ σῶν σανίδων πλοῖον ἐποίησα σὸν ἐστίν. οὐ γὰρ ὑποστρέφει εἰς τὴν ἀρχαίαν ὄλην.

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

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 Ferrini<sup>35</sup> — ritiene che 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* (« *mibi 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*<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> V. PAMPALONI, *BIDR.* 37 (1929) 50 nt. 2.

<sup>34</sup> Traduzione di F. Venturi: cfr. FERRINI, *Bas.* 7.182.

<sup>35</sup> *Bas.* 7.182 nt. 2.

<sup>36</sup> Si può, dunque, rispondere affermativamente all'interrogativo del De Martino: « Possibile che i Basilici ci tramandino la concezione di Paolo? ».