

**OPEN**  
**TEACHING**





Giovanni Luchetti

Nuovi contributi di

**DIRITTO  
TARDOIMPERIALE  
E GIUSTINIANEO**

**Bononia**  
University Press

La versione digitale di questo volume è disponibile gratuitamente grazie al contributo dell'Alma Mater Studiorum - Università di Bologna.

Visita [buponline.com/openteaching](http://buponline.com/openteaching)

Bononia University Press

Via Foscolo 7

40123 Bologna

tel. (+39) 051 232882

fax (+39) 051 221019

ISBN 978-88-6923-732-4

ISBN online 978-88-6923-733-1

[www.buponline.com](http://www.buponline.com)

e-mail: [info@buponline.com](mailto:info@buponline.com)

Quest'opera è pubblicata sotto licenza Creative Commons BY-NC-SA 4.0

Progetto di copertina e impaginazione: Design People (Bologna)

Prima edizione: gennaio 2021

## SOMMARIO

<b>Premessa</b>	7
<b>Note sulla capacità di acquisto dei <i>naturales</i>: sviste, problemi di tecnica codificatoria e amnesie dal <i>Codex Theodosianus</i> alla legislazione novellare di Giustiniano</b>	9
<b>Brevi note su matrimonio e unioni di fatto nel diritto giustiniano</b>	23
<b>La raccolta di <i>iura</i>: gestazione di un progetto. La legislazione imperiale fra il luglio del 530 e l'aprile del 531</b>	35
<b><i>Minima de legitimatione et de nuptiis</i></b>	57
<b>Il prestito di denaro a interesse in età giustiniana</b>	71
<b>La <i>miserecordia</i> nella legislazione tardoantica e giustiniana</b>	99
<b>La disciplina del prestito marittimo in Nov. Iust. 106 (a. 540)</b>	115
<b>Giustiniano e l'eredità della scienza giuridica romana</b>	131
<b>Indice delle fonti</b>	157



## PREMESSA

Ripubblico qui una serie di contributi già editi in varie sedi dal 2007 al 2019. Si tratta di un gruppo omogeneo di lavori dedicati ad approfondimenti riguardanti il diritto dell'epoca tardoimperiale e giustiniana. Non si tratta peraltro di tutti i contributi pubblicati sul tema nell'arco di tempo indicato, essendo stati omessi quelli che, pur presentando differenze anche significative, almeno in parte riprendono temi già trattati o costituiscono primi approcci di temi sviluppati successivamente. Non sono dunque qui riprodotti i seguenti lavori:

- *Alcune considerazioni sul “dialogo” dei giustinianeî con la scienza giuridica del passato e sui modelli ispiratori del disegno compilatorio triboniano*, in *Archivio giuridico* 234/3, 2014, pp. 331-356;
- *Dall'elaborazione casistica ai codici. L'esperienza giustiniana*, in AA.VV., *Legge, eguaglianza, diritto. I casi di fronte alle regole nell'esperienza antica*, Atti del Convegno. Bologna-Ravenna 9-11 maggio 2013, a cura di G. Luchetti, Roma, 2018, pp. 343-385.

Un pensiero grato va a Elena Pezzato e Martina Beggiano che, con la consueta dedizione, hanno rivisto i dattiloscritti originali e redatto l'indice delle fonti.



NOTE SULLA CAPACITÀ DI ACQUISTO DEI *NATURALES*:  
SVISTE, PROBLEMI DI TECNICA CODIFICATORIA  
E AMNESIE DAL *CODEX THEODOSIANUS*  
ALLA LEGISLAZIONE NOVELLARE DI GIUSTINIANO\*

## 1. Il quadro normativo del *Codex Theodosianus*

Alla capacità di acquisto dei *naturales* nei confronti del proprio *pater* e più in generale alla definizione stessa dello *status* di tali figli è dedicato, come è noto, il titolo 4.6, *de naturalibus filiis et matribus eorum* del Codice Teodosiano. Più esattamente il quadro normativo all'atto dell'emanazione del Codice è indirettamente fornito da una costituzione del 428 dello stesso Teodosio II che lo fissava facendo riferimento *per relationem* a due diversi precedenti normativi. Uno, quello più vicino nel tempo, di cui si critica apertamente l'*asperitas*, l'altro, più risalente, di cui si elogia invece la *iusta moderatio*<sup>1</sup>:

---

\* Pubblicato in AA.VV., *Fides humanitas ius. Studii in onore di L. Labruna*, V, Napoli, 2007, pp. 3007-3020. Dedico questo lavoro a un Maestro che ha seguito il mio percorso di studioso fin dai primi passi, al tempo in cui fu presidente della commissione del mio esame finale di dottorato, mostrandomi sempre stima e considerazione. Gliene sono grato e proprio per questo motivo ritorno sui temi di allora, esprimendogli la mia riconoscenza.

<sup>1</sup> Per un quadro d'insieme delle complesse e articolate vicende della legislazione imperiale raccolta nel titolo 4.6 del Codice Teodosiano, anche con riferimento agli orientamenti spesso contrapposti della legislazione delle due *partes imperii*, faccio rinvio alle linee di sintesi da me tracciate in *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, Milano 1990, in generale p. 15 ss. (con bibliografia) e in specie p. 183 ss., con particolare riferimento alla severa legislazione costantiniana (cfr. CTh. 4.6.2 e 3), come è noto volta, nel quadro di una legislazione contraria alle unioni di fatto extramatrimoniali, ad escludere che i *naturales* potessero percepire alcunché dal proprio padre naturale.

CTh. 4.6.8 [= Brev. 4.6.2]. *Impp. Theod(osius) et Valentin(ianus) AA. Hierio p(raefecto) p(raetori)o. Post alia: Naturales liberi eorumque matres nec parentum arbitrio in successionebus ceterisque modis, quibus rei mobilis vel immobilis dominium confirmatur, passim et sine legis distinctione congrua permittantur, nec tamen legis, quae nuper lata est, asperitate premantur, cum satis sit eos secundum priorem constitutionem, aut exstantibus iustis liberis aut etiam non exstantibus, id tantum consequi, si patris deferatur arbitrio, quod per eam iusta moderatione decretum est, ceteris, quae de eorum matribus, libertis libertinisque per novam constitutionem decreta sunt, in sua manentibus firmitate. Dat. X. kal. Mart. Constant(ino)p(oli), Tauro et Felice cons.* (20 febbraio 428).

Quello più risalente nel tempo va certamente individuato nella costituzione di Arcadio del 405 con cui, riprendendo un precedente di Valentiniano I del 371, si erano definite le quote che sarebbero potute appunto pervenire ai *naturales* e alla concubina loro madre<sup>2</sup>. Al proposito, come rapidamente accenna la stessa costituzione teodosiana, la disposizione citata distingueva il caso che vi fossero discendenti legittimi da quello in cui invece non vi fossero (...*aut exstantibus iustis liberis aut etiam non exstantibus...*)<sup>3</sup>:

<sup>2</sup> Cfr. CTh. 4.6.4 [= Brev. 4.6.1]. *Imppp. Val(entini)anus, Val(ens) et Grat(ianus) AAA. ad Ampeliun p(raefectum) u(rbi). Placuit, man(entibus) ceteris, quae de naturalibus liberis Constantinianis legibus c(auta) sunt, haec tantummodo temperare, ut is, qui heredem h(eredes)ve filios ex legitimo matrimonio vel nepotes, qui filioru(m loco) habendi sunt, patrem quoque matremve dimittit, si ex cons(ortio) cuiuslibet mulieris naturales susceperit, unam tant(um bo)norum suorum et hereditatis unciam naturalibus vel m(ulieri) donandi aut relinquendi habeat facultatem. Si qui(s vero) nullo ex his, quos excipimus, superstite morietur, at(que ex mu)liere, quam sibi adiunxerat, naturalem pluresve d(imit)tet, usque ad tres tantum, si volet, uncias tam in mulie(rem) quam in naturales, quo maluerit iure, transscri(bat. Dat.) XVII. k. Sept. Contionaci, Grat(iano) A. II. et Probo cons.* (16 agosto 371). Sugli aspetti contenutistici della costituzione, su cui peraltro esiste una ricca letteratura, v. per tutti P. Voci, *Polemiche legislative nel tardo impero romano*, in *Estudios de Derecho Romano en honor de Alvaro d'Ors II*, Pamplona 1987, p. 1086 s. e nt. 2 [= *Polemiche legislative in tema di matrimonio e di figli naturali*, in *Nuovi studi sulla legislazione romana del tardo impero*, Padova 1989, p. 222 s. e nt. 22]. La costituzione fu estesa, pur contro voglia, da Valente alla *pars Orientis*, anche a seguito delle pressanti richieste di Libanio (cfr. *Orat.* 1 [βίος]. 145 e 195): sul punto v. G. Gualandi, *Privilegi imperiali e dualità legislativa nel Basso Impero alla luce di alcuni testi di Libanio*, in *AG.* 156, 1959, in specie pp. 19 ss. e 27 ss.

<sup>3</sup> In precedenza una costituzione di Onorio del 397, giunta mutila attraverso il *Taurinensis*, era ritornata sulla questione della capacità dei *naturales* di ricevere per atto *inter vivos* o per disposizione *mortis causa* dal proprio padre e ciò per ripristinare la rigida esclusione prevista dalla normativa costantiniana: cfr. CTh. 4.6.5. Al proposito si può notare che la costituzione di Arcadio parrebbe aver riproposto il regime precedente (cioè quello della costituzione del 371) solo per la *pars Orientis*: sul punto v. P. Voci, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero (II V secolo)*, in *SDHI.* 48, 1982, p. 108 [= *Note sull'efficacia delle costituzioni imperiali II. Il V secolo*, in *Studi di diritto romano II*, Padova 1985, p. 384 s.], nonché dello stesso autore *Polemiche legislative nel tardo impero romano*, cit., p. 1086 s. e nt. 2 [= *Polemiche legislative in tema di matrimonio e di figli naturali*, cit., p. 222 s. e nt. 22].

CTh. 4.6.6. *Idem AA. et Theod(osius) A. Anthemio p(raefecto) p(raetori)o. Damus patrum arbitri[o, si ta]men legitima prole careant nec filios vel nepote[s ex fi]lio matremve habeant, naturales filios, quos ex qu[olibet] susceperint contubernio, eorumve matrem, tre[s usque bo]norum suorum uncias largitate prosequi seu ul[tima vo]luntate: matre vero vel ceteris personis, quae ex [iustis?] sunt, hoc est legitimis filiis vel nepotibus ex filio un[o pluri]busve existentibus, pater bonorum suorum unam ta[ntum] unciam naturalibus filiis eorumque genetrici largi[endi vel] relinquendi habeat potestatem. Dat. id. Nov. Con[stantinopoli] Stilichone II et Anthemio cons. (13 novembre 405).*

Qualora si fosse verificata la prima situazione, i *naturales* non avrebbero dunque potuto ricevere insieme alla loro madre più di 1/12 della sostanza paterna, mentre in assenza di discendenti e di madre legittima<sup>4</sup> la quota dei *naturales* sarebbe stata innalzata fino ad un massimo di 3/12. Come precisato dalla costituzione teodosiana sarebbero per il resto rimaste tuttavia in vigore le disposizioni che si dicono stabilite *per novam constitutionem*, con evidente riferimento ad un più recente precedente normativo, ascrivibile, questa volta, alla cancelleria ravennate di Valentiniano III e probabilmente databile al 426<sup>5</sup>:

CTh. 4.6.7. *Imp. Theod(osius) et Val(entini)anus AA. ad Bassum p(raefectum) p(raetori)o. Naturali[um his no]men sancimus imponi, quos sine honesta cele[bratione] matrimonii procreatos legitima coniunctio fu[derit in lu]cem; servos autem ex ancillae utero ipso iure gen[erari pat]et, quamvis per vim naturae ne illis quidem possi[t natura]lium nomen auferri. In hereditariis tamen cor ..... Naturales sane, si ex ancilla nati fuerint et non manumittuntur a domino, inter hereditaria mancipia computantur. Quod si aut de ingenua fuerint naturales aut de liberta aut certe libertina, ultra rescunciam matri cum naturalibus filiis dari amplius non licebit, hac ratione, ut donatio nuptialis in hereditatis supputatione non veniat, sed de eo, quod supra donationem nuptialem fuerit, inde rescuncia deputata naturalibus iure debetur. Quod si aliquid ultra aut per donationem aut per testamentum aut per suppositam quamcumque personam illis fuerit derelictum, ab herede legitimo legibus revocetur.*

<sup>4</sup> A differenza di CTh. 4.6.4 e della relativa *interpretatio* (*Observandum de naturalibus filiis lex ista constituit, ut, si quis habens ex legitimo matrimonio filios vel filias sive masculos nepotes ex filiis vel patrem aut matrem...*) manca infatti in CTh. 4.6.6 una esplicita menzione del padre: *Damus patrum arbitri[o, si ta]men legitima prole careant nec filios vel nepote[s ex fi]lio matremve habeant... matre vero vel ceteris personis, quae ex [iustis?] sunt, hoc est legitimis filiis vel nepotibus ex filio un[o pluri]busve existentibus...* La circostanza trova corrispondenza nella versione giustiniana della costituzione di Arcadio: cfr. C. 5.27.2 (v. *infra*, nel testo).

<sup>5</sup> Si tratta di una costituzione che doveva appartenere ad un più ampio contesto normativo di cui dovevano far parte anche CTh. 4.10.3 (= C. 6.7.4), C. 5.4.21 e forse C. 11.48(47).18 e che doveva dunque risalire al marzo del 426.

Si tratta di una costituzione che presenta molteplici motivi di interesse e che in parte è ricostruibile attraverso la *Lex Romana Burgundionum*<sup>6</sup>. In primo luogo vi si delimitava la nozione stessa di *liberi naturales* escludendo, benché ai soli fini della legge, che tale qualifica giuridica si estendesse ai figli procreati in unioni con donne di condizione servile che, pur se *naturales* «*per vim naturae*», non avrebbero potuto ottenere, in quanto a loro volta schiavi, i relativi diritti; in secondo luogo vi si modificava la disciplina della capacità d'acquisto, prevedendo che ai *naturales* e alla concubina non potesse comunque pervenire più di 1/8 al netto dell'eventuale donazione nuziale<sup>7</sup>. In tale contesto si ribadiva anche che il *nomen* di *naturales* sarebbe stato riservato ai soli nati da una *legitima coniunctio*, con ciò escludendo esplicitamente che tali potessero essere considerati coloro che fossero invece nati da unioni, anche di fatto, considerate illecite<sup>8</sup>. Appare dunque probabile che la costituzione teodosiana, nel richiamarsi al precedente di Valentiniano, abbia inteso accoglierlo in relazione alla definizione della categoria dei *naturales* (benché, con riferimento ai nati da schiava, in relazione esclusiva al campo di operatività della legislazione riguardante la capacità di acquisto)<sup>9</sup>, pur abrogando contestual-

<sup>6</sup> Qui la si riporta come appare nelle moderne edizioni del Teodosiano in cui il testo mutilo del *Taurinensis* è appunto stato integrato facendo ricorso a *Lex Rom. Burgund. 37.1-4* che ne doveva riprendere il contenuto: in particolare da *Lex Rom. Burgund. 37.3-4* è riprodotta l'intera seconda parte (da *Naturales sane...*).

<sup>7</sup> Sul contenuto normativo di C.Th. 4.6.7 v. per tutti P. Voci, *Polemiche legislative nel tardo impero romano*, cit., p. 1087 ss. [= *Polemiche legislative in tema di matrimonio e di figli naturali*, cit., 223 ss.]. Quanto al rapporto con la successiva disposizione teodosiana cfr. anche dello stesso P. Voci, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero (Il V secolo)*, cit., pp. 23 s., 112 s. [= *Note sull'efficacia delle costituzioni imperiali II. Il V secolo*, cit., pp. 203 s., 389 ss.], nonché J. Gaudemet, *Le partage législatif dans la seconde moitié du IV siècle*, in *Studi in onore di P. de Francisci II*, Milano 1954, p. 335 s. [= *Études de droit romain I*, Napoli 1979, p. 147 s.] e M. Sargenti, *Il matrimonio nella legislazione di Valentiniano e Teodosio*, in *Atti del IV Convegno internazionale dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, Perugia 1981, p. 211 ss. [= *Studi sul diritto del tardo impero*, Padova 1986, p. 247 ss.].

<sup>8</sup> Sul punto v. già G. Luchetti, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, cit., p. 31 e nt. 46. La costituzione è, insieme a C. 5.4.21, rilevante anche in tema di forme di celebrazione del matrimonio: sul punto cfr. R. Orestano, *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano*, Milano 1951, p. 454 ss. [anche in *BIDR.* 55-56, 1952, p. 336 ss.]; P. Voci, *Polemiche legislative nel tardo impero romano*, cit., pp. 1089 ss., 1095 s., 1098 s. [= *Polemiche legislative in tema di matrimonio e di figli naturali*, cit., pp. 225 ss., 230 s., 233 ss.]. Diversamente, anche per un tentativo di emendazione del testo (*celebrate* al posto di *celebratione*), v. M. Sargenti, *Il matrimonio nella legislazione di Valentiniano e Teodosio*, cit., p. 215 ss. [= *Studi sul diritto del tardo impero*, cit., p. 252 ss.].

<sup>9</sup> Diversamente sul punto in particolare M. Niziołek, *Legal Effects of Concubinage in Reference to Concubine's offspring in the Light of Imperial Legislation of the Period of Dominate*, Warszawa-Kraków 1980, p. 37.

mente la disposizione che ammetteva costoro, insieme alla madre concubina, a percepire fino ad 1/8 del patrimonio paterno. Sotto questo profilo l'*asperitas* della disposizione ravennate va forse individuata, più che nella sua eventuale maggiore severità, nel fatto che in essa – a quanto parrebbe – veniva meno la tradizionale differenziazione tra il caso che vi fossero o non vi fossero discendenti e ascendenti legittimi (in CTh. 4.6.8 si dice infatti che la possibilità di assegnazione sarebbe stata prevista *passim et sine legis distinctione*), differenziazione cui, come si è già rilevato, si fa invece ancora esplicito riferimento – richiamando appunto il precedente di Arcadio – nella stessa costituzione teodosiana del 428 (*...aut extantibus iustis liberis aut etiam non extantibus...*)<sup>10</sup>.

## 2. Le scelte e le disattenzioni dei compilatori del *Breviarium*

Di fronte a questo composito quadro normativo appare nel complesso abbastanza coerente il comportamento dei compilatori di Alarico: costoro ridussero a due le otto costituzioni raccolte nel Teodosiano e, nel continuo susseguirsi di orientamenti contrastanti che caratterizza l'andamento del titolo, scelsero di accogliere la soluzione che risultava quantitativamente prevalente, che veniva tra l'altro adottata attraverso la ricezione di una costituzione occidentale, quella fondamentale di Valentiniano I (Brev. 4.6.1), cui veniva aggiunta la costituzione posta a chiusura del titolo, quella teodosiana del 428 (Brev. 4.6.2) che appunto sostanzialmente la confermava, definendo il regime vigente<sup>11</sup>. In questo quadro quello che semmai

---

Contro l'orientamento dottrinale qui contrastato, v. tuttavia le mie osservazioni in *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, cit., 29 ss. nt. 47. Può darsi inoltre che la costituzione teodosiana facesse al proposito riferimento ad altre disposizioni della legge di Valentiniano III, conservate nelle *leges iungendae*: cfr. P. Voci, *Polemiche legislative nel tardo impero romano*, cit., p. 1098 [= *Polemiche legislative in tema di matrimonio e di figli naturali*, cit., p. 234].

<sup>10</sup> Mi sembra al proposito da seguire P. Voci, *Polemiche legislative nel tardo impero romano*, cit., p. 1092 s. [= *Polemiche legislative in tema di matrimonio e di figli naturali*, cit., p. 228 s.], che appunto, soprattutto sulla base del testo della *Lex Romana Burgundionum*, ritiene che la costituzione di Valentiniano III, adottando una soluzione 'salomonica' tra il quarto e il dodicesimo dei precedenti di Valentiniano I e di Arcadio, concedesse 1/8 anche in presenza di legittimi. In questo senso l'*asperitas* rimproverata alla costituzione di Valentiniano III si sostanzierebbe nella sua 'rozzezza' piuttosto che nella sua severità: in questo senso deporrebbe invece un'interpretazione che ipotizzasse che CTh. 4.6.7 prevedesse 1/8 in assenza di legittimi e nulla qualora invece vi fossero.

<sup>11</sup> In questo senso è esplicita la relativa *interpretatio*, quasi sicuramente aggiunta dagli stessi redattori

potrebbe per certi versi sorprendere è che la scelta dei compilatori alariciani si poneva in controtendenza rispetto al più recente orientamento della cancelleria occidentale, dimostrando, a differenza del legislatore burgundo – che, come abbiamo visto, sembra seguisse invece l’orientamento della cancelleria ravennate –, di prescindere dalla pregressa vigenza territoriale delle due norme e – in una sorta di tendenza all’uniformità normativa – di tenere in maggior conto la soluzione che appunto era risultata prevalente nel Teodosiano<sup>12</sup>. A ciò si aggiunga che si trattava peraltro di una soluzione forse non eccessivamente meditata giacché i riferimenti normativi individuati dalla legge di Teodosio II risultavano, per i tagli operati nel nuovo contesto, ormai assai poco perspicui, mancando sia il provvedimento di Valentiniano III di cui si criticava apertamente l’*asperitas*, sia quello di Arcadio di cui, come sappiamo, si lodava invece la *iusta moderatio*<sup>13</sup>.

La circostanza sarebbe stata tuttavia ancora accettabile se l’*interpretatio* a Nov. Theod. 22.1 non avesse introdotto un ben più grave elemento di contraddizione determinato dall’accoglimento di un testo che rappresenta piuttosto il punto di arrivo della legislazione occidentale in materia:

Int. a Nov. Theod. 22.1. *Si quis habuerit legitimos filios et naturales habuerit, id lex ista constituit ut id observetur quod est in Theodosiani corpore constitutum, hoc est ut extantibus legitimis filiis octavam hereditatis naturalibus vel eorum matribus pater, si voluerit, derelinquat...*

---

del *Breviarium*: *Haec lex interpretationem non eget, quia ad hoc solum intromissa est, quia posterior omnibus est et priorem, quae a posteriore damnata fuerat, confirmavit.*

<sup>12</sup> Non è dato sapere se la costituzione di Teodosio sia giunta in Occidente prima della pubblicazione del Codice Teodosiano: la *Lex Romana Burgundionum* e, come vedremo, il testo dell’*interpretatio* a Nov. Theod. 22.1 indurrebbero a escluderlo: stento infatti ad individuare le divergenze nella prassi ipotizzate da P. Voci, *Polemiche legislative nel tardo impero romano*, cit., p. 1103 [= *Polemiche legislative in tema di matrimonio e di figli naturali*, cit., p. 239], che ritiene che proprio così si spieghi l’inserzione nel *Breviarium* della costituzione di Teodosio II, sia l’*interpretatio* relativa che ne conferma l’efficacia. La sensazione che si ricava dall’esame complessivo delle fonti è piuttosto che la ricezione in Occidente del Teodosiano si sia innestata in un contesto in cui era ormai ben radicata la soluzione adottata dalla cancelleria ravennate e che i compilatori di Alarico, piuttosto che alla consolidata prassi giuridica occidentale, abbiano fatto riferimento al dato normativo che risultava prevalente nel Codice.

<sup>13</sup> Si tratta dunque di richiami irrisolti e che solo un conoscitore attento della precedente legislazione in materia avrebbe quindi potuto ricondurre alla costituzione di Valentiniano III e a quella di Arcadio, in ciò forse aiutato dal fatto che costituzione del 426 aveva avuto certamente ampia eco in Occidente e che quella del 405 era comunque sostanzialmente corrispondente nei contenuti a quella di Valentiniano I inserita in Brev. 4.6.1.

L'autore dell'*interpretatio* sta commentando il provvedimento con cui Teodosio II nel 442 aveva introdotto l'*oblatio curiae* e, prima di descrivere rapidamente la conseguente liberalizzazione della capacità di acquisto dei *naturales*, ricorda il più restrittivo regime ordinario, facendo riferimento, come anche la *Lex Romana Burgundionum*, alla previsione che riservava a discendenti naturali e concubina la quota massima di 1/8, tra l'altro precisando che ciò era in *Theodosiani corpore constitutum*<sup>14</sup>. La contraddizione rispetto alle scelte compiute dai compilatori in Brev. 4.6.1 e 2 – forse, come comunemente si ritiene, attribuibile alla necessità di concludere rapidamente il lavoro di compilazione anche per l'incombente minaccia bellica di lì a poco concretizzatasi nella disfatta di Vouillé – è dunque lampante. Tuttavia, per lo storico del diritto, risulta provvidenziale, perché da un lato documenta l'origine certamente prealariciana della *interpretatio* apposta alla Novella teodosiana<sup>15</sup>, dall'altro soprattutto testimonia che tale *interpretatio* venne comunque redatta in un ambiente – probabilmente quello della Gallia centro-meridionale<sup>16</sup> – in cui le

<sup>14</sup> Il testo della Novella faceva invece certamente riferimento al regime previsto da CTh. 4.6.8: in particolare Nov. Theod. 22.1.4 aveva precisato che se vi fossero legittimi l'*auctoritas* delle leggi vigenti doveva essere conservata *inlibata*. Per un elenco in cui nelle *interpretationes* si fa riferimento al *Corpus* del Teodosiano cfr. in specie G. Lanata, *Legislazione e natura nelle Novelle giustiniane*, Napoli 1984, pp. 50-51, nt. 4 e D. Liebs, *Die Jurisprudenz im spätantiken Italien (260-640 n. Chr.)*, Berlin 1987, p. 136 e nt. 20-22. Qui ovviamente la circostanza è del tutto particolare perché il riferimento al *Corpus* del Teodosiano risulta nel complesso erroneo, quantomeno perché il regime ad esso ricondotto risultava sì dal Codice, ma era stato successivamente superato da una disposizione abrogatrice inserita nello stesso Teodosiano.

<sup>15</sup> Sul punto cfr. l'ampia e dettagliata rassegna bibliografica fornita da R. Lambertini, *La codificazione di Alarico II*, Torino 1991, pp. 52-53 nt. 2, che da parte sua conforta con alcuni esempi l'origine prealariciana non solo delle *interpretationes* al Teodosiano (su cui l'autore specificamente si sofferma), ma anche di quelle relative alle Novelle di Valentiniano e al *Codex Gregorianus* (*ibidem*, p. 55, nt. 4). Quanto alle *interpretationes* alle *Pauli Sententiae* cfr. invece in particolare H. Schelleberg, *Die Interpretationen zu den Paulussentenzen*, Göttingen 1965, p. 65 ss., mentre per quanto riguarda quelle al Gregoriano, N. Kreuter, *Römisches Privatrecht im 5. Jh. n. Chr. Die Interpretatio zum westgotischen Gregorianus und Hermogenianus*, Berlin 1993, p. 72 ss.

<sup>16</sup> In questo senso, sebbene con particolare riferimento alle *interpretationes* al Gregoriano e all'Ermogeniano, recentemente N. Kreuter, *Römisches Privatrecht im 5. Jh. n. Chr. Die Interpretatio zum westgotischen Gregorianus und Hermogenianus*, cit., in specie p. 156 (e già prima, con riferimento alle *interpretationes* al Gregoriano, pp. 70 s. e 116 s.). Più in generale, nello stesso ordine di idee, in precedenza anche D. Liebs, *Die Jurisprudenz im spätantiken Italien (260-640 n. Chr.)*, cit., pp. 175-176, che da parte sua ha sottolineato l'importanza di centri culturali come Lione e Narbona anche come centri di irradiazione giuridica nel corso del V e del VI secolo; in quest'ottica lo stesso Liebs tende invece ad escludere una, anche solo parziale, origine italica delle *interpretationes*, così come invece per certi aspetti sostenuto nel classico studio di F. Wieacker, *Lateinische Kommentare zum Codex Theodosianus*, in *Symbolae Friburgenses in honorem O. Lenel*, Leipzig 1931, p. 259 ss. e in specie pp. 266 e nt. 1, 267 e nt. 3.

Novelle post-teodosiane orientali, e quelle teodosiane in particolare, erano come sappiamo pervenute, ma in cui tuttavia l'autorità del Teodosiano, cui pure sorprendentemente fa esplicito riferimento la nostra *interpretatio*, non si era evidentemente affermata ad anzi era rimasta in vigore nei fatti – almeno per quanto riguarda il regime della capacità di acquisto dei *naturales* – la legislazione che proveniva piuttosto dalla cancelleria occidentale<sup>17</sup>.

### 3. Le riforme giustiniane e le amnesie della cancelleria

Nel Codice giustiniano il regime fissato dalla legislazione tardo-imperiale trova parziale espressione in un testo che nell'*inscriptio* e nella *subscriptio* corrisponde (salvo per la mancata menzione nella prima del nome di Teodosio) alla costituzione di Arcadio del 405. Tale provvedimento normativo viene ripreso in una rielaborazione compilatoria relativa alla parte in cui si fissava la capacità di acquisto dei *naturales* in presenza di discendenti legittimi, aggiungendo, alla previsione originale, che come sappiamo prevedeva che ai *naturales* e alla loro madre potesse andare fino al massimo di 1/12, la disposizione che, sempre in presenza di legittimi, attribuiva alla sola concubina la quota di 1/24 qualora appunto non vi fossero invece figli naturali:

C. 5.27.2. *Impp. Arcadius et Honorius AA. Anthemio pp. Matre vel legitimis filiis vel nepotibus aut pronepotibus cuiuscumque sexus, uno pluribusve, existentibus bonorum suorum unam tantum unciam pater naturalibus filiis seu filiabus eorumque genetrici vel, si sola sit concubina, semunciam largiendi*

<sup>17</sup> Va inoltre osservato che la stessa *interpretatio* a Brev. 4.6.1, pur riconoscendo la condizione di *naturales* ai nati «*ex quacumque muliere*» si affretta a precisare, non senza una certa dose di incoerenza, «*id est ingenua nata vel facta*». Sembrerebbe cioè che la precisazione esplicativa limitasse lo *status* di *naturales* ai soli nati da ingenue o eventualmente da donne che, pur non nate libere, avessero successivamente ottenuto lo *status* di ingenue. Quanto detto nell'*interpretatio* trova singolare corrispondenza in quanto affermato in Isid. *Etyim.* 9.5.19. *Naturales autem dicuntur ingenuarum concubinarum filii, quos sola natura genuit, non honestas coniugii*. Peraltro una così drastica limitazione della nozione di *naturales* non ha corrispondenza nelle fonti ed è forse più probabile che l'espressione «*ingenua facta*» dell'*interpretatio* stia semplicemente ad indicare la donna manomessa, cioè la libertina: quest'uso del termine *ingenuus* è infatti ben documentato nelle fonti tarde, cfr. in specie C. Du Cange, s.v. «*ingenuis*» e «*ingenuitas*», in *Glossarium mediae et infimae Latinitatis* IV, Niort 1885 (rist. Graz 1954), p. 361. Così interpretato anche il testo dell'*interpretatio* a Brev. 4.6.1 ci riporta dunque il contenuto di CTh. 4.6.7 che, come abbiamo visto, aveva previsto che ai fini della capacità di acquisto nei confronti del proprio padre, venissero considerati *naturales* solo i figli nati da una ingenua o, in alternativa, appunto da una donna di condizione libertina.

*vel relinquendi habeat potestatem. quidquid vero ultra modum concessum relictum sit, legitimis liberis vel matri vel ceteris successoribus iure reddetur. D. id. Nov. Constantinopoli Stilichone II et Anthemio cons. (13 novembre 405).*

La scelta compilatoria si spiega da un lato con il fatto che la più recente costituzione orientale in materia – quella teodosiana del 428 – non si prestava a esprimere un contenuto normativo ben definitivo, in quanto il precetto normativo veniva, come sappiamo, fissato *per relationem* con riferimento appunto alla costituzione di Arcadio, dall'altro con la circostanza che quest'ultima era stata superata quanto alla capacità di acquisto dei *naturales* in assenza di ascendenti legittimi (benché in C. 5.27.2 si faccia menzione della sola madre, come già era avvenuto in C.Th. 4.6.6) da una costituzione del 528, che aveva innalzato la quota ad essi attribuibile dai canonici 3/12 – di norma previsti dalla contrastata legislazione precedente – fino ad un massimo di 6/12<sup>18</sup>.

Il comportamento dei compilatori appare dunque nella sostanza coerente: il regime completo, nel contesto del Codice, veniva a risultare dal combinato disposto di C. 5.27.2 e 8 cui si aggiungeva la disposizione di C. 5.27.12, una costituzione del 531, con cui era stato stabilito che, in assenza di discendenti legittimi, l'avo, in caso di premorienza del proprio figlio, potesse liberamente disporre del proprio patrimonio a favore dei nipoti naturali, sia che si trattasse di discendenti legittimi o naturali del figlio naturale, sia che si trattasse di discendenti naturali del figlio legittimo<sup>19</sup>. Tale quadro normativo venne poi

<sup>18</sup> C. 5.27.8. *Imp. Iustinianus A. Menaē pp. Humanitatis intuitu naturalibus patribus hoc indulgemus, ut liceat eis nulla legitima subole vel matre subsistente naturalem vel naturales filios matremque eorum non tantum ex tribus uncias, quod praeteritae leges permittebant, sed etiam ex duplici portione, id est sex uncias, heredes scribere, ut, licet ab intestato nullam communionem ad patris naturalis successionem haberent, ex suprema tamen eius voluntate permittatur eis usque ad praedictas sex uncias (si hoc scilicet naturalis pater voluerit) hereditatem eius capere, ita tamen, ut memoratam sex unciarum quantitatem in omnibus naturalibus filiis et matre eorum minime testator excedat. 1. Quam et in legatis et fideicommissis eis relinquendis et dotibus et donationibus, tam aliis quam ante nuptias, usque ad aestimationem sex unciarum liberam similiter naturalibus eorum patribus damus potestatem. 2. Haec autem in futuris tantummodo testamentis vel ultimis voluntatibus vel dotibus vel donationibus locum habebunt. D. k. Ian. <Iun.??> (v. ed. Krüger ad h. l.) Constantinopoli dn. Iustiniano A. II cons. (1° giugno 528).*

<sup>19</sup> C. 5.27.12. *Idem A. Iohanni pp. Cuidam, qui iustum filium habebat, nepos accessit naturalis: si nepotis nomen huiusmodi suboli legibus accommodandum est, quaerebatur. volebat enim tali naturali nepoti ex suo legitimo filio iam defuncto progenito totam suam substantiam relinquere, quasi sacris constitutionibus tantummodo in filiis naturalibus prohibentibus totum patrimonium sive quantam partem voluerit eis relinquere et certo fini partes eorum concludentibus. 1. Huiusmodi autem dubitatio et in alia specie ventilata est. quid enim, si ex naturali filio nepotem habet avus legitimum patri suo vel naturalem? 2. In omnibus itaque talibus dubitationibus cum nulla legitima consequentia in huius-*

superato nel 539 quando, con la Nov. 89.12.3, si prevede che coloro che non avessero figli legittimi potessero lasciare ai figli naturali anche tutto il proprio patrimonio, fatta salva la legittima eventualmente spettante agli ascendenti e purché, nel caso di acquisto *mortis causa*, si fosse provveduto alla redazione di un testamento scritto<sup>20</sup>.

Tuttavia, proprio nella stessa Nov. 89, è per noi rilevante l'*excursus* storico dedicato dalla cancelleria alla legislazione in materia di capacità di acquisto dei *naturales*, *excursus* in cui l'estensore della Novella un po' sorprendentemente ricorda l'importanza dell'originaria disposizione di Valentiniano I, che sappiamo però non inserita nel *Codex repetitae praelectionis*:

Nov. 89.12 pr. Αὐτοκράτωρ Ἰουστινιανὸς Αὐγουστος Ἰωαννη τῷ ἐνδοξοτάτῳ ἐπάρχῳ τῶν ἀνατολικῶν πραιτωρίων τὸ β', ἀπὸ ὑπάτων ὀρδιναρίων καὶ πατρικίῳ. [...] Διακεκριμένων τοίνυν τῶν τε γενομένων γνησίων τῶν τε μεινάντων νόθων τακτέον ἤδη καὶ τὰ περὶ τῶν καθ' αὐτοὺς διαδοχῶν. Βάλεντι μὲν οὖν καὶ Βαλεντινιανῷ καὶ Γρατιανῷ τοῖς τῆς θείας λήξεως πρώτοις ἐπῆλθε φιλανθρωπεύσασθαί τι πρὸς τοὺς νόθους· καὶ εἰ μὲν εἴη τῷ τῶν νόθων πατρὶ γνησίᾳ γονῆ, μόνης οὐγκίας αὐτοὺς ἠξίωσαν, καὶ ταύτης μετὰ τῆς αὐτῶν μητρός, οὔτε δωρεῖσθαι οὔτε ἐκ τελευταίας

---

*modi personis custoditur, sed interventu subolis naturalis nihil ius legitimum subesse potest, ut necessitas relinquendi aliquid eis ex legibus imminet, liceat eis quantum voluerint suae substantiae in eos conferre, scilicet nulla legitima subole subsistente. 3. Filiis enim naturalibus relinqui constitutiones quantum voluerint ideo prohibuerunt, quia vitium paternum frenandum esse existimaverunt. in nepotibus autem non eadem observatio in praefatis speciebus custodienda est, ubi legitima minime suboles facit impedimentum. ea enim subsistente veterum constitutionum tenorem in naturalibus filiis statutum et in nepotes extendimus. 4. Sed haec in his tantummodo sancimus, in quibus voluntate aliquid consecuti sunt. iura etenim ab intestato in avi successionem nemini eorum penitus aperimus. 5. Et haec non solum eis accedere censemus a substantia avi patrum naturalis, sed etiam proavi vel eius cognationis, si quid saltem huiusmodi vocabuli in tam degeneres homines extendere maluerint. D. k. Nov. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc. (1° novembre 531). Si può ricordare che la costituzione del 531 è ancora menzionata in Nov. 89.12.6.*

<sup>20</sup> Ne riporto il testo riprendendolo, per brevità, dalla raccolta dell'*Authenticum*: *Idem Aug. Iohanni pp. secundo. [...] Si vero filios non habuerit quispiam legitimos aut quemquam ascendentium, quibus necessitas est legis relinquere partem propriae substantiae competentem, testatori licentia sit etiam in duodecim uncias scribere filios naturales heredes, et dividere inter eos quocumque voluerint modo res, et per donationes aut simplices aut antenuptiales aut per dotes aut per alium quemlibet modum legitimum suas in illos substantias transponere. Sic enim nequaquam egebunt quibusdam ad impietatem aut periurium praeparatis, sed ex ipso suam disponent pure sententiam. Si vero habuerint hi quos praediximus aliquos ascendentium, legitimum eis relinquunt partem, quam lex et nos constituimus, reliquam vero totam in naturales filios habeant relinquendi licentiam. Et hoc dicimus super his qui in scriptis et legitimis voluntatibus disponunt suam sententiam. [...] Dat. kal. Sept. CP. Imp. dn. Iustiniani pp. Aug. anno XIII. Apione v. c. consule (1° settembre 539).*

διδόναι βουλήσεως περαιτέρω τι συγχωροῦντες· εἰ μέντοι παῖδες μὲν οὐκ εἶεν νόθοι, παλλακὴ δὲ καὶ μόνη (δηλαδή τοῖς οὐκ ἔχουσι γνησίαν γαμετήν· τούτοις γὰρ δὴ καὶ μόνοις παλλακὴν ἔχειν ἐπιτέτραπται), τὸ ἡμιούγκιον μόνον χαρίζομενοι. εἰ μέντοι παίδων γνησίων οὐκ εἶεν γονεῖς, ἀλλ' οὐδὲ πατέρα ἢ μητέρα ἔχοιεν, μέχρι τριουγκίου καταλιμπάνειν αὐτοῖς ἢ δωρεῖσθαι συνεχωρήθη, καὶ τούτου μετὰ τῆς μητρός, καὶ εἰ καθ' οἴονδῆποτε τρόπον λάβοιέν τι, εἰς τοῦτο συναιρεῖσθαι καὶ μόνον, τοῦ πλείονος ἐπὶ τοὺς ἕκ τοῦ νόμου καλουμένους ἰόντος, τοῦτο ὅπερ καὶ οἱ Θεοδοσίου τοῦ πρεσβυτέρου παῖδες εἰ καὶ οὐ τελείως ἐνομοθέτησαν. [...] *Dat. k. Sept. CP. Imp. dn. Iustiniani pp. Aug. anno XIII. Apione v. c. cons.* (1° settembre 539)<sup>21</sup>.

A parte l'aver premesso il nome di Valente, evidente omaggio all'imperatore della *pars Orientis*, la circostanza che immediatamente più colpisce sta proprio nel fatto che qui si faccia riferimento, sia pure in sede di riflessione storica, ad un provvedimento normativo rimasto fuori dal quadro delle compilazioni<sup>22</sup>. Sembra che l'estensore del testo avesse sotto mano la costituzione del 371, magari leggendola dal Teodosiano o quanto meno che ne ricordasse il contenuto. Ma a ben vedere non è così. Alla costituzione di Valentiniano I viene ricondotta non solo la disposizione che ammetteva figli naturali e concubina a 1/12 della sostanza paterna in presenza di discendenti o ascendenti legittimi, ma anche quell'altra che attribuiva alla sola concubina 1/24. Tuttavia tale disposizione, a quanto ne sappiamo dal Teodosiano, non figurava nella costituzione del 371, ma era stata introdotta dai compilatori giustiniane in C. 5.27.2,

<sup>21</sup> Trad. Auth.: *Idem Augustus Iohanni pp. secundo.* [...] *Discretis igitur et his qui facti sunt legitimi et his qui manserunt naturales ordinandum est iam etiam de successione eorum. Valenti siquidem et Valentiniano et Gratiano divae memoriae primis placuit humanum aliquid agere circa naturales: et si quidem sit naturalium patri legitima soboles, una uncia eos dignos esse fecerunt, et hac cum sua matre, non donari neque ex ultima dari voluntate ulterius aliquid permittentes, si vero filii quidem non sint naturales, concubina vero solummodo his qui non habent utique coniugem (hoc etenim tantum concubinam habentibus est conscriptum) mediam unciam solam donantes. Si vero filiorum legitimum non sint parentes et neque patrem et matrem habeant, usque ad tres uncias relinquere eis aut donare permitti sunt, et haec cum matre, et si quolibet modo acceperint aliquid, in hoc reputari solummodo, quod autem plus est ad eos qui vocantur ex lege venire, hoc quod Theodosii senioris filii licet non perfecte sanciverunt.* [...] *Dat. kal. Sept. CP. Imp. dn. Iustiniani pp. Aug. anno XIII. Apione v. c. consule.*

<sup>22</sup> Questo aspetto, del tutto anomalo, è infatti sottolineato da G. Lanata, *Legislazione e natura nelle Novelle giustiniane*, cit., p. 100, cui rinvio anche per un rapido quadro delle citazioni della legislazione precedente contenute in Nov. 89: cfr. *ibidem* nt. 151. Sull'intenso dialogo con la legislazione precedente che è dato riscontrare in Nov. 89 v. anche G. Luchetti, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustiniane*, cit., p. 153 nt. 154.

attribuendone tuttavia la paternità non a Valentiniano I, ma alla costituzione di Arcadio, cui si fa successivamente riferimento nello stesso testo della Novella per indicarla come perfetibile<sup>23</sup>. Ciò evidentemente alla luce della riforma di C. 5.27.8 e di quella che andava ad introdursi in Nov. 89.12.3, con riguardo alla disposizione che già ricorreva nella costituzione occidentale del 371 e che ammetteva i *naturales* alla quota massima di 3/12 della sostanza paterna nel caso non vi fossero discendenti o ascendenti legittimi, cioè quella stessa disposizione che, come sappiamo, faceva parte del contesto normativo che era stato invece lodato dal legislatore teodosiano<sup>24</sup>.

Il quadro è dunque assai singolare: la cancelleria giustiniana attribuisce al provvedimento di Valentiniano I una disposizione quasi sicuramente introdotta dai compilatori che tuttavia, a loro volta, l'avevano attribuita alla costituzione di Arcadio. A differenza di quanto risulta *prima facie*, l'estensore della Novella non leggeva il Teodosiano, ma neppure ricordava quanto detto nel *Codex repetitae praelectionis*, perché altrimenti vi si sarebbe attenuto. Altra possibilità è che la disposizione che riguardava la quota eventualmente spettante alla sola concubina fosse stata fissata effettivamente dalla costituzione del 371 e che il testo di quest'ultima sia stato alterato al momento di inserirlo nel Teodosiano e ancora che, successivamente, i compilatori giustiniani abbiano riferito quella stessa norma, recuperandola alla costituzione di Arcadio. Considerato tutto l'ipotesi mi sembra improbabile; molto più credibile, concludendo, che Nov. 89.12 pr. riveli una quanto mai singolare amnesia della cancelleria e più in particolare dell'estensore della Novella, che, dimenticando l'origine compilatoria della disposizione in questione, ebbe a riferirla, ricordando male a memoria, alla prima costituzione che egli stesso dice guidata dall'*humanitas* nei confronti dei *naturales* e della concubina, appunto quella di Valentiniano I.

<sup>23</sup> Sul rapporto tra costituzioni del Codice e testi novellari con riferimento alla perfetibilità dei primi v. in particolare le osservazioni di G. Lanata, *Legislazione e natura nelle Novelle giustiniane*, cit., p. 92 e ntt. 116-118 (con indicazioni di fonti). In questa circostanza la norma perfezionabile non è tuttavia solo quella contenuta nella costituzione arcadiana, ma anche quella successiva prevista da C. 5.27.8 che, come sappiamo, ammetteva i *naturales* alla quota massima di 6/12 (cfr. al proposito Nov. 89.12.1).

<sup>24</sup> Sul punto cfr. anche il quadro normativo fornito da Nov. 89.12.1-2, in cui appunto si fa riferimento, a seconda delle situazioni, alle quote, ribadite vigenti, di 1/12 e 1/24 nonché a quelle di 3/12 e di 6/12, la prima già abrogata, la seconda ormai a sua volta in via di superamento per quanto il legislatore giustiniano si accingeva a disporre in Nov. 89.12.3.

Si chiude così una vicenda, quella della legislazione imperiale in materia di capacità di acquisto dei *naturales*, non solo, come è noto, normativamente contrastata, ma anche, come abbiamo visto, caratterizzata da una singolare serie di sviste e amnesie compilatorie che la rendono interessante non solo per la storia giuridica e sociale, ma forse, ancor più, nell'ottica della storia delle fonti.



## BREVI NOTE SU MATRIMONIO E UNIONI DI FATTO NEL DIRITTO GIUSTINIANO\*

Non vi è dubbio che il diritto giustiniano dimostri a più riprese un atteggiamento improntato al *favor matrimonii*. Ciò è evidente, a tacer d'altro, dalla definitiva stabilizzazione del regime della legittimazione per susseguente matrimonio<sup>1</sup> e, per quanto qui più interessa, dalla conservazione della presunzione di matrimonio enunciata nel titolo “*de ritu nuptiarum*” del Digesto attraverso la ricezione di un breve frammento tratto dai *libri regularum* di Modestino:

D. 23, 2, 24 (Mod. 1 *reg.*): *In liberae mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiae intellegendae sunt, si non corpore quaestum fecerit.*

Non rileva qui più di tanto se il testo sia stato rimaneggiato e se l'originale classico avesse *ingenuae* al posto di *liberae*<sup>2</sup>. Ciò che è importante sottolineare è che nel di-

---

\* Pubblicato in AA.VV., *Metamorfosi del matrimonio e altre forme di convivenza affettiva*, a cura di M. Costa, Bologna, 2007, pp. 139-152.

Riproduco qui, con l'inserimento di un essenziale apparato di note bibliografiche, il testo di un intervento tenuto nel quadro dell'attività didattica di e-learning organizzata dall'amico e collega G. Cimbalo, presso la Facoltà di Giurisprudenza di Bologna, nel corso dell'Anno Accademico 2005/2006.

<sup>1</sup> Sulla stabilizzazione della legittimazione per susseguente matrimonio avvenuta con C.I. 5, 27, 10 del 529 e sulla tendenza della cancelleria ad incentivare la trasformazione delle unioni di fatto in matrimoni cfr. il mio *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, Milano, 1990, in specie p. 227 e ss.

<sup>2</sup> Nonostante la diversa opinione ora cautamente adombrata da R. Astolfi, *Il matrimonio nel diritto*

ritto giustiniano della compilazione l'unione stabile con qualunque libera (anche libertina o di bassa condizione sociale)<sup>3</sup>, purché non si trattasse di donna che *corpore quaestum fecerit*<sup>4</sup>, doveva ritenersi matrimoniale in assenza di prova contraria e a meno che, per la condizione dei soggetti coinvolti o di almeno uno di essi, l'unione coniugale non potesse legittimamente formarsi<sup>5</sup>: in questo quadro un dato di fatto

---

*romano classico*, Padova, 2006, p. 91, rimango dell'idea che il testo sia stato manomesso dai giustiniani, cfr. G. Luchetti, *Il matrimonio cum scriptis e sine scriptis nelle fonti giuridiche giustiniane*, in *BIDR* 92-93, 1989-1990, pp. 338-340 (= *Contributi di diritto giustiniano*, Milano, 2004, pp. 57-59). Si tratta di un'interpolazione generalmente ammessa dalla dottrina, v., tra i tanti, G. Castelli, *Il concubinato e la legislazione augustea*, in *BIDR* 27, 1914, p. 70, nt. 3 (= *Scritti giuridici*, Milano, 1923, p. 163, nt. 1); P. Bonfante, *Corso di diritto romano, I, Diritto di famiglia*, Roma, 1925, p. 189 (ristampa Milano, 1963, pp. 257-258); E. Levy, *Der Hergang der römischen Ehescheidung*, Weimar, 1925, p. 75 e nt. 5; E. Albertario, *Honor matrimonii e affectio maritalis*, in *RIL* 62, 1929, p. 811 e nt. 1; p. 814 (= *Studi di diritto romano, I*, Milano, 1933, p. 200 e nt. 2; p. 203); H. J. Wolf, *Written and Unwritten Marriages in Hellenistic and Post-classical Roman Law*, Haverford, 1939, p. 96, nt. 357; C. Castello, *In tema di matrimonio e concubinato nel mondo romano*, Milano, 1940, p. 187; R. Orestano, *Sul matrimonio presunto in diritto romano*, in *Atti Verona*, III, Milano, 1951, p. 51 e ntt. 6-9; p. 58 (= *Scritti*, II, Napoli, 1998, p. 1075 e ntt. 6-9; p. 1082); Id., *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano*, I, Milano, 1951, p. 181; G. Longo, *Presunzione di matrimonio*, in *Studi U. E. Paoli*, Firenze, 1956, p. 485 (= *Ricerche romanistiche*, Milano, 1966, p. 333). L'ipotesi è riaffermata anche in lavori più recenti: cfr., ad esempio, E. Volterra, v. *Matrimonio*, in *ED* 25, Milano, 1975, p. 743, nt. 35 (= *Scritti giuridici*, III, Napoli, 1991, p. 240, nt. 35) e S. Treggiari, *Concubinae*, in *Pap. Brit. School Rome* 49, 1981, p. 74, nt. 74.

<sup>3</sup> In questo contesto, come non infrequentemente avviene nelle fonti giuridiche (cfr. anche D. 45, 1, 121, 1 [Pap. 11 resp.]; C.I. 6, 57, 5, 2 [a. 529]; C.I. 7, 15, 3 pr. [a. 531]) e negli stessi *libri regularum* di Modestino (v. D. 48, 5, 35 pr. [Mod. 1 reg.]), il termine *consuetudo* indica infatti l'unione stabile di un uomo e di una donna per lo più al di fuori del matrimonio e in particolare il concubinato (*licita consuetudo* in C.I. 6, 57, 5, 2): per un quadro dei possibili significati del termine *consuetudo*, anche con riferimento alle fonti non giuridiche, v. in specie E. Karabélias, *La pratique du concubinat avec une femme libre, affranchie ou esclave dans le droit postclassique*, in *Atti del 7° Convegno internazionale dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, Napoli, 1988, pp. 186-187, nt. 11.

<sup>4</sup> L'esclusione riguardava genericamente le prostitute, donne cioè con le quali sembra permanesse tra l'altro per gli ingenui, ancora nel diritto giustiniano, un divieto di matrimonio: sul punto, con riferimento a D. 23, 2, 48, 1 (Ter. Clem. 8 *ad leg. Iul. et Pap.*), v. particolarmente R. Astolfi, *La lex Iulia et Papia*<sup>3</sup>, Padova, 1995, p. 139 e nt. 95, che al proposito cita anche C.I. 5, 4, 15 (Diocl. et Max., s.d.). L'espressione in questione, oltre che in Ep. Ulp. 13, 1 (*item corpore quaestum facientem*), ricorre anche in D. 23, 2, 43 pr.-5 (Ulp. 1 *ad leg. Iul. et Pap.*), che nel commento delle parole del testo della *lex Iulia* definisce la donna *quae palam quaestum corpore facit fecerit*: il divieto imposto dalla legge augustea sembra riguardasse le prostitute (anche non mercenarie, secondo l'opinione di Ottaviano, cfr. § 3) e le ex-prostitute (§4), purché non clandestine: sul punto, con riferimento alla categoria delle *feminae probrosae*, v. tuttavia anche D. 23, 2, 41 pr. (Marcell. 26 *dig.*): *Probrum intellegitur etiam in his mulieribus esse, quae turpiter viverent vulgoque quaestum facerent, etiamsi non palam*.

<sup>5</sup> Per un quadro sintetico dei divieti di matrimonio determinati da motivi etici ancora vigenti in

di facile accertabilità, come la convivenza, permetteva, in un contesto normativo fondato sulla libertà di forme, di qualificare giuridicamente come matrimoniale la natura dell'unione<sup>6</sup>.

Ciò evidentemente limitava gli spazi delle unioni di fatto ai casi in cui il matrimonio era impossibile per la presenza di un divieto legale o rispetto ai quali la presunzione di matrimonio non poteva comunque funzionare per ragioni legate alla moralità della donna che esercitava o aveva esercitato il mestiere di prostituta, nonché, ulteriormente, con specifico riferimento a quelle situazioni in cui la disparità sociale o l'esistenza di una pregressa unione di fatto richiedevano comunque che il *consensus* matrimoniale venisse piuttosto manifestato attraverso forme di obiettivazione tassative ed in particolare, secondo una tradizione largamente consolidata già nel diritto tardo-imperiale, attraverso la redazione degli *instrumenta dotalia*<sup>7</sup>.

Al di fuori di queste situazioni particolari il matrimonio costituiva la regola e l'unione di fatto extramatrimoniale l'eccezione. La circostanza – soprattutto per

---

epoca giustiniana, con riguardo sia ai divieti previsti per la classe senatoria sia a quelli residui per i semplici ingenui, divieti che riguardavano non solo le prostitute, ma anche altre donne di “malafare” come le mezzane e le adulate, v. per tutti Astolfi, *La lex Iulia et Papia*<sup>3</sup>, cit., pp. 138-139 e, per quanto riguarda la letteratura precedente, Bonfante, *Corso di diritto romano*, I, cit., pp. 204-205 (ristampa 1963, cit., pp. 277-279). È minoritaria l'opinione di coloro che ritengono che già nel diritto tardo-imperiale fossero del tutto venuti meno i divieti previsti dal diritto classico (e particolarmente dalla legislazione augustea) per i semplici ingenui: sul punto v. F. M. de Robertis, *La condizione sociale e gli impedimenti al matrimonio nel basso impero*, in *Annali Bari* n. s. 2, 1939, p. 48 e ss. (= *Scritti vari di diritto romano*, I, Bari, 1987, p. 182 e ss.); G. Cardascia, *La distinction entre honestiores et humiliores et le droit matrimonial*, in *Studi in onore di E. Albertario*, II, Milano, 1953, p. 662; M. Falcão, *Las prohibiciones matrimoniales de caracter social en el Imperio Romano*, Pamplona, 1973, p. 59 e ss.

<sup>6</sup> Sul ruolo centrale della presunzione di matrimonio nel quadro di un sistema normativo come quello della compilazione giustiniana che tende ad assumere come cardine il principio secondo cui è solo il reciproco affetto dei coniugi che fa sorgere il vincolo matrimoniale v. Luchetti, *Il matrimonio cum scriptis e sine scriptis nelle fonti giuridiche giustiniane*, cit., p. 338 e ss. ed in specie pp. 340-341, ntt. 25-26 (= *Contributi di diritto giustiniano*, cit., p. 57 e ss.; pp. 59-60, ntt. 25-26), con discussione della dottrina precedente, con particolare riferimento alla diversa opinione di Orestano, *Sul matrimonio presunto in diritto romano*, p. 58 e ss. (= *Scritti*, II, cit., p. 1082 e ss.).

<sup>7</sup> Nel diritto giustiniano della compilazione la redazione degli *instrumenta dotalia* era più esattamente richiesta in tre casi: a) in presenza di una precedente unione concubinaria al fine della legittimazione dei figli naturali (cfr. in particolare C.I. 5, 27, 10 e 11 [a. 529 e 530]); b) per disposizione di una legge di Giustino nel caso di matrimoni di alcune categorie di soggetti (e particolarmente dei *dignitate praediti*) con donne di teatro o loro figlie (v. C.I. 5, 4, 23, 1-1a e 5a-6 [a. 520-523], nonché, per l'abolizione della richiesta del rescritto di autorizzazione, C.I. 1, 4, 33, 2 e C.I. 5, 4, 29, 6-7 [a. 534]); c) in base a una costituzione di Giustino per il matrimonio della schiava (che si intendeva manomessa) cui il padrone avesse permesso di sposare un uomo libero (cfr. C.I. 7, 6, 1, 9 [a. 531]).

le unioni di *mulieres ingenuae et honestae vitae* – è confermata da un passo delle Istituzioni di Marciano riportato nel titolo “*de concubinis*” del Digesto:

D. 25, 7, 3 pr. (Marcian. 12 *inst.*): *In concubinato potest esse et aliena liberta et ingenua et maxime ea quae obscuro loco nata est vel quaestum corpore fecit. alioquin si honestae vitae et ingenuam mulierem in concubinatum habere maluerit, sine testatione hoc manifestum faciente non conceditur. sed necesse est ei vel uxorem eam habere vel hoc recusantem stuprum cum ea committere.*

L’unione di fatto poteva liberamente essere posta in essere con una donna di umili natali (*ingenua* o *libertina*) o che *quaestum corpore fecit*, mentre se si fosse trattato di un’*ingenua honestae vitae* veniva tollerata, ma solo in presenza di un’apposita *testatio* con cui si fosse espressamente dichiarata la natura non matrimoniale del legame<sup>8</sup>. In mancanza di tale *testatio* l’unione sarebbe stata considerata illegittima e – sempreché si potesse fornire prova contraria alla presunzione prevista in D. 23, 2, 24 – si sarebbe corso il pericolo di incorrere nelle pene previste per lo *stuprum*<sup>9</sup>.

La preferenza per il matrimonio risulta invece meno netta nel caso dell’unione con una *libertina* o comunque con una donna di bassa condizione sociale per la quale – come abbiamo visto – trovava ugualmente applicazione la presunzione

<sup>8</sup> Per la classicità della *testatio* prevista in D. 25, 7, 3 pr. è infatti, a mio avviso a ragione, tendenzialmente orientata la dottrina recente: cfr. sul punto in specie E. Karabélias, *La forme de la “testatio”* (“*ek-martyrion*”) *matrimoniale en droit romain classique et post-classique*, in *RHD* 62, 1984, p. 599 e ss., nonché da ultimo Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., p. 92, nt. 136. Per l’interpolazione della locuzione *sine testatione hoc manifestum faciente*, largamente condivisa nella letteratura meno recente, v. invece, in particolare, Bonfante, *Corso di diritto romano*, I, cit., p. 236 (ristampa 1963, cit., pp. 321-322); Albertario, *Honor matrimonii et affectio maritalis*, cit., p. 813 (= *Studi di diritto romano*, I, cit., p. 202); Castello, *In tema di matrimonio e concubinato nel mondo romano*, cit., p. 120; p. 187 e ss.; Orestano, *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano*, I, cit., pp. 359-360.

<sup>9</sup> La convivenza con donna *ingenua et honesta* se non poteva cioè essere considerata matrimonio in virtù della presunzione prevista da D. 23, 2, 24, né concubinato perché non era stata fatta la *testatio* di cui a D. 25, 7, 3 pr. era respinta dalla società e perseguita come reato: sul punto, anche con riferimento a D. 48, 5, 35 pr. (cfr. infra nel testo), v. da ultimo Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., p. 92. Sul *crimen stupri*, per un quadro sintetico delle fonti e della bibliografia, v. in particolare M. Molé, v. *Stuprum*, in *NNDI* 18, Torino, 1971, pp. 582 e ss.; sul punto ricordo, tra gli altri, anche A. Lovato, *Aspetti immorali della tutela nel basso impero*, in *Diritto e società nel mondo romano. Atti di un incontro di studio - Pavia, 21 aprile 1988*, Pavia, 1988, pp. 137-138. Quanto alla distinzione tra *stuprum* e *adulterium*, così come fissata dall’interpretazione giurisprudenziale, v. in particolare H. Ankum, *La “sponsa adultera”: problèmes concernant l’“accusatio adulterii” en droit romain classique*, in *Estudios en honor de A. d’Ors*, I, Pamplona, 1987, p. 163 e ss.; S. Tafaro, “*Pubes*” e “*Viripotens*” nella esperienza giuridica romana, Bari, 1988, pp. 185-186, nt. 44 e pp. 189-191, ntt. 47-48 (con ampia indicazione di fonti).

di matrimonio, ma era ammesso anche il concubinato senza che fosse richiesta un'apposita dichiarazione. La riprova indiretta di quanto detto è fornita da un altro testo di Modestino, tratto anche in questo caso dai *libri regularum* che, in un rapporto di continuità logica con quanto detto in D. 25, 7, 3 pr., riafferma implicitamente che l'unione con un'ingenua *honestae vitae* non poteva legittimamente porsi al di fuori dell'alternativa tra matrimonio e concubinato:

D. 48, 5, 35 pr. (Mod. 1 reg.): *Stuprum committit, qui liberam mulierem consuetudinis causa, non matrimonii continet, excepta videlicet concubina.*

Il testo è stato a sua volta sospettato, ma nel sistema della compilazione va ovviamente accettato così com'è<sup>10</sup>. L'esistenza di un'unione di fatto escludeva dunque lo *stuprum* ma – aggiungiamo noi – mentre nel caso dell'*ingenua et honesta* perché vi potesse essere concubinato era necessaria l'apposita *testatio* in tutti gli altri casi, compreso quello dell'unione con donna libera e onesta, ma *obsuro loco nata*, anche se si fosse fornita una prova contraria alla presunzione di matrimonio prevista da D. 23, 2, 24, non vi sarebbe comunque stato pericolo di incorrere nelle sanzioni previste per lo *stuprum* essendo l'unione di fatto comunque pienamente legittima.

La circostanza si trova ulteriormente ribadita in un testo ulpiano tratto dal commentario alla *lex Iulia et Papia* in cui il giurista severiano, dicendo di aderire alla precedente opinione di Atilicino, precisava che, *sine metu criminis*, si potessero avere come concubine solo quelle donne con cui non si commetteva *stuprum*:

D. 25, 7, 1, 1 (Ulp. 2 ad leg. Iul. et Pap.): *Cum Atilicino sentio et puto solas eas in concubinato habere posse sine metu criminis, in quas stuprum non committitur.*

<sup>10</sup> Forti dubbi sono stati avanzati circa la possibilità che il testo avesse *ingenuam et honestam* (o il solo *ingenuam*) al posto di *liberam* e che sia stata aggiunta l'espressione finale *excepta videlicet concubina*: cfr., tra gli altri, Bonfante, *Corso di diritto romano*, I, cit., p. 235 (ristampa 1963, cit., pp. 320-321); Albertario, *Honor matrimonii et affectio maritalis*, cit., p. 813 (= *Studi di diritto romano*, I, cit., p. 202); Castello, *In tema di matrimonio e concubinato nel mondo romano*, cit., p. 187; Orestano, *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano*, I, cit., p. 362, nt. 966. Quanto all'interpolazione della frase *excepta videlicet concubina* v. anche Wolf, *Written and Unwritten Marriages in Hellenistic and Postclassical Roman Law*, cit., p. 96, nt. 357. Considerando genuina la *testatio* di cui si fa menzione in D. 25, 7, 3 pr. aderirei però alla proposta di Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., p. 92, nt. 136, di ritenere anche questo testo nella sostanza genuino. Sul punto, in questo stesso senso, v. già in precedenza in specie Treggiari, *Concubinae*, cit., p. 73 e nt. 71.

Tra queste vi erano ovviamente quelle che *quaestum corpore fecerunt* per le quali non valeva la presunzione di matrimonio, nonché quelle altre (in particolare le libere e oneste, ma *obscuro loco natae*) che si potevano tenere come concubine senza la necessità di un'apposita *testatio*<sup>11</sup>. Il *metus criminis* di cui parla Ulpiano riguardava evidentemente il *crimen stupri* ed investiva, come sappiamo, le unioni di fatto con donne *ingenuae honestae vitae* qualora appunto non fosse intervenuta la *testatio* che sappiamo richiesta a renderle legittime agli occhi dell'ordinamento<sup>12</sup>.

\*\*\*

Peraltro, a fronte della compressione degli spazi delle unioni di fatto, nel diritto giustiniano si accentua altresì la tendenza, già manifestata dal diritto del tardo impero, a considerare matrimonio e unioni di fatto, purché stabili e monogamiche, in una posizione di reciproca alternatività. Ciò è dimostrato dalla previsione legislativa del divieto di tenere una concubina in costanza di matrimonio, divieto che si può forse far risalire già alla legislazione costantiniana nel quadro di una politica normativa nel complesso certo non favorevole alle unioni di fatto di tipo concubinario<sup>13</sup>. Mi riferisco in particolare ad un editto del 326 giuntoci attraverso il *Codex repetitae praelectionis* in forma quasi certamente assai abbreviata<sup>14</sup>:

<sup>11</sup> Tali unioni erano riconosciute dalla società e conseguentemente ammesse dal diritto: sul punto, con riferimento a D. 25, 7, 1, 1 e D. 25, 7, 3 pr., v. da ultimo Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., p. 91. Sul testo di D. 25, 7, 1, 1 v. anche, brevemente, Treggiari, *Concubinae*, cit., p. 71 e nt. 54.

<sup>12</sup> Per riassumere si può dire che ancora in diritto giustiniano si potevano individuare tre diverse categorie di donne: a) quelle *ingenuae honestae vitae* con cui si presumeva il matrimonio e con cui l'unione di fatto extramatrimoniale era illegittima, salvo l'intervento dell'apposita *testatio* (D. 27, 5, 3 pr.); b) le libere, anche *ingenuae*, ma *obscuro loco natae*, nei cui confronti poteva valere ugualmente la presunzione di matrimonio, ma con cui le unioni di fatto erano comunque pienamente legittime (D. 25, 7, 1, 1 e D. 48, 5, 35 pr.), c) le donne che *quaestum corpore fecerunt* e le altre con cui il matrimonio era vietato e con le quali non potevano che esservi unioni di fatto extramatrimoniali.

<sup>13</sup> Sulla politica del diritto della cancelleria costantiniana in materia di unioni di fatto, che si può considerare essenzialmente volta a rafforzare la famiglia legittima e avversa – almeno in linea tendenziale – al concubinato soprattutto nel caso in cui la donna fosse ingenua, rinvio a quanto ho già avuto occasione di rilevare nel mio *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustiniane*, cit., p. 181 e ss.

<sup>14</sup> Per questa opinione mi limito qui a ricordare, tra gli altri, M. Sargenti, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino. Problemi e prospettive nella letteratura dell'ultimo trentennio*, in *Atti del 1° Convegno internazionale dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, Perugia, 1975, p. 264 (= *Studi sul diritto del tardo impero*,

C.I. 5, 26, 1: *Imp. Constantinus A. ad populum. Nemini licentia concedatur constante matrimonio concubinam penes se habere. PP. XVIII k. Iul. Caesareae Constantino A. VII et C. cons.* (14 giugno 526).

Nonostante alcune difficoltà interpretative – legate in particolare alla corretta determinazione del significato da attribuirsi alla locuzione “*penes se*” – sembrerebbe dunque, anche alla luce di P.S. 2, 20, 1 (*Eo tempore, quo, quis uxorem habet, concubinam habere non potest*), che già la legislazione costantiniana avesse imposto un divieto assoluto (e mi rifaccio in questo senso particolarmente alla opinione del Levy) di tenere una concubina in costanza di matrimonio<sup>15</sup>. Sebbene nel quadro del diritto del tardo impero, non si possa d’altra parte del tutto escludere che il testo fosse piuttosto semplicemente rivolto a porre il divieto di tenere in costanza di matrimonio una concubina nella casa coniugale (in questo senso “*penes se*”) la nostra fonte va tuttavia certamente intesa, almeno nel diritto della compilazione, come impositiva di un divieto assoluto di avere contemporaneamente una moglie e una concubina<sup>16</sup>. In questa direzione è infatti da considerarsi inequivoca la testimonianza di una costituzione giustiniana del 531 che escludeva categoricamente, tra l’altro facendo riferimento a un divieto che si dice risalente al passato, che si potessero avere contemporaneamente una moglie e una concubina, indipendentemente dal fatto che si trattasse di una libera o di una donna di condizione servile:

C.I. 7, 15, 3, 2: *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. [...] Omnibus etenim uxores habentibus concubinas vel liberas vel ancillas habere nec antiqua iura nec nostra concedunt. D. k. Nov. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc.* (1° novembre 531).

La lettura della costituzione giustiniana del 531 non lascia dunque più adito a

---

Padova, 1986, p. 37) e M. Navarra, *Testi costantiniani in materia di filiazione naturale*, in *Atti del 7° Convegno internazionale dell’Accademia Romanistica Costantiniana*, cit., p. 461.

<sup>15</sup> Cfr. le argomentazioni fomite da E. Levy, *West-östliches Vulgarrecht und Justinian*, in *ZSS* 76, 1959, pp. 20-21 (= *Gesammelte Schriften*, I, Köln-Graz, 1963, pp. 277-278); l’opinione del Levy era peraltro già stata avanzata da Cl. Dupont, *Les constitutions de Constantin et le droit privé au début du IV siècle. Les personnes*, Lille, 1937, p. 126. L’impostazione accennata è condivisa, tra gli altri, dalla Treggiari, *Concubinae*, cit., pp. 77-78 e dalla Navarra, *Testi costantiniani in materia di filiazione naturale*, cit., p. 459.

<sup>16</sup> Per l’interpretazione restrittiva del divieto costantiniano cfr., con un’ampia serie di argomentazioni, Sargenti, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino. Problemi e prospettive nella letteratura dell’ultimo trentennio*, cit., pp. 264-266 (= *Studi sul diritto del tardo impero*, cit., pp. 37-39). Nello stesso senso anche R. Domingo, *La legislación matrimonial de Constantino*, Pamplona, 1989, p. 69 e ss.

dubbi circa l'interpretazione dell'editto costantiniano. La chiarezza del disposto normativo supera ogni ambiguità vera o presunta che C.I. 5, 26, 1 poteva presentare: anche se quest'ultima costituzione fosse in ipotesi suscettibile di *duplex interpretatio* è da ritenersi comunque certo che la regola dell'alternatività tra matrimonio e unioni di fatto viene definitivamente affermata nel sistema complessivo della compilazione<sup>17</sup>. A ciò si aggiunga che, successivamente, la legislazione novellare richiederà il carattere monogamico delle stesse unioni di fatto extramatrimoniali, sia pure come requisito indispensabile per ottenere alcuni benefici di legge<sup>18</sup>.

\*\*\*

Sotto altro profilo la dignità delle unioni di fatto di natura extramatrimoniale viene riconosciuta nel diritto giustiniano attribuendo ai figli nati al di fuori del matrimonio, ma tuttavia da unioni legittime e caratterizzate dalla stabilità, la facoltà di succedere al padre in una quota maggiore di quella prevista in precedenza dalla legislazione tardo-imperiale<sup>19</sup>. A questo proposito la quota che

<sup>17</sup> L'ipotesi che il testo costantiniano possa essere semmai oggetto di *duplex interpretatio* mi sembra comunque preferibile all'opinione di Sargenti, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino. Problemi e prospettive nella letteratura dell'ultimo trentennio*, cit., pp. 264-266 (= *Studi sul diritto del tardo impero*, cit., pp. 37-39), che non esclude invece un difetto di coordinamento tra le due costituzioni inserite nel Codice.

<sup>18</sup> In questo senso v. in particolare Nov. 18, 5 (a. 536) e Nov. 89, 12, 4-5 (a. 539), in cui si stabilisce espressamente che i benefici ivi previsti in materia di successione *ab intestato* a favore dei figli naturali e della concubina (sul punto cfr. *infra*, nel testo) trovassero applicazione a patto che si potesse configurare l'esistenza di una vera e propria famiglia naturale, ritenuta, per stessa ammissione del legislatore, in qualche modo paragonabile alla famiglia legittima. Con riferimento a tali disposizioni si può forse convenire con coloro che hanno ritenuto che il concubinato sia stato considerato in epoca giustiniana vero e proprio matrimonio di rango inferiore: sul punto, in questo senso, ricordo per tutti P. Bonfante, *Nota sulla riforma giustiniana del concubinato*, in *Studi in onore di S. Peruzzi*, Palermo, 1925, p. 283 e ss. (= *Scritti giuridici vari*, IV, Roma, 1926, p. 563 e ss.). Diversamente O. Robleda, *El matrimonio en derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Roma, 1970, pp. 282-283. Sulla questione, che rimane oggetto di vivace discussione, cfr., con ampia indicazione di bibliografia, Karabélias, *La pratique du concubinat avec une femme libre, affranchie ou esclave dans le droit postclassique*, cit., pp. 183-184, nt. 2.

<sup>19</sup> Per un quadro d'insieme delle complesse e articolate vicende della legislazione imperiale raccolta nel titolo 4, 6 "*de naturalibus filiis et matribus eorum*" del Codice Teodosiano, anche con riferimento agli orientamenti spesso contrapposti della legislazione delle due *partes imperii*, faccio rinvio alle linee di sintesi da me tracciate in *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustiniane*, cit., in

poteva essere disposta a favore dei figli naturali e la conseguente capacità di acquisto di questi ultimi in assenza di discendenti e ascendenti legittimi (ma nella legislazione giustiniana talvolta si fa menzione della sola madre, come già era avvenuto in C.Th. 4, 6, 6) venne innalzata, da una costituzione del 528, dai canonici 3/12 – di norma previsti dalla contrastata legislazione precedente e da ultimo ancora riconosciuti da una costituzione di Teodosio II del 428 (cfr. C.Th. 4, 6, 8) – fino ad un massimo di 6/12<sup>20</sup>:

C.I. 5, 27, 8: *Imp. Iustinianus A. Manae pp. Humanitatis intuitu naturalibus patribus hoc indulgemus, ut liceat eis nulla legitima subole vel matre subsistente naturalem vel naturales filios matremque eorum non tantum ex tribus uncüs, quod praeteritae leges permittebant, sed etiam ex duplici portione, id est sex uncüs, heredes scribere, ut, licet ab intestato nullam communionem ad patris naturalis successionem haberent, ex suprema tamen eius voluntate permittatur eis usque ad praedictas sex uncias (si hoc scilicet naturalis pater voluerit) hereditatem eius capere, ita tamen, ut memoratam sex unciarum quantitatem in omnibus naturalibus filiis et matre eorum minime testator excedat. 1. Quam et in legatis et fideicommissis eis relinquendis et dotibus et donationibus, tam aliis quam ante nuptias, usque ad aestimationem sex unciarum liberam similiter naturalibus eorum patribus damus potestatem. 2. Haec autem in futuris tantummodo testamentis vel ultimis voluntatibus vel dotibus vel donationibus locum habebunt. D. k. Ian. <Iun.??> (v. ed. Krüger ad h. l.) Constantinopoli dn. Justiniano A. II cons. (1° giugno 528).*

Successivamente nel 539 – ma sulla scia di un precedente risalente già al 531<sup>21</sup> – con la Nov. 89, 12, 3 si prevede altresì che coloro che non avessero figli

---

generale p. 15 e ss. (con bibliografia) e in specie p. 183 e ss., con riferimento alla rigida legislazione costantiniana (cfr. C.Th. 4, 6, 2 e 3), volta ad escludere che i figli nati da unioni di fatto extramatri-moniali potessero percepire alcunché dal proprio padre naturale.

<sup>20</sup> Quanto al limite delle tre onces va ricordato che era stato fissato fin dalla legislazione di Valentiniano I (C.Th. 4, 6, 4 [a. 371]) ed era stato ripreso da una costituzione di Arcadio (C.Th. 4, 6, 6 [a. 405]), per poi essere definitivamente adottato, dopo una più severa disposizione di Valentiniano III (C.Th. 4, 6, 7 [a. 426?]), appunto da Teodosio II (C.Th. 4, 6, 8 [a. 428]): sulla questione, per la discussione delle fonti e della letteratura, v. ancora Luchetti, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, cit., in specie p. 23 e ss.

<sup>21</sup> Mi riferisco a quanto disposto in C.I. 5, 27, 12 con cui venne stabilito che, in assenza di discendenti legittimi, l'avo, in caso di premorienza del proprio figlio, potesse liberamente disporre del proprio patrimonio a favore dei nipoti naturali, sia che si trattasse di discendenti legittimi o naturali del figlio naturale, sia che si trattasse di discendenti naturali del figlio legittimo. Cfr. C.I. 5, 27, 12: *Idem A. Iohanni pp. Cuidam, qui iustum filium habebat, nepos accessit naturalis: si nepotis nomen huiusmodi suboli legibus accommodan-*

legittimi potessero lasciare ai figli naturali anche tutto il proprio patrimonio, fatta salva la legittima eventualmente spettante agli ascendenti e purché, nel caso di acquisto *mortis causa*, si fosse tuttavia provveduto alla redazione di un testamento scritto<sup>22</sup>:

Nov. 89, 12, 3: Αὐτοκράτωρ Ἰουστινιανὸς Αὐγουστος Ἰωάννη τῷ ἐνδοξοτάτῳ ἐπάρχῳ τῶν ἀνατολικῶν πραιτωρίων τὸ β', ἀπὸ ὑπάτων ὀρδιναρίων καὶ πατρικίῳ. [...] Εἰ μέντοι παῖδας οὐκ ἔχοι γνησίους ἢ τινα τῶν ἀνιόντων, οἷς ἀνάγκη νόμου καταλιμπάνειν μέρος τῆς οἰκείας περιουσίας προσήκει τοὺς διατιθεμένους, ἄδεια ἔστω καὶ εἰς τὰς δώδεκα οὐγκίας γράφειν τοὺς φυσικοὺς παῖδας κληρονόμους, καὶ διαρεῖν εἰς αὐτοὺς καθ' ὃν ἂν βούλωνται τρόπον τὰ πράγματα, καὶ ἢ κατὰ δωρεᾶς ἀπλᾶς ἢ προγαμιαίας ἢ κατὰ προῖκας ἢ καὶ καθ' ἕτερον οἰονδήποτε τρόπον νόμιμον τὰς ἑαυτῶν εἰς ἐκείνους μεταγείν οὐσίας. οὕτω γὰρ οὐκέτι δεήσονται τινων πρὸς ἀσέβειαν ἢ πρὸς ἐπιορκίαν ἐτοίμων, ἀλλ' αὐτόθεν τὴν ἑαυτῶν καθαρῶς διαθήσουσι γνῶμην. εἰ δὲ ἔχοιεν τινας τῶν ἀνιόντων, τὴν νόμιμον καταλιμπανέτωσαν αὐτοῖς μοῖραν, ἣν ὁ νόμος καὶ ἡμεῖς ἐτάξαμεν, τὸ δὲ λοιπὸν ἅπαν εἰς τοὺς φυσικοὺς παῖδας ἄδειαν ἐχέτωσαν παραπέμπειν. καὶ ταῦτά φαμεν ἐπὶ τῶν ἐγγράφοις ἢ νομίμοις

*dum est, quaerebatur. volebat enim tali naturali nepoti ex suo legitimo filio iam defuncto progenito totam suam substantiam relinquere, quasi sacris constitutionibus tantummodo in filiis naturalibus prohibentibus totum patrimonium sive quantam partem voluerit eis relinquere et certo fini partes eorum concludentibus. 1. Huiusmodi autem dubitatio et in alia specie ventilata est. quid enim, si ex naturali filio nepotem habet avus legitimum patri suo vel naturalem? 2. In omnibus itaque talibus dubitationibus cum nulla legitima consequentia in huiusmodi personis custoditur, sed interventu subolis naturalis nihil ius legitimum subesse potest, ut necessitas relinquendi aliquid eis ex legibus imminet, liceat eis quantum voluerint suae substantiae in eos conferre, scilicet nulla legitima subole subsistente. 3. Filiis enim naturalibus relinqui constitutiones quantum voluerint ideo prohibuerunt, quia vitium patrum frenandum esse existimaverunt. in nepotibus autem non eadem observatio in praefatis speciebus custodienda est, ubi legitima minime suboles facit impedimentum. ea enim subsistente veterum constitutionum tenorem in naturalibus filiis statutum et in nepotes extendimus. 4. Sed haec in his tantummodo sancimus, in quibus voluntate aliquid consecuti sunt. iura etenim ab intestato in avi successionem nemini eorum penitus aperimus. 5. Et haec non solum eis accedere censemus a substantia avi patrum naturalis, sed etiam proavi vel eius cognationis, si quid saltem huiusmodi vocabuli in tam degeneres homines extendere maluerint. D. k. Nov. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc. (1° novembre 531). Si può ancora ricordare che la costituzione del 531 è ancora ricordata in Nov. 89, 12, 6.*

<sup>22</sup> Il testo di Nov. 89, 12 è significativo anche perché nel pr. e nel § 1 vi si fornisce (con riferimento a C.Th. 4, 6, 4 [tra l'altro non riportata nel Codice] e C.I. 5, 27, 2) un rapido e non sempre preciso *excursus* (v. *infra*, nt. successiva) sulle vicende della legislazione imperiale in materia di capacità di acquisto dei *naturales* dal proprio padre fino alla legislazione giustiniana del Codice (cioè la già ricordata C.I. 5, 27, 8). Si può aggiungere che un rapido riepilogo della sola legislazione vigente è invece presente in Nov. 18, 5 (con riferimento a C.I. 5, 27, 2 e 8).

βουλήσεσιν ἀποτιθεμένων τὴν ἑαυτῶν γνώμην. [...] *D. kal. Sept. CP. Imp. dn. Iustiniani pp. Aug. anno XIII. Apione v. c. cons.* (1° settembre 539)<sup>23</sup>.

Benché poi la quota che i nati da unioni di fatto avrebbero potuto ottenere dal padre in presenza di discendenti o ascendenti legittimi sia rimasta anche in diritto giustiniano quella già fissata a 1/12 fin da una costituzione di Valentiniano I del 371 (C.Th. 4, 6, 4)<sup>24</sup>, in Nov. 18, 5 (a. 536), successivamente ripresa nella stessa Nov. 89, 12, 4-5, si ammise che i figli procreati in casa da donna unica concubina e lì allevati fino alla morte del padre potessero ottenere anche *ab intestato* fino a 2/12 della sostanza paterna da condividersi, se superstite, con la madre<sup>25</sup>:

Nov. 18, 5: Imp. Iustinianòs Αὐγουστος Ἰωάννη τῷ ἐνδοξοτάτῳ ἐπάρχῳ τῶν ἱερῶν τῆς Ἔω praetoriῶν τὸ β', ἀπὸ ὑπάτων καὶ πατρικίῳ. [...] Εἰ γάρ τις τελευτῶν γνησίας αὐτῷ παντελῶς γονῆς οὐχ ὑπόουσης, παίδων φαιμέν ἢ ἐγγόνων ἢ τῆς ἐφεξῆς διαδοχῆς, οὐδὲ νομίμου γαμετῆς, εἴτα τελευτήσειε μὴ διαθέμενος τὴν οὐσίαν, καὶ ἀφίκοιτο συγγένεια

<sup>23</sup> Trad. Auth.: *Idem Augustus Iohanni pp. secundo.* [...] *Si vero filios non habuerit quispiam legitimos aut quemquam ascendentium, quibus necessitas est legis relinquere partem propriae substantiae competentem, testatori licentia sit etiam in duodecim uncias scribere filios naturales heredes, et dividere inter eos quocumque voluerint modo res, et per donationes aut simplices aut antenuptiales aut per dotes aut per alium quemlibet modum legitimum suas in illos substantias transponere. Sic enim nequaquam egebunt quibusdam ad impietatem aut periurium praeparatis, sed ex ipso suam disponunt pure sententiam. Si vero habuerint hi quos praediximus aliquos ascendentium, legitimam eis relinquunt partem, quam lex et nos constituimus, reliquam vero totam in naturales filios habeant relinquendi licentiam. Et hoc dicimus super his qui in scriptis et legitimis voluntatibus disponunt suam sententiam.* [...] *D. kal. Sept. CP. Imp. dn. Iustiniani pp. Aug. anno XIII. Apione v. c. consule.*

<sup>24</sup> Per quanto ne sappiamo non era contenuta invece nella disposizione del 371, benché in contrario – parrebbe erroneamente – attesti Nov. 89, 12 pr., la previsione che stabiliva che, in assenza di discendenti naturali, potesse essere devoluta alla sola concubina una quota pari a 1/24 dell'eredità di colui cui fossero sopravvissuti anche madre o discendenti legittimi. Tale disposizione è esplicitamente menzionata solo in C.I. 5, 27, 2, che, pur se di fattura compilatoria, corrisponde nell'*inscriptio* (salvo per la mancata indicazione del nome di Teodosio) e nella *subscriptio* alla costituzione di Arcadio del 405 (C.Th. 4, 6, 6), che a sua volta, senza menzionare la quota della sola concubina, aveva ribadito che ai *naturales* potesse andare 1/12 in presenza di madre o discendenti legittimi.

<sup>25</sup> Al proposto nella Nov. 89 del 539 si prevede in aggiunta che, in presenza di figli legittimi, ai *naturales* dovesse comunque essere riconosciuto nei confronti dei primi (o eventualmente anche della moglie legittima) un diritto agli alimenti in caso di morte intestata del padre comune (cfr. Nov. 89, 12, 6). Di un diritto agli alimenti dei *naturales* nei confronti dello stesso padre sembra potersi argomentare poi da Nov. 89, 13, che riconosce al padre naturale un diritto agli alimenti nei confronti dei propri figli e pertanto sembra sottintendere un corrispondente obbligo paterno nei loro confronti (obbligo di cui del resto un riferimento è riscontrabile in Nov. 89, 15 pr.).

τυχὸν ἢ καὶ ἐλευθερωτῆς ἴσως τὴν διακατοχὴν κατασειῶν τε καὶ ἐπανατεινόμενος, ἢ καὶ τὸ ἡμέτερον ταμειῶν (οὐδὲ γὰρ ἐκείνου τόγε ἐπὶ τούτῳ φειδόμεθα), εἴη δὲ αὐτῷ κατὰ τὸν οἶκον ἕως περιῆν ἐλευθέρα τε γυνὴ ἐν παλλακῆς σχήματι συνοῦσα, καὶ παῖδες ἐξ αὐτῆς (τοῖς γὰρ τοιοῦτοις μόνοις ταῦτα νομοθετοῦμεν, ἔνθα παντελῶς ἀναμφισβήτητος ἐστὶν ἢ τε τῆς παλλακῆς κατὰ τὸν οἶκον σχέσις ἢ τε τῶν νόθων ἐκεῖσε γονὴ τε καὶ τροφή)· δίδομεν αὐτοῖς καὶ ἀδιαθέτων τῶν γονέων τελευτώντων δύο τῆς πατρῴας οὐσίας ἔχειν οὐγκίας, ἅμα τῇ μητρὶ μεριζομένας, ὅποσοιπερ ἂν εἶεν οἱ παῖδες, ὥστε ἐνὸς παιδὸς πρὸς ἀναλογίαν καὶ τὴν μητέρα λαμβάνειν. Καὶ ταῦτα φασμέν, εἰ μιᾷ παλλακῇ συνοικοίη καὶ παῖδας ἐξ ἐκείνης σχοίη, ἢ καὶ προαπελθούσης τῆς παλλακῆς θανάτῳ τυχὸν ἢ χωρισμῷ οἱ παῖδες αὐτῷ κατὰ τὴν οἰκίαν εἶεν. τότε γὰρ δίδομεν αὐτοῖς τὴν ἐξ ἀδιαθέτου πρὸς τὸ διούγκιον κληῖσιν. [...] *Dat. K. Mar. CP. <post> cons. Belisarii v. c.* (1° marzo 536)<sup>26</sup>.

Alla luce complessiva delle fonti si può dunque concludere che la legislazione giustiniana si sia dimostrata in particolare attenta all'esigenza di tutela della prole nata al di fuori di *iustae nuptiae*, purché da unioni non vietate e dotate del carattere della stabilità. Le disposizioni in materia successoria, qui solo sommariamente considerate, dimostrano infatti ulteriormente che alle unioni di fatto paramatrimoniali venivano riconosciute, in un quadro di alternatività al matrimonio, conseguenze giuridiche, anche sotto questo profilo, certo significative e rilevanti.

<sup>26</sup> Trad. Auth.: *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp.* [...] *Nunc enim si quis moriens legitima sibi penitus sobole non existente (filiorum dicimus aut nepotum aut ceterae successionis), neque uxore legitima, proinde moriatur non disposita substantia... sit autem ei domi, donec vivit, libera mulier in habitu concubinae cum eo degens, et filii ex ea (talibus enim solis haec sancimus, ubi omnino indubitata est sive concubina in domo habita sive naturalium ibidem prolis et nutrimentum), damus eis et intestato parentibus morientibus duas habere uncias paternae substantiae cum matre partientias, quantumque fuerint filii, ita ut pro portione unius filii et mater accipiat. Et haec dicimus, si uni concubinae cohabitaverit et filios ex ea habuerit, aut praediscendente concubina, morte forsan aut divisione filii domi sint; tunc enim damus eis ab intestato duarum unciarum successionem. [...] *Dat. K. Mar. CP. post cons. Belisarii v. c.**

LA RACCOLTA DI *IURA*: GESTAZIONE DI UN PROGETTO.  
LA LEGISLAZIONE IMPERIALE  
FRA IL LUGLIO DEL 530 E L'APRILE DEL 531\*

1. L'importanza delle disposizioni emanate dalla cancelleria giustiniana il 22 luglio del 530 ed indirizzate *ad senatum* è stata non inopportuna posta all'attenzione degli studiosi dal Pugsley, in un lavoro pubblicato alcuni anni or sono (io peraltro ebbi già a segnalarla incidentalmente nel 1996, in una nota del mio *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*)<sup>1</sup>.

Più precisamente lo studioso britannico ha ipotizzato che *CI.* 2, 44 (45), 4, *CI.* 3, 38, 12, *CI.* 5, 4, 24, *CI.* 6, 25, 7 (6), *CI.* 8, 41 (42), 8, *CI.* 4, 65, 35 e *CI.* 11, 48 (47), 21 (le ultime due prive di *subscriptio*, ma attribuite da Krüger ipoteticamente alla stessa data) facessero tutte parte di un più articolato contesto normativo, successivamente smembrato nelle sue varie parti dai compilatori del *Codex repetitae*

---

\* Pubblicato in *KOINΩNIA*, XXXV, 2011, pp. 157-177.

Pubblico qui il testo – cui ho successivamente aggiunto l'apparato di note – di una conferenza da me tenuta il 15 marzo 2011, presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Napoli Federico II su invito dell'amico Lucio De Giovanni nell'ambito del ciclo di incontri *Tarda antichità: metodologie di ricerca*, promosso dall'Associazione di Studi Tardoantichi. Il presente contributo costituisce, almeno in parte, una rielaborazione ed uno sviluppo di una mia precedente ricerca: *La const. ad senatum del 22 luglio del 530 e il progetto delle Quinquaginta decisiones*, in G. Luchetti, *Contributi di diritto giustiniano*, Milano, 2004, pp. 17-42.

<sup>1</sup> Cfr. D. Pugsley, *Justinians's Digest*, II, Exeter, 2000, pp. 101 ss. (= *On Compiling Justinian's Digest (5): The Constitution ad senatum of 22 July 530*, in *Rev. int. d. droits de l'Ant.*, 3<sup>e</sup> s., 42, 1995, pp. 289 ss. [da cui d'ora in poi si citerà]). Per il mio accenno, v. G. Luchetti, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano, 1996, p. 471, nota 196.

*praelectionis*<sup>2</sup>. In tale contesto, oltre a risolvere alcune specifiche questioni controverse, si sarebbero altresì congiuntamente enunciati i progetti delle *Quinquaginta decisiones* e della raccolta dei *iura*, individuando tra l'altro il piano di sviluppo di quest'ultima, con particolare riferimento all'ordine che a tal proposito sarebbe stato da seguire nello spoglio dei materiali giurisprudenziali classici<sup>3</sup>.

Il progetto originario, che avrebbe comportato che il lavoro di compilazione del Digesto prendesse le mosse dai grandi commentari del *ius civile* e che nella successiva redazione dell'opera venisse seguito l'ordine sabiniano, sarebbe stato successivamente mutato – secondo Pugsley – a causa dell'imprevisto e improvviso ritrovamento, da parte di Triboniano, dei commentari *ad edictum* ulpiani, circostanza questa che sarebbe documentata da *CI.* 6, 28, 4, 3<sup>4</sup> e che avrebbe

<sup>2</sup> Solo cinque (*CI.* 2, 44 [45], 4, *CI.* 3, 38, 12, *CI.* 5, 4, 24, *CI.* 6, 25, 7 [6], *CI.* 8, 41 [42], 8) delle sette costituzioni menzionate conservano la *scriptio* (*D. XI k. Aug. Constantinopoli Lampadio et Oreste vv. cc. cons.*) e hanno quindi data certa. Il Krüger (cfr. *Editio maior*, p. 219, nota 3, p. 291, nota 5, p. 249, nt. 2) ipotizzò che le prime quattro facessero parte di un unico contesto normativo, cui aggiungeva (cfr. p. 219, nota 3, p. 549, nota 2), invero inopinatamente, *CI.* 5, 20, 2, una costituzione di quegli stessi giorni, di data incerta (cfr. per un tentativo di emendazione della *scriptio* lo stesso Krüger [*Editio maior*, p. 452, nota 4, che però la data contraddittoriamente al 1° agosto del 530]; sul punto cfr. anche C. Russo Ruggeri, *Studi sulle Quinquaginta decisiones*, Milano, 1999, p. 28, nota 59), ma che risulta invece indirizzata al prefetto del pretorio Giuliano (più plausibilmente infatti lo stesso Krüger ne conferma la datazione al 1° agosto nell'*Index constitutionum ad temporis ordinem redactus* [cfr. *Editio maior*, p. 47]). Che anche *C.I.* 8, 41 [42], 8 fosse parte dello stesso contesto normativo pare invece confermato dal fatto che in essa, come meglio vedremo, figura un riferimento ai *volumina* del diritto antico che risulta dello stesso tenore di quello contenuto in *CI.* 5, 4, 24 (v. *infra*, nel testo). Per quanto riguarda *CI.* 4, 65, 35 e *CI.* 11, 48 (47), 21, che sono invece prive di *scriptio*, il discorso appare più delicato, ma una volta che le si ipotizzi emanate nella stessa data (così fa il Krüger, *Editio maior*, p. 398, nota 1 e p. 986, nota 3), il che mi pare possibile soprattutto per *CI.* 11, 48 (47), 21, non si può escludere che facessero parte dello stesso provvedimento normativo, considerando, che sono appunto a loro volta indirizzate *ad senatum*, circostanza questa certo non frequente in epoca giustiniana (v. quanto si dirà *infra* nel testo).

<sup>3</sup> Cfr. Pugsley, *On Compiling Justinian's Digest*, cit., in specie pp. 291-292. Secondo Pugsley non sarebbe anzi da escludere che una parte del progetto enunciato il 22 luglio sia successivamente rifluito in *const. Deo auctore* (cfr. p. 311, nota 43). Sotto questo profilo viene anzi ripresa l'ipotesi formulata da A. M. Giomaro, *Ipotesi sulla datazione della Deo Auctore*, in *Studi Urbinati* 53, 1984-1985, pp. 185 ss., secondo cui appunto il testo della *Deo auctore* sarebbe il risultato della fusione effettuata ad «opera conclusa» di «diversi testi, programmatici o preparatori, precedenti» (sul punto cfr., della stessa autrice, anche *Il Codex repetitae praelectionis*, Roma, 2001, p. 34 e nota 50). Sulla *Deo auctore* v. altresì la dettagliata analisi di M. Campolunghi, *Potere imperiale e giurisprudenza in Pomponio e in Giustiniano*, II, 1, Perugia, 2001, pp. 109 ss.

<sup>4</sup> *CI.* 6, 28, 4, 3 (*Idem A. Iohanni pp.*): *Et ex hac iniquitate vitium emersit, quale ex libris Ulpiani, quos ad edictum*

comportato un brusco mutamento della prospettiva inizialmente assunta dai compilatori<sup>5</sup>. Da qui la successiva emanazione della *constitutio Deo auctore* e lo smembramento della costituzione del 22 luglio del 530 della quale sarebbe appunto frammentariamente sopravvissuta nella *repetita praelectio* del Codice solo la «parte speciale», cioè quella in cui si dava soluzione in via preliminare ad alcune singole questioni controverse.

Così come è stata formulata, l'ipotesi avanzata dal Pugsley si espone peraltro a un duplice ordine di rilievi. Da un lato presuppone una forzatura di quanto riferito in *CI. 6, 28, 4, 3* che, nel testo a noi pervenuto, dà semplicemente conto di un *vitium* riscontrato dai compilatori nei commentari *ad edictum* di Ulpiano, e che, solo attraverso una ipotetica emendazione (si direbbe che sono stati *inventi* i libri *ad edictum* ulpianei e non il *vitium* lamentato), viene individuato come prova di quello che, a mio avviso, deve ritenersi un assai poco plausibile ritrovamento tardivo dell'opera ulpianea<sup>6</sup>. Dall'altro poggia sull'incerta e faticosa dimostrazione che il lavoro di spoglio dei materiali classici compiuto dalle sottocommissioni abbia preso il via, contro l'opinione della prevalente dottrina, in tempi differenziati<sup>7</sup>, proce-

---

*fecit praetoris, [inventum] <inventis> a Triboniano viro gloriosissimo nostro quaestore ceterisque viris facundissimis compositoribus iuris enucleati ad nostras aures relatum est.* Per l'emendazione di *inventum* con la forma *inventis* cfr. Pugsley, *On Compiling Justinian's Digest*, cit., pp. 307-308 e note 36 e 37. Sull'importanza del testo, soprattutto come testimone della attenta partecipazione dello stesso Giustiniano ai lavori della compilazione, cfr. altresì, in particolare, G. G. Archi, *Giustiniano e l'insegnamento del diritto*, in *L'imperatore Giustiniano storia e mito* (Giornate di studio a Ravenna, 14-16 ottobre 1976), Milano, 1978, p. 102, nota 12 (= *Scritti di diritto romano*, III, Milano, 1981, p. 1908, nota 12).

<sup>5</sup> Cfr. Pugsley, *On Compiling Justinian's Digest*, cit., pp. 313-314. Il mutato punto di vista avrebbe poi trovato seguito in *const. Deo auctore*, 5 nella parte in cui si indicava piuttosto ai compilatori di seguire fra l'altro la sistematica dell'editto: *...et in libros quinquaginta et certos titulos totum ius digerere tam secundum nostri constitutionum codicis quam edicti perpetui imitationem...*

<sup>6</sup> È infatti assai poco convincente ritenere che i giustinianei non disponessero, fino al presunto ritrovamento triboniano, niente meno che dei libri *ad edictum* di Ulpiano, opera la cui circolazione dobbiamo ritenere fosse ampiamente diffusa in epoca tardo-imperiale (estratti ad esempio se ne leggono, come è noto, nei *Fragmenta Vaticana* e nella *Collatio* [cfr. *FV.* 120; 266; 318; 320-324; 339-346; *Coll.* 2, 4; 7, 3; 12, 7]; sul punto, anche con riferimento ad alcune altre fonti minori, cfr. per tutti F. Schulz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961, pp. 244-245 [trad. it. *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968, pp. 351-352]). Critiche al tentativo di emendare il testo di *CI. 6, 28, 4, 3* sono del resto già state avanzate, sia pure in termini generici, da M. Varvaro, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, in *Ann. Sem. Giur. Palermo* 46, 2000, p. 470, nota 285.

<sup>7</sup> La ragionevole probabilità che i lavori di spoglio delle opere giurisprudenziali classiche siano stati iniziati contemporaneamente per le tre masse principali è stata in specie ribadita da F. Wieacker, *Zur Herstellung der Digesten. Rahmenbedingungen ihrer Rekonstruktion*, in *Ars boni et aequi. Festschrift für W. Waldstein*

dendo dai commentari al *ius civile*, gli unici che la commissione avrebbe avuto a disposizione fin dal luglio-agosto 530<sup>8</sup>, per poi continuare, a partire grosso modo dal settembre dello stesso anno, con l'esame dei commentari *ad edictum*, circostanza quest'ultima che induce tra l'altro lo studioso britannico a modificare, in contrasto con alcuni elementi testuali che paiono invece da considerare assolutamente attendibili, la datazione di alcune *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*, che si troverebbero anticipate alla seconda metà del 530, in un momento cioè in cui si andrebbero pertanto cronologicamente a sovrapporre alle *decisiones*<sup>9</sup>.

Alla luce di questi rilievi l'ipotesi formulata dal Pugsley, pur se per certi aspetti seducente, corre il rischio, nei termini in cui è stata proposta, di essere rigettata anche nella parte in cui pure mostra invece, a mio avviso, un qualche plausibile grado di attendibilità<sup>10</sup>. Ciò che balza agli occhi è infatti innanzi tutto la circostanza

---

zum 65. Geburtstag, Stuttgart, 1993, pp. 417 ss. Per quanto riguarda la c.d. *appendix* la stessa opinione fu in passato sostenuta, pur con alcune esitazioni, da H. Krüger, *Die Herstellung der Digesten Justinians und der Gang der Excerptio*, Münster in Westfalen, 1922, pp. 175 ss.

<sup>8</sup> In particolare non appare convincente la ricostruzione di Pugsley, *On Compiling Justinian's Digest*, cit., p. 304 e nota 32, laddove ipotizza che i compilatori disponessero dei *libri iuris civilis* di Sabino e che tuttavia avessero pensato di utilizzarli esclusivamente per la redazione delle rubriche. È vero che i *libri tres* figurano nell'*index Florentinus* e che Sabino è ancora citato, sebbene tra i giuristi della seconda schiera, in *CTh.* 1, 4, 3 (...*eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus, ut Scaevolae, Sabini, Iuliani atque Marcelli, omniumque, quos illi celebrarunt, si tamen eorum libri propter antiquitatis incertum codicum collatione firmentur...*), ma è da ritenersi a mio avviso altamente improbabile che i compilatori, potendo avere a disposizione una copia dell'opera, abbiano ommesso di farne uso, quanto meno *reverentiae antiquitatis causa*: sul punto cfr. per tutti le condivisibili osservazioni di Schulz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, cit., p. 187 (trad. it. *Storia della giurisprudenza romana*, cit., p. 278).

<sup>9</sup> Lascia a questo proposito assai perplessi lo spostamento di data di *CI.* 6, 24, 14 (indirizzata a Giovanni di Cappadocia e databile, in base alla *scriptio*, al 29-30 luglio 531, anticipata invece ai giorni 29 luglio-1° agosto 530) e della già citata *CI.* 6, 28, 4 (a sua volta indirizzata a Giovanni di Cappadocia, databile al 1° settembre del 531, ma anticipata al 1° settembre dello stesso 530), spostamenti resi necessari per dimostrare che il lavoro di spoglio delle opere giurisprudenziali classiche era già avviato alla fine del luglio del 530, appunto con l'esame delle opere di commento al *ius civile* (cfr. *CI.* 6, 24, 14 pr.: *Cum in libris Ulpiani, quos ad Massurium Sabinum scripsit, talis species relata est, hanc apertius expedire nobis visum est*) e successivamente, dopo la 'scoperta triboniana', con la lettura delle opere di commento all'editto (v. *CI.* 6, 28, 4, 3 su cui v. *supra*, nota 4).

<sup>10</sup> Sul punto mi pare emblematica la posizione di Varvaro, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 470, nota 285, che, pur occupandosi *ex professo* – in maniera seria e documentata e con risultati a mio avviso in larga parte condivisibili – delle *Quinquaginta decisiones*, sembra rigettare *in toto* la ricostruzione tentata dal Pugsley, senza tenerne in alcun modo conto neppure in relazione alla parte relativa al preannuncio delle *decisiones* che si ipotizza appunto contenuto nella legge *ad senatum* del 22 luglio.

za che le costituzioni in questione siano appunto indirizzate *ad senatum*, aspetto questo che sappiamo tutt'altro che usuale nell'ambito della legislazione giustiniana e che certo le connota di una particolare rilevanza.

Sappiamo infatti che sono indirizzate *ad senatum* buona parte delle costituzioni in cui si enunciano i progetti o si pubblicano le opere della compilazione: si tratta della *const. Haec quae necessario*, della *const. Tanta-Δέδωκεν* [= *CI. 1, 17, 2*] e della *const. Cordi*. Del resto al senato, oltre a quelle in esame, risultano altresì indirizzate in epoca giustiniana soltanto altre due costituzioni, entrambe di ampio respiro e che si segnalano entrambe per l'importanza del loro contenuto normativo. Mi riferisco più esattamente a *C.I. 6, 30, 22* (forse del 27 novembre del 531) con cui, come è noto, si introdusse il *beneficium inventarii* e di *C.I. 6, 51, 1* (del 1° giugno del 534), con cui si abolì invece definitivamente la legislazione caducaria<sup>11</sup>.

Ancora si può ricordare che in precedenza erano state indirizzate *ad senatum* *C.Th. 1, 1, 5* (con cui nel 429 si era enunciato il primo progetto di codificazione teodosiana) e *C.Th. 1, 4, 3*, vale a dire la c.d. legge delle citazioni, che, come è noto, era parte di una *oratio* indirizzata al senato di Roma in cui la cancelleria occidentale delineava il quadro generale del sistema delle fonti normative, regolando altresì l'applicazione in sede giudiziale della legislazione imperiale, sia che si trattasse di costituzioni aventi carattere particolare (cfr. *CI. 1, 14, 2*, *CI. 1, 19, 7* e *CI. 1, 22, 5*, per quanto riguarda *rescripta* e *decreta*), sia che si trattasse piuttosto di *leges generales* (cfr. a questo proposito *CI. 1, 14, 3*). Si può infine aggiungere che la legislazione indirizzata *ad senatum*, ancora copiosa nel corso del IV e nella prima parte del V secolo, si era andata rarefacendo fin quasi a scomparire del tutto nella legislazione post-teodosiana. Non a caso a partire dalla metà del V secolo e prima di Giustiniano, risultano indirizzate al senato orientale due sole costituzioni tra l'altro entrambe contenenti disposizioni che riguardavano specificamente i membri della stessa assemblea senatoria<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> In relazione a *CI. 6, 30, 22*, di diverso avviso è però R. Reggi, *Ricerche intorno al beneficium inventarii*, Milano, 1967, pp. 155 ss., che ha ipotizzato di posticipare la datazione al 534; *contra*, tuttavia, sul punto G. Wesener, *Beschränkungen der Erbenhaftung im römischen Recht: separatio bonorum und beneficium inventarii*, in *Ars boni et aequi*, cit., pp. 410-411.

<sup>12</sup> Mi riferisco a *CI. 12, 2, 2* (*Marcianus*, a. 450-455) con cui si era abolita la *Collatio glebalis* o *follis* e a *CI. 10, 32 (31), 63* (*Leo*, s.d.), con cui si era invece prevista la regola generale secondo la quale dovevano essere liberati dalla condizione curiale i figli di coloro che detenessero una carica effettiva di rango *illustris*, purché nati successivamente all'acquisto di tale carica. Su quest'ultima disposizione cfr. A. S. Scarcella, *La legislazione di Leone I*, Milano, 1997, pp. 436-437.

In secondo luogo appare significativo il fatto che in due dei testi sopra indicati figurino espliciti riferimenti ai *volumina* del diritto antico con particolare riferimento alle *contentiones antiqui iuris* e alle *ambiguitates veteris iuris* che la cancelleria intendeva appunto risolvere:

*CI. 5, 4, 24: ...sic etenim et antiqui iuris contentio dirimetur et immensa librorum volumina ad mediocrem modum tandem pervenient.*

*CI. 8, 41 (42), 8: ...corrigenes volumina et veteris iuris ambiguitates resecentes sancimus...*

2. Alla luce di quanto appena rilevato credo dunque che la questione vada riesaminata attenendosi scrupolosamente ai dati testuali a nostra disposizione. In particolare è opportuno prendere le mosse proprio dal secondo dei due riferimenti ai *volumina* del diritto antico, perché dall'analisi complessiva del testo risulta chiaramente che l'intervento della cancelleria – che significativamente si dice volto alla *resecatio* di *veteris iuris ambiguitates* – aveva preso effettivamente spunto da una questione già affrontata in termini che parrebbero non dissimili, e sia pure con diversi punti di approdo, dall'antica giurisprudenza. Il riferimento si trova contenuto in un testo volto a risolvere le difficoltà interpretative che potevano insorgere nei casi ambigui riguardo all'individuazione dell'*animus novandi*, vale a dire dell'effettiva volontà dei contraenti di sostituire la precedente con una nuova obbligazione<sup>13</sup>. A questo spe-

<sup>13</sup> Per l'ipotesi, che sembra trovare ulteriore dimostrazione nel testo parallelo di *I. 3, 29, 3a* (di cui mi sono occupato in *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., pp. 469 ss.), secondo il quale già i giuristi dell'epoca classica avrebbero individuato il fondamento della novazione nell'*animus novandi*, la cui effettiva esistenza poteva essere desunta, attraverso apposite presunzioni, dalla presenza di determinati elementi di forma e di sostanza cfr. P. Voci, *Per la storia della novazione*, in *Bull. Ist. Dir. Rom.* 68, 1965, p. 157 e pp. 191-192 (= *Studi di diritto romano*, I, Padova, 1985, p. 304 e pp. 340-341), cui rinvio (cfr. *ibidem*, pp. 152-153 [= *Studi*, I, cit., pp. 298-299]) anche per la confutazione dell'ipotesi di F. Pringsheim, *Zur Geschichte des animus novandi*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, I, Napoli, s.d. (ma 1953), pp. 509 ss. (= *Gesammelte Abhandlungen*, I, Heidelberg, 1961, pp. 360 ss.), secondo il quale la nozione di *animus novandi*, da intendersi come volontà interna rilevante indipendentemente dalla sua esteriorizzazione, sarebbe penetrata negli scritti classici attraverso l'opera delle scuole postclassiche orientali. Alla conclusione secondo cui il ricorso all'*animus novandi* non sarebbe da ascrivere né all'elaborazione postclassica, né ad un'innovazione giustiniana giunge anche P. Lambrini, *La novazione. Pensiero classico e disciplina giustiniana*, Padova, 2006, pp. 28-40. Più in generale sulla nozione di *animus novandi* v. altresì, fra gli altri, P. Frezza, *Animus novandi*, in *Studi in onore di B. Biondi*, I, Milano, 1966, pp. 225 ss., nonché le ricerche di P. Apathy, *Zur Abgrenzung von Novation und Kumulation von Obligationen*, in *Zeitschr. d. Savigny-Stiftung f. Rechtsgeschichte Rom. Abt.* 89, 1972, pp. 220

cifico proposito la cancelleria giustiniana, ricorrendo ad un criterio di valutazione oggettiva, stabiliva, che, a prescindere dagli elementi presuntivi elaborati dai *veteris iuris conditores* e ciò sia nel caso di novazioni soggettive sia in quello, certo assai più delicato, delle novazioni oggettive, l'esistenza dell'*animus novandi* dovesse comunque risultare da una esplicita dichiarazione delle parti<sup>14</sup>.

Più esattamente si precisava (§ 1) che sarebbe stata necessaria e sufficiente una volontà comunque manifestata, *etsi non verbis exprimatur*, a differenza di quanto invece di norma avveniva nella pratica negoziale in cui, come risulta esplicitamente testimoniato dal testo della costituzione, attraverso l'utilizzazione del termine greco ἀνοβατεύτως, si era soliti dichiarare piuttosto espressamente l'intenzione delle parti di dar vita ad una nuova obbligazione senza estinguere la precedente<sup>15</sup>.

Dalla complessiva lettura del testo risulta dunque con sufficiente chiarezza come la cancelleria si muovesse alla ricerca di un punto di equilibrio tra la soluzione adottata nella prassi dell'epoca e quanto, al contrario, era dato riscontrare nell'elaborazione teorica della giurisprudenza dell'età del Principato, da

---

ss., e *Animus novandi. Das Willensmoment beim römischen Schuldenerneuerungsvertrag*, Wien-New York, 1975, in specie pp. 31 ss. (con particolare riferimento alle fonti giustiniane).

<sup>14</sup> Non pare dubbio che con l'espressione *veteris iuris conditores* la cancelleria giustiniana intendesse qui riferirsi alla giurisprudenza dell'epoca del Principato: sul punto cfr. Luchetti, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., p. 471 e nota 197 (cui rinvio per le indicazioni bibliografiche). In questo senso, v. ora *amplius* Lambrini, *La novazione*, cit., pp. 11-17. Più in generale sul riferimento ai *veteris iuris conditores* che ricorre analogo (talvolta nella variante *antiqui iuris conditores*) in altre sei costituzioni giustiniane (v. *CI.* 1, 14, 12, 1 e 5; *CI.* 4, 29, 25, 1; *CI.* 4, 39, 9; *CI.* 5, 3, 20, 2; *CI.* 5, 4, 25, 1; *CI.* 7, 7, 1, 1a) cfr. quanto osservato da F. Casavola, *Scienza, potere imperiale, ordinamento giuridico nei giuristi del II secolo*, in *Iura* 27, 1976, p. 24 e nota 17, nonché da R. Quadrato, *Iuris conditor*, in *Index* 22, 1994, pp. 87 ss.

<sup>15</sup> La soluzione adottata dalla costituzione giustiniana rovesciava dunque la tendenza della prassi che, di fronte alle difficoltà di accertamento dell'*animus novandi*, riteneva che la nuova obbligazione avesse natura novativa salvo che non risultasse il contrario da una esplicita dichiarazione delle parti. Più prudentemente il legislatore prevedeva invece che la nuova obbligazione non avesse effetti novativi salvo che non fosse stata espressamente manifestata l'intenzione delle parti di novare. Su questo aspetto della riforma giustiniana cfr. in particolare Voci, *Per la storia della novazione*, cit., pp. 148-149 (= *Studi di diritto romano*, I, cit., pp. 294-295), che sottolinea appunto come *CI.* 8, 41 (42), 8 insista sulla necessità di una volontà espressa. Diversamente sul punto F. Bonifacio, *La novazione nel diritto romano*<sup>2</sup>, Napoli, 1959, pp. 181-183, ma sulla questione cfr. altresì, anche con riferimento alla testimonianza di Theoph., *Paraph.* 3, 29, 3a, le osservazioni di A. Masi, s.v. *Novazione (diritto romano)*, in *Enc. del Dir.* 28, Milano, 1978, pp. 771-772 e nota 41. Sulle conseguenze giuridiche derivanti dalla mancanza dell'espressa volontà di novare, cui fa riferimento il legislatore attraverso il ricorso all'espressione *anteriora stare et posteriora incrementum illis accedere*, cfr. Lambrini, *La novazione*, cit., pp. 25-28.

un lato individuando una regola di facile e sicura applicazione che permettesse di limitare i pericoli di contenzioso insiti nell'applicazione dei criteri presuntivi elaborati dalla giurisprudenza classica, dall'altro rovesciando tuttavia la presunzione novativa che sembrerebbe appunto esser sorta nella prassi negoziale dell'epoca precedente<sup>16</sup>.

Alcuni altri frammenti del provvedimento in esame sono invece dedicati alla materia successoria, ma sempre in un contesto in cui si percepisce vivo il 'confronto' con l'opera e le soluzioni adottate dai *veteres*. In particolare *CI.* 6, 25, 7 (6) si occupa di fedecommissi universali condizionati posti a carico dei figli<sup>17</sup>. Più precisamente vi si stabiliva che, nel caso in cui il lascito fedecommissario fosse sottoposto ad una delle tre condizioni "*si filius vel fiiia intestatus vel intestata*" *vel etiam* "*sine liberis*" *aut* "*sine nuptiis decesserit*", le eventuali restituzioni fedecommissarie non avessero luogo e che pertanto il figlio o la figlia onerati del lascito trattenessero definitivamente l'eredità a beneficio dei loro aventi causa, con esclusione del solo caso in cui tutte le condizioni risultassero verificate<sup>18</sup>.

La cancelleria giustiniana stabiliva cioè che tali condizioni dovessero considerarsi congiuntamente e non autonomamente l'una rispetto all'altra e che pertanto solo *si nihil ex his fuerit subsequutum* (e quindi solo se tutte si fossero avverate) avrebbe dovuto aver luogo la restituzione fedecommissaria *secundum verba testamenti*<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Sul punto, cfr. Luchetti, *La legislazione imperiale*, cit., p. 473; v. altresì ampiamente Lambrini, *La novazione*, cit., pp. 22-25, cui rinvio (cfr. *ibidem*, pp. 17-22) anche per l'analisi dell'elencazione – di natura meramente esemplificativa (*vel aliquid fecerit*) – delle *praesumptiones* mediante le quali, già in diritto romano classico, poteva essere accertata la sussistenza dell'*animus novandi*.

<sup>17</sup> Il provvedimento riguardava propriamente i fedecommissi universali e tuttavia un'estensione ai fedecommissi a titolo particolare risulta espressamente prevista al § 3: *Quae omnia et in legatis vel fideicommissis specialibus locum habere sancimus*. Non escluderei peraltro che l'intero paragrafo conclusivo, presupponendo l'equiparazione di legati e fedecommissi, sia il risultato di un'aggiunta compiuta dai compilatori del *Codex repetitae praelectionis*: sul punto, per un quadro delle vicende che portarono all'*exaequatio* di legati e fedecommissi (che parrebbe dirsi pienamente compiuta solo con l'emanazione di *CI.* 6, 43, 2 dell'a. 531), cfr. Luchetti, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., pp. 279 ss.

<sup>18</sup> Per la terminologia utilizzata dalla cancelleria giustiniana e per il significato della locuzione *substitutio vel restitutio*, da intendersi come riferita alla sostituzione fedecommissaria cfr. L. Desanti, *Restitutionis post mortem onus. I fedecommissi da restituirsi dopo la morte dell'onerato*, Milano, 2003, in specie pp. 438 ss. (sul punto, v. anche p. 104 e nota 130). Quanto all'ipotesi che la cancelleria giustiniana intendesse prendere in esame il caso di un'unica disposizione sottoposta a una pluralità di condizioni cfr. inoltre le convincenti argomentazioni fornite dalla stessa autrice, *ibidem*, pp. 103-104 e nota 129.

<sup>19</sup> La soluzione adottata, come si precisa nella parte conclusiva del *principium*, non avrebbe peraltro dovuto trovare applicazione esclusivamente nel caso in cui onerati del fedecommissario fossero i figli

L'opportunità di tale soluzione si presentava secondo la cancelleria soprattutto nel caso in cui il figlio onerato, pur morto intestato, avesse avuto a sua volta dei discendenti, perché in tale circostanza benché si fosse appunto avverata la condizione “*si filius vel filia intestatus vel intestata decesserit*” l'*angustia verborum* avrebbe privato in ultima analisi i discendenti delle stesse sostanze paterne (*cui enim ferendus est intellectus, si forsitan testamentum quidem non fecerit, posteritatem autem habuerit, propter huiusmodi verborum angustias liberos eius omni paene fructu paterno defraudari*).<sup>20</sup>), percorrendo tra l'altro una via che si dice resa ancor più *impia* per la circostanza che i discendenti dell'onerato risultavano tali anche rispetto al disponente<sup>20</sup>. In questo contesto, a conforto della soluzione adottata, veniva altresì citato il responso papiniano di cui è traccia in *D. 35, 1, 102*, responso in cui il giurista severiano aveva escluso che avesse luogo la sostituzione fedecommissaria in presenza di discendenti benché nulla fosse stato disposto al riguardo dal *de cuius*<sup>21</sup>:

*Cl. 6, 25, 7, 1: Cum autem invenimus excelsi ingenii Papinianum in huiusmodi casu, in quo pater filio suo substituit nulla liberorum ex his procreandorum adiectione habita, ex optimo intellectu disposuisse evanescere substitutionem, si is qui substitutione praegravatus est pater efficiatur et liberos sustulerit, intelligentem non esse verisimile patrem, si de nepotibus cogitaverit, talem fecisse substitutionem: humanitatis intuitu hoc et latius et pinguius interpretandum esse credidimus.*

Si faceva cioè leva sul fatto che, se secondo l'opinione di Papiniano alla disposizione fedecommissaria poteva considerarsi apposta la condizione tacita “*si sine liberis decesserit*”, a maggior ragione ad una soluzione analoga si sarebbe dovuti pervenire nel caso in cui la condizione in questione risultasse affiancata ad altre clausole<sup>22</sup>.

---

del disponente, ma anche qualora risultasse invece onerato un estraneo: *...quo exemplo etiam aliis personis, licet extraneae sunt, de quibus huiusmodi aliquod scriptum fuerit, medemur.*

<sup>20</sup> Come rileva a questo proposito la cancelleria la soluzione adottata sarebbe stata conseguentemente accolta con riconoscenza sia dai padri che dai figli: *...viam itaque impiam obstruentes, ut ne quis et alius deviaverit, huiusmodi facimus sanctionem et hanc legem in perpetuum valituram inducimus tam patribus quam liberis gratam...* Sul punto cfr. quanto già brevemente osservato dalla Desanti, *Restitutionis post mortem onus*, cit., p. 98, nota 119.

<sup>21</sup> Sulla valenza del richiamo del responso del giurista severiano cfr. da ultima S. Di Maria, *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: “reverentia antiquitatis” e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del Codice*, Bologna, 2009, pp. 38-39.

<sup>22</sup> La soluzione, che si dice dunque accolta in una linea logica di sviluppo rispetto a quanto già previsto nel *responsum* papiniano, si dichiara tra l'altro adottata *humanitatis intuitu*: per la valenza del riferimento all'*humanitas* cfr. in particolare F. B. J. Wubbe, *L'humanitas de Justinien*, in *Tijdschrift*

Più esattamente il testo papiniano (cfr. *D.* 35, 1, 102 [*Pap.* 9 *resp.*]: *Cum avus filium ac nepotem ex altero filio heredes instituisset, a nepote petit, ut, si intra annum trigesimum moreretur, hereditatem patruo suo restitueret: nepos liberis relictis intra aetatem supra scriptam vita decessit. fideicommissi condicionem coniectura pietatis respondi defecisse, quod minus scriptum, quam dictum fuerat, inveniretur*) riteneva implicitamente apposta la condizione “*si sine liberis decesserit*” nel caso in cui l’avo, istituiti eredi un figlio e un nipote discendente da altro figlio premorto, avesse pregato quest’ultimo di restituire la propria quota allo zio coerede “*si intra annum trigesimum moreretur*”. Si può ancora notare che la soluzione papiniana era stata in precedenza ribadita e generalizzata prevedendo che la *condicio tacita* si applicasse nei confronti di qualunque discendente onerato della restituzione dopo la morte e che inoltre riguardasse anche i nipoti e i pronipoti (cfr. *CI.* 6, 42, 30 del 529)<sup>23</sup>.

Peraltro un’ulteriore questione interpretativa connessa e di cui ci è conservata traccia in *CI.* 5, 4, 24 veniva a quanto sembra ancora affrontata nel prosieguo del testo. Prendendo infatti probabilmente spunto dalla condizione “*si filius vel filia sine nuptiis decesserit*” di cui si era appunto discusso in *CI.* 6, 25, 7 (6) pr. con riferimento alle sostituzioni fedecommissarie<sup>24</sup>, la cancelleria intendeva altresì chiarire il significato da attribuire all’eventuale *mentio nuptiarum* che si trovasse inserita in *qualicumque pacto, quod ad dandum vel faciendum vel non dandum vel non faciendum concipitur*<sup>25</sup>:

*CI.* 5, 4, 24: *Sancimus, si quis nuptiarum fecerit mentionem in qualicumque pacto, quod ad dandum vel faciendum vel non dandum vel non faciendum concipitur, et sive nuptiarum tempus dixerit sive nuptias nominaverit, non aliter intellegi esse condicionem adimplendam vel extenuandam, nisi ipsa nuptiarum accedat festivitas, et non esse tempus inspiciendum, in quo nuptiarum aetas vel feminis*

---

*voor Rechtsgeschiedenis* 58, 1990, p. 259. Sul punto v. anche, nella letteratura recente, ma solo per un accenno, G. Crifò, *A proposito di humanitas*, in *Ars boni et aequi*, cit., p. 81 e nota 21. Per un quadro delle fonti in cui l’*humanitas* appare come motivo ispiratore della legislazione giustiniana cfr. altresì Varvaro, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 496, nota 376.

<sup>23</sup> Per un esame di *CI.* 6, 42, 30, con particolare riferimento alla citazione di Papiniano in essa contenuta (*Cum acutissimi ingenii vir et merito ante alios excellens Papinianus in suis statuit responsis...*), v. ora Di Maria, *La cancelleria imperiale*, cit., pp. 23 ss.

<sup>24</sup> Cfr. in particolare Desanti, *Restitutionis post mortem onus*, cit., pp. 102 ss. Più in generale sulla condizione “*si sine nuptiis decesserit*” v. la stessa autrice, *ibidem*, in specie pp. 106 ss.

<sup>25</sup> Per l’origine sostanzialmente postclassica della questione che si intendeva dirimere cfr., per tutti, le osservazioni di K.-H. Schindler, *Justinians Haltung zur Klassik. Versuch einer Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidenden Konstitutionen*, Köln-Graz, 1966, p. 62.

*post duodecimum annum accesserti vel maribus post quartum decimum annum completum, sed ex quo vota nuptiarum re ipsa processerint. sic etenim et antiqui iuris contentio dirimetur et immensa librorum volumina ad mediocrem modum tandem pervenient.*

Amplificando – con un’enfasi che sappiamo frequente nella legislazione giustiniana e che è in particolare tipica delle costituzioni programmatiche – l’effettiva portata della soluzione adottata<sup>26</sup> si prevedeva dunque che l’indicazione delle *nuptiae* (sia che si fosse fatto riferimento alle nozze stesse o piuttosto al *tempus nuptiarum*) dovesse essere comunque intesa come riferita alla *festivitas nuptiarum*, e quindi al momento perfezionativo del matrimonio<sup>27</sup> e non piuttosto al momento in cui i nubendi avessero invece acquisito la maturità sessuale, avessero cioè raggiunto – secondo quanto già previsto in *CI.* 5, 60, 3 – rispettivamente i dodici anni se femmine e i quattordici se maschi e conseguentemente la possibilità teorica di contrarre un matrimonio legittimo<sup>28</sup>.

Si completa con quanto appena rilevato un quadro normativo che, pur nella varietà degli argomenti trattati, mostra ancora alcuni fili che, così riannodati, formano una trama che forse almeno in parte, e sia pure con grande cautela, può essere ricostruita. Un dato che va innanzi tutto attentamente osservato è che il ‘dialogo’ con i materiali classici non si limita ai due brevi inserti contenuti in *CI.* 5, 4, 24 e in *CI.* 8, 41 (42), 8, ma risulta assai più articolato componendosi – per quanto ci è possibile ricostruirlo – anche attraverso quanto disposto in materia di restituzioni fedecommissarie in *CI.* 6, 25, 7 (6) e in particolare me-

<sup>26</sup> Mi riferisco ovviamente in particolare alla frase conclusiva: ...*sic etenim et antiqui iuris contentio dirimetur et immensa librorum volumina ad mediocrem modum tandem pervenient.*

<sup>27</sup> Il richiamo alla *festivitas nuptiarum* non implica tuttavia che in diritto giustiniano siano state individuate forme tassative di obiettivazione del *consensus*, ma semplicemente che, ai fini perseguiti dal legislatore, le festività nuziali venissero individuate da un lato come indice inequivocabile dell’esistenza del *consensus*, dall’altro come momento dell’effettiva realizzazione dell’unione matrimoniale come situazione di fatto: sul punto cfr. G. Luchetti, *Il matrimonio cum scriptis e sine scriptis nelle fonti giuridiche giustiniane*, in *Bull. Ist. Dir. Rom.* 92-93, 1989-1990, p. 337 e nota 16 (= *Contributi di diritto giustiniano*, Milano, 2004, pp. 55-56 e nota 16).

<sup>28</sup> Sotto quest’ultimo profilo la costituzione in esame teneva tra l’altro conto di quanto in precedenza disposto in una costituzione del 529 recepita in *CI.* 5, 60, 3 (*Imp. Iustinianus A. Menae pp.*): *Indecoram observationem in examinanda marum pubertate resecentes iubemus: quemadmodum feminae post impletos duodecim annos omnimodo pubescere iudicantur, ita et mares post excessum quattuordecim annorum puberes existimetur, indagazione corporis inhonesta cessante.* Sulla riforma giustiniana cfr. quanto ho avuto occasione di dire, anche con riferimento a *I.* 1, 22 pr., in Luchetti, *La legislazione imperiale*, cit., pp. 103-107.

dianche la esplicita citazione che vi è contenuta (cfr. § 1) del *responsum* papiniano riprodotto in *D.* 35, 1, 102.

Il dato è tanto più significativo se si noti che dall'avvento al trono di Giustiniano e fino al 22 luglio del 530 le citazioni nominative di giuristi erano state appena cinque e tutte riferite a Papiniano o a Paolo, due giuristi cioè che non a caso – direi – erano menzionati nella legge delle citazioni: cfr. a questo proposito *CI.* 3, 28, 33, 1: Paolo (529); *CI.* 6, 30, 19 pr.: Paolo (529); *CI.* 6, 42, 30: Papiniano (529), che, come sappiamo, a sua volta citava lo stesso *responsum* papiniano riprodotto in *D.* 35, 1, 102; *CI.* 7, 45, 14: Papiniano (529); *CI.* 2, 55 (56), 5, 3: nuovamente Paolo (530)<sup>29</sup>.

La circostanza appare particolarmente significativa se si presti contestualmente attenzione alla evidente continuità cronologica tra il provvedimento indirizzato *ad senatum* il 22 luglio 530 e l'avvio della realizzazione del progetto delle *Quinquaginta decisiones*, che sappiamo prese in concreto le mosse a pochi giorni di distanza, e cioè, come è da ritenersi ragionevolmente certo, a partire dal 1° agosto dello stesso anno<sup>30</sup>.

La sovrapposizione del dato cronologico e di quello contenutistico sembra cioè quasi necessariamente implicare uno stretto collegamento tra il progetto delle *decisiones* e il provvedimento normativo del 22 luglio del 530, tanto più se si valuti la circostanza che l'essere tale provvedimento – come abbiamo visto – indirizzato *ad senatum* implicava certamente l'intenzione di conferire alle statuizioni che vi erano previste una rilevanza tutta particolare<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Sul punto, con riferimento alle citazioni dei giuristi nella legislazione del 529 e dei primi mesi del 530, v. ora in particolare la trattazione *ex professo* della Di Maria, *La cancelleria imperiale*, cit., pp. 39 s. e 178 s.

<sup>30</sup> La circostanza può dirsi unanimemente condivisa dalla dottrina più autorevole: quanto alla fissazione del 1° agosto come data di inizio del periodo di emanazione delle *Quinquaginta decisiones* cfr. il quadro bibliografico da me fornito in *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., p. 31, nota 33; l'ipotesi è confermata nella letteratura successiva: v. a questo proposito in particolare Varvaro, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, cit., in specie p. 467. Sul punto, cfr. ora anche J. Paricio, *Sulle Quinquaginta decisiones*, in *Labeo* 46, 2000, p. 506 e R. Lambertini, *Se ci sia stato un Quinquaginta decisionum liber*, in *Iura* 57, 2008-2009, p. 131, nota 23.

<sup>31</sup> Abbiamo visto che *ad senatum* era stata indirizzata, tra le costituzioni programmatiche con cui si dava inizio ai lavori di compilazione, *const. Haec quae necessario*. Si può ripetere che *ad senatum* furono inoltre indirizzate le costituzioni che pubblicavano il *Digesto* ed il *Codex repetitae praelectionis* cioè la *const. Tanta-Δέδοικεν* (= *CI.* 1, 17, 2) e la *const. Cordi*. Sul punto, anche con riferimento ai precedenti tardo-imperiali, v. quanto detto *supra* nel testo e in nota.

3. Arrivati a questo punto non è possibile non occuparsi, sia pure ai nostri specifici fini, delle *Quinquaginta decisiones*, un tema cui, come è noto, si è di frequente rivolta l'attenzione della più recente dottrina romanistica<sup>32</sup>. Su molte delle rilevanti questioni che esse pongono non ho però intenzione qui di soffermarmi, preferendo piuttosto limitarmi a considerare alcuni 'passaggi critici' evidenziati dall'attuale dibattito dottrinale. In particolare non intendo prendere in considerazione *ex professo* la questione se tutte siano state inserite nel *Codex repetitae praelectionis* e soprattutto soffermarmi sui vari criteri di norma utilizzati per la loro identificazione<sup>33</sup>.

Mi limito qui ad osservare che l'utilizzazione in via esclusiva del metodo formale dà ovviamente maggiori garanzie, ma non può non essere integrata dal criterio cronologico (secondo il classico studio del Rotondi sarebbero state emanate entro e non oltre il 17 novembre 530)<sup>34</sup>. Certo si tratta, nel caso di quest'ultimo, di un criterio effettivamente ricavabile solo *a posteriori*, ma da cui non si può del tutto prescindere, in considerazione del fatto che la massimazione subita dei testi ha fatto talvolta cadere in quelli inseriti nel Codice il riferimento autoclassificatorio formale (sintomatico, come è noto, il caso di *I. 1, 5, 3* con riferimento a *CI. 7, 5, 1*)<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> Oltre al mio *La const. ad senatum del 22 luglio del 530*, cit., pp. 17 ss. v., nella letteratura più recente, Russo Ruggeri, *Studi sulle Quinquaginta decisiones*, cit., pp. 3 ss.; Paricio, *Sulle Quinquaginta decisiones*, cit., pp. 503 ss.; Varvaro, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, cit., pp. 365 ss.; D. Pugsley, *Cordi and the Fifty Decisions*, in *Il Diritto giustiniano tra tradizione classica e innovazione* (a cura di F. Botta), Torino, 2003, pp. 135 ss.; Lambertini, *Se ci sia stato un Quinquaginta decisionum liber*, cit., pp. 121 ss.; C. Russo Ruggeri, *Sulle Quinquaginta decisiones, dieci anni dopo*, in *St. et doc. hist. et iuris* 76, 2010, pp. 445 ss. Accanto ai lavori dedicati *ex professo* al tema delle *Quinquaginta decisiones*, devono essere poi ricordate le riflessioni sulla questione contenute in M. A. Messina, *Sui "libri definitionum" di Emilio Papiniano. "Definitio" e "definire" nell'esperienza giuridica romana*, in *Ann. Sem. Giur. Palermo* 45, 2, 1998, pp. 275 ss.; M. Campolunghi, *Potere imperiale e giurisprudenza in Pomponio e in Giustiniano*, II, 2, Perugia, 2007, pp. 443 ss.; Di Maria, *La cancelleria imperiale*, cit., pp. 41 ss.

<sup>33</sup> Sul punto, cfr. in particolare le contrapposte prese di posizione di Varvaro, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, cit., pp. 445 ss. e di Russo Ruggeri, *Studi sulle Quinquaginta decisiones*, cit., pp. 9 ss. Quest'ultima ora affronta nuovamente la questione in *Sulle Quinquaginta decisiones, dieci anni dopo*, cit., pp. 446 ss.

<sup>34</sup> Cfr. G. Rotondi, *Studi sulle fonti del Codice Giustiniano*, in *Bull. Ist. Dir. Rom.* 29, 1918, pp. 148 ss. (= *Scritti giuridici*, I, Pavia, 1922, pp. 232 ss.). Sui limiti che tuttavia presenta l'impiego del criterio cronologico v. peraltro le osservazioni di Russo Ruggeri, *Studi sulle Quinquaginta decisiones*, cit., pp. 18 ss.; *Sulle Quinquaginta decisiones, dieci anni dopo*, cit., in specie p. 447 e nota 10.

<sup>35</sup> L'opera istituzionale, dando conto delle riforme che avevano portato all'unificazione dello *status libertinorum*, prima *tripertitus*, include espressamente tra le *decisiones CI. 7, 5, 1*, mediante la quale era stata formalmente abolita la categoria dei *dediticii* (cfr. *I. 1, 5, 3: ...et dediticii quidem per constitutionem*

Altra questione, ma strettamente connessa alla precedente è del resto quella di accertare se l'arco cronologico individuato dal Rotondi sia pienamente affidante, circostanza questa che parrebbe esclusa dal fatto che l'emanazione delle *decisiones* sembrerebbe protrarsi fino al 30 aprile del 531, come risulta testimoniato da *CI. 6, 27, 5* (che peraltro generalizza una soluzione già adottata con la *decisio* conservata in *CI. 6, 27, 4*) e da *CI. 6, 50, 20 e 21*<sup>36</sup>. Io stesso peraltro ho tentato di salvare la cronologia del Rotondi ipotizzando che *CI. 6, 27, 5* sia una *decisio* in quanto costituente uno sviluppo interpretativo della soluzione già adottata con la *decisio* riprodotta in *CI. 6, 27, 4*, ma tale via d'uscita non può valere per le altre costituzioni della fine di aprile del 531, tanto che pare giocoforza pensare che l'emanazione delle *decisiones* si sia protratta oltre il periodo indicato dalla dottrina tradizionale<sup>37</sup>.

In questo quadro non pienamente definito un dato che invece parrebbe ragionevolmente indiscutibile è quello del numero di cinquanta e ciò nonostante alle *decisiones* si faccia riferimento senza alcuna precisazione numerica nella maggioranza dei testi di provenienza giustiniana ed esse risultino esplicitamente quantificate solo in *const. Cordi, 1*<sup>38</sup>. Semmai può opportunamente porsi

---

*expulimus, quam promulgavimus inter nostras decisiones, per quas suggerente nobis Triboniano viro excelso quaestore antiqui iuris altercationes placavimus...*). L'inclusione nel novero delle *decisiones* di *CI. 7, 5, 1* non è invece ricavabile dal testo della costituzione inserito nel *Codex repetitae praelectionis*. Sul punto, rinvio a quanto già detto in Luchetti, *La legislazione imperiale*, cit., pp. 15 ss.

<sup>36</sup> Quanto alla possibilità che alcune *decisiones* siano state emanate al di fuori dell'arco cronologico in cui tradizionalmente le si colloca e più esattamente fino al 30 aprile 531 v. in particolare la convincente ricostruzione fornita da Varvaro, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, cit., pp. 403 ss., 410 s., 448.

<sup>37</sup> Con riferimento a *CI. 6, 27, 5* e per i rapporti con la *decisio* conservata in *CI. 6, 27, 4*, cfr. Luchetti, *La legislazione imperiale*, cit., p. 31, nota 33. L'osservazione non può peraltro appunto valere per *CI. 6, 30, 20 e 21*. Cfr., sul punto, Paricio, *Sulle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 506. Ammette genericamente che l'emanazione delle *Quinquaginta decisiones* possa essere avvenuta anche al di là dei limiti cronologici tradizionalmente individuati Lambertini, *Se ci sia stato un Quinquaginta decisionum liber*, cit., p. 131, nota 23.

<sup>38</sup> Cfr. *const. Cordi, 1: Postea vero, cum vetus ius considerandum recepimus, tam quinquaginta decisiones fecimus quam alias ad commodum propositi operis pertinentes plurimas constitutiones promulgavimus, quibus maximus antiquarum rerum articulus emendatus et coartatus est omneque ius antiquum supevacua prolixitate liberum atque enucleatum in nostris institutionibus et digestis reddidimus*. Sul punto, cfr. da ultimo Lambertini, *Se ci sia stato un Quinquaginta decisionum liber*, cit., p. 126. Peraltro non credo si possa discutere sul numero di cinquanta e pensare che sia il risultato di un arrotondamento per difetto o per eccesso (di diverso avviso è Paricio, *Sulle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 504, *contra*, v. tuttavia Lambertini, *op. cit.*, p. 134; Russo Ruggeri, *Sulle Quinquaginta decisiones, dieci anni dopo*, cit., p. 446). Un dato ancor più certo è che

il problema se siano state concepite come cinquanta fin dall'inizio. Il numero di cinquanta ha infatti carattere evidentemente simbolico e non casualmente coincide con il numero dei libri del Digesto (già preannunciato in *const. Deo auctore*, 5)<sup>39</sup>. Ciò detto non si può dunque escludere che il numero non sia stato fissato fin dall'origine (cioè, secondo me, il 22 luglio del 530), ma eventualmente in un momento successivo, strada facendo, probabilmente per simmetria, appunto dopo la fissazione del progetto della raccolta di *iura* in cinquanta libri. Ne potrebbe essere prova proprio il fatto che l'emanazione delle *decisiones* continua, sia pure brevemente – come abbiamo detto – nel 531, e quindi certamente in un momento successivo all'inizio dei lavori di compilazione del Digesto forse a completamento del numero ormai definito in cinquanta, quando già era iniziato il dialogo fra cancelleria e compilatori attraverso le *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*<sup>40</sup>.

4. Ma veniamo alla questione forse più delicata – l'unica che insieme ad un'altra mi propongo di affrontare qui un po' più da vicino – e cioè quella degli scopi perseguiti dalla cancelleria con l'emanazione delle *decisiones*. A questo proposito appare oggi non più appagante l'idea, pur ancora da alcuni sostenuta, che le *decisiones* si configurino come un lavoro direttamente funzionale alla redazione del Digesto<sup>41</sup>. Né mi convince appieno l'ipotesi di una sostanziale unitarietà dei due progetti, soprattutto in relazione all'indiscutibile iato temporale fra il momento di inizio dell'emanazione delle *decisiones* e l'avvio del progetto di compilazione

---

cinquanta furono le *decisiones* e non le costituzioni che le contengono, che furono certamente meno (ne abbiamo vari indizi, ma si ricordi per tutti il fatto che in *CI. 6, 2, 22* ricorrono ben tre *decisiones*): sul punto rinvio a Luchetti, *La Legislazione imperiale*, cit., pp. 490-491, nota 24.

<sup>39</sup> Cfr. *const. Deo auctore*, 5: *Cumque haec materia summa numinis liberalitate collecta fuerit, oportet eam pulcherrimo opere extruere et quasi proprium et sanctissimum templum iustitiae consecrare et in libros quinquaginta et certos titulos totum ius digerere...* Sul particolare valore, anche simbolico, assunto dal numero cinquanta, cfr. Varvaro, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 369, nota 4; cui *adde* ora Lambertini, *Se ci sia stato un Quinquaginta decisionum liber*, cit., pp. 130 ss.

<sup>40</sup> Sul punto, per la fissazione del momento in cui avrebbe preso avvio l'emanazione delle *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*, cfr. C. Longo, *Contributo alla storia della formazione delle Pandette*, in *Bull. Ist. Dir. Rom.* 19, 1907, pp. 132 ss., che ebbe ad individuarne un primo blocco in quelle databili al 20 febbraio 531.

<sup>41</sup> Tale opinione, che vede in sostanza nelle *decisiones* un lavoro preparatorio della raccolta di *iura*, è ancora oggi sostenuta da Pugsley, *On Compiling Justinian's Digest*, cit., p. 291 s.; più recentemente, dello stesso autore, anche *Cordi and the Fifty Decisions*, cit., pp. 135 ss. In senso decisamente contrario, cfr. nella più recente letteratura Russo Ruggeri, *Sulle Quinquaginta decisiones, dieci anni dopo*, cit., pp. 446 s.

del Digesto, pur se nel quadro di una sicura continuità di intenti del comune ideatore, Triboniano<sup>42</sup>.

A mio modo di vedere non si può invece escludere che almeno in origine, pur denotando un crescente disagio per lo stato dei *iura*, il progetto delle *decisiones* fosse finalizzato alla risoluzione di singole questioni controverse – di origine classica e non – il cui superamento era probabilmente percepito come necessario al fine pratico di velocizzare i tempi della giustizia, al fine di *amputare* (come si era detto nel *principium* della *const. Haec quae necessario*) la *prolixitas litium*<sup>43</sup>.

Credo cioè plausibile ritenere che solo nella seconda metà del 530 – nel corso quindi del concreto dipanarsi di quel lavoro di scandaglio dei materiali classici che costituiva il necessario presupposto delle *decisiones* – sia maturato compiutamente il progetto di redigere la raccolta di *iura*, dopo che ci si era forse resi conto, intrapresa quella via, che comunque le *decisiones* non sarebbero state da sole sufficienti a mettere ordine in una materia articolata e dispersa come quella dei *iura*, che pertanto – *re melius perpensa* – richiedeva un'opera ben più radicale e complessa di razionalizzazione<sup>44</sup>.

Sotto questo profilo anzi l'idea che la redazione delle *decisiones* e la compilazione del Digesto siano progetti cronologicamente concatenati piuttosto che parti di un disegno originariamente concepito come unitario sembra altresì testimoniato dal fatto che – come già ho accennato – il primo progetto sembra non esaurirsi del tutto con l'inizio del secondo, circostanza questa che parrebbe dimostrata dal

<sup>42</sup> In questo senso, cfr. Russo Ruggeri, *Studi sulle Quinquaginta decisiones*, cit., pp. 113 ss.; *Sulle Quinquaginta decisiones, dieci anni dopo*, cit., p. 463. È appena il caso di ricordare che le Istituzioni attribuiscono a Triboniano la paternità delle *Quinquaginta decisiones* (cfr. I. 1, 5, 3), evidenziando in tal modo la riconducibilità di queste ultime e della raccolta di *iura* ad una comune mente ispiratrice: cfr. Luchetti, *La legislazione imperiale*, cit., p. 20 e nota 18.

<sup>43</sup> *Haec, quae necessario corrigenda esse multis retro principibus visa sunt, interea tamen nullus eorum hoc ad effectum ducere ausus est, in praesenti rebus donare communibus auxilio dei omnipotentis censuimus et prolixitatem litium amputare...* Cfr. anche il § 3: *...ut ex eo tantummodo nostro felici nomine nuncupando codice recitatio constitutionum in omnibus ad citiores litium decisiones fiat iudicis*. Sul punto v. per tutti R. Bonini, *Introduzione allo studio dell'età giustiniana*<sup>4</sup>, Bologna, 1985, p. 19 (= AA.VV., *Lineamenti di storia del diritto romano*<sup>2</sup>, a cura di M. Talamanca, Milano, 1989, p. 637). Com'è noto, alcune *decisiones* risolvevano questioni di diritto che non avevano il proprio fondamento in dispute dell'antica giurisprudenza, ma trovavano la loro origine nell'epoca posteriore: cfr. in particolare Schindler, *Justinians Haltung zur Klassik. Versuch einer Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidenden Konstitutionen*, cit., pp. 93 ss. (con riferimento a *CI.* 5, 51, 13); pp. 95 s. (per quanto riguarda *CI.* 5, 4, 26); pp. 326 ss. (a proposito di *CI.* 4, 5, 11).

<sup>44</sup> Sul cambio di prospettiva operato dallo stesso legislatore giustiniano di fronte alla lettura dei materiali classici nel passaggio dalle *decisiones* alle *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*, cfr. ora Di Maria, *La cancelleria imperiale*, cit., pp. 180 s.

fatto che l'emanazione delle *decisiones* appare appunto protrarsi fino al 30 aprile del 531, in un momento cioè in cui, come è testimoniato tra l'altro dalla progressione delle *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*, lo spoglio dei materiali classici era certamente ormai iniziato su larga scala<sup>45</sup>.

Mi sembra dunque che si possa giungere alla conclusione che nel luglio del 530 nella mente di Triboniano il progetto della codificazione dei *iura* fosse ancora concepito a livello embrionale (e forse ancora accarezzato come un sogno irraggiungibile) e che proprio per questo motivo si sia annunciato il progetto delle *decisiones* al fine di risolvere immediatamente quantomeno alcune questioni controverse, che rendevano lo stato dei *iura* particolarmente insoddisfacente anche a fini strettamente pratici<sup>46</sup>.

In questo contesto l'idea compiuta della realizzazione del Digesto si innestò probabilmente più tardi, mutando questo sì, almeno in parte, la stessa prospettiva originaria che era alla base del progetto delle *decisiones*, che, nel loro dipanarsi, finirono per acquistare una funzione gregaria (e in qualche modo funzionale) rispetto alla creazione di quello che con espressione enfatica, ma efficacissima, sarà definito dai giustinianei il *Sanctissimum templum iustitiae*.

5. Altra questione dibattuta nella dottrina e su cui intendo qui soffermarmi brevemente è quella relativa alla possibilità che sia stata realizzata o meno una raccolta delle *decisiones* e ciò anche alla luce della presunta testimonianza di Glossa torinese nr. 370 (*adoptivi*) a I. 3, 1, 2<sup>47</sup>. Vi sono certamente elementi indi-

<sup>45</sup> Cfr. sul punto Longo, *Contributo alla storia della formazione delle Pandette*, cit., pp. 132 ss. e P. de Francisci, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *Bull. Ist. Dir. Rom.* 22, 1910, pp. 155 ss.; 23, 1911, pp. 5 ss. e p. 186 ss.; 27, 1914, pp. 5 ss.

<sup>46</sup> Sotto questo profilo appare significativo ricordare come i commissari di Giustiniano avessero previsto un periodo di tempo di almeno dieci anni per la realizzazione della raccolta di *iura*. Cfr. *const. Tanta*, 12: *Omni igitur Romani iuris dispositione composita et in tribus voluminibus, id est institutionum et digestorum seu pandectarum nec non constitutionum, perfecta et in tribus annis consummata, quae ut primum separari coepit, neque in totum decennium compleri sperabatur...* (= *const. Δέδωκεν*, 12: *Οὕτω τοίνυν τὴν Ῥωμαίων νομοθεσίαν τάξαντες καὶ ἐν τρισὶν τοῖς ὅλοις βιβλίοις τε καὶ ἐνιαυτοῖς πρᾶγμα τοσοῦτον ἐκπεπονηκότες, ὅπερ ἦν μὲν τὴν ἀρχὴν ὑπὲρ ἅπασαν ἐλπίδα, τὰ δὲ δὴ τελευταῖα, μεθ' ὅπερ ἡμεῖς βατὸν εἶναι τὸ πρᾶγμα ἐδείξαμεν, οὐδὲ εἰς δέκατον ἔτος ὅλον συντεθῆναι προσδοκηθέν, εἰς μόνων τριῶν ἐνιαυτῶν ἀποτελέσαντες τάχος...*). Sul punto, cfr. Luchetti, *La legislazione imperiale*, cit., p. 18, nota 20.

<sup>47</sup> L'interrogativo prospettato è risolto in senso positivo da Russo Ruggeri, *Studi sulle Quinquaginta decisiones*, cit., pp. 71 ss.; Paricio, *Sulle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 507; Lambertini, *Se ci sia stato un Quinquaginta decisionum liber*, cit., pp. 135 ss.; Russo Ruggeri, *Sulle Quinquaginta decisiones, dieci anni dopo*, cit., pp. 463 ss. In senso contrario, cfr. tuttavia G. L. Falchi, *Osservazioni sulle L decisiones di*

ziari che autorizzano con qualche fondamento a ipotizzare che una raccolta in realtà vi sia stata. In particolare la netta separazione fra *decisiones* e *constitutiones ad commodum* evidenziata nella *const. Cordi* certamente indirizza in questo senso<sup>48</sup>, benché l'origine della distinzione vada altresì individuata nel fatto che le prime assumono un valore simbolico con riferimento alla modifica della politica normativa giustiniana in rapporto ai *iura* con la finalità specifica di individuare una soluzione autoritativa che si prestasse ad un'efficace applicazione giudiziale in relazione ai casi di *ius controversum*<sup>49</sup>.

Comunque sia a mio avviso non riguarda invece il nostro tema proprio la principale testimonianza addotta per sostenere l'esistenza della raccolta, cioè appunto il testo di Glossa torinese nr. 370 (*adoptivi*) a I. 3, 1, 2, un passo tradizionalmente datato alla media età giustiniana (543-546):

*Hic adoptivi generaliter dixit, idest sive transeant in potestatem, sive non; nam ii, qui non transeunt in potestatem, in hereditatem succedunt patribus adoptivis, sicut libro L constitutionum invenies.*

La frase che qui più interessa è ovviamente quella finale (...*sicut libro L constitutionum invenies*) che, nel fare riferimento a *CI.* 8, 47 (48), 10, sembrerebbe individuarla come inserita in una raccolta di cinquanta costituzioni. Si tratta certamente di

---

Giustiniano, in *Studi in onore di A. Biscardi*, V, Milano, 1984, p. 148, nota 63, e, ampiamente, Varvaro, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, cit., pp. 484 ss. È opportuno precisare *in limine* che la testimonianza di Marcellino Comite, secondo cui *Post consulatum Lampadii et Orestis. His cons(ulibu)s codex Iustinianus orbi promulgatus est*» (ed. Migne, *PL* 51, col. 941), non pare poter essere direttamente riferita all'emanazione di una raccolta contenente le *Quinquaginta decisiones* (cfr. sul punto LAMBERTINI, *op. cit.*, pp. 145 ss.; diversamente sembra però argomentare Russo Ruggeri, *Studi sulle Quinquaginta decisiones*, cit., pp. 69 ss.; *Sulle Quinquaginta decisiones, dieci anni dopo*, cit., p. 453).

<sup>48</sup> Cfr. *const. Cordi*, 1: *Postea vero, cum vetus ius considerandum recepimus, tam quinquaginta decisiones fecimus quam alias ad commodum propositi operis pertinentes plurimas constitutiones promulgavimus...*; v. anche § 2: *Sed cum novellae nostrae tam decisiones quam constitutiones, quae post nostri codicis confectionem latae sunt...*; nonché § 5: *Repetita itaque iussione nemini in posterum concedimus vel ex decisionibus nostris vel ex aliis constitutionibus...*. Il dato è stato più volte sottolineato dalla dottrina: cfr. già Russo Ruggeri, *Studi sulle Quinquaginta decisiones*, cit., pp. 73 ss.; *Sulle Quinquaginta decisiones, dieci anni dopo*, cit., pp. 453 e ss. *Contra*, v. tuttavia Varvaro, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 486, secondo cui dalla pur netta distinzione operata dal legislatore giustiniano non sarebbe comunque possibile ricavare l'ipotesi della pubblicazione di una raccolta delle *Quinquaginta decisiones*.

<sup>49</sup> Si sofferma ampiamente sul punto Russo Ruggeri, *Studi sulle Quinquaginta decisiones*, cit., pp. 118 ss.; *Sulle Quinquaginta decisiones, dieci anni dopo*, cit., pp. 453 e ss.

una citazione atipica per il redattore della Glossa<sup>50</sup> e che, nonostante le perplessità che suscita anche per altri motivi<sup>51</sup>, sembrerebbe in effetti *prima facie* deporre a favore della redazione di una raccolta delle *Quinquaginta decisiones* in cui, a stare alla testimonianza in questione, sarebbe stata appunto inserita la famosissima riforma della adozione introdotta dalla cancelleria giustiniana.

Peraltro ad una riflessione più attenta, anche a prescindere da possibili errori o sviste che possano essere attribuiti al redattore del manoscritto<sup>52</sup> o allo stesso autore della Glossa<sup>53</sup>, non credo che la nostra testimonianza possa portare elementi utili a sostenere fondatamente l'ipotesi che sia stata redatta una raccolta delle *decisiones* e ciò per il semplice motivo che *Cl.* 8, 47 (48), 10 non può essere a mio modo di vedere annoverata nel numero delle *decisiones*<sup>54</sup>.

In questo senso devo ammettere che non risulta peraltro decisivo l'argomento che potrebbe trarsi dalla datazione. Secondo l'emendazione della *subscriptio* proposta dal Krüger (cfr. *Editio maior, ad h. l.: post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc.*), da me tuttora ritenuta preferibile, la nostra costituzione andrebbe infatti datata al 1° settembre del 531 e pertanto si collocherebbe al di fuori, in base ad una dottrina che sappiamo consolidata, dall'ambito cronologico delle *decisiones*<sup>55</sup>.

<sup>50</sup> È stato opportunamente fatto rilevare come l'autore della Glossa torinese quando richiama altre costituzioni faccia riferimento al libro e al titolo relativi del *Codex repetitae praelectionis*. Cfr. sul punto, ampiamente, Varvaro, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 477. L'argomento non risulta tuttavia essere decisivo: cfr. Lambertini, *Se ci sia stato un Quinquaginta decisionum liber*, cit., p. 138.

<sup>51</sup> Deve essere in particolare ricordata l'incidenza del divieto di recitare in sede giudiziale le costituzioni nella loro veste originale (*const. Cordi*, 5), nonché l'impiego del termine *constitutiones* e non *decisiones* da parte dell'autore della Glossa torinese. Su questi aspetti problematici v. ora Lambertini, *Se ci sia stato un Quinquaginta decisionum liber*, cit., pp. 136 ss.

<sup>52</sup> Per l'ipotesi che l'indicazione *L* possa essere una dittografia indotta dalla precedente parola *libro*, cfr. Varvaro, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 477 e nota 322; in senso contrario, v. però ora Lambertini, *Se ci sia stato un Quinquaginta decisionum liber*, cit., pp. 140 s.

<sup>53</sup> Quest'ultimo, leggendo le fonti bizantine, potrebbe aver scambiato la lettera maiuscola greca *H*, impiegata per indicare il numero otto, vale a dire il numero del libro del *Codice* contenente la costituzione citata, con la lettera maiuscola *N* (cinquanta). Per questa possibilità cfr. già Varvaro, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 478; cui *adde* tuttavia ora le osservazioni di Lambertini, *Se ci sia stato un Quinquaginta decisionum liber*, cit., p. 141 e nota 48.

<sup>54</sup> Cfr. sul punto Luchetti, *La legislazione imperiale*, cit., p. 71, nota 89; sulla questione v. ora anche Di Maria, *La cancelleria imperiale*, cit., pp. 128 ss.

<sup>55</sup> L'argomento, anche se accettata la datazione al 1° settembre 531, potrebbe peraltro non essere definitivo quanto meno per chi ritiene che l'emanazione delle *decisiones* si sia protratta anche oltre l'aprile di quell'anno (cfr. Lambertini, *Se ci sia stato un Quinquaginta decisionum liber*, cit., p. 143; Russo Ruggeri, *Sulle Quinquaginta decisiones, dieci anni dopo*, cit., p. 449).

Tuttavia non è mancato chi ha ritenuto che sia piuttosto da emendare l'*inscriptio* (*Iuliano pp.*), mantenendo così ferma la data del 1° settembre del 530, data in cui risultano appunto emanate alcune *decisiones*<sup>56</sup>. Coloro che hanno sostenuto questa ipotesi non hanno peraltro tenuto conto del fatto che altre costituzioni risultano a loro volta emanate proprio il 1° settembre del 531 e che quindi la questione della datazione passa attraverso un'alternativa, risolubile in base a scelte ugualmente plausibili, i cui due poli sono quelli di ritenere necessariamente errata o l'*inscriptio* o la *subscriptio*<sup>57</sup>.

Credo dunque che, a prescindere dall'incerto dato cronologico quale risulta dal testo pervenutoci, proprio qui si debba applicare con grande attenzione il criterio di identificazione formale delle *decisiones* cui prima si è fatto cenno, criterio che, nel caso di specie, risulta decisivo per escludere che *CI. 8, 47 (48), 10* sia da ritenere una delle *decisiones*. A questo proposito infatti non solo il sostantivo *decisio* e il verbo *decidere* sono del tutto assenti in un testo assai lungo come quello conservatoci in *CI. 8, 47 (48), 10*, ma – circostanza ancor più significativa – le Istituzioni, quando citano la costituzione in questione, mai la identificano come *decisio*, benché invece ciò avvenga di regola nel testo istituzionale quando si fa riferimento appunto ad una delle *Quinquaginta decisiones* (ciò accade in ben sette casi: cfr. *I. 1, 5, 3; I. 1, 10 pr.; I. 2, 5, 5; I. 3, 23, 1 [1]; I. 3, 28, 3; I. 4, 1, 8; I. 4, 1, 16 [18]*)<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> Per uno spunto in tal senso, v. già Pugsley, *Cordi and the Fifty Decisions*, cit., p. 141, nota 18, seguito da Lambertini, *Se ci sia stato un Quinquaginta decisionum liber*, cit., p. 144 e da Russo Ruggeri, *Sulle Quinquaginta decisiones, dieci anni dopo*, cit., p. 449.

<sup>57</sup> Risultano infatti essere state emanate il 1° settembre 531 (cfr. sul punto l'*Index constitutionum ad temporis ordinem redactus* di Krüger, *Editio maior*, p. 47) numerose altre costituzioni: cfr. *CI. 1, 3, 49 (50)*, con le relative *leges iungendae* (*CI. 1, 5, 22; CI. 3, 28, 37; CI. 6, 22, 12*), *CI. 1, 3, 50 (51)* (*pr. = CI. 2, 3, 29*); *CI. 2, 41 (42), 2; CI. 2, 52 (53), 7; CI. 2, 55 (56), 6; CI. 3, 28, 35* (*leges iungendae: CI. 3, 28, 36; CI. 6, 28, 4*); *CI. 3, 31, 12* (per l'emendazione della *subscriptio*, cfr. Krüger, *Editio maior*, p. 274); *CI. 5, 59, 5; CI. 6, 43, 3; CI. 7, 17, 2* (la cui lacunosa *subscriptio D. k. Sept.* viene così integrata: *Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc.* [cfr. Krüger, *Editio maior*, p. 653]); *CI. 7, 47, 1; CI. 8, 10, 13; CI. 8, 39 (40), 4 (5); CI. 8, 56 (57), 4* (per lo spostamento di datazione, sia pure dubitativamente, cfr. Krüger, *Editio maior*, p. 806); *CI. 12, 33 (34), 7*.

<sup>58</sup> Cfr. *I. 1, 5, 3: ...et dediticios quidem per constitutionem expulimus, quam promulgavimus inter nostras decisiones...* (*CI. 7, 5, 1*); *I. 1, 10 pr.: ...cumque super filio variabatur, nostra processit decisio...* (*CI. 5, 4, 25*); *I. 2, 5, 5: ...secundum Marcelli sententiam nostra decisione promulgata permisimus...* (*CI. 3, 33, 13*); *I. 3, 23, 1 (1): ...sed nostra decisio ita hoc constituit...* (*CI. 4, 38, 15, 1*); *I. 3, 28, 3: ...tamen post nostram decisionem res expedita est...* (*CI. 4, 27, 2 [3]*); *I. 4, 1, 8: ...nos huiusmodi calliditati obviam euntes per nostram decisionem sanximus...* (*CI. 6, 2, 20*); *I. 4, 1, 16 (18): ...sed nostra providentia etiam hoc in decisionibus nostris emendavit...* (*CI. 6, 2, 22*).

Per quanto vi siano due circostanze in cui ciò eccezionalmente non si verifica (si tratta di *I. 2, 7, 4* con riferimento a *CI. 7, 7, 1* e di *I. 2, 4, 3* e *I. 3, 10, 1* con riguardo invece a *CI. 3, 33, 16*)<sup>59</sup>, rapportato al nostro testo il dato appare comunque decisivo se si tenga conto del fatto che proprio la nostra *CI. 8, 47 (48), 10* risulta essere la più citata in assoluto di tutto il manuale istituzionale ed in nessuna delle ben cinque citazioni che la riguardano (cfr. *I. 1, 11, 2*; *I. 1, 12, 8*; *I. 2, 13, 5*; *I. 2, 18, 2*; *I. 3, 1, 14*), mai è indicata come *decisio*<sup>60</sup>.

Insomma *CI. 8, 47 (48), 10* non risulta essere una *decisio* né dal punto di vista formale, né probabilmente da quello cronologico (se si accolga la datazione di Krüger sarebbe stata emanata ben quattro mesi dopo la più recente costituzione formalmente qualificata con certezza come tale). Il fatto che risolva una *dubitatio* e metta riparo ad un *vitium* riscontrato nelle fonti classiche non deve fuorviarci, collocandola piuttosto a buon diritto fra le *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*<sup>61</sup>.

Del resto quello del rapporto fra *decisiones* e *constitutiones ad commodum* è un aspetto che dovrebbe essere meglio definito. In particolare non è condivisibile la posizione di chi tende ad assimilare i tempi e gli scopi perseguiti<sup>62</sup>. In realtà invece i due gruppi di costituzioni sono nettamente distinti dai giustinianeî e ancor oggi

<sup>59</sup> Cfr. *I. 2, 7, 4*: ...*hoc quasi invidiae plenum pio remedio per nostram constitutionem mederi necessarium duximus...* (*CI. 7, 7, 1*); *I. 2, 4, 3*: ...*quae omnia nostra statuit constitutio...* e *I. 3, 10, 1*: ...*licet his antea connumerabantur, attamen capitis deminutione minima eos tolli nostra prohibuit constitutio* (*CI. 3, 33, 16*).

<sup>60</sup> Cfr. a questo proposito *I. 1, 11, 2*: *Sed hodie ex nostra constitutione, cum filius familias a patre naturali extraneae personae in adoptionem datur...*; *I. 1, 12, 8*: *Sed et si pater filium, quem in potestate habet, avo vel proavo naturali secundum nostras constitutiones super his habitas...*; *I. 2, 13, 5*: ...*circa adoptivos autem certam induximus divisionem, quae constitutioni nostrae, quam super adoptivis tulimus, continetur*; *I. 2, 18, 2*: *Tam autem naturales liberi, quam secundum nostrae constitutionis divisionem adoptati...*; *I. 3, 1, 14*: *Sed ea omnia antiquitati quidem placuerunt: aliquam autem emendationem a nostra constitutione acceperunt... hoc solito more corrigentes constitutionem scripsimus... nostra autem constitutione exceptus est is... quae specialiter et singillatim ex praefatae constitutionis tenore possunt colligi.*

<sup>61</sup> Per un inquadramento di *CI. 8, 47 (48), 10* nell'ambito delle *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes* v. da ultimo, in particolare, le convincenti osservazioni della Di Maria, *La cancelleria imperiale*, cit., pp. 128 ss.

<sup>62</sup> Non appare quindi condivisibile la posizione espressa da Pugsley, *Cordi and the Fifty Decisions*, cit., pp. 140 ss., secondo cui furono solo a posteriori qualificate come *decisiones* le costituzioni che risultano emanate tra il 22 luglio ed il 17 novembre del 530 (all'insieme delle *Quinquaginta decisiones* l'autore riporta, oltre a *CI. 7, 5, 1* e *CI. 7, 25, 1*, anche *CI. 8, 47 [48], 10*). Per il medesimo ordine di motivi non convince appieno la diversa proposta di Russo Ruggeri, *Studi sulle Quinquaginta decisiones*, cit., pp. 64 ss. (in modo più sfumato, *Sulle Quinquaginta decisiones, dieci anni dopo*, cit., p. 449), che individua l'arco temporale all'interno del quale sarebbero state emanate le *decisiones* nel periodo compreso tra il 22 luglio del 530 ed il 1° settembre del 531.

ben distinguibili anche se si verifica fra di esse una brevissima sovrapposizione cronologica (le ultime *decisiones* sono dell'aprile del 531, le prime *constitutiones ad commodum* sono del 20 febbraio 531).

Ai diversi tempi di emanazione corrispondono del resto diversi scopi e diverse logiche. Le *constitutiones ad commodum* sono infatti ormai direttamente funzionali alla redazione del Digesto in un dialogo serrato fra cancelleria e compilatori che procede in parallelo allo spoglio dei materiali classici. La redazione della raccolta di *iura* non è più solo nella mente e nei sogni di Triboniano, ma muove ormai i primi passi concreti. La fase di progettazione è terminata e la realizzazione del Digesto è ormai in atto. Ma questo è un altro discorso e qui dobbiamo fermarci.

## *MINIMA DE LEGITIMATIONE ET DE NUPTIIS\**

### **Le origini della legittimazione dei figli naturali per susseguente matrimonio: a proposito di C. 5.27.5 (*Imp. Zeno A. Sebastiano pp.*) e della prima formulazione dell'istituto nella legislazione costantiniana**

Il tema della legittimazione dei figli naturali e, in particolare, quello della *legitimitio per subsequens matrimonium* ha suscitato in anni recenti un'attenzione discontinua e per lo più frammentaria da parte della letteratura romanistica<sup>1</sup>. Tale circostanza

---

\* Pubblicato in AA.VV., *Civitas et civilitas. Studi in onore di F. Guizzi*, II, a cura di A. Palma, Torino, 2013, pp. 482-491.

<sup>1</sup> Dopo la pubblicazione del mio *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, Milano 1990, l'argomento è stato preso nuovamente in considerazione da un numero relativamente esiguo di contributi, che quasi sempre si sono soffermati solo su alcuni aspetti specifici. Ricordo al proposito van de Wiel, *La Légitimation par oblation à la Curie dans le droit romain. Quelques traces dans les droits canonique, civil et byzantin*, in *RIDA*, 3<sup>e</sup> s. 37 (1990), pp. 447-460; Astolfi, *Costantino e la legittimazione dei figli naturali mediante matrimonio*, in *Il diritto romano canonico quale diritto proprio delle comunità cristiane dell'Oriente mediterraneo. IX Colloquio internazionale romanistico canonistico*, Città del Vaticano 1994, pp. 227-265; Sitzia, *Novella 19: fra problemi di tecnica legislativa e cavilli della prassi*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Prof. F. Gallo*, II, Napoli 1997, pp. 319-336; Fayer, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*, III, *Concubinato. Divorzio. Adulterio*, Roma 2005, pp. 39-54; Roncati, *La novella 74: legge e caso concreto*, in *Diritto@storia*, 6 2007, pp. 1-18. Meritevole di attenzione è inoltre la sintesi di Polo Arévalo, *Igualdad y filiación. Estudio de la discriminación de los hijos por razón de su nacimiento*, Cizur Menor (Navarra) 2011, pp. 113-150,

za – unita al recente riconoscimento da parte del legislatore italiano dell'unicità dello stato giuridico dei figli<sup>2</sup> – rende a mio avviso non superfluo ritornare a svolgere in questa sede alcune considerazioni sull'emersione della forma più antica di legittimazione e in particolare sugli orientamenti di politica legislativa che ne determinarono l'introduzione nella tarda antichità.

Come è noto le origini della legittimazione per susseguente matrimonio possono essere fatte risalire all'epoca di Costantino, mentre l'*oblatio curiae*, sorta nel V secolo come strumento rivolto a riconoscere ai *liberi naturales* la piena capacità di acquisto nei confronti del proprio padre, assume il carattere di vera e propria forma di legittimazione, sia pure con effetti limitati, solo con Giustiniano<sup>3</sup>. La legittimazione per *rescriptum principis* venne invece successivamente introdotta e organicamente disciplinata solo nella legislazione novellare<sup>4</sup>.

---

cui si aggiunga da ultimo ancora Astolfi, *La legittimazione dei figli naturali mediante matrimonio*, in *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico e giustiniano*, Napoli 2012, pp. 265-297. Per alcuni cenni sull'introduzione della legittimazione per rescritto imperiale avvenuta con Nov. 74 *praef.*, 1-2, v. anche Vigneron, *La Novelle 74,5 de Justinien et le régime juridique du concubinat romain*, in *Le droit de la famille en Europe. Son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours*, Strasbourg 1992, pp. 729-737; Id., *La politique moralisatrice de Justinien à l'égard des séducteurs (plus spécialement au vu de la Nov. 74,5)*, in *Collatio iuris romani. Études dédiées à H. Ankum*, II, Amsterdam 1995, pp. 583-592. È appena il caso di puntualizzare in questa sede, a dispetto di quanto ripetutamente osservato da Roger Vigneron (cfr. *opp. cit.*, 729 e nt. 4; 736 e nt. 37; 591 e nt. 61), che le disposizioni contenute in Nov. 74.5 – delle quali peraltro ho avuto modo di occuparmi diffusamente in *Il matrimonio cum scriptis e sine scriptis nelle fonti giuridiche giustiniane*, in *BIDR*, 92-93 (1989-1990), pp. 361-364 (ora anche in *Contributi di diritto giustiniano*, Milano 2004, pp. 81-84) – non concernono il tema della legittimazione dei figli naturali, ma quello della prova dell'esistenza di un legame matrimoniale.

<sup>2</sup> Com'è noto, la legge 10 dicembre 2012, n. 219 *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali* ha ora espressamente abrogato (art. 10) la disciplina concernente la legittimazione dei figli naturali contenuta nel nostro codice civile (artt. 280-290 c.c.). Sul progressivo superamento della distinzione tra figli legittimi e non nel nostro ordinamento v. il quadro d'insieme fornito da Sesta, *I disegni di legge in materia di filiazione: dalla disuguaglianza all'unicità dello status*, in *Famiglia e diritto*, 2012, pp. 962-968, nonché le osservazioni di Bianca, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Rivista di diritto civile*, 2013, pp. 1-6.

<sup>3</sup> Sulla categoria dei *liberi naturales* e sulla legittimazione *per oblationem curiae* rinvio a quanto ho avuto modo di osservare in *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustiniane*, cit., rispettivamente, pp. 1-64 e 65-172 (con ulteriore bibliografia, alla quale è da aggiungere il contributo apparso pressoché contemporaneamente di van de Wiel, *La Légitimation par oblation à la Curie dans le droit romain. Quelques traces dans les droits canonique, civil et byzantin*, cit., pp. 447-470); nella letteratura più recente, v. per un'efficace sintesi Polo Arévalo, *Igualdad y filiación. Estudio de la discriminación de los hijos por razón de su nacimiento*, cit., pp. 113-124 e 133-138.

<sup>4</sup> Sulla legittimazione per *rescriptum principis* e le altre forme di «legittimazione», cfr. *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustiniane*, cit., pp. 289-321; sulla prima v. anche, nella più

Le notizie, peraltro esigue, ricavabili dalle fonti sulle origini della vicenda normativa della legittimazione per susseguente matrimonio sono, come è noto, solo di provenienza per così dire ‘indiretta’; una legge di Costantino, il cui testo non ci è stato conservato, viene infatti espressamente ricordata, con un breve accenno, nel più risalente intervento in materia inserito nel *Codex repetitae praelectionis*:

C. 5.27.5: *Imp. Zenon A. Sebastiano pp. Divi Constantini, qui veneranda Christianorum fide Romanum munivit imperium, super ingenuis concubinis ducendis uxoribus, filiis quin etiam ex isdem vel ante matrimonium vel postea progenitis suis ac legitimis habendis, sacratissimam constitutionem renovantes iubemus eos, qui ante hanc legem ingenuarum mulierum (nuptiis minime intercedentibus) electo contubernio cuiuslibet sexus filios procreaverunt, quibus nulla videlicet uxor est, nulla ex iusto matrimonio legitima proles suscepta, si voluerint eas uxores ducere, quae antea fuerant concubinae, tam coniugium legitimum cum huiusmodi mulieribus ingenuis, ut dictum est, posse contrahere, quam filios utriusque sexus ex earundem mulierum priore contubernio procreatos, mox quam nuptiae cum matribus eorum fuerint celebratae, suos patri et in potestate fieri et eum his, qui postea ex eodem matrimonio suscepti fuerint, vel solos, si nullus alius deinde nascatur, tam ex testamento volentibus patribus etiam ex integro succedere quam ab intestato petere hereditatem paternam: pactis, quae matrimonii tempore super dotalibus vel ante nuptias donationis rebus subsecuta fuerint, etiam ad ipsorum personas pertinentibus, ut una cum fratribus suis postea ex isdem parentibus forte progenitis, aut soli, si nullus alius sit procreatus, dotis et ante nuptias donationis pro tenore legum nec minus factorum emolumenta recipiant. 1. Hi vero, qui tempore huius sacratissimae iussionis necdum prolem aliquam ex ingenuarum concubinarum consortio meruerunt, minime huius legis beneficio perfruantur, cum liceat easdem mulieres sibi prius iure matrimonii copulare non extantibus legitimis liberis aut uxoribus ac legitimos filios utpote nuptiis procedentibus procreare, nec debeant, quos ex ingenua concubina dilato post hanc legem matrimonio nasci voluerint, ut iusti ac legitimi postea videantur, magnopere postulare. D. X. k. Mart. post consulatum Armati (20 febbraio 477).*

La costituzione in esame, emanata da Zenone nel 477, fa dunque riferimento nel *principium* ad una *sacratissima constitutio* emanata da Costantino, «*qui veneranda Christianorum fide Romanum munivit imperium*»<sup>5</sup>. Nelle intenzioni della cancelleria il

---

recente letteratura, Polo Arévalo, *Igualdad y filiación. Estudio de la discriminación de los hijos por razón de su nacimiento*, cit., pp. 138-142.

<sup>5</sup> Nonostante i numerosissimi riferimenti alla legislazione costantiniana presenti nelle costituzioni

riferimento alla cristianità di Costantino doveva certamente assumere una forte connotazione ideologica e religiosa, tenuto anche conto del fatto che C. 5.27.5 si colloca come la prima costituzione in ordine di tempo tra quelle a noi pervenute dopo la restaurazione di Zenone (settembre 476), avvenuta a seguito della cacciata da Costantinopoli dell'usurpatore Basilisco<sup>6</sup>. Il provvedimento di Zenone trova inoltre una più ampia collocazione nel quadro della generale avversione dimostrata nello stesso periodo nei confronti delle unioni diverse dalle *iustae nuptiae*, testimoniata anche da C. 5.5.9 e C. 5.8.2<sup>7</sup>.

Dal richiamo effettuato da Zenone alla cristianità di Costantino è stato tuttora recentemente tratto argomento per rilevare come la legittimazione per susse-

---

dei secoli IV, V e VI, mai lo stesso Costantino viene, al di fuori del testo zenoniano, esplicitamente indicato come colui che con la sua opera aveva rafforzato lo Stato romano accogliendo nel suo seno la fede cristiana. Sul punto, v. quanto ho già avuto modo di osservare in *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustiniane*, cit., p. 195, nt. 34.

<sup>6</sup> Basilisco aveva seguito in materia religiosa una politica dichiaratamente filo-monofisita. Sulla politica religiosa di quest'ultimo e sull'*Encyclion* abrogato dallo stesso Zenone nel 477 (C. 1.2.16), cfr. per tutti Dove, *L'Εγκύκλιον βασιλίσκου: un caso di normativa imperiale in Oriente su temi di dogmatica teologica*, in *SDHI*, 51 (1985), pp. 153-188. Per quanto riguarda invece la politica religiosa filo-ortodossa di Zenone all'indomani della sua restaurazione, v. dello stesso Autore, *L'Enotico di Zenone Isaurico. Preteso intervento normativo tra politica religiosa e pacificazione sociale*, in *SDHI*, 54 (1988), pp. 170-172. Più in generale sul regno di Zenone cfr. Stein, *Histoire du Bas-Empire. De la disparition de l'Empire d'Occident à la mort de Justinien*, II, Paris-Bruxelles-Amsterdam 1949 (rist. Amsterdam 1968), pp. 7-76; per quanto riguarda i contrasti religiosi di quegli anni e le circostanze storico politiche che portarono alla restaurazione di Zenone nel 476, v. anche Christophilopoulou, *Byzantine History*, I, Amsterdam 1986, (traduzione di W. W. Phelps), pp. 229-232 e De Giovanni, *Istituzioni, scienza giuridica, codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma 2007, pp. 383-384.

<sup>7</sup> Su questi testi, anche con riferimento al problema della datazione, v. Bonini, *Considerazioni in tema di impedimenti matrimoniali nel diritto postclassico e giustiniano*, in *Studi in onore di B. Biondi*, I, Milano 1965, pp. 496-501; per un accenno, v. anche L. Desanti, *Costantino e il matrimonio fra tutore e pupilla*, in *BIDR*, 89 (1986), pp. 460-461 e G. de Bonfils, *Legislazione ed ebrei nel IV secolo. Il divieto di matrimoni misti*, in *BIDR*, 90 (1987), pp. 408-409 (quest'ultimo Autore opportunamente evidenzia, attraverso il confronto tra C. 5.27.5.1 e C. 5.5.9, l'attenzione della cancelleria di Zenone per il *matrimonium*, rigorosamente distinto da unioni di natura diversa, identificate, piuttosto, con i termini *contubernium* o *consortium*: sul punto v. anche Id., *La 'terminologia matrimoniale' di Costanzo II. Uso della lingua e adattamento politico*, in *Labeo*, 42 [1996], pp. 258-260). Con riferimento all'elencazione delle fonti imperiali contenuta in C. 5.5.9: «...nam rescripta quoque omnia vel pragmaticas formas aut constitutiones impias...», v. le osservazioni di F. Arcaria, *Sul potere normativo del prefetto del pretorio*, in *SDHI*, 63 (1997), pp. 337-339. Per l'opinione che anche C. 5.5.8 sia, conformemente all'*inscriptio*, attribuibile a Zenone, v. Manfredini, *L'exemplum Aegyptiorum di CI 5,5,8*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, n.s. 2 (1988), pp. 37-38, nt. 2 (= «*Certi legum conditores*» e *la veuve vierge* (C.I. 5,5,8), in *RIDA*, 3° s. 35 (1988), pp. 209-210, nt. 2).

guente matrimonio «benché non introdotta dalla religione cristiana» trovi in essa «corrispondenza e conforto» e per giungere alla conclusione secondo cui Zenone, come il suo predecessore Costantino, avrebbe introdotto l'istituto perché mosso «dalla pietà per i figli»<sup>8</sup>.

La tesi recentemente riproposta da Riccardo Astolfi – oltre a non tenere adeguatamente conto del valore marcatamente politico e propagandistico del richiamo alla *fides Christianorum* contenuto in C. 5.27.5 pr. – si scontra a mio avviso con la constatazione del carattere eccezionale dei provvedimenti di Costantino e di Zenone<sup>9</sup>. Che il primo avesse carattere eccezionale sembra ricevere sicura conferma dall'impiego del participio «*renovantes*» in C. 5.27.5 pr.: di una *renovatio* non vi sarebbe infatti stato affatto bisogno se il provvedimento costantiniano non avesse avuto efficacia temporanea<sup>10</sup>. Anche il provvedimento di Zenone ebbe però a sua volta carattere eccezionale ed efficacia temporanea, come si ricava dal disposto del § 1<sup>11</sup>. L'intervento fu probabilmente dettato da circostanze contingenti di opportunità e dalla volontà di dare una risposta unitaria alle richieste di provvedimenti particolari che venivano rivolte all'imperatore. Si trattò insomma, nella sostanza, probabilmente di null'altro che di un semplice

<sup>8</sup> Così Astolfi, *La legittimazione dei figli naturali mediante matrimonio*, cit., p. 296. L'Autore ricorda in precedenza (*op. cit.*, 272 e nt. 5) l'opinione da me espressa circa gli obiettivi perseguiti da Costantino, rivolti principalmente alla tutela degli interessi della famiglia legittima e della moralità dei costumi (cfr. *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustiniane*, cit., *praecipue* pp. 182-194).

<sup>9</sup> L'opinione secondo cui Costantino avrebbe introdotto la legittimazione per favorire i figli naturali era già stata sostenuta da Riccardo Astolfi in *Costantino e la legittimazione dei figli naturali mediante matrimonio*, cit., *passim*. In senso critico nei confronti della tesi sostenuta dallo studioso patavino v. già il mio *La Legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano 1996, p. 63, nt. 82.

<sup>10</sup> Sul punto, cfr. *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustiniane*, cit., p. 179 e nt. 8. Singolarmente Astolfi, *La legittimazione dei figli naturali mediante matrimonio*, cit., p. 266 e nt. 2, mi attribuisce l'opinione secondo cui *renovare* significherebbe modificare il contenuto di un provvedimento precedente «per renderlo attuale». In realtà, ciò che differenzia la mia posizione sul punto da quella espressa da Riccardo Astolfi è dovuta alle mie riserve circa la possibilità di ricostruire con esattezza il contenuto della costituzione costantiniana sulla base di quella successiva di Zenone, in ragione della scarsità di notizie contenute nelle fonti e in considerazione del fatto che non è certo infrequente, soprattutto nella legislazione del tardo impero, che precedenti normativi vengano richiamati solo per giustificare l'introduzione di una disposizione e talvolta anche in modo inesatto (su questa divergenza di opinioni tra me e Riccardo Astolfi cfr. *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., p. 63, nt. 82).

<sup>11</sup> Come del resto riconosce, in linea con una dottrina unanime, anche Astolfi, *Costantino e la legittimazione dei figli naturali mediante matrimonio*, cit., pp. 231-232; Id., *La legittimazione dei figli naturali mediante matrimonio*, cit., p. 269.

provvedimento di sanatoria, emanato per di più in un momento politicamente assai delicato<sup>12</sup>.

Proprio il carattere temporaneo ed eccezionale delle misure emanate da Costantino e da Zenone induce ad escludere che il legislatore sia stato mosso dall'intento di favorire i figli naturali. Se l'obiettivo perseguito dalla cancelleria imperiale fosse stato quello di tutelare i figli nati al di fuori di *iustae nuptiae*, l'istituto della legittimazione sarebbe stato probabilmente introdotto con carattere di stabilità fin dalla sua prima apparizione<sup>13</sup>.

Riccardo Astolfi argomenta la sua tesi circa i motivi dell'introduzione della legittimazione per susseguente matrimonio facendo riferimento anche ad un atteggiamento di «corrispondenza e conforto» da parte della Chiesa. Purtroppo dell'atteggiamento della Chiesa a questo proposito nulla sappiamo dalle fonti patristiche e dai canoni conciliari<sup>14</sup>. Conosciamo, invece, assai bene l'ostilità della politica normativa costantiniana nei confronti del concubinato e dobbiamo ritenere che questo sia stato l'orientamento seguito, almeno a grandi linee, anche dalla cancelleria di Zenone<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Cfr. sul punto quanto ho già avuto modo di osservare in *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, cit., p. 202. Nello stesso ordine di idee, nella letteratura precedente, van de Wiel, *La légitimation par mariage subséquent, de Constantin à Justinien. Sa réception sporadique dans le droit byzantin*, in *RIDA*, 3<sup>e</sup> s., 25 (1978), p. 323; Niziołek, *Legal effects of concubinage in reference to concubine's offspring in the light of imperial legislation of the period of Dominate*, Warszawa-Kraków 1980, p. 48.

<sup>13</sup> L'introduzione dell'istituto con carattere di stabilità è invece dovuto alla costituzione di Anastasio contenuta in C. 5.27.6 (*Imp. Anastasius A. Sergio pp.*) (a. 517). Quest'ultima venne però abrogata a meno di tre anni dalla sua emanazione per volontà di Giustino: cfr. C. 5.27.7 (*Imp. Iustinus A. Marino pp.*) (a. 519). Della *legitimatio per subsequens matrimonium* tornò tuttavia ad occuparsi ben presto la legislazione giustiniana (C. 5.27.10 [*Iust. A. Demostheni pp.*] (a. 529) che stabilizzò definitivamente l'istituto. Su tali vicende normative e sugli sviluppi successivi cfr. Luchetti, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, cit., pp. 202-288. Sul decisivo elemento di novità rappresentato dalla riforma di Anastasio, v. comunque anche le osservazioni di Astolfi, *Costantino e la legittimazione dei figli naturali mediante matrimonio*, cit., p. 240; Id., *La legittimazione dei figli naturali mediante matrimonio*, cit., pp. 274-279.

<sup>14</sup> Per questo rilievo, cfr. già quanto ebbi ad affermare in *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., pp. 63-64, nt. 82.

<sup>15</sup> Per un'analisi congiunta di C. 5.26.1, C.Th. 4.6.2 e C.Th. 4.6.3 e la ricostruzione degli orientamenti della politica normativa costantiniana in materia di concubinato cfr. *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, cit., pp. 182-194. Che anche l'interesse di Zenone fosse rivolto principalmente a favorire il matrimonio è dimostrato dal tenore delle previsioni contenute in C. 5.27.5.1 e riceve ulteriore conferma dagli indirizzi risultanti dalla considerazione complessiva dei provvedimenti riportati in C. 5.5.9, C. 5.8.2 e 5.5.8 (cfr. *supra* e nt. 7).

L'ambito di applicazione delle disposizioni contenute in C. 5.27.5 – limitato al concubinato con donne ingenuae – fornisce chiare indicazioni circa gli obiettivi realmente perseguiti dai due imperatori<sup>16</sup>. Anche alla luce di ciò mi pare dunque giocoforza ritenere che i figli naturali abbiano soltanto beneficiato di misure transitorie, emanate da Costantino e poi da Zenone e rivolte essenzialmente a premiare chi avesse regolarizzato le unioni concubinarie meno gradite all'ordine e al decoro sociale (quelle appunto con donne ingenuae) attraverso il matrimonio<sup>17</sup>.

### **Su una nuova ipotesi interpretativa concernente l'*antiqui iuris contentio* risolta da Giustiniano in C. 5.4.24 (*Imp. Iustinianus A. ad senatum*)**

Il *Codex repetitae praelectionis* ci ha trasmesso un gruppo di provvedimenti – si tratta segnatamente di C. 2.44(45).4, C. 3.38.12, C. 5.24.4, C. 6.25.7(6), C. 8.41(42).8 – indirizzati *ad senatum* e muniti di *subscriptions* che permettono di collocarli cronologicamente al 22 luglio del 530. Ai provvedimenti appena menzionati e di non incerta datazione è possibile aggiungere poi, in via congetturale, ma con un buon grado di probabilità, anche le costituzioni – parimenti indirizzate *ad senatum* – riportate in C. 4.65.35 e C. 11.48.21<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> La possibilità di rendere legittimi i figli nati da relazioni concubinarie con donne di condizione libertina – purché non sussistessero specifici divieti di contrarre matrimonio – venne introdotta dalla costituzione di Anastasio contenuta in C. 5.27.6 (*Imp. Anastasius A. Sergio pp.*) (a. 517) e trovò successiva conferma, dopo l'intervento abrogativo di Giustino (sul punto v. *supra*, nt. 13), da parte di Giustiniano (C. 5.27.10 [*Iust. A. Demostheni pp.*]) (a. 529). La legislazione novellare estende la legittimazione ai procreati da una donna in condizione servile, che solo in un momento successivo avesse ottenuto la libertà (Nov. 18.11) (a. 536). Su questi sviluppi cfr. *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustiniane*, cit., pp. 211-288.

<sup>17</sup> Per un accenno alla questione, v. anche *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., pp. 63-64, nt. 82. Astolfi, *La legittimazione dei figli naturali mediante matrimonio*, cit., p. 268, riconosce la centralità assunta dal matrimonio nella politica normativa di Costantino e di Zenone, ma allora si deve pure ammettere che la cancelleria non intendesse direttamente favorire i figli naturali, ma solo incentivare la trasformazione delle unioni concubinarie con una donna ingenua in matrimonio.

<sup>18</sup> Mi sono già più volte occupato delle disposizioni emanate dalla cancelleria giustiniana il 22 luglio del 530 ed indirizzate *ad senatum*. Per un breve accenno cfr. *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., 471, nt. 196; successivamente, in forma più ampia, v. *La "const. ad senatum" del 22 luglio del 530 e il progetto delle "Quinquaginta decisiones"*, in *Contributi di diritto giustiniano*, cit., pp. 17-42;

È merito di David Pugsley l'aver richiamato – in un lavoro pubblicato alcuni anni or sono – l'attenzione degli studiosi su queste costituzioni e di aver ipotizzato che fossero tutte riconducibili ad un più ampio e articolato contesto normativo, successivamente smembrato nelle sue varie parti dai compilatori del *Codex repetitae praelectionis*<sup>19</sup>. In tale contesto, oltre a risolvere alcune specifiche questioni controverse, si sarebbero altresì congiuntamente enunciati i progetti delle *Quinquaginta decisiones* e della raccolta dei *iura*.

L'ipotesi formulata dallo studioso britannico – che pure non va esente, nei termini in cui è stata proposta, da una serie di importanti rilievi critici – mi sembra tuttavia dotata almeno in parte di un certo grado di attendibilità. La circostanza che le disposizioni in questione siano indirizzate *ad senatum*, nonché l'analisi congiunta del dato contenutistico e di quello cronologico indicano infatti l'esistenza di un collegamento tra l'emanazione della costituzione del 22 luglio del 530 e il progetto delle *Quinquaginta decisiones*<sup>20</sup>.

Dall'analisi complessiva dei frammenti sopravvissuti del provvedimento si percepisce infatti vivo il 'confronto' con l'opera e le soluzioni adottate dai *veteres*. In particolare appare significativo il fatto che in due dei testi sopra indicati figurino espliciti riferimenti ai *volumina* del diritto antico con particolare riferimento alle *contentiones antiqui iuris* e alle *ambiguitates veteris iuris* che la cancelleria intendeva appunto risolvere (mi riferisco in particolare a C. 5.4.24: ...*sic etenim et antiqui iuris contentio dirimetur et immensa librorum volumina ad mediocrem modum tandem pervenient*, nonché a C. 8.41(42).8: ...*corrigenes volumina et veteris iuris ambiguitates resecentes sancimus...*)<sup>21</sup>.

Peraltro recentemente è apparso un contributo dedicato *ex professo* proprio all'analisi esegetica di C. 5.4.24<sup>22</sup>:

---

*La raccolta di "iura": gestazione di un progetto. La legislazione imperiale fra il luglio del 530 e l'aprile del 531*, in *Koinonia*, 35 (2011), pp. 157-170.

<sup>19</sup> Sulla questione v., ampiamente, Pugsley, *Justinian's Digest*, II, Exeter 2000, p. 101 ss. (= *On Compiling Justinian's Digest (5): The Constitution "ad senatum" of 22 July 530*, in *RIDA*, 3° s. 42 [1995], p. 289 ss.).

<sup>20</sup> Sulla discussa – e discutibile – ipotesi formulata da Pugsley e su quanto di attendibile essa possa contenere cfr. quanto ho già avuto modo di osservare in *La "const. ad senatum" del 22 luglio del 530 e il progetto delle "Quinquaginta decisiones"*, cit., pp. 17-20 e in *La raccolta di "iura": gestazione di un progetto. La legislazione imperiale fra il luglio del 530 e l'aprile del 531*, cit., pp. 157-160.

<sup>21</sup> Sulle previsioni contenute in C. 8.41(42).8, cfr. ancora una volta il mio *La "const. ad senatum" del 22 luglio del 530 e il progetto delle "Quinquaginta decisiones"*, cit., pp. 22-24, nonché *La raccolta di "iura": gestazione di un progetto. La legislazione imperiale fra il luglio del 530 e l'aprile del 531*, cit., pp. 161-162.

<sup>22</sup> Cfr. Busacca, *Qualche osservazione su C. 5.4.24*, in *Studi in onore di A. Metro*, I, Milano 2009, pp. 223-

C. 5.4.24: *Imp. Iustinianus A. ad senatum. Sancimus, si quis nuptiarum fecerit mentionem in qualicumque pacto, quod ad dandum vel faciendum vel non dandum vel non faciendum concipitur, et sive nuptiarum tempus dixerit sive nuptias nominaverit, non aliter intellegi esse condicionem adimplendam vel extenuandam, nisi ipsa nuptiarum accedat festivitas, et non esse tempus inspiciendum, in quo nuptiarum aetas vel feminis post duodecimum annum accesserit vel maribus post quartum decimum annum completum, sed ex quo vota nuptiarum re ipsa processerint. sic etenim et antiqui iuris contentio dirimetur et immensa librorum volumina ad mediocrem modum tandem pervenient. D. Constantinopoli XI k. Aug. Lampadio et Oreste cons. (22 luglio 530).*

Prima di soffermarsi sulla nuova proposta di interpretazione avanzata da Carlo Busacca, è opportuno richiamare rapidamente il contenuto precettivo di C. 5.4.24. La cancelleria giustiniana – risolvendo autoritativamente un’antica disputa giurisprudenziale «*sic etenim et antiqui iuris contentio dirimetur et immensa librorum volumina ad mediocrem modum tandem pervenient*» – si sofferma specificamente sul valore da riconoscere alla *mentio nuptiarum* contenuta in un patto di qualunque genere («*si quis... concipitur*»)<sup>23</sup>. In particolare, ai fini dell’accertamento del verificarsi o

---

253; nella più recente letteratura, v. anche sul testo giustiniano le rapide osservazioni di Spina, *Ricerche sulla successione testamentaria nei responsa di Cervidio Scevola*, Milano 2012, pp. 123-124.

<sup>23</sup> Secondo Busacca, *Qualche osservazione su C. 5.4.24*, cit., p. 238, il valore del richiamo all’*antiqui iuris contentio* sarebbe diverso da quello relativo alle *ambiguitates*. L’Autore richiama a conforto della propria affermazione il ricordo della *contentio inter veteres* in C. 6.27.5.1 (*Imp. Iust. A. Iohanni pp.*) (a. 531), cui segue la menzione di un’*alia ambiguitas* nel successivo paragrafo 1d. Ciò indurrebbe «...ad attribuire diversa portata alla soluzione di una *contentio*... o di una *ambiguitas*... attinente la prima alla configurazione generale di un istituto e la seconda ad un profilo particolare» (*op. cit.*, p. 240). L’impressione sarebbe poi confermata «...da un pur sommario esame delle altre costituzioni giustiniane...» dal quale risulterebbe «...che le *ambiguitates*... erano relative a profili particolari...» (*op. cit.*, p. 241). Le argomentazioni proposte dall’amico messinese risultano poco persuasive e connotate da un certo grado di arbitrarietà (si pensi soprattutto al richiamo alle *ambiguitates* nel contesto dell’eliminazione della distinzione – di indubbia rilevanza – tra *res Mancipi* e *nec Mancipi* in C. 7.31.1.5 [*Imp. Iustinianus A. Iohanni pp.*] [a. 531]). Partendo da queste premesse, l’Autore dissente dal mio rilievo circa l’amplificazione – caratteristica delle costituzioni programmatiche – dell’effettiva portata della soluzione adottata da Giustiniano in C. 5.4.24 (v. sul punto *La “const. ad senatum” del 22 luglio del 530 e il progetto delle “Quinquaginta decisiones”*, cit., p. 33 e nt. 36; *La raccolta di “iura”: gestazione di un progetto. La legislazione imperiale fra il luglio del 530 e l’aprile del 531*, cit., p. 166 e nt. 26). In realtà, il termine *ambiguitas* indica ambiguità, equivoco, oscurità, mentre *contentio* (da *contendo*) si riferisce più direttamente all’idea di controversia (cfr. per tutti Æ. Forcellini, *Lexicon totius Latinitatis*, I, Patavii, 1965, s.vv. «*ambiguitas*» e «*contentio*», pp. 209 e 832-833). In C. 6.27.5.1 la *dubitationis materia* è peraltro all’origine della *contentio iuris antiqui*. A mio avviso insomma *ambiguitates* e *contentio* possono essere due facce della stessa medaglia: le *ambiguitates* sono causa e origine di *contentiones*.

meno dell'evento dedotto in condizione, sia la menzione del *tempus nuptiarum*, sia quella delle *nuptiae*, da allora in avanti avrebbero dovuto essere intesi come riferiti alla *festivitas nuptiarum* e non al raggiungimento dell'*aetas nuptiarum*, individuata rispettivamente nel compimento di dodici anni d'età per le donne e in quello di quattordici anni per gli uomini («et sive... processerint»)²⁴.

Secondo la recente e suggestiva proposta di interpretazione, la costituzione in esame ricolleggerebbe «l'esistenza di un matrimonio ad un preciso momento iniziale», attestando «che nell'ottica della cancelleria giustiniana il matrimonio era fondato su una manifestazione iniziale di volontà e non più sull' *affectio maritalis* come in epoca classica»²⁵. Viene quindi ventilata conclusivamente l'ipotesi che l'*antiqui iuris contentio* risolta dall'imperatore «riguardasse un punto nodale della esperienza giuridica romana, e cioè le diverse configurazioni del matrimonio presenti nelle fonti pregiustiniane». Queste ultime sarebbero in particolare rappresentate dalla concezione classica incentrata sull'elemento della  *maritalis affectio* e da quella post-classica fondata invece sulla valorizzazione del consenso iniziale.

²⁴ Sotto quest'ultimo profilo la costituzione in esame teneva tra l'altro conto di quanto in precedenza disposto in una costituzione del 529 recepita in C. 5.60.3 (*Imp. Iust. A. Menae pp.*): *Indecoram observationem in examinanda marum pubertate resecentes iubemus: quemadmodum feminae post impletos duodecim annos omnimodo pubescere iudicantur, ita et mares post excessum quattuordecim annorum puberes existimentur, indagazione corporis inhonesta cessante*. Sulla riforma giustiniana cfr. quanto ho già avuto occasione di dire, anche con riferimento a I. 1.22 pr., in *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., pp. 103-107. Non appare quindi condivisibile l'ulteriore rilievo di Busacca, *Qualche osservazione su C. 5.4.24*, cit., pp. 247-248, laddove è portato piuttosto «...ad escludere che la cancelleria giustiniana considerasse il requisito della pubertà un possibile requisito dei nubendi e conseguentemente che la nostra costituzione richiamasse quella emanata l'anno precedente dallo stesso Giustiniano per vietare la ispezione corporale prevista dai Sabiniani per accertare il raggiungimento della pubertà da parte dei giovani di sesso maschile...». L'affermazione dello studioso messinese si pone in contrasto con il tenore di C. 5.4.24 e con quanto affermato dalla *viva vox* dell'Imperatore in I. 1.10 pr.: *Iustas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui secundum praecepta legum coeunt, masculi quidem puberes, feminae autem viripotentes...*

²⁵ Così Busacca, *Qualche osservazione su C. 5.4.24*, cit., 250. L'Autore, pur convenendo sul fatto che la costituzione non possa «essere addotta a sostegno dell'esistenza in epoca giustiniana di forme solenni di manifestazione del consenso» (*rectius*: addotta a sostegno della necessità del ricorso a forme tassative di obiettivazione del  *consensus*), arriva a giudicare poco perspicuamente «inaccettabile» l'opinione da me espressa, secondo cui l'imperatore avrebbe individuato nelle festività nuziali la prova e il momento perfezionativo del matrimonio, per la loro idoneità a porsi come indici inequivocabili non solo dell'esistenza del  *consensus*, ma anche della effettiva realizzazione della stessa unione matrimoniale come stato di fatto (cfr. in specie il mio *Il matrimonio cum scriptis e sine scriptis nelle fonti giuridiche giustiniane*, cit., p. 337, nt. 16 [= *Contributi di diritto giustiniano*, cit., p. 56, nt. 16]).

L'esegesi proposta non può tuttavia essere accolta. Che l'*antiqui iuris contentio* risolta dalla cancelleria giustiniana non riguardasse le diverse configurazioni del matrimonio presenti nelle fonti pregiustiniane appare sufficientemente dimostrato da una più attenta considerazione della soluzione normativa adottata in C. 5.4.24. Possiamo infatti meglio determinare l'oggetto dell'*antiqui iuris contentio* relativa alla menzione delle nozze o del tempo delle nozze, contenuta in un patto di qualunque genere, attraverso il richiamo effettuato dal testo della costituzione alla posizione espressamente rigettata: «*et non esse tempus inspiciendum, in quo nuptiarum aetas... accesserit...*». È d'immediata evidenza – e conferma pienamente l'infondatezza dell'esegesi proposta dallo studioso messinese – come l'ipotetico accoglimento di quest'ultima opzione interpretativa circa il valore della menzione delle *nuptiae* o del *tempus nuptiarum* non potesse assolutamente riflettere la concezione classica del matrimonio, comunque incentrata sull'elemento costitutivo della *maritalis affectio*, del tutto distinto e non riducibile al raggiungimento dell'*aetas nuptiarum*<sup>26</sup>.

Del resto la considerazione complessiva delle disposizioni contenute nella *constitutio ad senatum* del 22 luglio 530 dimostra in ultima analisi come l'obiettivo perseguito dal legislatore non fosse quello di offrire una coerente ed organica

<sup>26</sup> Sul punto v. nella più risalente letteratura le osservazioni di Di Marzo, *Lezioni sul matrimonio romano*, Palermo 1919 (rist. Roma 1972), pp. 57-62 ove l'Autore, dopo aver ricordato che per la conclusione del matrimonio non era richiesta alcuna forma giuridica particolare, osserva a proposito di C. 5.4.24: «Con questa costituzione Giustiniano non si propone affatto di ascrivere valore insolito alla “*nuptiarum festivitas*”. Il suo unico scopo è di stabilire che nella questione di determinare se e quando il matrimonio sia avvenuto, non deve avere alcun influsso l'elemento del sopraggiungere dell'età pubere, ma essere decisiva soltanto la circostanza medesima delle nozze contratte». Non sembra invece rendersene conto Busacca, *Qualche osservazione su C. 5.4.24*, cit., p. 249 e nt. 90, che anzi arriva a prospettare: «L'individuazione dell'esistenza delle *nuptiae* al momento in cui hanno felice esito i *vota nuptiarum* e non in quello in cui i due nubendi raggiungono l'*aetas nuptiarum*, in una costituzione finalizzata a risolvere una *antiqui iuris contentio*, induce a ritenere che il raggiungimento dell'*aetas nuptiarum*, irrilevante all'atto dell'emanazione della costituzione ai fini dell'accertamento dell'esistenza di un matrimonio, non lo fosse stato in precedenza...». Che il raggiungimento dell'età pubere non fosse decisivo per l'«accertamento dell'esistenza di un matrimonio», ma si dovesse invece avere riguardo al consenso risulta in particolare da D. 23.2.4 (Pomp. 3 *ad Sab.*): *Minoris annis duodecim nuptam tunc legitimam uxorem fore, cum apud virum expleisset duodecim annos*. In questo senso deve essere inteso anche D. 23.3.68 (Pap. 10 *quaest.*): *...nam et si minor annis duodecim ut maior deducta sit, tunc primum petetur, cum maior annis apud eundem esse coeperit...* Su questi passi v. le osservazioni di Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, Padova 2006, *praecipue* pp. 36-37.

sistemazione teorica degli istituti<sup>27</sup>. La costituzione appare piuttosto al contrario finalizzata a risolvere singole questioni controverse – di origine classica e non – il cui superamento era probabilmente percepito come necessario al fine pratico di velocizzare i tempi della giustizia e *amputare* (come si era detto nel *principium* della *const. Haec quae necessario*) la *prolixitas litium*<sup>28</sup>.

L'effettiva portata dell'intervento della cancelleria imperiale in C. 5.4.24 appare dunque come abbiamo visto ben più limitata e concerne il contenuto di alcune clausole negoziali. Dal tenore del provvedimento è dato apprendere che la menzione delle *nuptiae* o del *tempus nuptiarum* negli atti di autonomia privata aveva dato vita a contrastanti e forse talvolta capziose interpretazioni. Vi era infatti chi aveva sostenuto che tali manifestazioni di volontà dovessero essere intese come riferite al raggiungimento dell'età in cui era possibile contrarre matrimonio e non all'effettiva realizzazione dell'unione matrimoniale. La cancelleria giustiniana prende posizione chiarendo come in siffatte ipotesi dovesse aversi riguardo alla *festivitas nuptiarum* e non al raggiungimento della piena maturità sessuale da parte dei nubendi<sup>29</sup>. Le festività nuziali – in un quadro normativo che esclude il ricorso a forme tassative di celebrazione del matrimonio – per la loro idoneità a porsi come indici inequivocabili dell'esistenza del *consensus* rappresentano agli occhi della cancelleria imperiale la prova e il momento perfezionativo del matrimonio<sup>30</sup>. La costituzione non fornisce ulteriori elementi conoscitivi circa la *veteris*

<sup>27</sup> Cfr. *La "const. ad senatum" del 22 luglio del 530 e il progetto delle "Quinquaginta decisiones"*, cit., pp. 22-42; più in generale, sugli obiettivi perseguiti dalla cancelleria con l'emanazione delle *Quinquaginta decisiones* v. *La raccolta di "iura": gestazione di un progetto. La legislazione imperiale fra il luglio del 530 e l'aprile del 531*, cit., pp. 170-172.

<sup>28</sup> *Haec, quae necessario corrigenda esse multis retro principibus visa sunt, interea tamen nullus eorum hoc ad effectum ducere ausus est, in praesenti rebus donare communibus auxilio dei omnipotentis censuimus et prolixitatem litium amputare...* Cfr. anche il § 3: *...ut ex eo tantummodo nostro felici nomine nuncupando codice recitatio constitutionum in omnibus in omnibus ad citiores litium decisiones fiat iudiciis*. Sul punto v. per tutti Bonini, *Introduzione allo studio dell'età giustiniana*<sup>4</sup>, Bologna 1985, 19 (= *Lineamenti di storia del diritto romano*<sup>2</sup>, a cura di M. Talamanca, Milano 1989, p. 637).

<sup>29</sup> Sul punto v. l'astica descrizione del contenuto della costituzione fornita da P. Voci, *Vicende della legislazione giustiniana negli anni 528-534*, in *SDHI*, 69 (2003), p. 99 (= *Ultimi studi di diritto romano*, Napoli 2007, p. 330): «Il termine giorno delle nozze deve essere inteso come giorno della *festivitas nuptiarum*».

<sup>30</sup> Una diversa valutazione era stata effettuata da Bonfante, *Corso di diritto romano*, I, *Diritto di famiglia*, Roma 1925, p. 191, nt. 2 (rist. Milano 1963, p. 261, nt. 1), secondo il quale nella costituzione si potrebbe forse solo vedere un vago accenno di un nuovo orientamento, destinato a trionfare più tardi. In senso contrario v. tuttavia *Il matrimonio cum scriptis e sine scriptis nelle fonti giuridiche giustiniane*, cit., p. 337 e nt. 16 (= *Contributi di diritto giustiniano*, cit., pp. 55-56 e nt. 16). Sul punto v. anche *supra*, nt. 26.

*iuris contentio* che aveva determinato l'intervento imperiale<sup>31</sup>. Possiamo comunque a mio avviso ipotizzare che uno spunto sia stato offerto al legislatore giustiniano dalla condizione «*si filius vel filia sine nuptiis decesserit*» di cui nello stesso contesto normativo si discorreva in C. 6.25.7(6) in relazione a un dubbio interpretativo che riguardava le sostituzioni fedecommissarie. Quel dubbio interpretativo, risolto fra l'altro richiamando un'opinione di Papiniano<sup>32</sup>, si poneva forse in termini più articolati di quanto risulta dal testo di C. 6.25.7(6) e probabilmente riguardava anche specificamente la clausola appena ricordata che, a quanto parrebbe, alcuni interpretavano come riferibile all'*aetas nuptiarum* e che invece la cancelleria intendeva piuttosto come riferita al momento della effettiva conclusione del matrimonio e quindi, appunto nell'ottica giustiniana, alla *festivitas nuptiarum*<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Sulla difficoltà di chiarire i termini della controversia, cfr. le osservazioni di Schindler, *Justinians Haltung zur Klassik. Versuch einer Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidenden Konstitutionen*, Köln-Graz 1966, p. 62.

<sup>32</sup> Sulle previsioni contenute in C. 6.25.7(6) e sul richiamo del *responsum* papiniano (D. 35.1.102 [Pap. 9 *resp.*]), cfr. da ultima Di Maria, *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: "reverentia antiquitatis" e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del Codice*, Bologna 2010, pp. 34-39.

<sup>33</sup> Sulle ambiguità che potevano derivare da siffatte condizioni, con particolare riferimento a D. 28.6.47 (Scaev. 2 *resp.*) e all'interrogativo se la condizione *si antequam nuberet decessisset* potesse dar vita ad una sostituzione pupillare, v. ora Spina, *Ricerche sulla successione testamentaria nei responsa di Cervidio Scevola*, cit., *praecipue* pp. 121-134.



## IL PRESTITO DI DENARO A INTERESSE IN ETÀ GIUSTINIANEA\*

### 1. La configurazione dogmatica del mutuo in diritto giustiniano

In questa relazione, dopo aver sinteticamente richiamato alcuni aspetti relativi alla configurazione dogmatica del mutuo in diritto giustiniano, prenderò in considerazione la celebre riforma in materia di *usurae* e alcune ipotesi particolari, relative ai contratti di prestito marittimo e ai contratti conclusi dagli *argentarii* nella legislazione novellare.

Non è possibile in questa sede affrontare *ex professo* il delicato problema dei rapporti tra mutuo e *stipulatio* in diritto giustiniano<sup>1</sup>. In dottrina risulta, in particolare, discussa l'ipotesi in cui al mutuo segua immediatamente (*in continenti*) la

---

\* Pubblicato in *Cultura giuridica e diritto vivente*, Special Issue, 2016, pp. 1-20.

<sup>1</sup> Cfr. sul tema G. Segrè, *Mutuo e stipulatio nel diritto romano classico e nel diritto giustiniano*, in *Studi giuridici in onore di V. Simoncelli nel XXV anno del suo insegnamento*, Napoli, 1917, pp. 333-364 (= *Scritti vari di diritto romano*, Torino, 1952, pp. 141-198); A. Dell'Oro, *A proposito del regime classico e giustiniano della obligatio re et verbis*, Milano, 1950, pp. 1-18 (= *Atti del II Convegno sulla problematica contrattuale in diritto romano. Milano 11-12 maggio 1995. In onore di A. Dell'Oro*, Milano, 1998, pp. 103-118 [= *La cattedra e la toga. Scritti romanistici di A. Dell'Oro*, Milano, 2015, pp. 83-100]); V. Giuffrè, v. *Mutuo (storia)*, in *ED* 27, Milano, 1977, pp. 429-430; G. Sacconi, *Ricerche sulla stipulatio*, Napoli, 1989, pp. 39-69; M. Talamanca, 'Una verborum obligatio' e 'obligatio re et verbis contracta', in *Iura* 50, 1999, pp. 7-112; nella letteratura più recente, v. A. Engel, *Realverträge: das mutuum*, in *Vertragstypen in Europa. Historische Entwicklung und europäische Perspektiven*, herausgegeben von F. J. Andrés Santos, Ch. Baldus und H. Dedek, München, 2011, pp. 60-67.

*stipulatio*<sup>2</sup>. Un frammento escerpito dai commentari *ad Sabinum* di Pomponio afferma che, nell'ipotesi in cui alla *numeratio* fosse seguita *in continenti* la *stipulatio*, sarebbe sorto solo quest'ultimo contratto:

D. 46, 2, 7 (Pomp. 24 *ad Sab.*): *Cum enim pecunia mutua data stipulamur, non puto obligationem numeratione nasci et deinde eam stipulatione novari, quia id agitur, ut sola stipulatio teneat, et magis implendae stipulationis gratia numeratio intellegenda est fieri.*

Secondo Pomponio, la conclusione di un mutuo seguito da *stipulatio* non porta a configurare la nascita di un'obbligazione in forza della *numeratio pecuniae* effettuata e una successiva novazione ad opera del contratto verbale (*Cum enim pecunia mutua data stipulamur, non puto obligationem numeratione nasci et deinde eam stipulatione novari*). Piuttosto, nell'ipotesi prospettata dal giurista, il vincolo obbligatorio si produce in forza della sola stipulazione e la *numeratio pecuniae* deve essere considerata come causa del contratto verbale (*quia id agitur, ut sola stipulatio teneat, et magis implendae stipulationis gratia numeratio intellegenda est fieri*)<sup>3</sup>.

Il principio secondo il quale la conclusione di una stipulazione, contestuale alla *numeratio pecuniae*, dà vita ad un solo contratto è ribadito da Ulpiano:

D. 46, 2, 6, 1 (Ulp. 46 *ad Sab.*): *Cum pecuniam mutuam dedit quis sine stipulatione et ex continenti fecit stipulationem, unus contractus est. idem erit dicendum et si ante stipulatio facta est, mox pecunia numerata sit.*

Il giurista prende in considerazione l'ipotesi in cui la *numeratio pecuniae* preceda di poco la *stipulatio* e quella, diametralmente opposta, in cui la dazione del denaro sia

<sup>2</sup> Per la ricostruzione del dibattito dottrinale sul punto, v. Dell'Oro, *A proposito del regime classico e giustiniano della obligatio re et verbis*, cit., pp. 1-2 (= *Atti del II Convegno sulla problematica contrattuale in diritto romano. Milano 11-12 maggio 1995. In onore di A. Dell'Oro*, cit., pp. 103-104 [= *La cattedra e la toga. Scritti romanistici di A. Dell'Oro*, cit., pp. 83-84]), nonché Talamanca, *'Una verborum obligatio' e 'obligatio re et verbis contracta'*, cit., pp. 7-29.

<sup>3</sup> Sul brano, v. Segrè, *Mutuo e stipulatio nel diritto romano classico e nel diritto giustiniano*, cit., p. 334 (= *Scritti vari di diritto romano*, cit., p. 143); Sacconi, *Ricerche sulla stipulatio*, cit., p. 40; R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, p. 155; M. Salazar Revuelta, *La gratuidad del mutuum en el derecho romano*, Jaén, 1999, p. 258; mette in evidenza la valorizzazione dell'*id quod actum est* da parte di Pomponio Talamanca, *'Una verborum obligatio' e 'obligatio re et verbis contracta'*, cit., pp. 29-43.

immediatamente successiva alla conclusione del contratto verbale<sup>4</sup>. La conclusione *ex continenti* di una stipulazione, successiva ad una *datio mutui*, non integra un'ipotesi di novazione, ma dà, al contrario, vita ad un solo contratto (*Cum pecuniam mutuum dedit quis sine stipulatione et ex continenti fecit stipulationem, unus contractus est*)<sup>5</sup>. La stessa regola vale anche nel caso in cui la *numeratio pecuniae* segua prontamente alla stipulazione (*idem erit dicendum et si ante stipulatio facta est, mox pecunia numerata sit*)<sup>6</sup>.

Secondo una parte della dottrina romanistica, nell'ipotesi in cui la *stipulatio* fosse stata invalida, il creditore non avrebbe potuto esperire l'azione derivante dal mutuo<sup>7</sup>. I sostenitori di questa tesi ritengono che, per far fronte a tale vuoto di tutela, sarebbe stata introdotta in diritto giustiniano la figura dell'*obligatio re et verbis*. Secondo il nuovo regime, ove la *stipulatio* fosse stata invalida, sarebbe stato possibile agire *ex mutuo* per la ripetizione della somma versata.

Notissimo al riguardo è D. 44, 7, 52 pr. e 3:

D. 44, 7, 52 pr. e 3 (Modest. 2 *regul.*): *Obligamur aut re aut verbis out simul utroque aut consensu aut lege aut iure honorario aut necessitate aut peccato... 3. Re et verbis pariter obligamur, cum et res interrogationi intercedit, consentientes in aliquam rem.*

Il brano di Modestino, trattando delle fonti delle obbligazioni, individua l'ipotesi

<sup>4</sup> Talamanca, *'Una verborum obligatio' e 'obligatio re et verbis contracta'*, cit., pp. 30-31, osserva come questo sia l'unico testo, tra quelli a noi pervenuti, a prendere in considerazione entrambe le possibilità.

<sup>5</sup> Segrè, *Mutuo e stipulatio nel diritto romano classico e nel diritto giustiniano*, cit., p. 334 (= *Scritti vari di diritto romano*, cit., p. 143), avanza il dubbio che l'espressione *unus contractus* possa essere di matrice compilatoria: i commissari giustiniani potrebbero averla inserita per rendere il passo coerente con la creazione della nuova figura del contratto reale-verbale. Sul brano, v. anche Talamanca, *'Una verborum obligatio' e 'obligatio re et verbis contracta'*, cit., p. 30 e p. 63. Secondo quest'ultimo autore il giurista severiano stava dando conto dell'opinione espressa da Pomponio nel ventiseiesimo libro del suo commentario *ad Sabinum*. I compilatori avrebbero poi sostituito la citazione ulpiana con l'originale luogo pomponiano riportato in D. 46, 2, 7 (Pomp. 24 *ad Sab.*).

<sup>6</sup> Cfr. Giuffrè, v. *Mutuo (storia)*, cit., p. 430, che opportunamente osserva come la precisazione del giurista tenga conto «della varia meccanica della concreta contrattazione *ex continenti*». Secondo Talamanca, *'Una verborum obligatio' e 'obligatio re et verbis contracta'*, cit., p. 62, non risulterebbe «facile rendersi conto, nell'attuale struttura del passo, dello svolgimento del pensiero di Ulpiano».

<sup>7</sup> Cfr. Segrè, *Mutuo e stipulatio nel diritto romano classico e nel diritto giustiniano*, cit., p. 335 (= *Scritti vari di diritto romano*, cit., p. 144), nonché, nella letteratura più recente, Salazar Revuelta, *La gratuidad del mutuum en el derecho romano*, cit., p. 273. Sul dibattito dottrinale concernente gli strumenti di tutela del creditore, v. Giuffrè, v. *Mutuo (storia)*, cit., p. 430 e nt. 72, nonché Talamanca, *'Una verborum obligatio' e 'obligatio re et verbis contracta'*, cit., *praecipue* p. 13, nt. 28 e pp. 77-82.

in cui queste nascano *re et verbis pariter*, vale a dire attraverso la consegna di una cosa e la pronuncia di parole solenni<sup>8</sup>.

Alla testimonianza di Modestino, è possibile aggiungere un brano ulpiano, che sembra superare il principio secondo il quale dalla conclusione di una *stipulatio* contestuale ad un mutuo scaturisce un solo contratto:

D. 12, 1, 9, 4 (Ulp. 26 *ad ed.*): *Numeravi tibi decem et haec alii stipulatus sum: nulla est stipulatio: an condicere decem per hanc actionem possim, quasi duobus contractibus intervenientibus, uno qui re factus est, id est numeratione, alio qui verbis, id est inutiliter, quoniam alii stipulari non potui? et puto posse.*

Ulpiano prende in considerazione l'ipotesi in cui il mutuante stipuli a favore di un terzo il pagamento della somma di denaro previamente versata (*Numeravi tibi decem et haec alii stipulatus sum*)<sup>9</sup>. Essendo la *stipulatio* invalida, ci si chiede se il mutuante possa almeno ripetere quanto erogato (*nulla est stipulatio: an condicere decem per hanc actionem possim*), come se fossero stati posti in essere due contratti, uno reale, attraverso il versamento del denaro, l'altro verbale ed invalido perché concluso a favore di un terzo (*quasi duobus contractibus intervenientibus, uno qui re factus est, id est numeratione, alio qui verbis, id est inutiliter, quoniam alii stipulari non potui*)<sup>10</sup>. La soluzione è positiva (*et puto posse*).

È stato sostenuto, sulla base del raffronto tra D. 12, 1, 9, 4 (Ulp. 26 *ad ed.*) e D. 46, 2, 6, 1 (Ulp. 46 *ad Sab.*), nonché del postulato secondo cui il mutuante sarebbe

<sup>8</sup> Cfr. Giuffrè, v. *Mutuo (storia)*, cit., p. 430 e nt. 73. Sulle numerose difficoltà esegetiche presentate dal frammento di Modestino, v. Talamanca, '*Una verborum obligatio*' e '*obligatio re et verbis contracta*', cit., pp. 93-101, che ritiene la testimonianza del tutto inaffidabile. Sul brano, con particolare riferimento alla figura dell'*obligatio ex lege*, v. da ultimo R. Scevola, '*Obligamur lege*' (*Mod. 2 'reg'; D. 44.7.52 pr.*). *Alle radici di un problema antico e moderno*, in *Derecho de obligaciones: la importancia del derecho romano en la época contemporánea. Actas del XVII Congreso internacional y XX Congreso iberoamericano de derecho romano. Bolonia-Rávena, 25-28 de marzo de 2015*, editor G. Luchetti, Bologna, 2016, pp. 697-735.

<sup>9</sup> Per la riconducibilità del contenuto del paragrafo ad un'ipotesi di *stipulatio ex continenti*, v. ampiamente Talamanca, '*Una verborum obligatio*' e '*obligatio re et verbis contracta*', cit., pp. 65-67.

<sup>10</sup> Secondo Talamanca, '*Una verborum obligatio*' e '*obligatio re et verbis contracta*', cit., p. 68, la menzione dei *duo contractus* non sarebbe riferibile alla scrittura originale del giurista classico, mentre la *condictio* di cui parla il brano sarebbe da individuare nella *condictio ob rem dati re non secuta*. Mario Talamanca ritiene inoltre che la creazione della figura dell'*obligatio re et verbis contracta* sia da ascrivere ad un «settore tendenzialmente isolato della giurisprudenza postclassica, ormai ridotta nelle scuole a fare un semplice lavoro di esegesi sui testi, divenuti intangibili, dei giuristi classici» (p. 112).

stato originariamente privo di tutela nelle ipotesi di invalidità della *stipulatio*, come la regola abbia un'origine tarda<sup>11</sup>.

Si trattava di risolvere praticamente il problema di difendere chi aveva erogato una somma e non poteva ripeterla sul fondamento del negozio *verbis*<sup>12</sup>. Come è stato rilevato in dottrina: «dal momento che la *stipulatio* serviva per garantire maggiormente il mutuo, è illogico pensare che chi avesse al mutuo aggiunto la *stipulatio* si trovasse in una condizione deteriore rispetto a chi aveva posto in essere esclusivamente il mutuo»<sup>13</sup>.

Sembra allora condivisibile la prospettiva seguita da Aldo Dell'Oro, secondo cui il problema dei rapporti tra mutuo e *stipulatio* può essere risolto senza necessariamente ipotizzare un intervento dei compilatori di Giustiniano sul punto. I giuristi classici si preoccupavano di risolvere problemi pratici: considerano soprattutto la *stipulatio* ed attribuiscono rilievo autonomo alla *numeratio* solo dove ciò, in effetti, sia necessario: ciò avviene nei casi di invalidità della *stipulatio*. Come ha osservato lo stesso Dell'Oro: «è inutile voler rilevare la stranezza del mutuo che non esiste di fronte alla *stipulatio* e che risorge ove questa sia invalida, poiché tale anomalia è superata ove si consideri lo spirito pratico con il quale hanno operato i giuristi romani»<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Cfr. Segrè, *Mutuo e stipulatio nel diritto romano classico e nel diritto giustiniano*, cit., pp. 342-343 (= *Scritti vari di diritto romano*, cit., pp. 156-157): «Non è possibile ammettere che quello stesso giurista che nel l. 46 ad Sab. (fr. 6 § 1 D. 46, 1) affermava nell'ipotesi l'esistenza di una sola *obligatio verborum* avente per causa la *numeratio*, nel l. 26 ad ed. invece spieghi questa figura giuridica come un contratto misto *re et verbis*». Ulteriore argomento addotto dall'autore a sostegno della tesi della corruzione di D. 12, 1, 9, 4 (Ulp. 26 ad ed.) è costituito dal mancato richiamo della figura dell'*obligatio re et verbis* in D. 46, 1, 8, 1 (Ulp. 47 ad Sab.) e D. 46, 2, 1, 1 (Ulp. 46 ad Sab.). Secondo Segrè «evidentemente siamo di fronte ad una singolare costruzione giuridica dei bizantini, ispirati dall'onesto proposito di salvare le sorti del mutuante che ha invalidamente stipulato». Si pronuncia in questo senso anche Salazar Revuelta, *La gratuidad del mutuum en el derecho romano*, cit., p. 273-277.

<sup>12</sup> La percezione dell'antinomia risultante dalle soluzioni affermate in D. 12, 1, 9, 4 (Ulp. 26 ad ed.) e D. 46, 2, 6, 1 (Ulp. 46 ad Sab.) è temperata dai rilievi di Sacconi, *Ricerche sulla stipulatio*, cit., pp. 40-41, che osserva: «la presenza della *datio credendi causa*, che a livello negoziale non sembra avere alcun rilievo, non impedisce tuttavia il venir in essere, nell'ipotesi di invalidità della *stipulatio*, di un'effettiva *obligatio ex mutuo*».

<sup>13</sup> Dell'Oro, *A proposito del regime classico e giustiniano della obligatio re et verbis*, cit., p. 3 (= *Atti del II Convegno sulla problematica contrattuale in diritto romano. Milano 11-12 maggio 1995. In onore di A. Dell'Oro*, cit., p. 105 [= *La cattedra e la toga. Scritti romanistici di A. Dell'Oro*, cit., p. 85]).

<sup>14</sup> Dell'Oro, *A proposito del regime classico e giustiniano della obligatio re et verbis*, cit., p. 18 (= *Atti del II Convegno sulla problematica contrattuale in diritto romano. Milano 11-12 maggio 1995. In onore di A. Dell'Oro*, cit., p. 117 [= *La cattedra e la toga. Scritti romanistici di A. Dell'Oro*, cit., p. 99]). In senso critico, v. tuttavia Talamanca, *'Una verborum obligatio' e 'obligatio re et verbis contracta'*, cit., pp. 78-79, nt. 270.

Trattando della configurazione dogmatica del mutuo in età giustiniana, deve, invece, essere ricordato un consapevole intervento dell'imperatore. Nelle Istituzioni di Giustiniano, venute ormai meno (in età postclassica, ma forse già in età classica avanzata) le tradizionali figure di contratti letterali individuate da Gaio (i *nomina transscripticia*), per mantenere la quadripartizione classica delle *obligationes quae ex contractu nascuntur*, si procede all'individuazione di un caso particolare di *obligatio litteris contracta*<sup>15</sup>. Il debitore che avesse dichiarato di aver ricevuto a mutuo una somma di denaro in realtà mai versata dal mutuante e non avesse esperito nel termine di due anni la *querela non numeratae pecuniae* (o, se convenuto in giudizio, non si fosse avvalso dell'omologa *exceptio*) si sarebbe ritrovato obbligato in forza della *scriptura*<sup>16</sup>.

Si trattava di una figura del tutto estranea alle fonti classiche, per la cui realizzazione si richiedeva la presenza di elementi eterogenei, come la scrittura e il mancato impiego dell'*exceptio* o della *querela non numeratae pecuniae*, prevedendo che il documento, qualora non avesse carattere stipulatorio, obbligasse, con evidente apprezzamento *a posteriori*, esclusivamente in virtù di quanto in esso attestato, sempre che la dichiarazione di debito non fosse stata disconosciuta nei termini di legge, circostanza questa che, come è noto, avrebbe comportato il trasferimento alla controparte dell'onere di provare invece l'effettivo versamento della somma di denaro indicata come dovuta nel documento<sup>17</sup>.

Il testo istituzionale introduce quindi il ricordo degli interventi normativi imperiali con cui si erano stabiliti limiti di tempo all'esercizio dell'*exceptio non numeratae pecuniae* e poi, più in particolare, della costituzione giustiniana con cui il termine per l'esercizio dell'*exceptio* era stato ridotto a due anni dai cinque precedentemente previsti e ciò, come risulta esplicitamente dal testo istituzionale, per impedire che un

<sup>15</sup> I. 3, 13, 2: *Sequens divisio in quattuor species diducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio. prius est, ut de his quae ex contractu sunt dispiciamus. harum aequae quattuor species sunt: aut enim re contrahuntur aut verbis aut litteris aut consensu. de quibus singulis dispiciamus.*

<sup>16</sup> I. 3, 21: *Olim scriptura fiebat obligatio, quae nominibus fieri dicebatur, quae nomina hodie non sunt in usu. plane si quis debere se scripserit, quod numeratum ei non est, de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest: hoc enim saepissime constitutum est. sic fit, ut et hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur: et ex ea nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione. multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat: sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per constitutionem nostram tempus coartatum est, ut ultra biennii metas huiusmodi exceptio minime extendatur.*

<sup>17</sup> Sul punto, v. il mio *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano, 1996, pp. 427-428.

termine più lungo potesse recar danno ai creditori per la difficoltà di provare il loro credito a troppo grande distanza di tempo<sup>18</sup>.

Il tentativo compiuto dai compilatori giustiniani di conservare nel testo istituzionale la quadripartizione gaiana delle *obligationes ex contractu*, mantenendo viva, attraverso l'individuazione di una fattispecie particolare, la categoria delle *obligationes litteris*, è particolarmente significativo, soprattutto in considerazione del fatto che la categoria dei contratti scritti, al di là delle classificazioni dogmatiche classiche, tendeva ad essere, com'è noto, ormai prevalente nella prassi<sup>19</sup>.

L'esigenza di conservare la categoria classica doveva essere particolarmente sentita in un momento in cui la *stipulatio*, pur ormai di norma trasfusa nella prassi nel documento, manteneva ancora, soprattutto nella costruzione teorica dei compilatori, la sua originaria natura di contratto verbale.

La categoria contrattuale delle *obligationes litteris* è, invece, come è noto, soppressa nel Digesto in cui delle *obligationes ex contractu* si conservano solo le residue categorie *re, verbis* e *consensu*, cui si aggiunge talvolta una categoria complessa *re et verbis*. Neppure il Codice conserva traccia della categoria delle *obligationes litteris*. La spiegazione dell'assenza della categoria nel Digesto (e nel Codice) è evidente: i compilatori non disponevano di materiali per costruire una figura estranea alle fonti classiche come quella individuata nelle Istituzioni<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Cfr. C. 4, 30, 14 pr. (*Imp. Iust. A. Menae pp.*, a. 528): *In contractibus, in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur, non intra quinquennium, quod antea constitutum erat, non numeratae pecuniae exceptionem obicere possit, qui accepisse pecunias vel alias res scriptus sit, vel successor eius, sed intra solum biennium continuum, ut eo lapsu nullo modo querella non numeratae pecuniae introduci possit: his scilicet, qui propter aliquas causas specialiter legibus expressas etiam lapsu quinquennio in praeteritis temporibus adiuvabantur, etiam in posterum, licet biennium pro quinquennio statutum est, eodem auxilio potituris.*

<sup>19</sup> L'esigenza doveva essere infatti particolarmente sentita in un momento in cui la *stipulatio*, pur ormai di norma trasfusa nella prassi del documento, manteneva ancora, soprattutto nella costruzione teorica dei compilatori, la sua originaria natura di contratto verbale. Per questi aspetti, v. già R. Bonini, *Introduzione allo studio dell'età giustiniana*<sup>4</sup>, Bologna, 1985, p. 52 (= AA.VV., *Lineamenti di storia del diritto romano*<sup>2</sup>, Milano, 1989, p. 657) e p. 90, nonché il mio *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., pp. 407-408 e p. 426, nt. 129.

<sup>20</sup> Cfr. sul punto, ampiamente M. Amelotti, *Giustiniano maestro d'Istituzioni*, in *Annali Genova* 5, 1966, pp. 335-336 (= *Appunti su Giustiniano e la sua compilazione*, II, Torino, 1983, pp. 92-93). Sulla questione, v. anche il mio *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., p. 426, nt. 128. Più in generale, sulla problematica del contratto letterale giustiniano, v. M. R. Cimma, *De non numerata pecunia*, Milano, 1984, pp. 217-222.

## 2. La legislazione in materia di *usurae*: la riforma di C. 4, 32, 26 e i problemi interpretativi risolti da C. 4, 32, 27

Gli interventi dell'imperatore in materia si inseriscono in un complesso disegno di politica legislativa, consapevole dell'importanza di evitare l'oppressione dei debitori come condizione per lo sviluppo e la crescita economica<sup>21</sup>.

Giustiniano procede ad innovare profondamente la disciplina dei limiti delle *usurae*. Nell'ambito di un contesto normativo più ampio (di tale contesto normativo faceva parte anche la *lex iungenda* C. 7, 39, 8 in materia di prescrizione), l'imperatore emana un provvedimento di carattere generale (qualificato come *generalis sanctio*)<sup>22</sup>. Obiettivo perseguito dal legislatore è quello di ridurre il tasso di interesse praticabile nelle operazioni di finanziamento. Si tratta, com'è noto, del limite legale delle *centesimae usurae*, il 12% annuo<sup>23</sup>.

Quest'ultimo limite aveva subito nella pratica un innalzamento di mezzo

<sup>21</sup> Sul punto, cfr. S. Tafaro, *CI. 7. 47. 1: Giustiniano e i limiti alla condanna del debitore*, in *L'usura ieri ed oggi. Convegno su: "L'usura ieri ed oggi"*. Foggia, 7-8 aprile 1995, Bari, 1997, pp. 215-230, cui *adde*, nella letteratura più recente, F. Fasolino, *Studi sulle usurae*, Salerno, 2006, pp. 153-158 e F. Mattioli, *La legislación de Justiniano del Código en materia de negocios bancarios*, in *La actividad de la banca y los negocios mercantiles en el mare nostrum*, Cizuz Menor, 2015, p. 118.

<sup>22</sup> C. 4, 32, 26, 1 (*Iust. A. Menae pp.*, a. 528): *Super usurarum vero quantitate etiam generalem sanctionem facere necessarium esse duximus, veterem duram et gravissimam earum molem ad mediocritatem deducentes*. Sull'appartenenza di C. 7, 39, 8 (*Iust. A. Menae pp. II*, a. 528) ad un unico contesto normativo, nonostante la diversa datazione rispetto a C. 4, 32, 26, cfr. Krüger, *Editio minor, ad h. l.*, nonché M. Amelotti, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milano, 1958, p. 252 e nt. 103.

<sup>23</sup> Oltre a stabilire convenzionalmente il pagamento di interessi in misura superiore all'un per cento mensile, non era possibile pretendere il pagamento di interessi che avessero superato l'importo del capitale dovuto (c.d. *usurae ultra sortis summam*, o, anche, *ultra duplum* o *supra duplum*) e praticare l'anatocismo. Com'è noto, le prime attestazioni di tali limiti sono contenute negli editti provinciali. Cfr. Plutarco, *Luc.*, 20, 3-4: *Πρῶτον μὲν γὰρ ἑκατοστὴν ἐκέλευσε καὶ μὴ πλέον εἰς τοὺς τόκους λογίζεσθαι, δευτέρον δὲ τοὺς μακροτέρους τοῦ ἀρχαίου τόκους ἀπέκοψε, τὸ δὲ τρίτον καὶ μέγιστον, ἔταξε τῶν τοῦ χρεωφειλέτου προσόδων τὴν τετάρτην μερίδα καρποῦσθαι τὸν δανειστὴν· ὁ δὲ τόκον κεφαλαίῳ συνάμας ἐστέρητο τοῦ παντός· 4. ὥστ' ἐν ἐλάττωνι χρόνῳ τετραετίας διαλυθῆναι τὰ χρέα πάντα, καὶ τὰς κτήσεις ἐλευθέρως ποδοῦσθαι τοῖς δεσπότηταις*. Ulteriore testimonianza è costituita da Cic., *Ad Atticum*, 5, 21, 11: *...Interim cum ego in edicto translaticio centesimas me observaturum haberem cum anatocismo anniversario...* Sull'editto di Cicerone in Cilicia, cfr. E. Costa, *Cicerone giureconsulto*, I, Bologna, 1927 [rist. Roma, 1964], pp. 170-175; G. Pugliese, *Riflessioni sull'editto di Cicerone in Cilicia*, in *Synthese V Arangio-Ruiz*, II, Napoli, 1964, pp. 972-986; R. Martini, *Ricerche in tema di editto provinciale*, Milano, 1969, in particolare pp. 1-48; L. Peppe, *Note sull'editto di Cicerone in Cilicia*, in *Labeo* 37, 1991, pp. 14-93.

punto a seguito della riforma monetaria di Costantino, che aveva determinato la sostituzione del *solidus aureus* al *nummus aureus*, detto anche *danarius aureus* o, semplicemente, *aureus*<sup>24</sup>. Il *solidus* aveva come moneta divisionale la *siliqua*, di valore pari ad 1/24 del primo. Ragioni di comodità di calcolo portarono all'affermazione dell'uso di fare riferimento a *tres siliquae* per indicare l'interesse prodotto da un *solidus*<sup>25</sup>.

C. 7, 39, 8, 4 fissava il decorso del termine per avvalersi dell'*exceptio triginta vel quadraginta annorum*, in relazione ai contratti che prevedessero il pagamento di *usurae*, dal momento in cui, maturato il diritto del creditore alla percezione delle stesse, il debitore avesse iniziato a non corrisponderle<sup>26</sup>. C. 4, 32, 26 pr. stabiliva invece la regola secondo la quale il venir meno dell'*actio principalis*, a causa della proposizione dell'*exceptio triginta vel quadraginta annorum*, impediva di sollevare qualsiasi pretesa relativa agli interessi e ai frutti della cosa<sup>27</sup>.

La nuova disciplina dei limiti delle *usurae* è contenuta nel secondo paragrafo della costituzione che stiamo esaminando:

C. 4, 32, 26, 2 (*Iust. A. Menae pp.*, a. 528): *Ideoque iubemus illustribus quidem personis sive eas praecedentibus minime licere ultra tertiam partem centesimae usurarum in quocumque contractu vili vel maximo stipulari: illos vero, qui ergasteriis praesunt vel aliquam licitam negotiationem gerunt, usque ad bessem centesimae suam stipulationem moderari: in traiectiis autem contractibus vel specierum fenori dationibus usque ad centesimam tantummodo licere stipulari nec eam excedere, licet veteribus legibus hoc erat concessum: ceteros autem omnes homines dimidiam tantummodo centesimae usurarum*

<sup>24</sup> Sulla riforma monetaria di Costantino, cfr. E. Babelon, v. *Solidus*, in *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, t. IV, deuxième partie (R-S), Paris, 1911 [rist. Graz, 1969], pp. 1390-1391; F. Carlà, *L'oro nella tarda antichità: aspetti economici e sociali*, Torino, 2009, pp. 78-93.

<sup>25</sup> Cfr. sul punto G. Billeter, *Geschichte des Zinsfusses im griechisch-römischen Altertum bis auf Justinian*, Leipzig, 1898, p. 332; F. Klingmüller, v. *Fenus*, in *PWRE*, VI, 2, Stuttgart, 1909, col. 2198; E. Bianchi, *In tema d'usura. Canoni conciliari e legislazione imperiale del IV secolo*, in *Athenaeum* 72, 1984, p. 142; D. C. Gofas, *The Byzantine Law of Interest*, in *The Economic History of Byzantium: From the Seventh through the Fifteenth Century*, III, Washington D.C., 2002, p. 1096, nonché Fasolino, *Studi sulle usurae*, cit., p. 166 e nt. 30.

<sup>26</sup> C. 7, 39, 8, 4: *Exceptionem etiam triginta vel quadraginta annorum in illis contractibus, in quibus usurae promissae sunt, ex illo tempore initium capere sancimus, ex quo debitor usuras minime persolvit.*

<sup>27</sup> C. 4, 32, 26 pr.: *Eos, qui principali actione per exceptionem triginta vel quadraginta annorum, sive personali sive hypothecaria, ceciderunt, non posse super usuris vel fructibus praeteriti temporis aliquam movere quaestionem dicendo ex his temporibus eas velle sibi persolvi, quae non ad triginta vel quadraginta praeteritos annos referuntur, et adserendo singulis annis earum actiones nasci: principali enim actione non subsistente satis supervacuum est super usuris vel fructibus adhuc iudicem cognoscere.*

*posse stipulari et eam quantitatem usurarum etiam in aliis omnibus casibus nullo modo ampliari, in quibus citra stipulationem usurae exigi solent.*

Giustiniano stabilì che gli *illustres* e le persone di rango più elevato non potessero stipulare interessi di ammontare superiore al 4% (*ultra tertiam partem centesimae usurarum*). Questa previsione rende più gravose le limitazioni già risultanti da C.Th. 2, 33, 4: il tasso di interesse praticabile viene ridotto di due punti (dal 6% al 4%)<sup>28</sup>.

I banchieri e gli altri imprenditori (*qui ergasteriis praesunt vel aliquam licitam negotiationem gerunt*) non avrebbero potuto superare il tasso di interesse dell'8% (*usque ad bessem centesimae*)<sup>29</sup>.

È poco probabile che C. 4, 32, 26, 2 contenesse anche una previsione diretta a limitare al 3% il tasso di interesse praticabile dai creditori delle *venerabiles domus*. La regola corrispondente, ricordata nei Basilici (Bas. 23, 3, 74), venne infatti introdotta da Nov. 120, 4 (a. 544)<sup>30</sup>.

I finanziatori dei prestiti marittimi e quanti concedevano mutui di derrate potevano praticare un tasso d'interesse massimo del 12%, nonostante in passato fosse stato possibile praticare tassi di interesse più alti. Mentre, com'è noto, per i contratti di prestito marittimo non erano previsti limiti di sorta, il discorso è più complesso per i mutui di derrate<sup>31</sup>. Che per i mutui di derrate non valesse il limite della *centesima* è desumibile da un rescritto di Gordiano<sup>32</sup>. La regola trova

<sup>28</sup> C.Th. 2, 33, 4 (*Arcad., Honor. et Theod. AAA. Optato pu.*, a. 405): *Senatores sub medietate centesimae usurae ad contractum creditae pecuniae censemus admitti. Itaque omnes intellegant nullum florentissimo coetui sociatum fenus exercentem ultra medietatem centesimae vel iure stipulari vel petere posse usuram: quin etiam, si quid praeter moderatam nostri numinis definitionem fuerit flagitatum, inminuendae sorti pro huius legis auctoritate cessurum*. Cfr., ampiamente, P. Garbarino, 'Senatores in annis minoribus constituti' e 'usurae'. *Contributo all'esegesi di CTH. 2, 33, 3*, in *BIDR* 91, 1988, pp. 337-359.

<sup>29</sup> Sul punto, v. da ultima Mattioli, *La legislación de Justiniano del Código en materia de negocios bancarios*, cit., p. 120.

<sup>30</sup> Per tale ipotesi, cfr. Krüger, *Addenda, ad h. l.*; in senso contrario v. tuttavia Billeter, *Geschichte des Zinsfusses im griechisch-römischen Altertum bis auf Justinian*, cit., p. 344 nonché Gofas, *The Byzantine Law of Interest*, cit., p. 1098.

<sup>31</sup> Per quanto concerne il prestito marittimo, le fonti evidenziano costantemente come alla sopportazione del *periculum quod ex navigatione maris metui solet* da parte del creditore consegua la possibilità per quest'ultimo di ottenere la prestazione di *usurae* non soggette a limitazione alcuna (D. 22, 2, 4 [Papin. 3 resp.]; PS. 2, 14, 3; C. 4, 33, 2 [1] [*Diocl. et Max. AA. Scribonio Honorato*, a. 286]; C. 4, 33, 3 [2] [*Diocl. et Max. AA. Aureliae Cosmianae*, a. 286]). Cfr. sul punto, da ultimo, I. Pontoriero, *Il prestito marittimo in diritto romano*, Bologna, 2011, *praecipue* pp. 77-80.

<sup>32</sup> C. 4, 32, 16 (*Gord. A. Flavio Sulpicio*, a. 242?): *Cum non frumentum, sed pecuniam fenori te accepisse adleges,*

fondamento nelle caratteristiche oscillazioni del prezzo delle derrate alimentari, secondo quanto attesta C. 4, 32, 23<sup>33</sup>. Una costituzione di Costantino fissò per la prima volta il saggio di interesse massimo relativo ai mutui di derrate al 50%<sup>34</sup>.

Una parte della dottrina romanistica ha ritenuto che il limite relativo ai contratti di prestito marittimo trovasse applicazione soltanto in relazione agli interessi terrestri, da corrispondere dopo l'arrivo della nave in porto, una volta venuto meno il *periculum quod ex navigatione maris metui solet*<sup>35</sup>. Questa interpretazione non risulta del tutto persuasiva, perché Giustiniano, riferendosi alle *veteres leges (licet veteribus legibus hoc erat concessum)*, sottolinea incisivamente il carattere innovativo della previsione di C. 4, 32, 26, 2. Un ulteriore argomento in senso contrario è stato addotto prendendo in considerazione il tenore di sch. 1 e *cod. Par. Gr.* 1352 a Bas. 17, 1, 12. Lo scoliaste richiama a proposito del prestito marittimo, la disciplina introdotta da C. 4, 32, 26, 2 (ἐφ' ᾧ καὶ ἑκατοστὴν ἔξεστιν ἐπερωτᾶν) e circoscrive il periodo entro il quale sarebbe stato possibile ottenere il pagamento di interessi nella misura del 12% a quello della durata della navigazione (ἄχρις ἂν ἡ ναῦς ἐπανέλθῃ)<sup>36</sup>.

---

*ut certa modiatio tritici praestaretur, ac, nisi is modus sua die fuisset oblatus, mensurarum additamentis in fraudem usurarum legitimarum gravatum te esse contendis, potes adversus improbam petitionem competente uti defensione.*

<sup>33</sup> C. 4, 32, 23 (*Diocl. et Max. AA. et CC. Iasoni*, a. 294): *Oleo quidem vel quibuscumque fructibus mutuo datis incerti pretii ratio additamenta usurarum eiusdem materiae suasit admitti.*

<sup>34</sup> C.Th. 2, 33, 1 (*Constant. A. ad Dracilianum agentem vices pp.*, a. 325): *Quicumque fruges humidas vel arentes indigentibus mutuas dederint, usurae nomine tertiam partem superfluum consequantur, id est ut, si summa crediti in duobus modis fuerit, tertium modium amplius consequantur. Quod si conventus creditor propter commodum usurarum debitum recuperare noluerit, non solum usuris, sed etiam debiti quantitate privandus est. Quae lex ad solas pertinet fruges: nam pro pecunia ultra singulas centesimas creditor vetatur accipere.* Sui tassi di interesse praticati in relazione ai mutui di derrate, cfr., in particolare, le considerazioni di G. Cervenca, v. *Usura (diritto romano)*, in *ED* 45, Milano, 1992, p. 1127, cui adde J. Roset, «Mutui datio» y otros supuestos de «condictio», in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor J.L. Murga Gener*, Madrid, 1994, pp. 242-243 e L. Solidoro, *Sulla disciplina degli interessi convenzionali nell'età imperiale*, in *Index* 25, 1997, pp. 558-559.

<sup>35</sup> R. von Jhering, *Das angebliche gesetzliche Zinsmaximum beim foenus nauticum*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* 19, 1881, pp. 18-23 (= *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, III, Jena, 1886, pp. 227-232); P. Huvelin, *Études d'histoire du droit commercial romain (histoire externe – droit maritime)*, Paris, 1929, p. 208 e, più recentemente, G. Purpura, *Ricerche in tema di prestito marittimo*, in *AUPA* 39, 1987, pp. 318-328 (= *Studi romanistici in tema di diritto commerciale marittimo*, Soveria Mannelli, 1996, pp. 222-232), nonché Id., *rec.* a Pontoriero, *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., in *Iura* 62, 2014, pp. 416-417.

<sup>36</sup> Sch. 1 e *cod. Par. Gr.* 1352 a Bas. 17, 1, 12 (= Scheltema-Holwerda, B III, pp. 1041-1042): Οἶον, δέος ἦν, μὴ διὰ δημόσια ὀφλήματα βεβαιωθῆ εἰς τὸ δημόσιον τὰ κτήματα τοῦ πρωτοτύπου ἢ ποινὴ ἀπὸ δανείου διαποντίου ἀύξηθῆ: θεὸς γάρ, ὅτι δανεισάμενος κατὰ τινα τόπον ὁ τελευτήσας

Infine, tutte le altre persone potevano stipulare un tasso di interesse non superiore al 6% e lo stesso limite valeva nei casi in cui fossero dovuti interessi indipendentemente da una stipulazione (*in quibus citra stipulationem usurae exigi solent*). La previsione si riferisce non solo alle *usurae ex pacto*, ma a tutte le ipotesi in cui fossero dovute *usurae legali*<sup>37</sup>.

Giustiniano statuisce inoltre che i limiti ricordati non potessero subire alcuna deroga in forza di consuetudini locali<sup>38</sup>.

Il creditore che avesse contravvenuto alle prescrizioni dettate dall'imperatore, non avrebbe avuto azione per la parte eccedente e, quand'anche avesse ricevuto il pagamento, sarebbe stato costretto ad imputarlo al capitale. Trovava altresì sanzione il comportamento di quei creditori che, a qualunque titolo, avessero detratto o trattenuto alcunché dal capitale da dare a mutuo. In questo caso, l'importo del debito sarebbe stato diminuito in misura corrispondente all'ammontare della violazione del divieto posta in essere dal mutuante<sup>39</sup>.

La costituzione reprimeva, altresì, gli stratagemmi di quanti avessero interposto altri soggetti nelle stipulazioni, per lucrare *usurae* più elevate di quelle che avrebbero potuto legittimamente pretendere. Giustiniano, in quest'ultima ipotesi, stabilì che il computo degli interessi avvenisse senza tener conto dell'interposizione operata, che poteva essere provata anche attraverso il giuramento<sup>40</sup>. Bas. 23,

---

διαπόντιον δάνειον, ἐφ' ᾧ και ἑκατοστὴν ἔξεστιν ἐπερωτᾶν, ἄχρις ἂν ἡ ναῦς ἐπανέλθῃ, ποιήν ἐπιρωτήθη, εἰ μὴ μετὰ τὴν ἐπάνοδον τῆς νηὸς ἐντὸς τῆς συνειθισμένης προθεσμίας, τουτέστιν ἐντὸς κ' ἡμερῶν μετὰ τὴν ἐπάνοδον, καταβληθῆ τὸ διαπόντιον δάνειον. Ἐπι γὰρ τούτου και ποιήν ἔξεστιν ἐπερωτᾶν, ὡς ἔστι μαθεῖν ἐν τῷ γ'. βιβ. τοῦ ἀντιπαπιανοῦ τιτ. β'. διγ. η'. και θ'. Cfr. sul punto Pontoriero, *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., pp. 162-163, nt. 9. In senso critico, v. tuttavia le osservazioni di Purpura, *rec. a Pontoriero*, cit., p. 417.

<sup>37</sup> Cfr. in particolare G. Cervenca, *Contributo allo studio delle «usurae» c.d. legali nel diritto romano*, Milano, 1969, pp. 282-283, nonché Fasolino, *Studi sulle usurae*, cit., p. 174.

<sup>38</sup> C. 4, 32, 26, 3: *Nec liceat iudici memoratam augere taxationem occasione consuetudinis in regione obtinentis*. Cfr., in proposito, Cervenca, *Contributo allo studio delle «usurae» c.d. legali nel diritto romano*, cit., pp. 281-288; Id., v. *Usura (diritto romano)*, cit., pp. 1125-1135, nonché Solidoro, *Sulla disciplina degli interessi convenzionali nell'età imperiale*, cit., pp. 556-557.

<sup>39</sup> C. 4, 32, 26, 4: *Si quis autem aliquid contra modum huius fecerit constitutionis, nullam penitus de superfluo habeat actionem, sed et si acceperit, in sortem hoc imputare compelletur, interdicta licentia creditoribus ex pecuniis fenori dandis aliquid detrudere vel retinere siliquarum vel sportularum vel alterius cuiuscumque causae gratia. nam si quid huiusmodi factum fuerit, principale debitum ab initio ea quantitate minuetur, ut tam ipsa minuenda pars quam usurae eius exigi prohibeantur*. Sulle misure repressive della violazione dei divieti posti dall'imperatore, cfr. in particolare Fasolino, *Studi sulle usurae*, cit., pp. 177-179.

<sup>40</sup> C. 4, 32, 26, 5: *Machinationes etiam creditorum, qui ex hac lege prohibiti maiores usuras stipulari alios medios*

3, 74 esemplifica al riguardo, proponendo l'ipotesi di un *illustris* che, non potendo percepire interessi in misura superiore al 4%, abbia dato il suo denaro ad un altro soggetto, tra quelli per i quali sarebbe stato lecito stipulare il tasso del 6%<sup>41</sup>.

La riforma di Giustiniano andò incontro a difficoltà di applicazione, come testimoniato dal *principium* di C. 4, 32, 27, una costituzione del 1° aprile del 529, attraverso cui si respinge la *prava interpretatio* di quanti avevano sostenuto che i limiti massimi fissati dalla costituzione del 528 non avrebbero potuto essere applicati alle *usurae* già stipulate al momento dell'entrata in vigore della legge:

C. 4, 32, 27 pr. (*Iust. A. Menae pp.*, a. 529): *De usuris, quarum modum iam statuimus, pravam quorundam interpretationem penitus removens iubemus etiam eos, qui ante eandem sanctionem ampliores quam statutae sunt usuras stipulati sunt, ad modum eadem sanctione taxatum ex tempore lationis eius suas moderari actiones, illius scilicet temporis, quod ante eandem fluxit legem, pro tenore stipulationis usuras exacturos.*

L'imperatore stabilì che gli interessi stipulati in epoca antecedente dovessero essere richiesti, dopo l'emanazione di C. 4, 32, 26, in misura non superiore ai massimi consentiti dalla stessa costituzione. Soltanto gli interessi già maturati al momento dell'entrata in vigore di C. 4, 32, 26 potevano essere riscossi secondo gli accordi delle parti (senza subire alcuna riduzione)<sup>42</sup>.

È evidente dunque che nel mondo della pratica si tentava di sfruttare il tenore letterale di C. 4, 32, 26: poiché infatti la costituzione del 528 proibiva di stipulare interessi superiori a determinate misure, poteva essere sostenuto che la stessa costituzione non si applicava agli interessi in quel momento già stipulati. Il prosieguito di C. 4, 32, 27 confermava inoltre, in termini generali, il divieto, già operante in diritto romano classico, di *usurae ultra duplum* o *ultra sortis summam*<sup>43</sup>.

---

*subiciunt, quibus hoc non ita interdictum est, rescentes iubemus, si quid tale fuerit attemptatum, ita computari usuras, ut necesse esset, si ipse qui alium interposuit fuisset stipulatus: in quo casu sacramenti etiam illationem locum habere sancimus.*

<sup>41</sup> Bas. 23, 3, 74 (= Scheltema-van der Wal, A III, p. 1135): ...ἴνα τυχὸν ὁ ἰλλυστρίος μὴ δυνάμενος λαβεῖν εἰ μὴ τὸν ἀπὸ τρίτου ἑκατοστῆς τόκον δώσει τὰ νομίσματα αὐτοῦ μέσῳ τινὶ τῶ δυναμένῳ λαμβάνειν ἡμεκατοστήν... Cfr. al riguardo Pontoriero, *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., p. 164, nt. 13.

<sup>42</sup> Su queste previsioni, cfr. R. Bonini, *Interpretazioni della pratica ed interpretazioni autentiche nel Codice e nelle Novelle giustiniane*, in *Ricerche di diritto giustiniano*<sup>2</sup>, Milano, 1990, pp. 262-263, nonché, nella più recente letteratura, Mattioli, *La legislación de Justiniano del Código en materia de negocios bancarios*, cit., p. 121.

<sup>43</sup> C. 4, 32, 27, 1-2: *Cursum insuper usurarum ultra duplum minime procedere concedimus, nec si pignora quaedam pro debito creditori data sint, quorum occasione quaedam veteres leges et ultra duplum usuras exigi permittebant. 2. Quod et in bonae fidei iudiciis ceterisque omnibus in quibus usurae exiguntur servari censemus.*

### 3. L'interesse per il prestito marittimo nel diritto delle Novelle

Il 7 settembre del 540 Giustiniano emana la Nov. 106, abrogata a pochi mesi di distanza, il 26 aprile del 541, dalla Nov. 110<sup>44</sup>. Entrambe sono prive del dispositivo di pubblicazione: questo ha indotto una parte della dottrina ad ipotizzare che l'emanazione della Nov. 106 sia avvenuta per disciplinare contratti conclusi nella sola capitale<sup>45</sup>.

Forse di maggior rilievo è il dato – di carattere non meramente formale e rivelatore di un particolare e non isolato *modus operandi* della cancelleria – del ricorso alla recezione legislativa di consuetudini invalse nell'area costantinopolitana<sup>46</sup>.

Grazie al provvedimento dell'imperatore bizantino, disponiamo di un vivace affresco concernente l'impiego e la disciplina del prestito marittimo nella prassi commerciale dell'epoca. L'ampia *praefatio* della Nov. 106 dà conto delle circostanze che hanno portato all'emanazione della costituzione:

Nov. 106 *praef.*: 'Ο αὐτὸς βασιλεὺς Ἰωάννη ἐπάρχῳ πραιτωρίων τὸ β', <ἀπὸ ὑπάτων ὀρδιναρίων καὶ πατρικίῳ.> Μηνύσεως ἠκούσαμεν τῆς σῆς ὑπεροχῆς, ἧς τὴν πρόφασιν ἡμεῖς αὐτοὶ παρεσχόμεθα. ἐδίδαξας γάρ, Πέτρον καὶ Εὐλόγητον ἰκετεῦσαι τὸ θεῖον ἡμῶν κράτος καὶ τὰ καθ' ἑαυτοὺς ἀφηγουμένους εἰπεῖν, ὡς εἰώθασιν ναυκλήροις ἤτοι ἐμπόροις δανείζειν χρυσίον, καὶ μάλιστα τοῖς ἐν θαλάττῃ τὰς πραγματείας ποιουμένοις, καὶ ταύτην ἔχειν τοῦ βίου τὴν πρόφασιν τὰ τοῖς θαλαττίοις ταῦτα δανείσματα, ἃ καλεῖν ὁ καθ' ἡμᾶς εἴωθε νόμος *traiecticia*, δεδοικέναι δὲ αὐτοὺς ὡς ἀμφισβητήσεων ἐντεῦθεν αὐτοῖς ἀνισταμένων, καὶ δεῖσθαι διὰ τοῦτο γενέσθαι φανερόν τὸ κρατοῦν καὶ ἐπὶ τούτοις ἔθος, ὥστε καὶ θεῖαν ἡμῶν ἐπὶ τούτῳ προελθεῖν κέλευσιν τὴν τὸ ἔθος εἰς σαφέστατον ἄγουσιν τύπον...<sup>47</sup>

<sup>44</sup> I provvedimenti sono indirizzati a Giovanni di Cappadocia. Su questa figura, v. J. R. Martindale, *Ioannes 11*, in *The prosopography of the later Roman Empire*, IIIA, A.D. 527-641, Cambridge, 1992, pp. 627-635.

<sup>45</sup> Cfr. M. Bianchini, *La disciplina degli interessi convenzionali nella legislazione giustiniana*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, II, Milano, 1982, p. 421.

<sup>46</sup> Per un'ulteriore ipotesi di recezione legislativa di consuetudini, questa volta in materia di garanzie processuali, si veda quanto stabilito da I. 4, 11, 6-7, c, sul punto, il mio *Lusus iudiciorum presso i tribunali costantinopolitani: «legalizzazione» di una prassi (I. 4, 11, 6-7)*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto. Ricerche dedicate al Prof. F. Gallo*, I, Napoli, 1997, pp. 523-538 (= *Contributi di diritto giustiniano*, Milano, 2004, pp. 1-16). Con particolare riferimento alla Nov. 106, v. Pontoriero, *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., p. 165 e p. 178.

<sup>47</sup> Auth. 129 *praef.* (= Schöll-Kroll, pp. 507-508); *Idem Aug. Iohanni pp. Orientis. Nuntium audivimus a tua*

La novella è stata emanata a seguito di una relazione di Giovanni. Quest'ultimo informa la cancelleria imperiale delle suppliche rivolte da Pietro ed Eulogio, uomini dediti al finanziamento di prestiti marittimi, che esprimono preoccupazione per alcune controversie sorte in ragione della loro attività<sup>48</sup>.

Giovanni di Cappadocia riceve l'incarico di conoscere la natura delle controversie e di informare la cancelleria, in modo tale da permettere l'emanazione di una legge. Il prefetto del pretorio convoca gli armatori e li interroga sulla natura della antiche consuetudini praticate.

Gli armatori rendono testimonianza sotto giuramento ed affermano che i prestiti possono assumere varie forme:

...τοιγαροῦν ἡμᾶς ἐγκελεύεσθαί σοι τὴν τῆς ἀμφισβητήσεως φύσιν μαθεῖν καὶ ταύτην εἰς ἡμᾶς ἀγαγεῖν, ὥστε φανερᾶς ἡμῖν γενομένης τὸ δοκοῦν νόμῳ περιλαβεῖν διηνεκεῖ καὶ τὴν σὴν ἐνδοξότητα ταῦτα πρᾶξαι παρ' ἡμῶν κελυθειῖσαν συναγαγεῖν τοὺς ναυκλήρους, οἷς δὴ τὰ τοιαῦτα τῶν δανεισμάτων μέλει, καὶ πυθέσθαι ποῖον ποτε τὸ ἀρχαῖον ἔθος ἦν· τοὺς δὲ καὶ ὄρκον προσεπιτιθέντας μαρτυρεῖν τρόπους εἶναι ποικίλους τῶν τοιούτων δανεισμάτων...<sup>49</sup>

Vengono analiticamente descritti due modelli di disciplina:

...καὶ εἰ μὲν δόξειε τοῖς δανεσταῖς, ἐφ' ἐκάστῳ νομίσματι τῶν χρημάτων ἄπερ ἂν δοῖεν ἓνα σίτου μόδιον ἢ κριθῆς ἐμβαλεῖν τῇ νηί, καὶ μηδὲ μίσθωμα τοῖς δημοσίοις παρέχειν ὑπὲρ αὐτοῦ τελώναις, ἀλλὰ τό γε ἐπ' αὐτοῖς ἀτελώνητα πλέειν τὰ σκάφη, καὶ τοῦτον ἔχειν καρπὸν ὧν ἐδάνεισαν χρημάτων, καὶ πρὸς γε καὶ κατὰ δέκα χρυσοῦς ἓνα κομίζεσθαι μόνον ὑπὲρ τόκων [καθ' ἐκάστην δεκάδα χρυσίου], αὐτοὺς δὲ τοὺς δανειστάς ὄραν τὸν ἐκ τῶν ἀποβησομένων κίνδυνον· εἰ δὲ οὐχ ἔλοιτο τὴν

---

*celsitudine, cui occasionem nos ipsi praeuimus. Docuisti enim Petrum et Eulogium supplicasse sacrae nostrae potestati et per se explanasse dicentes, quia consueverunt naucleris seu negotiatoribus mutuare aurum et maxime in mari negotia facientibus, et hanc habere vitae occasionem (ipsa vero marina credita vocare nostra consuevit lex traiecticia), et metuere eos utpote dubitationibus hinc eis exortis; oportere propterea fieri manifestum, quae valeat super his consuetudo, ut et sacra nostra in hoc procederet iussio quae consuetudinem ad certissimam duceret formam...*

<sup>48</sup> Cfr. al riguardo Pontoriero, *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., p. 166 e nt. 20.

<sup>49</sup> Auth. 129 *praef.* (= Schöll-Kroll, p. 508): *...Itaque nos delegasse tibi dubitationis naturam cognoscere et hanc ad nos deducere, quatenus manifesta nobis facta quod videretur lege comprehenderetur perpetua; tuamque gloriam haec a nobis agere iussam convocasse naucleros quibus haec mutuae curae sunt, et interrogasse, quae aliquando antiqua consuetudo fuit; illos autem et iusiurandum adicientes testimonium perhibuisse, modos esse varios talium mutuatorum...*

ὁδὸν ταύτην οἱ δανεῖζοντες, τὴν ὀγδόην μοῖραν λαμβάνειν ὑπὲρ ἐκάστου νομίματος ὀνόματι τόκων οὐκ εἰς χρόνον τινὰ ῥητὸν ἀριθμουμένων, ἀλλ' ἕως ἂν ἡ ναῦς ἐπανεέλθοι σεσωσμένη· κατὰ τοῦτο δὲ τὸ σχῆμα συμβαίνειν ἴσως καὶ εἰς ἐνιαυτὸν ἐκταθῆναι τὸν χρόνον, εἴπερ τοσοῦτον ἔξω διατρίψειεν ἡ ναῦς ὡς καὶ τὸν ἐνιαυτὸν ἢ πέρασ λαβεῖν ἢ καὶ ὑπερβῆναι, θᾶπτόν γε μὴν ἐπανιούσης αὐτῆς τὸν χρόνον εἰς ἓνα μόνον ἢ δύο παρελκυσθῆναι μῆνας, καὶ ἐκ τῶν τριῶν κερατίων ὠφέλειαν ἔχειν, κἂν οὕτως βραχὺς διαγένηται χρόνος κἂν εἰ περαιτέρω παρὰ τῷ δανεισαμένῳ μένοι τὸ χρέος· ταῦτο δὲ τοῦτο κρατεῖν ἕτεραν πάλιν τῶν ἐμπορευομένων ἀποδημίαν αἰρουμένων, ὥστε καθ' ἕκαστον φόρτον ὀρίζεσθαι τὸ σχῆμα καθ' ὃ προσήκει τὸ δάνεισμα ἢ μένειν ἢ ἐναλλάττεσθαι κατὰ τὸ περὶ τούτου συνδοκοῦν τοῖς μέρεσι σύμφωνον...<sup>50</sup>

Il primo prevede che i mutuatari corrispondano un tasso di interesse del 10% e, in aggiunta, che i mutuanti possano imbarcare sulla nave senza pagamento dei dazi un moggio di grano o di orzo per ogni *solidus* prestato. I mutuanti assumono il rischio della navigazione.

Il secondo modello, alternativo al primo, prevede semplicemente la percezione di un tasso di interesse del 12,5%. Anche in questo caso i mutuanti assumono il rischio della navigazione. È stato evidenziato in dottrina come il modello che prevede la corresponsione da parte dei mutuatari di un tasso di interesse del 10% e, in aggiunta, che i mutuanti possano caricare sulla nave, senza pagamento dei dazi, un moggio di grano o di orzo per ogni *solidus* prestato, costituisca una semplice variante di questo secondo schema<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> Auth. 129 *praef.* (= Schöll-Kroll, pp. 508-509): *...et si quidem placuerit creditoribus, in singulis solidis pecuniarum quas dederint unum tritici modium aut hordei imponere, neque mercedem publicis praeberere pro eo teloneariis, sed quantum ad ipsos sine teloneo navigare naves, et hunc habere fructum earum quas crediderunt pecuniarum, et insuper etiam per decem aureos unum percipere solum pro usuris, in ipsos autem creditores respicere ex eventibus periculum. Si vero non sumant hanc viam creditores, octavam partem percipere pro singulis solidis nomine usurarum non in tempus aliquod certum numerandam, sed donec naves revertantur salvae. Secundum hoc autem schema contingit forsitan et in annum extendi tempus, si tantum foris moretur navis ut et annum aut terminos sumat aut etiam transcendat, citius autem ea remeante tempus in unum solum aut duos trahi menses, et ex tribus siliquis utilitatem habere, vel si ita breve sit tempus vel si apud alterum extra debitorem maneat debitum. Hoc idem valere aliam rursus negotiatoribus profectionem assumentibus, et per unumquodque onus definiri schema secundum quod competat mutuum aut manere aut permutari secundum pactum quod ob hoc convenerit partibus...*

<sup>51</sup> Billeter, *Geschichte des Zinsfusses im griechisch-römischen Altertum bis auf Justinian*, Leipzig, 1898, p. 325; Purpura, *Ricerche in tema di prestito marittimo*, cit., p. 325, nt. 402 (= *Studi romanistici in tema di diritto commerciale marittimo*, cit., p. 229, nt. 402), nonché, da ultimo, Pontoriero, *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., p. 169.

Gli armatori precisano che questo modello è utilizzato sia per viaggi di lunga durata, annuale o pressoché annuale, sia per viaggi di breve durata, mensile, o anche bimestrale e che, in entrambi i casi, il tasso di interesse resta fissato al 12,5%<sup>52</sup>.

La testimonianza degli armatori si sofferma anche sulle vicende del rapporto successive al rientro della nave in porto:

...εἰ μέντοι μετὰ τὴν ἐπάνοδον τῆς νηὸς σωθείσης καὶ μηκέτι πλεῖν διὰ τὸν καιρὸν δυναμένης ἐπανέλθοιεν, εἴκοσι καὶ μόνων ἡμερῶν προθεσίμην δίδοσθαι παρὰ τῶν δανεισάντων τοῖς δανεισαμένοις, καὶ μηδὲν ὑπὲρ τῶν ὀφλημάτων τόκου ἔνεκεν ἀπαιτεῖν, ἕως πραθῆναι συμβαίῃ τὸν φόρτον· εἰ δὲ μένοι περαιτέρω τὸ χρέος οὐκ ἀποδιδόμενον, τὸν ἐκ διμοίρου τῆς ἑκατοστῆς τοῖς κυρίοις τῶν χρημάτων διδόναι τόκον, καὶ μεταβάλλειν εὐθύς τὸ δάνεισμα καὶ εἰς τὸν τῶν ἐγγείων μεταχωρεῖν τρόπον, οὐκέτι τῶν θαλαττίων κινδύνων τὸν δανειστήν ἐνοχλοῦντων. καὶ ταῦτα ἅπαντας εἰπεῖν ἔνορχον ποιησαμένους τὴν μαρτυρίαν. ἄπερ εἰς ἡμᾶς ἐμήνυσας, ὥστε ἡμᾶς νομοθετῆσαι τὸ ἡμῖν δοκοῦν, καὶ ἐπὶ τούτοις ἔφασκες ταῦτα τῷ ἡμετέρῳ προσαγγεῖλαι κράτει...<sup>53</sup>

A seguito del felice esito della navigazione, i creditori concedono un termine di venti giorni per la vendita del carico, senza pretendere il pagamento di interessi<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> È stato sostenuto, traendo argomento dall'incidentale riferimento del legislatore all'antichità delle consuetudini attestate, che l'unificazione dei tassi di interesse marittimi nella misura del 12,5% non costituisca un effetto dell'emanazione delle disposizioni contenute in C. 4, 32, 26, 2, ma possa essere ricondotto ad usanze più risalenti. In questo senso, v. Billeter, *Geschichte des Zinsfusses im griechisch-römischen Altertum bis auf Justinian*, cit., p. 324 e p. 328. Di diverso avviso è Pontoriero, *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., p. 170.

<sup>53</sup> Auth. 129 *praef.* (= Schöll-Kroll, p. 509): ...*Si tamen post reversionem navis salvae et nequaquam navigare propter tempus valentis revertantur; viginti et solum dierum indutias dari a creditoribus debitoribus, et nihil pro debitis usurarum causa exigere, donec vendi contingat onus; parcentes apud alium esse debitum non reddendum, duas partes centesimae dominis pecuniarum dare usuras, et mutare mox mutuum et in terrenum transponere modum, nequaquam maritimis periculis creditorem molestantibus. Et haec omnes dixisse cum iureiurando perhibentes testimonium. Quae ad nos nuntiasti, ut nos sanciremus quod nobis videretur, et super his dicebas haec nostrae nuntiatae potestati...*

<sup>54</sup> Sull'antichità di questa consuetudine, che risale già al IV sec. a.C., v. Billeter, *Geschichte des Zinsfusses im griechisch-römischen Altertum bis auf Justinian*, cit., p. 324; Purpura, *Ricerche in tema di prestito marittimo*, cit., p. 218, nt. 81 (= *Studi romanistici in tema di diritto commerciale marittimo*, cit., p. 122, nt. 81); S. Schuster, *Das Seedarlehen in den Gerichtsreden des Demostenes. Mit einem Ausblick auf die weitere historische Entwicklung des Rechtsinstitutes: dáneion nautikón, fenus nauticum und Bodmerei*, Berlin, 2005, p. 193, nonché, da ultimo, Pontoriero, *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., p. 171.

Se il debito rimane ancora inadempito, devono essere corrisposti interessi nella misura dell'8%<sup>55</sup>.

L'attenzione della dottrina si è concentrata sul meccanismo di computo degli interessi attestato dalla testimonianza degli armatori. L'ammontare degli interessi marittimi dovuti dai debitori non è indicato attraverso il consueto meccanismo di calcolo della *centesima*. Gli armatori fanno semplicemente riferimento ad una frazione del capitale mutuato. Il meccanismo di computo basato sull'impiego della *centesima* ritorna quando si tratta di definire la misura degli interessi terrestri<sup>56</sup>. Il dato è stato valorizzato per sostenere, da un lato, che il computo degli interessi marittimi nella Nov. 106 dovesse avvenire non a tempo, ma a viaggio e, dall'altro, che la previsione contenuta in C. 4, 32, 26, 2, essendo impiegato il termine *centesima*, riguardasse solo gli interessi terrestri del prestito marittimo<sup>57</sup>.

La maggior parte degli autori ritiene che gli interessi dovessero essere calcolati a viaggio e non a tempo<sup>58</sup>. Questa opzione interpretativa è stata sottoposta a vaglio critico dalla letteratura più recente<sup>59</sup>.

<sup>55</sup> Per la conversione del negozio in mutuo terrestre, dal momento che sul creditore non grava più il rischio della navigazione: cfr. Pontoriero, *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., p. 172.

<sup>56</sup> Sul punto, v. in particolare Pontoriero, *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., pp. 172-173.

<sup>57</sup> Purpura, *Ricerche in tema di prestito marittimo*, cit., pp. 325-326 (= *Studi romanistici in tema di diritto commerciale marittimo*, cit., pp. 229-230). Tale ipotesi non convince appieno alla luce di quanto osserva Pontoriero, *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., p. 173 e nt. 34, che ricorda le modalità di computo degli interessi impiegate per mutui di derrate da Nov. 32.

<sup>58</sup> Billeter, *Geschichte des Zinsfusses im griechisch-römischen Altertum bis auf Justinian*, cit., p. 327; W. Ashburner, *The Rodian Sea-Law*, Oxford, 1909 [rist. Aalen, 1976], p. ccxx; A. Castresana Herrero, *El préstamo marítimo griego y la pecunia traiectica romana*, Salamanca, 1982, p. 103; Purpura, *Ricerche in tema di prestito marittimo*, cit., p. 325 (= *Studi romanistici in tema di diritto commerciale marittimo*, cit., p. 229); Gofas, *The Byzantine Law of Interest*, cit., p. 1097.

<sup>59</sup> Cfr. al riguardo Pontoriero, *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., pp. 174-176, che osserva come, accedendo all'interpretazione secondo cui gli interessi avrebbero dovuto essere computati a viaggio e non a tempo, le statuizioni della Nov. 106 sarebbero risultate in contrasto – nonostante la ripetuta affermazione in senso contrario dello stesso legislatore – con le previsioni di C. 4, 32, 26, 2. Pontoriero sottolinea inoltre come venga prevista la percezione da parte del creditore del medesimo vantaggio tanto in relazione alle operazioni di commercio di breve durata quanto in relazione a quelle di lunga durata. Non meno importante sembra poi essere il dato che la testimonianza provenga dagli armatori: costoro, essendo destinati a ricevere i prestiti, non avrebbero avuto alcun vantaggio a riferire sotto giuramento il contenuto di consuetudini *contra legem* e, per di più, contrarie al loro stesso interesse. Infine, secondo l'autore, sarebbe piuttosto singolare se nella Nov. 106 talvolta si facesse riferimento ad interessi computati a viaggio, altre volte computati a tempo, come è innegabile per quanto concerne l'interesse dell'8%, da

Giovanni riferisce alla cancelleria imperiale quanto appreso dagli armatori e Giustiniano, dopo aver preso visione degli atti, riconosce valore di legge agli usi attestati, dal momento che non sono ritenuti contrari al diritto vigente:

Nov. 106, 1-*epil.*: Ἡμεῖς τοῖνυν καὶ αὐτοῖς ἐντυχόντες τοῖς πεπραγμένοις καὶ τὸ πρᾶγμα διδαχθέντες θεσπίζομεν κατὰ τὸ μεμαρτυρημένον ἐπὶ τῆς σῆς ὑπεροχῆς οὕτω νῦν τε καὶ εἰς τὸν ἐξῆς ἅπαντα χρόνον τὰ τοιαῦτα κρατεῖν, διότι μὴδὲ τοῖς ἤδη τεθειμένοις μάχεται νόμοις· ὥστε δεῖν ἐκ τοῦ λοιποῦ κατὰ τινα ἰδικὸν νόμον ἐν ταῖς ναυκληρικαῖς ἢ τοῖς ἐμπορικαῖς δίκαις ἐπὶ τῶν τοιούτων αἰτιῶν ταῦτα φυλάττεσθαι, καὶ κατὰ τὸν τρόπον τῶν εἰρημένων συμφώνων οὕτως γίνεσθαι τὰς ἀποβάσεις καὶ τὰ ἄλλα πάντα ἔθη ὅποσα ἐν τοῖς ἔμπροσθεν μεμαρτύρηται παρὰ τῷ ἕρῳ τῷ σῷ, ὥστε κατὰ ἰδικὸν νόμον ταῦτα κρατεῖν ἐπὶ τῶν ναυκληρικῶν ἢ τοῖς ἐμπορικῶν (τὸ γὰρ ἐν μακροῖς οὕτω πολιτευόμενον χρόνους καὶ κρατῆσαν ἀπαρράλλακτως, καθάπερ αἱ μαρτυρίαι παρὰ τῆς σῆς ἐνδοξότητι διώρισαν, πῶς οὐκ ἐστὶ δίκαιον καὶ ἐπὶ τῶν ἄλλων ἁπάντων κρατεῖν τῶν μετὰ ταῦτα ἐσομένων); καὶ εἶναι ταύτην αὐτοῖς τῶν πραγμάτων τὴν διάλυσιν ἐξ ἰδιοῦ νόμου κρατοῦσαν καὶ ἐτέρας τινὸς διατυπώσεως μὴ δεομένην, ἀλλ' ἐπὶ τῶν ναυκληρικῶν ἢ τοῖς ἐμπορικῶν ἀφορμῶν εἰς τὸν ἅπαντα χρόνον κρατοῦσαν, ὡς γενικὴν οὖσαν νομοθεσίαν καὶ ἐπὶ τῶν ναυκληρικῶν ἢ τοῖς ἐμπορικῶν συναλλαγμάτων κρατοῦσαν ὀφείλουσάν τε καὶ μέρος γενέσθαι τῶν ἤδη παρ' ἡμῶν τεθειμένων νόμων, ὥστε καὶ τοὺς δικάζοντας πρὸς ταύτην ἀποβλέποντας ποιεῖσθαι τὰς κρίσεις. <Ἐπίλογος.> Τὰ τοῖνυν παραστάντα ἡμῖν ἢ σῆς ὑπεροχῆς εἰς τὸ διηνεκὲς παραφυλάττεσθαι σπευσάτω. *Dat. VII. id. Sept. CP. imp. dn. Iustiniani pp. Aug. <ann. XIV. Iustino> vc. cons. (a. 540)*<sup>60</sup>.

corrispondere dopo l'arrivo in porto della nave salva e decorsi i venti giorni concessi dai creditori per la vendita del carico.

<sup>60</sup> Auth. 129 1-*epil.* (= Schöll-Kroll, pp. 509-510): *Nos igitur et ipsa legentes gesta et causam edocti sancimus secundum quod testatum est coram tua celsitudine ita nunc et deinceps in omne tempus tenere, eo quod neque iam positus repugnant legibus, ut oporteat nunc et de cetero secundum quandam propriam legem in nauclericis aut negotiatoriis super talium causarum haec servari litibus, et secundum dictum modum praedictarum factionum ita fieri etiam eventus et alia omnia quaecumque in prioribus testata sunt apud sedem tuam, unde secundum propriam legem teneant in nauclericis aut negotiatoriis. Quod enim longis ita servatum est temporibus et tenuit immutabiliter, sicut testimonia apud tuam gloriam definierunt, quomodo non est iustum et in aliis omnibus valere quae postea erunt, et esse hanc eis rerum transactionem ex propria lege valentem et altera quadam dispositione non egentem, sed in nauclericis seu negotiatoriis occasionibus in omne tempus valentem, utpote generalem existentem legislationem et in nauclericis seu negotiatoriis contractibus expositam, et quae debet etiam pars fieri iam a nobis positarum legum, et iudicantes ad hanc respicientes proferre sententias. <Epilogus.> Quae igitur placuerunt nobis tua celsitudo iugiter servare festinet. *Dat. V. id. Sept. CP. imp. <dn. Iustiniani Aug. > anno <XIV.> Iustino <vc.> cons.**

A breve distanza di tempo, la Nov. 106 viene però abrogata dalla Nov. 110:

Nov. 110: Ὁ αὐτὸς βασιλεὺς Ἰωάννη ἐπάρχῳ πραιτωρίων τὸ β', ἀπὸ ὑπάτων <ὀρδινάριων> καὶ πατρικίῳ. <Προοίμιον.> Ἴσμεν ἐκ μηνύσεως τῆς σῆς ὑπεροχῆς νόμον ἤδη πεποιηκότες περὶ τῶν traiecticiῶν χρημάτων, ὃς ἐμφανῆς γέγονε τῷ δικαστηρίῳ τῷ σῷ. *CAPUT I.* Ἄλλ' ἐπειδὴ περ ὕστερον προσελεύσεω ἡμῖν γενομένων προσετάξαμεν τὸν νόμον ἐκεῖνον μὴ κρατεῖν ἀναληφθῆναι αὐτὸν προστάξαντες ἐκ τοῦ δικαστηρίου τοῦ σοῦ, ἔγνωμεν δὲ αὐτὸν καὶ ἐν τισὶ τῶν ἐπαρχιῶν ἤδη καταφανῆ γενέσθαι, διὰ τοῦτο θεσπίζομεν τὸν τοιοῦτον νόμον παντοίως ἀργεῖν, καὶ εἰ συνέβη κατὰ χώραν αὐτὸν πεμφθῆναι, μηδὲ ἐκεῖσε κρατεῖν, ἀλλ' ἀνίσχυρον εἶναι. καὶ οὕτω βουλόμεθα τὸ πρᾶγμα προΐεναι, ὡς εἰ μηδὲ γραφεὶς ἐτύγγανεν ὁ εἰρημένος νόμος, ἀλλὰ κατὰ τοὺς ἤδη περὶ τῶν τοιούτων τεθέντας νόμους παρ' ἡμῶν τὰς ὑποθέσεις ἐξετάζεσθαι καὶ κρίσεως ἀξιούσθαι. <Ἐπίλογος.> Τὰ τοίνυν παραστάντα ἡμῖν καὶ διὰ τοῦδε τοῦ θείου δηλούμενα νόμου ἢ σῆ ὑπεροχῆ ἔργῳ καὶ πέρατι παραδοῦναι σπευσάτω. *Dat. VI. k. Mai. CP. imp. dn. Iustiniani pp. Aug. anno XV. Basilio vc. cons. (a. 541)*<sup>61</sup>.

È molto difficile determinare le ragioni che hanno spinto il legislatore giustiniano ad intervenire nuovamente in materia di prestito marittimo. Nov. 110 *praef.* fa riferimento a non meglio precisate richieste rivolte alla cancelleria imperiale.

Secondo un'opinione largamente diffusa in dottrina, Giustiniano avrebbe abrogato la disciplina dettata dalla Nov. 106 perché in contrasto con le prescrizioni di C. 4, 32, 26, 2<sup>62</sup>. Il rilievo del contrasto con la costituzione del 528 che

<sup>61</sup> Auth. 105 (= Schöll-Kroll, p. 520): *Idem Aug. Iohanni pp. Orientis. <Praefatio.> Novimus ex denuntiatione tuae celsitudinis legem iam fecisse de traiecticiis pecuniis, quae manifesta facta est foro tuo. CAPUT I. Sed quoniam postea additionibus nobis factis praecepimus legem illam non valere, resumi eam imperantes ex foro tuo, agnovimus autem eam et in quibusdam provinciis iam insinuatam, propterea sancimus talem legem omnino vacare, et si contigit etiam per provincias eam destinari, nec ibi valere, sed invalidam esse. Sic enim volumus causam procedere, tamquam si nec scripta fuisset memorata lex, sed secundum iam de talibus positas leges a nobis negotia examinationem et sententiam potiantur. <Epilogus.> Quae igitur placuerunt nobis et per hanc sacram declarata sunt legem, tua celsitudo operi effectuique contradere festinet. *Dat. VII. kal. Mai. imp. dn. Iustiniani pp. Aug. anno XV. Basilio vc. cons.**

<sup>62</sup> In questo senso v. già Iacobi Cuiacii *IC. Tolosatis Opera ad Parisiensem Fabrotianam editionem diligentissime exacta in tomos XI. distributa auctiora atque emendatiora. Pars prior. Tomus Secundus*, Venetiis, 1758, [Novellarum constitutionum Imp. Iustiniani expositio], col. 995. Secondo Castresana Herrero, *El préstamo marítimo griego y la pecunia traiectica romana*, cit., la Nov. 106 sarebbe stata abrogata perché avrebbe determinato incertezze interpretative in ordine alle modalità di computo degli interessi (se annuale o in relazione a ciascun viaggio).

interveniva sui limiti legali alla prestazione di *usurae*, si accompagna, talvolta, all'ipotesi secondo la quale l'abrogazione di Nov. 106 sarebbe l'effetto di sollecitazioni provenienti dal collegio degli *argentarii* costantinopolitani<sup>63</sup>.

Le spiegazioni offerte dalla dottrina in ordine ai motivi che hanno portato all'abrogazione della Nov. 106 non risultano del tutto appaganti. È stato sottolineato come la cancelleria, all'atto dell'emanazione della Nov. 106, fosse pienamente consapevole del problema del coordinamento della nuova disciplina con la legislazione previgente e con la riforma di C. 4, 32, 26, 2<sup>64</sup>.

Non si dimentichi, inoltre, che la cancelleria avrebbe potuto emanare – secondo un ben collaudato schema operativo – un provvedimento di interpretazione autentica, nel caso in cui il contrasto con C. 4, 32, 26, 2 avesse riguardato soltanto le modalità di computo degli interessi marittimi a viaggio anziché a tempo<sup>65</sup>.

Anche l'ipotesi secondo cui l'abrogazione della Nov. 106 sarebbe stata disposta su richiesta del collegio degli *argentarii* si presta ad alcune obiezioni. È vero che gli *argentarii* costantinopolitani erano tenuti in grande considerazione dal potere imperiale e spesso destinatari di norme molto favorevoli<sup>66</sup>, ma non si vede in che modo il ritorno alla disciplina precedente all'emanazione della Nov. 106 avrebbe potuto comportare per loro dei vantaggi<sup>67</sup>.

È dunque molto difficile individuare con sicurezza le ragioni che spinsero il legislatore ad emanare la Nov. 110. Un interessante spunto di riflessione è offerto da un'osservazione di Gustav Billeter, secondo cui Giustiniano avrebbe commesso l'errore di estendere alcune consuetudini commerciali proprie dell'area costantinopolitana a tutto l'impero<sup>68</sup>. Gli operatori interessati alla conclusione di prestiti marittimi (finanziatori e armatori) potrebbero aver manifestato

<sup>63</sup> Bianchini, *La disciplina degli interessi convenzionali nella legislazione giustiniana*, cit., pp. 418-422, seguita da R. Herrera Bravo, «*Usurae*». *Problemática jurídica de los intereses en derecho romano*, Jaén, 1997, p. 46 e da Salazar Revuelta, *La gratuidad del mutuum en el derecho romano*, cit., p. 185.

<sup>64</sup> Cfr. al riguardo Pontoriero, *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., p. 181.

<sup>65</sup> Per questa osservazione, cfr. Pontoriero, *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., p. 181. Per un quadro d'insieme dei provvedimenti di interpretazione autentica adottati dal legislatore in età giustiniana, cfr. Bonini, *Ricerche di diritto giustiniano*<sup>2</sup>, cit., pp. 233-268.

<sup>66</sup> V. in particolare i miei *Banche, banchieri e contratti bancari. Osservazioni a proposito di una recente ricerca di A. Díaz Bautista*, in *BIDR* 94-95, 1991-1992, pp. 449-472; *Spunti per una indagine sulla legislazione giustiniana riguardante gli argentarii costantinopolitani*, in *Contributi di diritto giustiniano*, cit., pp. 151-176 (= *Studi Senesi* 117, 2005, pp. 40-70, dal quale d'ora in poi si citerà).

<sup>67</sup> Cfr. Pontoriero, *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., p. 182.

<sup>68</sup> Billeter, *Geschichte des Zinsfusses im griechisch-römischen Altertum bis auf Justinian*, cit., p. 338.

la propria insoddisfazione verso un provvedimento che finiva per irrigidire la disciplina di un importante settore della realtà economica bizantina, nell'ambito del quale si avvertiva invece il bisogno di regole flessibili e di un più marcato riconoscimento dell'autonomia privata<sup>69</sup>.

#### 4. Le disposizioni della legislazione novellare riguardanti gli argentarii costantinopolitani

Si tratta di una legislazione ricca di motivi di interesse che si configura come un vero e proprio *Sonderrecht*, una legislazione che viene, cioè, a formare una sorta di diritto statutale di classe, applicabile a tutti i rapporti in cui fosse parte un banchiere, caratterizzato altresì dalla creazione di un'apposita giurisdizione speciale<sup>70</sup>. Ci troviamo di fronte, tuttavia, ad una serie articolata di disposizioni scaturite non da un organico e meditato disegno legislativo, ma, al contrario, per lo più occasionate da circostanze contingenti, emanate in maniera estemporanea e quasi alluvionale come risultato della dinamica conflittualità sottesa alle attività bancarie.

Tali disposizioni costituiscono un *corpus* normativo tendenzialmente omogeneo sia sotto il profilo cronologico sia sotto il profilo formale. Quanto ai tempi di emanazione, si deve infatti rilevare che i tre provvedimenti fondamentali conservatici nel manoscritto marciano della raccolta delle 168 novelle – mi riferisco alla Novella 136 e agli Editti 7 e 9 – sono tutti da collocare in un arco temporale relativamente ristretto, che possiamo individuare negli anni 535-542<sup>71</sup>.

Quanto al profilo formale è invece da notare che si tratta di testi che assumono tutti – indipendentemente dalla diversa denominazione – la forma delle *pragmaticae sanctiones*<sup>72</sup>, aspetto quest'ultimo che appare particolarmente signi-

<sup>69</sup> In questo senso, v. Pontoriero, *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., p. 182. Sulla possibilità che la Nov. 110 sia stata emanata su richiesta di grandi mercanti e finanziatori, v. invece nella letteratura più recente Purpura, *rec. a* Pontoriero, cit., p. 114.

<sup>70</sup> Sul punto, v. già il mio *Spunti per una indagine sulla legislazione giustiniana riguardante gli argentarii costantinopolitani*, cit., pp. 40-41.

<sup>71</sup> Sulla datazione dei tre provvedimenti, cfr. ancora *Spunti per una indagine sulla legislazione giustiniana riguardante gli argentarii costantinopolitani*, cit., pp. 51-57. Della questione mi ero già in precedenza brevemente occupato in *Banche, banchieri e contratti bancari. Osservazioni a proposito di una recente ricerca di A. Díaz Bautista*, cit., pp. 451-452, nt. 5.

<sup>72</sup> Tale circostanza risulta per esplicita dichiarazione dei tre provvedimenti normativi: cfr. Nov. 136 *epil.*; Ed. 7, 4; Ed. 7, 7; Ed. 7, 8; Ed. 7 *epil.*; Ed. 9 *epil.* Quanto alla terminologia utilizzata dai

ficativo per l'utilizzazione, forse non del tutto casuale, di un provvedimento normativo privo del disposto di pubblicazione e la cui osservanza era pertanto affidata al destinatario del provvedimento, senza che ne fosse prevista una conoscenza diffusa<sup>73</sup>.

Si tratta, inoltre, di testi tutti emanati su sollecitazione degli *argentarii* costantinopolitani e che si contraddistinguono per la comune tendenza (solo infrequentemente disattesa) ad aderire alle richieste della corporazione. La circostanza si spiega con la considerazione del crescente peso assunto dagli *argentarii* di Costantinopoli nel corso del VI secolo, in ragione delle forti necessità di denaro liquido venute a determinarsi per far fronte alle ingenti spese richieste dalle imprese militari e dalle opere civili giustinianee<sup>74</sup>. All'emanazione di una normativa di favore non è inoltre estranea – anzi costituisce un topos ricorrente – la considerazione dell'utilità sociale dell'esercizio delle attività creditizie<sup>75</sup>.

Viene innanzitutto prevista – per i rapporti dei quali fosse parte un *argentarius* – una giurisdizione speciale e concorrente del *praefectus urbi* e del *comes sacrarum largitionum*. La giurisdizione del *praefectus urbi* era limitata alla città di Costantinopoli, mentre quella del *comes sacrarum largitionum* si estendeva al resto dell'impero<sup>76</sup>. L'esistenza di una giurisdizione speciale costituisce uno degli elementi fondanti per riconoscere l'esistenza di un diritto speciale della banca e delle contrattazioni

---

nostri testi per qualificarsi come *pragmaticae* (θεῖος πραγματικός νόμος; θεῖος πραγματικός τύπος) v. in particolare M. Bianchi Fossati Vanzetti, *Le novelle di Valentiniano III*, I, Fonti, Padova, 1988, p. 156 e ss.

<sup>73</sup> Sul punto, v. in particolare G. Lanata, *Legislazione e natura nelle Novelle giustinianee*, Napoli, 1984, p. 143, p. 147 e p. 154, che individua come caratteristica di questa tipologia di provvedimento la mancanza del disposto di pubblicazione (v. anche pp. 129-130 e nt. 82 [con bibliografia]), nonché il mio *Spunti per una indagine sulla legislazione giustiniana riguardante gli argentarii costantinopolitani*, cit., pp. 43-44.

<sup>74</sup> Cfr. *Spunti per una indagine sulla legislazione giustiniana riguardante gli argentarii costantinopolitani*, cit., p. 45.

<sup>75</sup> Tale aspetto compare già nella legislazione giustiniana inserita nel Codice: cfr. C. 12, 34 (35), 1 pr-1 (a. 528-529): ...*exceptis argenti distractoribus...* 1. *Hos enim utpote omnium contractibus utiles*. Diventa peraltro un motivo cui si ricorre con insistenza soprattutto nella legislazione novellare, in cui costituisce una sorta di topos: cfr. Nov. 136 *praef.*; Nov. 136, 1; Nov. 136, 2; Nov. 136, 4; Ed. 7, 4; Ed. 7, 7; Ed. 7, 8, 1; Ed. 9, 2 pr; Ed. 9, 8.

<sup>76</sup> Sul punto, v. già J. Karayannopoulos, *Das Finanzwesen des frühbyzantinischen Staates*, München, 1958, p. 61; della stessa opinione è Bianchini, *La disciplina degli interessi convenzionali nella legislazione giustiniana*, cit., p. 416, nt. 80; nella più recente letteratura, cfr. A. Petrucci, *Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane*, Torino, 2002, pp. 206-208, nonché il mio *Spunti per una indagine sulla legislazione giustiniana riguardante gli argentarii costantinopolitani*, cit., 57-61.

bancarie in età giustiniana, che rappresenta, sia pure in un quadro di evidente discontinuità, un'anticipazione del diritto mercantile del basso medioevo<sup>77</sup>.

Tale specialità trova conferma sul piano del diritto sostanziale. Particolarmente significativo al riguardo è quanto disposto in Nov. 136, 3:

Κάκεινοι μέντοι οὐκ ἄπο τρόπου λέγειν ἔδοξαν, ὡς εἰ δανείσειάν τινη ἢ καὶ φθάσαντες ἐδάνεισαν εἰς ἀγορασίαν πραγμάτων τινῶν κινήτων ἢ ἀκινήτων, καὶ ῥητὸν χρυσίον δοῖεν, καὶ ἐκ τῶν δανεισθέντων χρημάτων κτηθεῖη τὸ πρᾶγμα, πάντων αὐτοὺς ἐπὶ τῷ αὐτῷ πράγματι κυριώτερα ἔχειν δίκαια, καὶ μὴ πειρᾶσθαι μηδεμιᾶς διαστροφῆς, ἀλλ' εἴπερ ἀποδείξαιεν ὄλος ἐκ τῶν χρημάτων αὐτῶν τοῦτο κτηθὲν καὶ μὴ δύναιντο τὸ ἱκανὸν διὰ χρημάτων ποιῆσαι αὐτοῖς οἱ δανεισάμενοι, αὐτὸ τὸ πρᾶγμα τὸ ἐκ τῶν χρημάτων αὐτῶν ὠνηθὲν προσκυροῦσθαι αὐτοῖς, ὡσανεὶ ταῖς μὲν ἀληθείαις παρ' αὐτῶν ἀγορασθέν, ψιλῆς δὲ προσηγορίας ἐντεθείσης τῆς τοῦ ἐωνημένου. οὐδὲ γὰρ δίκαιόν ἐστι τοὺς τὰ οἰκεῖα χρήματα προῖεμένους μὴ καὶ πρώτην καὶ ἀναμφισβήτητον τάξιν ἐπὶ τοῖς ὠνηθεῖσι πράγμασι ἔχειν, μόνον εἴπερ ὑποθήκης γένοιτο ἐν τοῖς ἐγγράφοις συναλλάγμασι μνήμη. τοῦτο γὰρ εἰ παραφυλάξαιεν, ἅπαν ἔχουσιν ὅσον ἡμᾶς ἦτησαν, μᾶλλον δὲ ἔτι μείζον καὶ τῶν αἰτηθέντων, εἴ γε τιμιώτερα δίδομεν αὐτοῖς ἀπάντων δίκαια ἐπὶ τοῖς πράγμασι τοῖς δεικνυμένοις ἐκ τῶν χρημάτων αὐτῶν ἐωνῆσθαι. εἰ μέντοι ἄγραφον γέγονεν ἢ γένοιτο τὸ συνάλλαγμα, καὶ αὐτοὶ δοῖεν τὰ χρήματα ἢ εἶδη τινὰ (ὅπερ μάλιστα εἴωθεν ἐπὶ τῶν προεστώτων τραπέζης ἀργύρου γίνεσθαι, κόσμου πολλάκις ἢ ἀργύρου ἐπὶ τῶν τοιῶτων διδομένου ἢ καὶ πιπρασκομένου), μὴ μέντοι τὸ τίμημα λάβοιεν, τήνκαυτα ἐξεῖναι αὐτοῖς ὡς οἰκεῖα ταῦτα ἐκδικεῖν, κἂν ὑποθήκας οὐκ ἔχοιεν. οὐ γὰρ ἐκεῖνοι κτήσονται τὰ ἀλλότρια, χρυσίον μὲν οὐ καταβάλλοντες, τὰ παρ' ἐτέρων δὲ αὐτοῖς δεδομένα κατέχοντες μάτην, ἀλλ' εἴτε κληρονομοῖντο, οἱ αὐτῶν κληρονόμοι ἢ ἀποδώσουσι τὰ ὑπὲρ αὐτῶν ἢ αὐτὰ τὰ δεδομένα, ἢ κἂν εἰ μὴ κληρονομηθεῖεν, ἐξέσται αὐτοῖς ταῦτα ἐκδικεῖν, μηδεμιᾶς ὑποθήκης κατ' αὐτῶν ἐπὶ τοῖς αὐτῶν πράγμασι παρ' ἄλλων προσγινομένης κρατούσης<sup>78</sup>.

<sup>77</sup> Cfr. quanto ho avuto modo di osservare in *Spunti per una indagine sulla legislazione giustiniana riguardante gli argentarii costantinopolitani*, cit., p. 61.

<sup>78</sup> Trad. ed. Schöll-Kroll: *Sed illud quoque non abs re dicere visi sunt, si cui mutuum pecuniam credant vel etiam antea crediderint ad res quasdam mobiles vel immobiles emendas, et certam auri summam dederint, et ex pecuniis creditis res acquisita sit, omnibus sese in eadem re potiora habere iura debere neque ullam experiri imminutionem, sed si quidem omnino docuerint ex suis pecuniis rem comparatam esse nec potuerint iis debitores pecunia numerata satisfacere, ipsa res ex pecuniis eorum empti iis addicatur, perinde ac si re vera ab ipsis empti et nuda emptoris appellatio inposita esset. Neque enim par est eos, qui suas pecunias porrigunt, non item primum et extra dubitationem*

La previsione, con particolare riferimento ai mutui conclusi *in scriptis*, attribuisce agli *argentarii* il diritto di vedersi attribuire i beni mobili o immobili acquistati con denaro da essi prestato, qualora il cliente non fosse in grado di provvedere alla restituzione di quanto dovuto. Ciò era ammesso in presenza di due condizioni e cioè in primo luogo che nel contratto figurasse menzione espressa della costituzione di una ipoteca e che, in secondo luogo, potesse provarsi che l'acquisto era stato realizzato con il denaro prestato dalla banca<sup>79</sup>. A tale riguardo, la Novella precisa che la stessa menzione nel successivo contratto di acquisto del nome del debitore si sarebbe dovuta considerare una *ψιλὴ προσηγορία* (*nuda appellatio*) (e ciò avrebbe, forse, comportato la legittimazione all'esercizio dell'azione di rivendica)<sup>80</sup>. La stessa possibilità veniva concessa anche qualora il mutuo fosse stato concluso *sine scriptis* e – ma la precisazione appare in questo caso superflua – anche in assenza della costituzione di ipoteca.

In queste previsioni si manifesta una forma di pragmatismo giuridico, difficilmente inquadrabile negli schemi dogmatici tradizionali. Si finiva infatti per stravolgere da un lato la configurazione romana del mutuo come contratto rivolto a trasferire in proprietà una quantità di cose fungibili con il conseguente obbligo del mutuatario di restituire il *tantundem*, dall'altro, la stessa struttura giuridica della compravendita, che comportava il riconoscimento della qualità di compratore a colui che avesse prestato il consenso all'acquisto, indipendentemente dalla circostanza che costui avesse o no ricevuto da altri il denaro corrisposto a titolo di prezzo<sup>81</sup>.

---

*positum locum in rebus emptis habere, dumtaxat si hypothecae mentio in scriptis contractibus facta sit. Nam si hoc observaverint, omnia habituri sunt quae a nobis postularunt, immo vero etiam amplius quam postularunt, siquidem omnibus potiora iura iis concedimus in rebus quae ex eorum pecuniis emptae probantur. Si vero contractus sine scripto factus sit fiatve, et ipsi pecuniam dederint vel species quasdam (quod maxime apud praepositos mensae argentariae fieri consuevit, mundo forte muliebri vel argento ob talia dato vel etiam vendito) nec vero pretium acceperint, tunc liceat iis tamquam sua haec vindicare, etiamsi hypothecas non habeant. Neque enim illi aliena possidebunt, qui pecuniam quidem non solverint, sed quae ipsis ab aliis data sunt frustra detineant, verum sive heredes relinquunt, heredes eorum aut quae pro ipsis sunt aut ipsa quae data sunt, restituent, sive heredes non relinquunt, licebit ipsis haec vindicare, neve ulla hypotheca contra eos in eorum rebus ab aliis adquisita valeat.*

<sup>79</sup> Cfr. in proposito il mio *Spunti per una indagine sulla legislazione giustiniana riguardante gli argentarii costantinopolitani*, cit., p. 63.

<sup>80</sup> Sulle difficoltà di interpretazione presentate dal testo, cfr. N. van der Wal, *Manuale Novellarum Justiniani. Aperçu systématique du contenu des Novelles de Justinien*, Groningen-Amsterdam, 1964, p. 90, nt. 1; per la probabilità che venissero alternativamente concesse l'azione ipotecaria e quella di rivendica, v. anche *Spunti per una indagine sulla legislazione giustiniana riguardante gli argentarii costantinopolitani*, cit., p. 64 e nt. 40.

<sup>81</sup> Si veda al riguardo il mio *Spunti per una indagine sulla legislazione giustiniana riguardante gli argentarii costantinopolitani*, cit., pp. 65-66.

Altrettanto significative sono le disposizioni previste a proposito delle modalità di pattuizione delle *usurae*, disposizioni che nel loro complesso arrivano a mettere in crisi la struttura del mutuo romano come contratto gratuito. Viene infatti superata la regola comune (ancora affermata in C. 4, 32, 26, 2 e 5), secondo cui, essendo il mutuo un negozio di stretto diritto, l'obbligo di corresponsione degli interessi doveva comunque (salvo alcune eccezioni) essere pattuito mediante *stipulatio*<sup>82</sup>.

Nov. 136, 4 stabilì infatti che l'obbligo di corrispondere gli interessi potesse sorgere *ex solo pacto*, e quindi anche quando non avesse formato oggetto di apposita *stipulatio*:

Ἐπειδὴ δὲ νόμον ἐθέμεθα, μὴ περαιτέρω τοὺς ἀργύρου τραπέζης προεστῶτας διμοιραίου τόκου δανείζειν, ἐδίδαξαν δέ, ὅτι καὶ ἀγράφως δανείζουσιν, ἀγνωμονοῦνται δὲ περὶ τὸν τόκον ὡς μὴ ἐγγράφου γενομένου τοῦ δανείσματος μηδὲ ἐπερωτήσεως παρεντεθείσης (τοῦτο δὴ τὸ δημῶδες τὸ μὴ προσήκειν ἀνεπερώτητον τρέχειν τόκον, καίτοιγε πολλῶν ὄντων θεμάτων ἐφ' ὧν καὶ ἀνεπερώτητοι τόκοι καὶ ἐκ συμφώνου μόνου τίκονται, ἔστι δὲ ὅτε οὐδὲ ἐκ συμφώνων, ἀλλ' αὐτομάτως εἰσαγόμενοι ὁμῶς ἀπαιτοῦνται), διὰ τοῦτο θεσπίζομεν, μὴ μόνον τὸν ἐξ ἐπερωτήσεως αὐτοῖς δίδοσθαι τόκον, ἀλλὰ καὶ τὸν ἐξ ἀγράφων τοιοῦτον ὅποιον ὁ νόμος αὐτοῖς δίδωσιν ἐπερωτῶν, τουτέστι τὸν ἐκ διμοίρου τῆς ἑκατοστῆς. τοὺς γὰρ πᾶσι σχεδὸν τοῖς δεομένοις ἐτοίμους ὄντας βοηθεῖν οὐκ ἂν εἴη δίκαιον ὑπὸ τοιαύτης ἀδικεῖσθαι λεπτότητος<sup>83</sup>.

L'obbligazione del debitore di corrispondere gli interessi poteva sorgere attraverso un *nudum pactum usurarum* o, anche, automaticamente, in assenza di una specifica pattuizione.

A tale ultimo proposito, la cancelleria, in Nov. 136, 5, 1 si spinse a prevedere che gli interessi nella misura legale dell'8<sup>o</sup>% fossero dovuti anche qualora i con-

<sup>82</sup> Cfr. *Spunti per una indagine sulla legislazione giustiniana riguardante gli argentarii costantinopolitani*, cit., p. 66 e nt. 44.

<sup>83</sup> Trad. ed. Schöll-Kroll: *Quoniam vero legem tulimus, ne argentariae mensae praepositi ultra besse usuras fenerentur, illi autem nos docuerunt se etiam sine scripto fenerari solere, nec tamen fidem sibi servari circa usuras, utpote cum mutuum sine scriptis contractum nec stipulatio interposita sit, (secundum illud quod vulgo dicitur non convenire ut usurae absque stipulatione currant, quantumvis multi sint casus in quibus et sine stipulatione usurae et ex solo pacto nascantur, nonnunquam etiam ne ex pactis quidem, sed sua sponte introductae nihilominus exigantur); propterea sancimus, ut non solum ex stipulatione usurae iis, sed etiam ex non scriptis tales praestentur quales lex ipsis stipulari concedit, hoc est usque ad bessem centesimae. Nam qui omnibus propemodum indigentibus opem ferre parati sunt, eos par non est iniuria affici ex eiusmodi subtilitate.*

traenti avessero semplicemente stabilito che il mutuo avesse carattere oneroso, senza però che fosse stato determinato il tasso d'interessi dovuto dal mutuatario, nonché – e la circostanza è ancor più significativa – nel caso in cui nel contratto già concluso dalle parti mancasse la stessa *mentio usurarum*:

Τόκον δέ, εἰ μὲν ῥήτὸν συμφωνήσαιεν, τὸν συμπεφωνημένον εἶναι. εἰ δὲ τοῦτο μόνον γέγραπται, ὡς ἐπὶ τόκῳ τὸ δάνεισμα συνέστη, μὴ δύνασθαι τοὺς συμβάλλοντας λέγειν, ὡς ἐπειδὴ οὐχ ὄρισται τόκος, διὰ τοῦτο ἄτοκόν ἐστι τὸ χρυσίον, ἀλλὰ κατὰ πρόληψιν ὡς τοῦ διμοιραίου τόκου ῥητῶς ὀνομασθέντος οὕτως τὴν εἴσπραξιν γίνεσθαι. καὶ τοῦτο μὲν τοῦ λοιποῦ παραφυλάττεσθαι. ἐπὶ δὲ τοῖς ἤδη γενομένοις λογοθεσίοις, εἰ καὶ μνήμη <μὴ> γέγονε τόκου (ἐπειδὴ πρόδηλόν ἐστιν ἐπὶ παντὸς ἀργύρου τραπέζης προεστῶτος <τὸ> ἐπὶ τόκοις συμβάλλειν, καὶ αὐτὸς τόκους τελῶν οὐχ ἂν δύναιτο τόκου χωρὶς δαπάνην διδόναι), ἐξεῖναι τὸν τόκον αὐτοῖς τὸν διμοιραῖον ἀπαιτεῖν, τοῦ μέντοι λοιποῦ ταῦτα παρατηρουμένοις ἄπερ ὁ παρὼν θεῖος νόμος δίδωσιν αὐτοῖς<sup>84</sup>.

Si arrivava in tal modo a considerare come produttivi di interessi tutti quei contratti in cui il mutuante fosse stato un banchiere. Il contratto di mutuo si configurava, in tale ipotesi, come negozio naturalmente oneroso. Il saggio d'interesse dell'8% si trasformava dunque da tasso massimo consentito per le contrattazioni bancarie solo in caso espressa stipulazione (secondo quanto previsto da C. 4, 32, 26, 2), in vero e proprio interesse legale applicabile, per loro stessa natura, a tutti i prestiti in denaro concessi dalla banca (anche in assenza di qualsivoglia pattuizione al riguardo).

Si finiva così per rovesciare, nel settore dei contratti bancari, la regola della gratuità del mutuo prevista dal diritto romano classico e si realizzava un evidente passo avanti verso l'affermazione del principio, indiscusso nei moderni sistemi di *Civil law* e di *Common law*, secondo cui il godimento del denaro altrui fa sorgere in capo al mutuatario l'obbligazione di pagare i relativi interessi<sup>85</sup>.

<sup>84</sup> Trad. ed. Schöll-Kroll: *Usurae autem, si quidem certas pepigerint, pactae valent. Sin hoc solum scriptum sit, mutuum sub usuris esse contractum, contrahentes dicere nequant, quoniam usurae definitae non sint, propterea non fenebrem esse pecuniam, sed per praesumptionem quasi besses usurae nominatim expressae sint ita fiat exactio. Atque hoc quidem in posterum observetur. In ratiociniis vero iam confectis, etsi mentio usurarum facta non sit (quoniam manifestum est apud quemlibet argentariae mensae praepositum contractus sub usuris fieri, nec qui ipse usuras dependit, absque usuris impensam facere poterit), liceat iis besses usuras exigere, in posterum tamen ea observantibus quae praesens sacra lex ipsis largitur.*

<sup>85</sup> Per questa osservazione v. già *Spunti per una indagine sulla legislazione giustiniana riguardante gli argentarii costantinopolitani*, cit., p. 70.



## LA MISERICORDIA NELLA LEGISLAZIONE TARDOANTICA E GIUSTINIANEA\*

Obiettivo di questo breve contributo è quello di analizzare le fonti giuridiche di età tardoantica e giustiniana in cui ricorre il termine *miser cordia*<sup>1</sup>. Si tratta di un numero circoscritto di testi. Più precisamente la parola *miser cordia* compare due volte nelle Costituzioni Sirmondiane<sup>2</sup>, altre due in costituzioni del Codice Teodosiano<sup>3</sup> e, infine, complessivamente sette volte in quelle del *Codex repetitae praelectionis* (di cui cinque in due costituzioni giustiniane)<sup>4</sup>.

---

\* Pubblicato in *KOINΩNIA*, XLI, 2017, pp. 167-181.

<sup>1</sup> Dell'impiego del termine nei testi della giurisprudenza mi sono già occupato in *La misericordia nelle fonti giurisprudenziali romane*, in *Ann. Sem. Giur. Univ. Palermo* 60, 2017, pp. 317-332; si può dire in estrema sintesi che ne è emerso un quadro piuttosto articolato, ma sostanzialmente omogeneo, in cui le molteplici attestazioni dell'uso del termine *miser cordia*, risultano riferibili alla misericordia umana, consistente in un comportamento compassionevole sostanzialmente ispirato dall'*humanitas*, senza che vi sia alcun collegamento con la misericordia divina. Non esistono invece contributi dedicati *ex professo* al tema della misericordia nelle fonti di età tardoantica. Per un accenno, nella più recente letteratura, vd. comunque J. C. Tate, *Christianity and the Legal Status of Abandoned Children in the Later Roman Empire*, in *Journ. of Law and Religion* 1, 2008-2009, p. 135 e nota 67, il quale osserva come il termine non ricorra mai nelle costituzioni imperiali di età pagana.

<sup>2</sup> Cfr. *Sirm.* 8 (*Imp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius*, a. 386): *ad communem misericordiam*; *Sirm.* 16 (*Imp. Honorius ad Theod. II pp.*, a. 408): *humana misericordia*. Cfr. O. Gradenwitz, *Heidelberger Index zum Theodosianus*, Berlin 1929 (rist. 1970), p. 140.

<sup>3</sup> Cfr. *CTh.* 5, 9, 2 (*Imp. Honor. et Theod. AA. Melitio pp.*, a. 412): *voluntas misericordiae amica*; *CTh.* 8, 18, 3 (*Imp. Constantinus A. ad Severum com. Hispaniarum*, a. 334): *ultra misericordiam sanguinis*. Sul punto vd., nuovamente, Gradenwitz, *Heidelberger Index zum Theodosianus*, cit., p. 140.

<sup>4</sup> Cfr. *CI.* 1, 27, 1, 7-8 e 10 (*Iust. A. Archelao pp. Africae*, a. 534): *deus per suam misericordiam*, § 8: *de domini*

Nell'analisi delle fonti che contengono il lemma oggetto della nostra indagine sembra opportuno lasciarsi guidare, principalmente, anche se non esclusivamente, da un criterio cronologico. Deve essere quindi presa in considerazione, in primo luogo, una costituzione costantiniana del 334, contenuta nel *Codex Theodosianus*:

*CTh. 8, 18, 3 (Imp. Constantinus A. ad Severum com. Hispaniarum, a. 334): Insinuaturn est quosdam patres principalis coniugii copulatione destitutos in perniciem filiorum ultra misericordiam sanguinis properare et receptis deinceps aliis matrimoniis maiorem sibi in rebus filiorum vindicare personam: qui quoniam in his usufructuarii remansisse videntur, usurpare ea ac pervertere confidunt, ut per hoc his, qui in orbitate remanserunt, nulla nec possidendi nec litigandi tribuatur occasio. Ideoque placet, ne quis pater receptis deinceps matrimoniis earum rerum, quae prioris coniugis fuerunt, sibi ius defendendum existimet nisi tutelae vice, donec minores probata aetate esse videantur. His autem moderatio nostra cuncta iube[re] servari adque restitui.*

La costituzione indirizzata a *Severus, comes Hispaniarum*, fa seguito alle previsioni contenute in *CTh. 8, 18, 1*, dello stesso imperatore, che innovava il regime dei beni pervenuti ai figli in potestà per successione materna<sup>5</sup>. La cancelleria costantiniana, rispondendo ad un quesito rivolto dal *comes Hispaniarum* e con-

---

*dei nostri misericordiam postulamus e omnipotentis dei misericordiam*, § 10: *per ipsius misericordiam*; *CI. 1, 27, 2, 4a (Iust. A. Belisario magistro militum per Orientem, a. 534): auxiliante divina misericordia*; *CI. 5, 27, 7, 1 (Imp. Iustinus A. Marino pp., a. 528): movente misericordia*; *CI. 8, 51 (52), 2, 1 (Imp. Valentinianus, Valens et Gratianus AAA. ad Probum pp., a. 374): voluntas misericordiae amica*. Cfr. R. Mayr, *Vocabularium Codicis Iustiniani, I, Pars prior (pars Latina)*, Pragae 1923 (rist. Hildesheim 1965 e 1986), col. 1566. Individua solo quattro occorrenze giustiniane, perché omette di considerare la prima delle due riscontrabili in *CI. 1, 27, 1, 8, Tate, Christianity and the Legal Status of Abandoned Children in the Later Roman Empire*, cit., p. 135, nota 67.

<sup>5</sup> Sulla riforma costantiniana, vd. D. Dalla, *Praemium emancipationis*, Milano 1983, p. 1 ss.; G. Wesener, *Sondervermögen und Sondererfolge im nachklassischen römischen Recht (bona materna, bona paterna und bona nuptialia)*, in *Iuris professio. Festgabe für M. Kaser zum 80. Geburtstag*, Wien-Köln-Graz 1986, p. 330 ss.; M. Sargenti, *Alcune considerazioni sul regime costantiniano dei bona materna*, in *Mélanges F. Sturm*, I, Liège 1999, p. 407 ss., nonché L. Fascione, *Il diritto di successione attiva del filius familias*, in *Studi in onore di R. Martini*, I, Milano 2008, p. 1054 ss. Nella più recente letteratura, vd. M. Schnizlein, *Patchworkfamilien in der Spätantike*, Göttingen 2012, p. 248 ss. e Th. Rübner, *Intestate Succession in Roman Law*, in K. G. C. Reid, M. J. de Waal, R. Zimmermann (eds.), *Intestate Succession*, Oxford 2015, p. 5. Con particolare riferimento al rapporto tra *CTh. 8, 18, 1* e *CTh. 8, 18, 3*, cfr. ora P. Garbarino, *Sulle tracce dei doveri del pater. Brevi riflessioni sulla patria potestas in età tardoantica*, in *Civitas et civilitas. Studi in onore di F. Guizzi*, I, Torino 2013, p. 386 ss. Sulla figura di Severo e per un accenno alla costituzione contenuta in *CTh. 8, 18, 3*, cfr. anche J. Wiewiorowski, *Los primeros administradores de la diócesis de España*, in *Studia Lesco Mrozewicz ab amicis et discipulis dedicata*, Poznań 2011, p. 428 s.

cernente una fattispecie particolare, trova occasione per dettare previsioni suscettibili di generale applicazione<sup>6</sup>. In particolare, si stabilisce che il *pater*, unito in seconde nozze, avrebbe perso il diritto di usufrutto sui beni pervenuti al figlio per successione materna e quello di trattenere un terzo di tali beni in proprietà al momento dell'emancipazione e ciò per evitare che i padri, violando le regole etiche della *miseriordia sanguinis*, potessero pregiudicare la posizione dei figli nati dal primo matrimonio<sup>7</sup>. Il *pater* passato a seconde nozze avrà piuttosto, rispetto ai *bona materna* spettanti ai figli di primo letto, la posizione del tutore, *donec minores probata aetate esse videantur*<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Che *insinuatum* significasse *relatum* è già annotato da Jacopo Gotofredo, vd. *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis* Iacobi Gothofredi, *Tomus secundus*, Lipsiae 1737 (rist. Hildesheim-New York 1975), p. 688, nota d. Sul punto, vd. anche C. Dupont, *Constantin et les dioceses*, in *Studi in memoria di G. Donatuti*, I, Milano 1973, p. 325 e Sargenti, *Alcune considerazioni sul regime costantiniano dei bona materna*, cit., pp. 416-417.

<sup>7</sup> Cfr. *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis* Iacobi Gothofredi, *Tomus secundus*, cit., p. 689. Sul punto, vd. inoltre Wesener, *Sondervermögen und Sondererfolge im nachklassischen römischen Recht (bona materna, bona paterna und bona nuptialia)*, cit., p. 337, nonché, da ultimo, Garbarino, *Sulle tracce dei doveri del pater. Brevi riflessioni sulla patria potestas in età tardoantica*, cit., p. 388. Sulla problematicità dell'impiego della nozione di usufrutto nella legislazione costantiniana e per il rilievo della tendenza del legislatore «a “descrivere”, piuttosto che a “definire” i fenomeni giuridici», vd. M. Bretone, *La nozione romana di usufrutto*, II, *Da Diocleziano a Giustiniano*, Napoli 1967, p. 13 ss. Sulla natura dei diritti attribuiti al padre e al figlio e sull'uso dell'espressione *usufructuarii remansisse videntur*, cfr. anche P. Voci, *Storia della patria potestas da Costantino a Giustiniano*, in *St. Doc. Hist. Iur.* 51, 1985, p. 52 ss. (= *Studi di diritto romano*, II, Padova 1985, pp. 523 ss.). La costituzione è ricordata da C. Fayer, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*, I, Roma 1994, p. 266 e nota 531, che sottolinea come Costantino indichi «espressamente il *pater* con il termine tecnico di *usufructuarius*, anche se con poteri più estesi di quanto non abbia, di solito, l'usufruttuario».

<sup>8</sup> Per il significato di *probata aetas* come *legitima aetas* (dunque il riferimento della costituzione sarebbe al compimento dei venticinque anni di età), cfr. *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis* Iacobi Gothofredi, *Tomus secundus*, cit., p. 688, nota n, nonché P. Voci, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. I. Il IV secolo. Prima parte*, in *Iura* 29, 1978, p. 63 e nota 149 (= *Studi di diritto romano*, II, cit., p. 129 e nota 149). Ritiene invece che si tratti dell'età in cui veniva effettuata l'emancipazione J. F. Gardner, *Being a Roman citizen*, London-New York 1993, pp. 69 s.; sul punto, vd. anche A. Arjava, *Women and Law in Late Antiquity*, Oxford 1996 (rist. 1998), p. 102. Per la possibilità che l'assimilazione della posizione del *pater* passato a seconde nozze a quella del tutore comporti anche la necessità di dare conto dell'amministrazione dei *bona materna* dopo il raggiungimento della maggiore età da parte del *filius familias*, nonostante la costituzione non lo preveda espressamente, vd. Garbarino, *Sulle tracce dei doveri del pater. Brevi riflessioni sulla patria potestas in età tardoantica*, cit., p. 388. Per una diversa interpretazione, che non appare tuttavia del tutto condivisibile, vd. in precedenza G. Matringe, *L'accroissement des droits des fils et filles de famille sur leurs acquets successoraux (droit officiel et pratiques sous l'Empire romain)*, in *Studi in onore di G. Grosso*, V, Torino 1974, p. 390, secondo cui, nonostante l'affermazione

Quanto all'uso del termine *miser cordia*, centrale rispetto alla scelta legislativa effettuata<sup>9</sup>, è opportuno rilevare come esso fungesse, nel caso concreto, da limite oltre il quale non si sarebbe dovuto spingere l'agire dei *patres*. Esso quindi esprimeva quel sentimento di pietà ispirato dal principio dell'*humanitas*, che, una volta identificato quale spinta solidaristica verso l'altro, veniva ad essere contraddetto dal comportamento dei padri contrario all'amore filiale<sup>10</sup>.

Il secondo richiamo alla *miser cordia* riscontrabile nel Codice Teodosiano è presente in una costituzione di Onorio, emanata a Ravenna nel 412:

*CTh.* 5, 9, 2 (*Impm. Honor. et Theod. AA. Melitio pp.*, a. 412): *Nullum dominis vel patronis repetendi aditum relinquimus, si expositos quodammodo ad mortem voluntas misericordiae amica collegerit, nec enim dicere suum poterit, quem pereuntem contempsit; si modo testis episcopalis subscriptio fuerit subsecuta, de qua nulla penitus ad securitatem possit esse cunctatio.*

L'ipotesi cui si riferisce il provvedimento di Onorio è relativa al caso di soggetti esposti, figli di schiavi o di coloni, i quali siano poi stati raccolti da un terzo che, agendo spinto da un sentimento di misericordia, li abbia quindi sottratti alla morte<sup>11</sup>. A seguito di tale accadimento essi sarebbero poi ricaduti sotto la potestà del

---

del legislatore, la posizione del *pater* sarebbe differente da quella del tutore «car le père dispose en toute liberté des revenus, obtient le tiers de *bona materna* en pleine propriété s'il émancipe le fils et a droit à sa part si celui-ci précède sans enfants». L'interpretazione proposta da quest'ultimo autore non sembra tenere conto del periodo conclusivo della costituzione, secondo cui *moderatio nostra cuncta iube[t] servari adque restitui*.

<sup>9</sup> È appena il caso di notare che la costituzione costantiniana non compare nel *Codex repetitae prelectionis*, perché abrogata da Leone nel 468. Cfr. *CI.* 6, 60, 4 (*Leo A. Calligrati pp. per Illyricum*, a. 468): *Omnem ambiguitatis confusionem amputantes hac liquida et compendiosa lege sancimus circa usum fructum maternarum rerum nullam esse differentiam, sive in priore matrimonio pater, ex quo filios habuit, permanere voluerit sive novercam filiis superduxerit: legibus, quae de maternis bonis latae sunt, suam habentibus firmitatem. 1. Patres igitur usum fructum maternarum rerum, etiamsi ad secundas migraverint nuptias, sine dubio habere debebunt: nec ullam filiis vel quibuslibet ex persona eorum contra patres improbam vocem accusationemque posse competere.* Sul punto, vd. M. Humbert, *Le remariage à Rome. Étude d'histoire juridique et sociale*, Milano 1972, p. 402 e nota 28, nonché Dalla, *Praemium emancipationis*, cit., p. 13 e nota 20. Nella letteratura più recente, cfr. anche Schnizlein, *Patchworkfamilien in der Spätantike*, cit., p. 254 e nota 106.

<sup>10</sup> Cfr. *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis* Iacobi Gothofredi, *Tomus secundus*, cit., p. 689. Vd. inoltre, *Glossarium nomicum codicis Theodosiani*, s.v. *Miser cordia*, in *Codicis Theodosiani tomis sexti pars altera...* Lipsiae 1745 (rist. Hildesheim-New York 1975), p. 234, secondo cui la *sanguinis misericordia* è appunto *quae debetur sanguini*.

<sup>11</sup> Vd. in particolare G. Pugliese, *Note sull'expositio in diritto romano*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, VI, Milano 1985, pp. 642 s., nonché M. Memmer, *Ad servitum aut ad lupanar... Ein Beitrag zur Rechtsstel-*

ritrovatore, purché fosse stata redatta un'attestazione sottoscritta dal vescovo<sup>12</sup>. La sanzione per gli espositori è, dunque, la perdita del loro diritto sugli esposti.

Nel caso concreto, dunque, l'espressione *voluntas misericordiae amica* è del tutto atta, per un verso, a qualificare la specifica funzione del sentimento di misericordia quale particolare inclinazione verso cui tende la *voluntas* del ritrovatore. Dall'altro, essa costituisce, per la rilevanza che le viene attribuita nella costituzione, motivo della particolare previsione legislativa<sup>13</sup>.

La costituzione sarà ripresa da Giustiniano nel primo paragrafo di *CI*, 8, 51 (52), 2: l'imperatore bizantino opera tuttavia una saldatura, in un contesto unitario, tra le previsioni che stiamo prendendo in considerazione e quelle contenute in una legge di Valentiniano I, nota solo attraverso il *Codex repetitae praelectionis*, che assoggetta gli espositori a pena capitale<sup>14</sup>.

---

*lung von Findelkindern nach römischem Recht unter besonderer Berücksichtigung von §§ 77, 98 Sententiae Syriacae*, in *Zeit. der Sav. Stift.* 121, 1991, pp. 70 s. Sul significato dell'espressione *expositos quodammodo ad mortem*, cfr. anche le osservazioni di Fayer, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*, I, cit., p. 188.

<sup>12</sup> Sull'impiego dell'attestazione sottoscritta dal vescovo, cfr. M. Bianchi Fossati Vanzetti, *Vendita ed esposizione degli infanti da Costantino a Giustiniano*, in *St. Doc. Hist. Iur.* 49, 1983, pp. 215 ss.; per l'inquadramento della previsione nella più generale tendenza della legislazione dei primi imperatori cristiani ad attribuire poteri civili ai vescovi, vd. anche M. R. Cimma, *L'episcopalis audientia nelle costituzioni imperiali da Costantino a Giustiniano*, Torino 1989, pp. 15 s.

<sup>13</sup> Sull'uso dell'espressione *voluntas misericordiae amica collegerit* da parte della cancelleria di Onorio vd. in particolare Tate, *Christianity and the Legal Status of Abandoned Children in the Later Roman Empire*, cit., pp. 134 ss.

<sup>14</sup> Cfr. *CI*, 8, 51 (52), 2 (*Imppp. Valentinianus, Valens et Gratianus AAA. ad Probum pp.*, a. 374): *Unusquisque subolem suam nutriat. quod si exponendam putaverit, animadversioni quae constituta est subiacebit. 1. Sed nec dominis vel patronis repetendi aditum relinquimus, si ab ipsis expositos quodammodo ad mortem voluntas misericordiae amica collegerit: nec enim dicere suum poterit, quem pereuntem contempsit.* E. Costa, *La vendita e l'esposizione della prole nella legislazione di Costantino*, in *Memorie della R. Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna. Classe di Scienze Morali. Sezione di Scienze Giuridiche*, serie I, tomo IV, 1909-1910, p. 121, ha ipotizzato che anche il primo paragrafo della costituzione risalga a Valentiniano. La previsione di quest'ultimo sarebbe stata poi testualmente ripresa da Onorio nella costituzione tradita dal Teodosiano. Per l'ipotesi che i commissari di Giustiniano abbiano unito in un unico contesto i due provvedimenti, cfr. invece P. Bonfante, *Il ius vendendi del paterfamilias e la legge 2 Cod. 4, 43 di Costantino*, in *Studi giuridici in onore di C. Fadda pel XXV anno del suo insegnamento*, I, Napoli 1906, p. 120 (= *Scritti giuridici varii*, I, Torino 1916, p. 69), nonché Id., *Corso di diritto romano, I, Diritto di famiglia*, Roma 1925 (rist. Milano 1963), p. 108, nt. 3 e p. 114. La costituzione di Valentiniano I riferita nel *principium* contiene, in realtà, un semplice richiamo alla pena che è stata stabilita (*animadversioni quae constituta est subiacebit*). Il riferimento è, probabilmente, a *CTh.* 9, 14, 1 (*Imppp. Val[entini]anus, Valens et Gratianus AAA. ad Probum p[raefectum] p[raetori]o*, a. 374): *Si quis necandi infantis piaculum adgressus adgressave sit, erit capitale istud malum.* Quest'ultima costituzione è contenuta anche in *CI*, 9, 16, 7 (8) (*Imppp. Valentinianus, Valens et Gratianus AAA.*

Fra le *Constitutiones Sirmondianae* si trovano, come abbiamo detto, due ulteriori testi che devono essere presi in considerazione. Il primo è il seguente:

*Sirm. 8 (Imppp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius, a. 386): ...Neque enim convenit inter festivas caeremonias et venerabiles sacri temporis ritus strepere infelicium dissonas voces, trahi ad communem misericordiam horrentibus passis feraliter criminibus reos, audiri tractos ex imo pectore gemitus, cum utique bene sibimet sacra et laeta conveniant et non deceat inter serena votorum ac dicatas aeterno numini pias voces aliquid triste sentire audire conspicere...*

La costituzione, emanata a Costantinopoli da Teodosio il Grande il 20 febbraio del 386 (secondo la correzione della *subscriptio* proposta da Seeck)<sup>15</sup>, prevedeva che durante le celebrazioni delle festività pasquali ogni soggetto che si fosse trovato imprigionato sarebbe stato liberato, eccezion fatta per gli accusati di una serie di crimini considerati particolarmente gravi (omicidio, adulterio e reati della stessa indole, *crimen maiestatis*, astrologia, magia, preparazione di veleni, falso nummario)<sup>16</sup>.

Il provvedimento si inquadra – come espressamente riconosciuto dal testo (*consuetudinem statutaе atque annuae lenitatis*, in cui si fa riferimento alla consuetudine della benevolenza imperiale stabilita con cadenza annuale) – in un ormai consolidato indirizzo di politica legislativa: l'imperatore era infatti solito concedere un'amnistia in occasione della Pasqua, chiamata *indulgentia paschalis*<sup>17</sup>.

---

*ad Probum pp.*, a. 374): *Si quis necandi infantis piaculum adgressus adgressave sit, sciat se capitali supplicio esse puniendum*. Sul punto, cfr. S. Tafaro, *Diritto alla vita e infanticidio*, in *Diritto@Storia* 11, 2013, p. 11, nonché, A. Lovato, *Vindicatio puerorum e status degli esposti nel Tardoantico*, in *Ravenna capitale. Giudizi, giudici e norme processuali in Occidente nei secoli IV-VIII*, I, *Saggi*, Santarcangelo di Romagna 2015, p. 251 e nota 22.

<sup>15</sup> Cfr. O. Seeck, *Regesten der Kaiser und Päpste für die Jahre 311 bis 476 n. Chr. Vorarbeit zu einer Prosopographie der christlichen Kaiserzeit*, Stuttgart 1919 (rist. Frankfurt/Main 1984), p. 269 e p. 439.

<sup>16</sup> Sul testo cfr. A. Di Mauro Todini, *Aspetti della legislazione religiosa del IV secolo*, Roma 1990, pp. 250 s., nonché, ampiamente, della stessa autrice, *Indulgentia principis in età tardoantica: materiali e prospettive di ricerca*, Napoli, 1996, pp. 227 ss.

<sup>17</sup> Cfr., per lo stesso Teodosio, *Sirm. 7* (a. 380-381), alla quale sono da aggiungere due costituzioni di Valentiniano I e tre di Valentiniano II, contenute nel titolo *CTh. 9, 38 De indulgentiis criminum: CTh. 9, 38, 3 (Imppp. Valentinianus, Valens et Gratianus AAA. ad Viventium praefectum urbi, a. 367-369) e CTh. 9, 38, 4 (Idem AAA. ad Olybrium praefectum urbi, a. 368), di Valentiniano I; CTh. 9, 38, 6 (Imppp. Gratianus, Valentinianus et Theodosius AAA. ad Antidium vicarium, a. 381), CTh. 9, 38, 7 (Idem AAA. ad Marcianum vicarium, a. 384) e CTh. 9, 38, 8 (Idem AAA. ad Neoterium praefectum praetorio, a. 385), di Valentiniano II. Più in generale, sui provvedimenti di amnistia emanati dagli imperatori, cfr. il quadro d'insieme fornito da J.-U. Krause, *Gefängnisse im Römischen Reich*, Stuttgart 1996, pp. 218 ss.*

La *communis misericordia* è qui il comune sentimento di pietà avvertito dalla generalità dei consociati verso gli accusati, che si raffigurano trascinati con i capelli irti, per la paura del supplizio, e lugubrementemente sparsi e scompigliati, come usavano le persone addolorate e supplicanti (*trahi ad communem misericordiam horrentibus passis feraliter crinibus reos*)<sup>18</sup>.

Un secondo testo contenuto nella *Collectio Sirmondiana* sul quale dobbiamo soffermarci è quello di una costituzione di Onorio in materia di *redemptio ab hostibus*, emanata a Ravenna nel 408 – quindi appena due anni prima del sacco di Roma – e che, per più aspetti, evidenzia la profonda crisi in cui versava l'Impero occidentale<sup>19</sup>. Onorio non si limita a ribadire il vecchio principio che obbligava i *redempti* a restituire ai *redemptores* il prezzo da costoro pagato per il riscatto. La costituzione introduce una norma nuova: i *redempti* potranno riacquistare la loro libertà anche *labore, obsequio, vel opere quinquennii*, senza restituire il prezzo al *redemptor*<sup>20</sup>:

<sup>18</sup> Si può notare che B. Biondi, *Humanitas nelle leggi degli imperatori romano-cristiani*, in *Miscellanea G. Galbiati*, II, Milano 1951, p. 91 (= *Scritti giuridici*, I, Milano 1965, p. 608), con riferimento alla costituzione in esame, osserva: «Si concede l'amnistia pasquale perché il legislatore soffre a pensare che in quel giorno di giubilo universale taluni piangono in carcere».

<sup>19</sup> Una versione sunteggiata della stessa costituzione è contenuta in *CTh.* 5, 7, 2 = *CI.* 8, 50 (51), 20. Dello stesso contesto normativo faceva inoltre parte la *lex iungenda CI.* 1, 4, 11. Cfr. Krüger, *Editio maior, ad h. l.* La datazione di *CTh.* 5, 7, 2 = *CI.* 8, 50 (51), 20, nonché di *CI.* 1, 4, 11, nonostante le relative *subscriptiones*, deve essere riportata al dicembre del 408. Cfr. Th. Mommsen, *Theodosiani libri XVI cum constitutionibus Sirmondianis*, I.2, Dublin-Zürich 1904 (rist. 1971), p. 224, nonché Seeck, *Regesten*, cit., p. 82 e *passim*. Sul drammatico contesto storico in cui si inserisce il provvedimento di Onorio, cfr. V. A. Sirago, *Galla Placidia e la trasformazione politica dell'Occidente*, Louvain 1961, p. 68 e nota 2; Id., *Galla Placidia. La nobilissima (392-450)*, Milano 1996 (rist. 2003), pp. 19 ss. Sul punto vd. anche L. Amirante, *Appunti per la storia della redemptio ab hostibus*, in *Labeo* 3, 1957, p. 188; Id., *s.v. Redemptio ab hostibus*, in *Novissimo Dig. It.* XIV, 1967, col. 1103; Id., *Prigione di guerra, riscatto e postliminium. Lezioni*, II, Napoli 1970, pp. 255 ss.; con particolare riferimento alla prefettura di Teodoro, cfr. altresì G. de Bonfils, *Omnes... ad implenda munia teneantur. Ebrei, curie e prefetture fra IV e V secolo*, Bari 1998, pp. 283 ss. Sulla costituzione, cfr. inoltre, nella più recente letteratura, S. Barbatì, *Sui presupposti di applicazione e la natura giuridica degli effetti del postliminium*, in *Atti Acc. Rom. Cost. (XX Convegno Internazionale. Roma e Barbari nella Tarda Antichità)*, Spello, 16-18 giugno 2011), Roma 2014, pp. 679 ss.

<sup>20</sup> Così Amirante, *Appunti per la storia della redemptio ab hostibus*, cit., p. 191; Id., *s.v. Redemptio ab hostibus*, cit., col. 1103 s.; Id., *Prigione di guerra, riscatto e postliminium. Lezioni*, II, cit., p. 260. Sulla portata innovativa della costituzione di Onorio, cfr. anche M. V. Sanna, *Ricerche in tema di redemptio ab hostibus*, Cagliari 1998, p. 73 e nota 26, nonché, della stessa autrice, *Nuove ricerche in tema di postliminium e redemptio ab hostibus*, Cagliari 2001, p. 74 e nt. 117. Per alcuni accenni, cfr. anche A. Maffi, *Ricerche sul postliminium*, Milano 1992, p. 217 e p. 227. Più in generale, sugli effetti della *captivitas* sulla condizione giuridica del *civis*, vd. L. Amirante, *Captivitas e postliminium*, Napoli 1950, pp. 25 ss.; M. F. Cursi, *Captivitas e capitis deminutio. La posizione del servus hostium tra ius civile e ius gentium*, in *Iuris vincula. Studi in*

*Sirm. 16 (Imp. Honorius ad Theod[orum] II praef[ectum] praetor[iu], a. 408): ...Hos decet aut datum pro se pretium emptoribus restituere, aut labore, obsequio vel opere quinquenni vicem referre beneficiu, habituros incolumem, si in ea nati sunt, libertatem. Nec honestas emptoribus quinquennii tempus ad compensationem maioris forsitan pretii datum ingemiscat exiguum, quia humanae vitae fragilitas forte intra metas potest temporis constituti deficere nec ad legis beneficium pervenire. Credant saltem perditum casibus, quod humanitate detulerint, licet humana misericordia deo iudice quod alteri tribuit, sibi praestet...*

Il testo rivela la preoccupazione della cancelleria che i *redemptores* potessero trovare esiguo, a fronte del prezzo pagato per il riscatto, il periodo di cinque anni in cui era loro permesso di sfruttare il lavoro dei *redempti*. Per superare quindi la presumibile opposizione dei *redemptores*, si osserva che molti *redempti* – data l'*humanae vitae fragilitas* – sarebbero potuti morire anche prima del decorso dei cinque anni e senza che pertanto si fosse compiuto il quinquennio previsto dalla legge e avessero quindi potuto ottenere la piena libertà, finalmente affrancati da ogni obbligo nei confronti di chi li avesse riscattati (*humanae vitae fragilitas forte intra metas potest temporis constituti deficere nec ad legis beneficium pervenire*)<sup>21</sup>.

Del resto, a questo proposito, l'imperatore ricorda ai *redemptores* che, nella prospettiva divina, quello che si dà agli altri per umana misericordia lo si dà in realtà a se stessi (*Credant saltem perditum casibus, quod humanitate detulerint, licet humana misericordia deo iudice quod alteri tribuit, sibi praestet*). Si recepisce dunque in quest'ultimo passaggio un topos ricorrente dell'etica cristiana: la correlazione tra la misericordia che l'uomo esercita verso il prossimo e quella che Dio userà verso di lui<sup>22</sup>, correlazione che traspare dal Vangelo di Matteo e in particolare,

---

onore di M. Talamanca, II, Napoli 2001, p. 297 ss.; L. D'Amati, *Civis ab hostibus captus. Profili del regime classico*, Milano 2004, pp. 1 ss.

<sup>21</sup> Cfr., in particolare, Amirante, *Appunti per la storia della redemptio ab hostibus*, cit., pp. 191 s., nonché Id., *Prigione di guerra, riscatto e postliminium*, cit., p. 261.

<sup>22</sup> Sul punto, cfr. in specie Biondi, *Humanitas nelle leggi degli imperatori romano-cristiani*, cit., p. 87 (= *Scritti giuridici*, I, cit., p. 602). La stessa costituzione si affida ai *Christianae sacerdotes* per garantire l'effettività dei precetti in essa contenuti: *Et ut facilis exsecutio proveniat impetratis, Christianae sacerdotes vicinorum et proximorum locorum ecclesias retinentes, quorum moribus congruit effectus talium praeceptorum, curiales quoque proximarum civitatum placuit admoneri, ut emergentibus talium necessitatum causis adeant iudices legis nostrae auxilium petitori. CTh. 5, 7, 2 = CI. 8, 50 (51), 20: ...Et ut f(acilis) executio proveniat, Christianos proximorum loc(or)um volumus huius rei sollicitudinem gerere...; CI. 1, 4, 11: Christianos proximorum locorum volumus sollicitudinem gerere, ut Romanos captivos qui reversi fuerint nemo teneat, nemo iniuriis aut damnis adficiat. Su queste previsioni, vd. in specie E. Demougeot, *De l'unité a la division de l'empire romain*.*

da Mt. 5, 7 e Mt. 18, 21-35, testo quest'ultimo che ci ricorda la famosa parabola del "servo spietato"<sup>23</sup>.

Passiamo infine al Codice di Giustiniano di cui abbiamo già preso in considerazione le previsioni di Onorio del 412 in materia di esposizione degli infanti (vd. *CTh.* 5, 9, 2 [*Impp. Honor. et Theod. AA. Melitio pp.*, a. 412], poi confluita in *CI.* 8, 51 (52), 2, 1). Ciò ricordato, il primo riferimento alla misericordia contenuto nel *Codex repetitae praelectionis* su cui è ora necessario soffermarsi è costituito da una costituzione di Giustino in materia di legittimazione dei figli naturali:

*CI.* 5, 27, 7, 1 (*Imp. Iustinus A. Marino pp.*, a. 519): *Naturalibus insuper filiis seu filiabus ex cuiuslibet mulieris cupidine non incesta non nefaria procreatis et in paterna per adrogationem seu per adoptionem sacra susceptis ex divinis iussionibus, sive antequam eadem lex inrepsit seu post eandem legem usque ad presentem diem, non sine ratione duximus suffragandum, ut adoptio seu adrogatio firma permaneat. nullis prorsus improbanda quaestionibus, quasi quod impetrarunt lege*

---

395-410. *Essai sur le gouvernement impérial*, Paris, 1951, p. 430 e nota 396. Per l'ispirazione cristiana del provvedimento di Onorio e di tutta la legislazione successiva in materia di *redemptio ab hostibus*, cfr. inoltre Amirante, *Appunti*, cit., pp. 209 ss. (in cui l'autore, pur rilevando che l'influenza cristiana è, nel provvedimento di Onorio, specie se rapportata agli sviluppi successivi, «ancora marginale e trascurabile», afferma che essa «traspare chiara nell'invocazione del premio divino per le buone azioni compiute sulla terra»), nonché Id., *s.v. Redemptio ab hostibus*, cit., p. 1104. Per la tendenza della legislazione tardoantica ad introdurre norme favorevoli al *captivus*, cfr. in generale F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, V, Napoli 19752, pp. 178-179 e nota 19.

<sup>23</sup> Mt. 5, 7: *Beati i misericordiosi, perché troveranno misericordia.* Mt. 18, 21-35: *Allora Pietro gli si avvicinò e gli disse: «Signore, quante volte dovrò perdonare al mio fratello, se pecca contro di me? Fino a sette volte?». 22. E Gesù gli rispose: «Non ti dico fino a sette, ma fino a settanta volte sette». 23. A proposito, il regno dei cieli è simile a un re che volle fare i conti con i suoi servi. 24. Incominciati i conti, gli fu presentato uno che gli era debitore di diecimila talenti. 25. Non avendo però costui il denaro da restituire, il padrone ordinò che fosse venduto lui con la moglie, con i figli e con quanto possedeva, e saldasse così il debito. 26. Allora quel servo gettatosi a terra, lo supplicava: Signore abbi pazienza con me e ti restituirò ogni cosa. 27. Impietositosi del servo, il padrone lo lasciò andare e gli condonò il debito. 28. Appena uscito, quel servo trovò un altro servo come lui che gli doveva cento denari e, afferratolo, lo soffocava e diceva: Paga quello che devi! 29. Il suo compagno gettatosi a terra, lo supplicava dicendo: Abbi pazienza con me e ti restituirò il debito. 30. Ma egli non volle esaudirlo, andò e lo fece gettare in carcere, fino a che non avesse pagato il debito. 31. Visto quel che accadeva, gli altri servi furono addolorati e andarono a riferire al loro padrone tutto l'accaduto. 32. Allora il padrone fece chiamare quell'uomo e gli disse: Servo malvagio, io ti ho condonato tutto il debito perché mi hai pregato. 33. Non dovevi forse anche tu aver pietà del tuo compagno, così come io ho avuto pietà di te? 34. E, sdegnato, il padrone lo diede in mano agli aguzzini, finché non gli avesse restituito tutto il dovuto. 35. Così anche il mio Padre celeste farà a ciascuno di voi, se non perdonerete di cuore al vostro fratello». Sulla correlazione evidenziata dai brani, vd. per tutti G. Sirna, *s.v. Misericordia*, in *Enciclopedia cattolica* VIII (1952), col. 1083.*

*quadam interdictum sit, quoniam, et si qua prius talis emergebat dubitatio, remittenda fuit movente misericordia, qua indigni non sunt qui alieno laborant vitio.*

Giustino, da poco diventato imperatore, abroga una precedente disposizione di Anastasio (CI. 5, 27, 6 [*Imp. Anastasius A. Sergius pp.*, a. 517]), che aveva per la prima volta introdotto in diritto romano la legittimazione per susseguente matrimonio come istituto con carattere di stabilità<sup>24</sup>. Per quanto in questa sede più specificamente interessa, la costituzione di Giustino disponeva che dovessero rimanere ferme le arrogazioni e le adozioni *ex divinis iussionibus* fino ad allora compiute (...*sive antequam eadem lex inrepsit seu post eandem legem [scil. la lex anastasia]*) *usque ad presentem diem...*) e ciò perché, rifiutata ogni *dubitatio* che a questo proposito poteva sorgere sulla validità dell'atto di adozione, si doveva *movente misericordia* prestare aiuto ai figli naturali in quanto *indigni non sunt qui alieno laborant vitio*<sup>25</sup>. Seguendo questa direzione si disponeva che i *naturales* arrogati fossero *sui et in potestate patrum* e che fosse loro riconosciuta la piena capacità di succedere per testamento e *ab intestato*<sup>26</sup>. Si evidenzia bene quindi, nel caso esaminato, il sentimento umanitario sotteso al movente misericordioso dell'agire del legislatore. In questo senso va

<sup>24</sup> Cfr. CI. 5, 27, 6 (*Imp. Anastasius A. Sergius pp.*, a. 517): *Iubemus eos, quibus nullis legitimis existentibus liberis in praesenti aliquae mulieres uxoris loco habentur, ex his sibi progenitos seu procreandos suos et in potestate sua legitimosque habere propriasque substantias ad eos vel per ultimas voluntates vel per donationes seu alios legi cognitos titulos si voluerint transferre, ab intestato quoque eorum ad hereditatem vocandos, nec aliquam quaestionis seu altercationis exercendae sub qualibet astuta subtilique legum vel constitutionum occasione super his vel agnatis seu cognatis genitoris eorum vel quibusdam aliis superesse facultatem in posterum: nihilo minus, quisquis huiusmodi mulierem uxoris loco dotalibus instrumentis confectis habuerit, pro eius subole similem eandemque formam custodiri, ne adimatur ei licentia sibi quodammodo per liberos proprios suum patrimonium acquirendi. 1. Filios insuper vel filias iam per divinos adfatus a patribus suis in adrogationem susceptos vel susceptas huius providentissimae nostrae legis beneficio et iuvamine potiri censemus.* Sulla portata normativa dell'intervento di Anastasio, vd. G. Luchetti, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, Milano 1990, p. 202 ss.; nella letteratura successiva, cfr. R. Astolfi, *Costantino e la legittimazione dei figli naturali mediante matrimonio*, in *Il diritto romano canonico quale diritto proprio delle comunità cristiane dell'Oriente mediterraneo* (IX Colloquio internazionale romanistico canonistico), Città del Vaticano 1994, p. 240; Id., *La legittimazione dei figli naturali mediante matrimonio*, in *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico e giustiniano*, Napoli 2012, pp. 274 ss., nonché il mio *Minima de legitimatione et de nuptiis*, in *Civitas et civilitas. Studi in onore di F. Guizzi*, II, Torino 2013, p. 485 e nota 13.

<sup>25</sup> Sulla menzione della coppia arrogazione-adozione con riferimento ai *naturales*, vd. il mio *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, cit., p. 221 e nota 80.

<sup>26</sup> Mi riferisco a CI. 5, 27, 7, 2: *Sint itaque post eandem adrogationem seu adoptionem sui et in potestate patrum successionesque tam ex testamento quam ab intestato capiant, prout in adoptatis seu et in adrogatis constitutum est.* Cfr. ancora *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, cit., p. 222.

inquadrata anche la *ratio* della disciplina in parola, poiché appunto per *miser cordia* la cancelleria aveva ritenuto di non dover penalizzare i *naturales*, incolpevoli, per quanto commesso dai loro genitori.

Rimangono da esaminare le occorrenze del termine nella legislazione giustiniana, tutte concentrate in due costituzioni del 534 che risultano essere le uniche a far parte del titolo *CI. 1, 27* «*De officio praefecti praetorio Africae et de omni eiusdem dioeceseos statu*»<sup>27</sup>:

*CI. 1, 27, 1, 7-8 e 10 (In nomine domini nostri Ihesu Christi imperator Caesar Flavius Iustinianus Alamannicus Gothicus Francicus Germanicus Anticus Alanicus Vuandalicus Africanus pius felix inclitus victor ac triumphator semper Augustus Archelao praefecto praetorio Africae, a. 534): Nunc vero deus per suam misericordiam non solum Africam et omnes eius provincias nobis tradidit, sed et ipsa imperialia ornamenta, quae capta Roma fuerant ablata, nobis restituit. 8. Ergo post tanta beneficia, quae nobis divinitas contulit, hoc de domini dei nostri misericordia postulamus, ut provincias, quas nobis restituere dignatus est, firmas et illaesas custodiat et faciat nos eas secundum suam voluntatem ac placitum gubernare, et universa Africa sentiat omnipotentis dei misericordiam et cognoscant eius habitatores, quam a durissima captivitate et iugo barbarico liberati in quanta libertate sub felicissimo nostro imperio degere meruerunt... 10. Deo itaque auxiliante pro felicitate rei publicae nostrae per hanc divinam legem sancimus, ut omnis Africa, quam deus nobis praestitit, per ipsius misericordiam optimum suscipiat ordinem et propriam habeat praefecturam, ut sicut Oriens atque Illyricum, ita et Africa praetoriana maxima potestate specialiter a nostra clementia decoretur.*

*CI. 1, 27, 2, 4a (Idem A. Belisario magistro militum per Orientem, a. 534): Maxime autem civitates, quae prope clusuras et fines antea tenebantur, cum essent sub Romano imperio constitutae, auxiliante divina misericordia, cum hostes per partes expelluntur, festinantes comprehendere atque manere et in illis locis duces et milites per partes accedant, ubi antea fines et clusurae provinciarum erant, quando integrae Africanæ servabantur sub Romano imperio provinciae...*

<sup>27</sup> Cfr. in specie R. Bonini, *Caduta e riconquista dell'Impero romano d'Occidente nelle fonti legislative giustiniane*, in *Felix Ravenna* 111-112, 1976, p. 300; M. Bianchini, *Appunti su Giustiniano e la sua compilazione*, I, Torino 1983, p. 60; A. Baldini, *Ricerche sulla Storia di Eunapio di Sardi. Problemi di storiografia tardopagana*, Bologna 1984, p. 33, nota 28. A. M. Giomaro, *Il Codex repetitae praelectionis. Contributi allo studio dello schema delle raccolte normative da Teodosio a Giustiniano*, Roma 2001, pp. 106 s. Sulla composizione del titolo, ma in modo inesatto, perché viene richiamata «una sola ma diffusissima *pragmatica sanctio*», vd. anche A. Dell'Oro, *I libri de officio nella giurisprudenza romana*, Milano 1960, p. 291. Osservazioni di carattere stilistico hanno indotto A. M. Honoré, *Some constitutions composed by Justinian*, in *Journ. Rom. St.* 65, 1975, *praecipue* pp. 111 ss., a ritenere che il testo di entrambe le costituzioni sia stato redatto personalmente da Giustiniano.

Mediante le due costituzioni, comunque entrambe temporalmente riferibili a un periodo immediatamente successivo alla riconquista dell'Africa sottratta ai Vandali e riorganizzata quale prefettura (e forse emanate contemporaneamente il 13 aprile 534), la Cancelleria aveva provveduto, rispettivamente, a istituire i quadri amministrativi e militari dei territori riconquistati<sup>28</sup>.

Merita di essere evidenziato, per quanto in questa sede più specificamente interessa, il reiterato riferimento alla *miser cordia* divina, che, si dice, ha permesso la riconquista dell'Africa e il recupero degli *imperialia ornamenta* che erano stati in precedenza sottratti (*CI.* 1, 27, 1, 7)<sup>29</sup>, costituendo, altresì, oggetto di invocazione da parte dell'imperatore per la protezione dei territori riconquistati e per il buon esito della riorganizzazione amministrativa che si intendeva portare a compimento (*CI.* 1, 27, 1, 8). Nello stesso contesto si auspica altresì che tutta l'Africa e i suoi

<sup>28</sup> Cfr. G. Cervencia, *Sull'uso del termine officium nella legislazione postclassico-giustiniana*, in *Studi in onore di G. Grosso*, III, Torino 1970, pp. 238 ss., nonché R. Bonini, *Ricerche sulla legislazione giustiniana dell'anno 535. Nov. Iustiniani 8: venalità delle cariche e riforme dell'amministrazione periferica*, Bologna, 19893, pp. 20 s. Per la datazione di entrambi i provvedimenti al 13 aprile del 534 (sulla base della *scriptio* di *CI.* 1, 27, 2), cfr. le osservazioni di S. Puliatti, *Ricerche sulla legislazione «regionale» di Giustiniano. Lo statuto civile e l'ordinamento militare della prefettura africana*, Milano 1980, p. 59 e nota 1. Sull'organizzazione della prefettura africana, cfr. in specie E. Stein, *Untersuchungen über das officium der Prätorianerpräfektur seit Diokletian*, Wien 1922 (rist. corr. Amsterdam 1962), pp. 74 ss.; cui *adde* R. Morosi, *L'officium del prefetto del pretorio nel VI secolo*, in *Romanobarbarica* 2, 1977, pp. 103 ss. (in cui l'autore si riferisce tuttavia alle due costituzioni come ad un unico «decreto» di Giustiniano). Sulle due costituzioni, con particolare riferimento all'impiego del termine *gubernare*, cfr. C. M. Moschetti, *Gubernare navem. Gubernare rem publicam. Contributo alla storia del diritto marittimo e del diritto pubblico romano*, Milano 1966, pp. 226 ss. Per l'esegesi dei due testi normativi e sull'emersione di alcuni motivi fondamentali che si ritroveranno anche nella legislazione degli anni 535-539, vd. in particolare Puliatti, *Ricerche sulla legislazione «regionale» di Giustiniano*, cit., rispettivamente pp. 59 ss. e pp. 99 ss. Sulla costituzione contenuta in *CI.* 1, 27, 2, con particolare riferimento alla sua natura di *pragmatica sanctio*, vd. anche M. Bianchi Fossati Vanzetti, *Le novelle di Valentiniano III*, I, *Fonti*, Padova 1988, p. 131.

<sup>29</sup> La riconquista dell'Africa è motivo ricorrente nella legislazione giustiniana degli anni 533-536, cfr. in particolare Bonini, *Caduta e riconquista dell'Impero romano d'Occidente nelle fonti legislative giustiniane*, cit., pp. 298 ss., nonché Puliatti, *Ricerche sulla legislazione «regionale» di Giustiniano*, cit., p. 65, nota 9. Riferimenti alla riconquista dell'Africa si trovano in *Const. Imperatoriam*, 1; *Const. Tanta*, pr. (= *Const. Δέδοικεν*, pr.); *Nov.* 1 *praef.* (a. 535); *Nov.* 8, 10, 2 (a. 535); *Nov.* 28, 4, 2 (a. 535); *Nov.* 30, 11, 2 (a. 536); *Nov.* 36 (a. 535); *Nov.* 37 (a. 535); *Nov.* 69 *epil.* (a. 538); *Nov.* 70, 1 (a. 538). Il riferimento della costituzione è al sacco di Roma perpetrato da Genserico nel 455: sull'episodio, cfr. P. de Francisci, *Storia del diritto romano*, III.1, Milano 1943, p. 246; nella più recente letteratura, per un'accurata ricostruzione storica vd. U. Roberto, *Roma capta. Il Sacco della città dai Galli ai Lanzichenecchi*, Bari 2012, pp. 145 ss.

abitanti possano conoscere la misericordia di Dio, grazie alla quale questi ultimi erano stati affrancati *a durissima captivitate et iugo barbarico*<sup>30</sup>. Infine, in *CI.* 1, 27, 1, 10, la *miseriordia* divina costituisce lo stesso fondamento della creazione della prefettura africana<sup>31</sup>.

Peraltro anche la riorganizzazione militare dei territori riconquistati dovrà avvenire grazie all'ausilio della *miseriordia* di Dio, secondo quanto affermato in *CI.* 1, 27, 2, 4a, che ordina ai *duces* posti a capo dei cinque comandi territoriali istituiti di occupare stabilmente, dopo la cacciata dei nemici, città e fortezze di confine<sup>32</sup>.

In entrambe queste ultime due costituzioni è dunque evidente la particolare accezione in cui viene impiegato il termine *miseriordia*. Per la prima volta, costituisce un attributo caratterizzante l'azione divina, benché in precedenza non fossero mancati casi in cui già si evidenziava il rapporto di stretto collegamento, in un'ottica di corrispettività, tra la giustizia divina e la misericordia umana (*Sirm.* 16).

Quest'ultima, come già era avvenuto nelle fonti giurisprudenziali del Principato, si configura come sentimento compassionevole ancora nella legislazione tardoantica (*CTh.* 5, 9, 2), talvolta presentandosi come un moto collettivo dell'animo (*Sirm.* 8), talaltra come l'amore paterno nei confronti dei discendenti che si teme possa venire disatteso (*CTh.* 8, 18, 3). In un ulteriore caso, infine, la misericordia appare espressamente ispirare l'intervento del legislatore, in un'ottica di benevolenza nei confronti dei sudditi (*CI.* 5, 27, 7, 1).

Il quadro fin qui tracciato trova un'ulteriore conferma in una sia pur rapida analisi della legislazione novellare su cui mi limiterò qui a brevi cenni. Il termine *miseriordia* compare nove volte nell'*Authenticum* per tradurre i lemmi greci ἔλεος (una volta), οἰκτος (una volta), συμπάθεια (una volta) e φιλανθρωπία (sei volte)<sup>33</sup>,

<sup>30</sup> Sui motivi storici e politici della riconquista giustiniana, cfr. Bonini, *Caduta e riconquista dell'Impero romano d'Occidente nelle fonti legislative giustiniane*, cit., pp. 297 ss., nonché, ampiamente, Puliatti, *Ricerche sulla legislazione «regionale» di Giustiniano*, cit., pp. 67 ss. Con particolare riferimento al movente religioso, vd. già P. de Francisci, *Arcana imperii*, III.2, Milano 1948 (rist. Roma 1970), pp. 192 ss.

<sup>31</sup> Cfr. in particolare Moschetti, *Gubernare navem. Gubernare rem publicam. Contributo alla storia del diritto marittimo e del diritto pubblico romano*, cit., pp. 234 s. Sul sostrato ideologico del paragrafo 10, cfr. inoltre le osservazioni di Puliatti, *Ricerche sulla legislazione «regionale» di Giustiniano*, cit., p. 74.

<sup>32</sup> Vd. in specie Puliatti, *Ricerche sulla legislazione «regionale» di Giustiniano*, cit., p. 107.

<sup>33</sup> Cfr. *Legum Iustiniani imperatoris vocabularium. Novellae. Pars latina*. Iohanne Gualberto Archi moderante curavit Anna Maria Bartoletti Colombo, V, *Is – Mitto*, Modena 1979, p. 2399, nonché A. M. Bartoletti Colombo, *Lessico delle Novelle di Giustiniano nella versione dell'Authenticum*, II, *E – M*, Roma 1986, pp. 887-888.

cui si deve aggiungere il caso di *App. Nov.* 2 (a. 541), in cui, nell'espressione *Orate igitur divinam misericordiam*, è esplicito il riferimento alla *misericordia* divina<sup>34</sup>.

La stessa valenza, consistente appunto ancora una volta nell'invocazione della *misericordia* divina, è riscontrabile in tutti e tre i casi in cui il termine ricorre in *Auth.* 78 = *Nov.* 77 (s.d.)<sup>35</sup>, benché esso venga reso nel testo greco in maniera non univoca e più precisamente una volta con il sostantivo ἔλεος e altre due con φιλανθρωπία (che l'ed. Schöll-Kroll traduce piuttosto una volta con *benignitas* e un'altra con *clementia*)<sup>36</sup>.

Peraltro in tutte e quattro le altre occorrenze in cui il termine *misericordia* traduce il greco φιλανθρωπία il riferimento è, piuttosto, come già era avvenuto in *CI.* 5, 27, 7, alla *misericordia* dell'imperatore in quanto legislatore: ciò accade in *Auth.* 6, 2 = *Nov.* 6, 2 (a. 535)<sup>37</sup> e ancora, molto più tardi e per ben tre volte,

<sup>34</sup> Sulla costituzione, cfr. G. Lanata, *Legislazione e natura nelle Novelle di Giustiniano*, Napoli 1984, p. 58 e nota 24, p. 143, nonché W. Kaiser, *Authentizität und Geltung spätantiker Kaisergesetze. Studien zu den Sacra privilegia concilii Vizaceni*, München 2007, pp. 115 ss.

<sup>35</sup> La *Nov.* 77 è priva di *scriptio*. Per la datazione al 535, cfr. Schöll-Kroll, p. 383; una diversa ipotesi è formulata da F. A. Biener, *Geschichte der Novellen Justinians*, Berlin 1824 (rist. Aalen 1970), p. 518 e p. 536, che propone di collocare l'emanazione tra la fine del 538 e l'inizio del 539; sul problema della datazione cfr. anche L. Migliardi Zingale, *Il manoscritto greco τῆς παναγίας Καμαριωτίσεως 175 e Nov. Iust. 77*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, III, Milano 1983, p. 477. Per l'introduzione del crimine di bestemmia ad opera della *Nov.* 77, vd. E. Costa, *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, Bologna 1921, p. 199; nella più recente letteratura, cfr. V. Giuffrè, *La repressione criminale nell'esperienza romana. Profili*<sup>5</sup>, Napoli 1998, pp. 175 s. Sulla Novella, che reprime anche l'omosessualità, vd. inoltre D. Dalla, *Ubi Venus mutatur. Omosessualità e diritto nel mondo romano*, Milano 1987, pp. 199 ss., nonché F. Sitzia, *Aspetti della legislazione criminale nelle Novelle di Giustiniano*, in *Subseciva Groningana. Studies in Roman and Byzantine Law*, IV, *Novella Constitutio. Studies in Honour of N. van der Wal*, Groningae 1990, pp. 215 s.

<sup>36</sup> Cfr. *Nov.* 77 *praef.*: καὶ τὸν αὐτοῦ ἔλεον περιμένοντες (= trad. Schöll-Kroll: *et misericordiam eius expectant*) = *Auth.* 78 *praef.*: *et eius misericordiam sustinent*; ancora *Nov.* 77 *praef.*: ἡ τοῦ θεοῦ φιλανθρωπία οὐ τὴν ἀπώλειαν ἀλλὰ τὴν ἐπιστροφὴν καὶ τὴν σωτηρίαν βούλεται (= trad. Schöll-Kroll: *dei quoque benignitas non interitum sed conversionem et salutem vult*) = *Auth.* 78 *praef.*: *dei misericordia non perditionem sed conversionem et salutem vult*; infine *Nov.* 77, 1, 1: ἀναξίους ἑαυτοῦς ποιοῦσι τῆς τοῦ θεοῦ φιλανθρωπίας (= trad. Schöll-Kroll: *dei clementia se ipsos indignos reddunt*) = *Auth.* 78, 1, 1: *indignos semetipsos faciunt dei misericordia*.

<sup>37</sup> Si tratta di un contesto in cui Giustiniano disponeva che i vescovi non potessero allontanarsi dalla propria sede per più di un anno senza il suo permesso: sul punto cfr. B. Biondi, *Giustiniano primo principe e legislatore cattolico*, Milano 1936, p. 51; nella più recente letteratura, per un ricco quadro d'insieme sulla legislazione ecclesiastica di Giustiniano, vd. C. Capizzi, *Giustiniano I tra politica e religione*, Soveria Mannelli 1994, pp. 151 ss.

in *Auth.* 125 *praef.* = *Nov.* 147 *praef.* (a. 553)<sup>38</sup>, tutti casi in cui l'ed. Schöll-Kroll traduce piuttosto *φιλανθρωπία* con il latino *humanitas*<sup>39</sup>.

Rimangono infine i due casi in cui il termine *misericordia* dell'*Authenticum* traduce piuttosto i lemmi greci *σμπάθεια* e *οἶκτος*, utilizzati rispettivamente dalla cancelleria in *Nov.* 115, 3, 12 = *Auth.* 111, 3, 11 (a. 542) e, in precedenza, in *Nov.* 15 *praef.* = *Auth.* 15 *praef.* (a. 535)<sup>40</sup>. In entrambe le circostanze si vuole indicare il sentimento di umana compassione (tradotto con il latino *misericordia* anche nell'ed. Schöll-Kroll), provato nel primo caso dall'estraneo nei confronti del *furiosus*, abbandonato dai propri figli o dai cognati o dalle persone istituite eredi<sup>41</sup>, nel secondo nel procedere, da parte delle autorità competenti, alla nomina, nel ruolo di *defensores civitatum*, di persone di modesta condizione, chiamate appunto a ricoprire l'incarico, prima della riforma giustiniana, più per *misericordia* che per una scelta funzionale a garantire l'indipendenza dell'ufficio ricoperto<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> Sulle disposizioni di condono fiscale contenute nella *Nov.* 147, cfr. Lanata, *Legislazione e natura nelle Novelle di Giustiniano*, cit., p. 141.

<sup>39</sup> Cfr. *Nov.* 6, 2 *διὰ φιλανθρωπίαν ἐτάξαμεν* (trad. Schöll-Kroll: *propter humanitatem constituimus*) = *Auth.* 6, 2: *propter misericordiam constituimus*; *Nov.* 147 *praef.*: *καὶ μηδὲν φιλανθρωπίας εἶδος περὶ τοὺς ὑποτελεῖς τοὺς ἡμετέρους παραλιμπάνοιτο* (trad. Schöll-Kroll: *et nulla humanitatis species erga subiectos nostros praetermittatur*) = *Auth.* 125 *praef.*: *et nulla misericordiae species circa subiectos nostros relinquatur*; *Nov.* 147 *praef.*: *καὶ ὡς οὐδεὶς φιλανθρωπίας δεηθεῖς* (trad. Schöll-Kroll: *utque nemo qui humanitati nostrae supplicavit*) = *Auth.* 125 *praef.*: *et qualiter nullus misericordiam petens*; *Nov.* 147 *praef.*: *ἢ καὶ ὄλων ἐπαρχιῶν τὴν ἡμετέραν ἐκτείνειν φιλανθρωπίαν* (trad. Schöll-Kroll: *vel etiam ad integras provincias humanitatem nostram extendere*) = *Auth.* 125 *praef.*: *aut etiam solas provincias nostram extendere misericordiam*.

<sup>40</sup> Cfr. *Nov.* 115, 3, 12: *καὶ διὰ σμπάθειαν βουλευθεὶς αὐτοῦ φροντίσαι* (trad. Schöll-Kroll: *et misericordia motus curare eum voluerit*) = *Auth.* 111, 3, 11: *et pro misericordia voluerit eum procurare*; *Nov.* 15 *praef.*: *τοιγαροῦν γίνονται μὲν ἄνδρες ἀφανεῖς, τὰς δὲ ἐπ' αὐτοῖς ψήφους οἶκτω μᾶλλον ἢπερ ἐπιλογῇ πορίζουσιν* (= trad. Schöll-Kroll: *Itaque et obscuro homines fiunt defensores, et suffragia de ea re misericordia potius quam electione parant*) = *Auth.* 15 *praef.*: *Siquidem fiunt quidem viri obscuro, decreta vero super eis misericordia magis quam electione conficiuntur*.

<sup>41</sup> Su tale previsione, cfr. Biondi, *Giustiniano primo principe e legislatore cattolico*, cit., p. 38, nonché, per le difficoltà interpretative da essa suscitate, N. van der Wal, *Manuale Novellarum Justiniani. Aperçu systématique du contenu des Novelles de Justinien*, Groningen-Amsterdam 1964, p. 106 (§ 882), p. 109 (§ 906) e p. 127 (§ 1036).

<sup>42</sup> Sulla preoccupazione manifestata dalla cancelleria, volta appunto per il futuro ad assicurare l'indipendenza dei *defensores civitatis*, impedendo che l'ufficio potesse essere ricoperto da *ἄνδρες ἀφανεῖς*, cfr., per un breve riferimento, V. Mannino, *Ricerche sul defensor civitatis*, Milano 1984, p. 189. Più in generale, sulle finalità perseguite dalla riforma giustiniana, cfr. E. Franciosi, *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano*, Milano 1998, p. 33 e nota 32, nonché per un accenno, R. M. Frakes, *Contra potentium iniurias: the defensor civitatis and late Roman justice*, München 2001, p. 193 e nota 108. Sulla figura del *defensor civitatis*, cfr. nella più recente letteratura

Per concludere, è possibile osservare come nella legislazione tardoimperiale e poi, ancor più, in quella giustiniana del Codice e delle Novelle il termine *miseri-cordia* assuma un valore polisemico, sconosciuto alle fonti classiche, in un quadro in cui alla misericordia umana, caratteristica delle fonti giurisprudenziali e essenzialmente ispirata dall'*humanitas* (che ora fra l'altro si arricchisce di una nuova valenza, laddove diventa il motivo dell'azione di un legislatore misericordioso), si affianca la misericordia divina, che irrompe con forza, sullo scorcio dell'epoca tardoantica, nell'elaborazione della cancelleria di Giustiniano.

---

A. Triscioglio, *La tuitio del defensor civitatis nell'Italia ostrogota. Spunti dalla lettura delle Variae di Cassiodoro*, in *Ravenna capitale. Territorialità e personalità. Compresenza di diversi piani normativi*, Santarcangelo di Romagna 2013, pp. 27 ss.

## LA DISCIPLINA DEL PRESTITO MARITTIMO IN NOV. IUST. 106 (A. 540)\*

### 1. La legislazione giustiniana in materia di usurae: la riforma di C. 4, 32, 26.

L'esame del contenuto normativo della Nov. 106 presuppone una sia pur rapida e sommaria ricognizione della disciplina degli interessi convenzionali quale risulta fissata dalle costituzioni giustiniane inserite nel *Codex repetitae praelectionis*. In particolare va ricordato che la cancelleria giustiniana aveva profondamente innovato la disciplina dei limiti delle *usurae* con una notissima costituzione del 13 dicembre del 528, in cui si era evidenziata, a poco più di un anno dall'ascesa al trono di Giustiniano, la consapevolezza del legislatore dell'opportunità di evitare l'oppressione dei debitori come presupposto per lo sviluppo e la crescita economica<sup>1</sup>.

Si trattava di un provvedimento di carattere generale (qualificato come *generalis sanctio*) inserito in un contesto normativo più ampio (di cui faceva parte anche la *lex iungenda* C. 7, 39, 8 in materia di prescrizione)<sup>2</sup>, con cui il legislatore aveva infat-

---

\* Pubblicato in *Interpretatio Prudentium*, III, 2008, 1, pp. 245-259.

<sup>1</sup> Sul punto, cfr. in specie S. Tafaro, *CI. 7. 47. 1: Giustiniano e i limiti alla condanna del debitore*, in *L'usura ieri ed oggi. Convegno su: "L'usura ieri ed oggi". Foggia, 7-8 aprile 1995*, Bari, 1997, pp. 215-230, cui *adde*, nella letteratura più recente, F. Fasolino, *Studi sulle usurae*, Salerno, 2006, pp. 153-158 e F. Mattioli, *La legislación de Justiniano del Código en materia de negocios bancarios*, in *La actividad de la banca y los negocios mercantiles en el mare nostrum*, Cizur Menor, 2015, p. 118.

<sup>2</sup> C. 4, 32, 26, 1 (*Iust. A. Menae pp.*, a. 528): *Super usurarum vero quantitate etiam generalem sanctionem facere necessarium esse duximus, veterem duram et gravissimam earum molem ad mediocritatem deducentes*. Sull'appar-

ti stabilito una drastica riduzione del tasso di interesse praticabile nelle operazioni di finanziamento.

Come è noto in precedenza era in vigore il vecchio limite legale delle *centesimae usurae*, pari al 12% annuo<sup>3</sup>. Tale limite aveva peraltro subito di fatto un innalzamento al 12,5% a seguito della riforma monetaria di Costantino, che aveva determinato la sostituzione del *solidus aureus* al vecchio *aureus*. Il *solidus* aveva come moneta divisionale la *siliqua*, di valore pari ad 1/24 del primo. Ragioni di comodità di calcolo portarono dunque all'affermazione dell'uso di fare riferimento a *tres siliquae* per indicare l'interesse prodotto da un *solidus* (quindi 1/8 di solido, pari appunto al 12,5%)<sup>4</sup>. Facevano eccezione i contratti di prestito marittimo, per i quali non erano previste limitazioni legali ai tassi di interesse applicabili, e i mutui di derrate<sup>5</sup>. Anche per questi ultimi, come risulta da un re-

---

tenenza di C. 7, 39, 8 (*Iust. A. Menae pp. II*, a. 528) a un unico contesto normativo, nonostante la diversa datazione rispetto a C. 4, 32, 26, cfr. Krüger, *Editio minor, ad h. l.*, nonché M. Amelotti, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milano, 1958, p. 252 e nt. 103. Più precisamente C. 7, 39, 8, 4 fissava il decorso del termine per avvalersi dell'*exceptio triginta vel quadraginta annorum*, in relazione ai contratti che prevedessero il pagamento di *usurae*, dal momento in cui, maturato il diritto del creditore alla percezione delle stesse, il debitore avesse iniziato a non corrisponderle. Sufficientemente chiara dunque la connessione con C. 4, 32, 26 pr. che stabiliva invece la regola secondo la quale il venir meno dell'*actio principalis*, a causa della proposizione dell'*exceptio triginta vel quadraginta annorum*, impediva di sollevare qualsiasi pretesa relativa agli interessi e ai frutti della cosa.

<sup>3</sup> Oltre a stabilire convenzionalmente il pagamento di interessi in misura superiore all'un per cento mensile, non era possibile pretendere il pagamento di interessi che avessero superato l'importo del capitale dovuto (c.d. *usurae ultra sortis summam*, o, anche, *ultra duplum* o *supra duplum*) e praticare l'anatocismo. Com'è noto, le prime attestazioni di tali limiti sono contenute negli editi provinciali. Cfr. in specie Plutarco, *Luc.*, 20, 3. Ulteriore testimonianza è costituita da Cic., *Ad Atticum*, 5, 21, 11: *...Interim cum ego in edicto translaticio centesimas me observaturum haberem cum anatocismo anniversario...* Sull'editto di Cicerone in Cilicia, cfr. E. Costa, *Cicerone giureconsulto*, I, Bologna, 1927 [rist. Roma, 1964], pp. 170-175; G. Pugliese, *Riflessioni sull'editto di Cicerone in Cilicia*, in *Syntelesia V. Arangio-Ruiz*, II, Napoli, 1964, pp. 972-986; R. Martini, *Ricerche in tema di editto provinciale*, Milano, 1969, in particolare, pp. 1-48; L. Peppe, *Note sull'editto di Cicerone in Cilicia*, in *Labeo*, XXXVII (1991), pp. 14-93.

<sup>4</sup> Sulla riforma monetaria costantiniana, cfr. in specie E. Babelon, v. *Solidus*, in *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, t. IV, *deuxième partie (R-S)*, Paris, 1911 [rist. Graz, 1969], pp. 1390-1391; F. Carlà, *L'oro nella tarda antichità: aspetti economici e sociali*, Torino, 2009, pp. 78-93. Quanto all'innalzamento di mezzo punto del limite delle *usurae* cfr. G. Billeter, *Geschichte des Zinsfusses im griechisch-römischen Altertum bis auf Justinian*, Leipzig, 1898, p. 332; F. Klingmüller, v. *Fenus*, in *PWRE*, VI, 2, Stuttgart, 1909, col. 2198; E. Bianchi, *In tema d'usura. Canoni conciliari e legislazione imperiale del IV secolo*, in *Athenaeum* 72, 1984, p. 142; D. C. Gofas, *The Byzantine Law of Interest*, in *The Economic History of Byzantium: From the Seventh through the Fifteenth Century*, III, Washington D. C., 2002, p. 1096; Fasolino, *Studi sulle usurae*, cit., p. 166 e nt. 30.

<sup>5</sup> Per quanto concerne il prestito marittimo, le fonti evidenziano costantemente come alla

scritto di Gordiano, non valeva il limite della *centesima*<sup>6</sup>. Peraltro una costituzione di Costantino aveva fissato per la prima volta il saggio di interesse massimo relativo ai mutui di derrate al 50%<sup>7</sup>.

In questo quadro si inseriva dunque la riforma giustiniana volta a fissare nuovi limiti massimi delle *usurae*. A questo proposito interessa particolarmente il § 2 della costituzione del 528:

C. 4, 32, 26, 2 (*Iust. A. Menae pp.*, a. 528): *Ideoque iubemus illustribus quidem personis sive eas praecedentibus minime licere ultra tertiam partem centesimae usurarum in quocumque contractu vili vel maximo stipulari: illos vero, qui ergasteriis praesunt vel aliquam licitam negotiationem gerunt, usque ad bessem centesimae suam stipulationem moderari: in traiecticiis autem contractibus vel specierum fenori dationibus usque ad centesimam tantummodo licere stipulari nec eam excedere, licet veteribus legibus hoc erat concessum: ceteros autem omnes homines dimidiam tantummodo centesimae usurarum posse stipulari et eam quantitatem usurarum etiam in aliis omnibus casibus nullo modo ampliari, in quibus citra stipulationem usurae exigi solent.*

Giustiniano stabilì che gli *illustres* e le persone di rango più elevato non potessero stipulare interessi di ammontare superiore al 4% (*ultra tertiam partem centesimae*

---

soportazione del *periculum quod ex navigatione maris metui solet* da parte del creditore consegna la possibilità per quest'ultimo di ottenere la prestazione di *usurae* non soggette a limitazione alcuna (D. 22, 2, 4 [Papin. 3 *resp.*]; PS. 2, 14, 3; C. 4, 33, 2 [1] [*Diocl. et Max. AA. Scribonio Honorato*, a. 286]; C. 4, 33, 3 [2] [*Diocl. et Max. AA. Aureliae Cosmianae*, a. 286]). Cfr. sul punto, da ultimo, I. Pontoriero, *Il prestito marittimo in diritto romano*, Bologna, 2011, *praecipue* pp. 77-80.

<sup>6</sup> C. 4, 32, 16 (*Gord. A. Flavio Sulpicio*, a. 242?): *Cum non frumentum, sed pecuniam fenori te accepisse adleges, ut certa modiatio tritici praestaretur, ac, nisi is modus sua die fuisset oblatus, mensurarum additamentis in fraudem usurarum legitimarum gravatum te esse contendis, potes adversus improbam petitionem competente uti defensione.* La circostanza parrebbe trovare giustificazione nelle normali oscillazioni del prezzo delle derrate alimentari, secondo quanto attesta C. 4, 32, 23 (*Diocl. et Max. AA. et CC. Iasoni*, a. 294): *Oleo quidem vel quibuscumque fructibus mutuo datis incerti pretii ratio additamenta usurarum eiusdem materiae suasit admitti.*

<sup>7</sup> C.Th. 2, 33, 1 (*Constant. A. ad Dracilianum agentem vices pp.*, a. 325): *Quicumque fruges humidas vel arentes indigentibus mutuas dederint, usurae nomine tertiam partem superfluum consequantur, id est ut, si summa crediti in duobus modis fuerit, tertium modium amplius consequantur. Quod si conventus creditor propter commodum usurarum debitum recuperare noluerit, non solum usuris, sed etiam debiti quantitate privandus est. Quae lex ad solas pertinet fruges: nam pro pecunia ultra singulas centesimas creditor vetatur accipere.* Sui tassi di interesse praticati in relazione ai mutui di derrate, cfr., in particolare, le considerazioni di G. Cervenca, v. *Usura (diritto romano)*, in *ED* 45, Milano, 1992, p. 1127, cui adde J. Roset, «Mutui datio» y otros supuestos de «condictio», in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor J. L. Murga Gener*, Madrid, 1994, pp. 242-243; L. Solidoro, *Sulla disciplina degli interessi convenzionali nell'età imperiale*, in *Index* 25, 1997, pp. 558-559.

*usurarum*)<sup>8</sup>. I banchieri e gli altri imprenditori (*qui ergasteriis praesunt vel aliquam licitam negotiationem gerunt*) non avrebbero invece potuto superare il tasso di interesse dell'8% (*usque ad bessem centesimae*)<sup>9</sup>. I finanziatori dei prestiti marittimi e quanti concedevano mutui di derrate potevano invece praticare un tasso d'interesse massimo pari alla *centesima* (innalzato nella prassi al 12,5%), senza la possibilità di eccedere tale limite, come in precedenza era invece concesso<sup>10</sup>. Infine, tutte le altre persone potevano stipulare un tasso di interesse non superiore al 6% e lo stesso limite valeva nei casi in cui fossero dovuti interessi indipendentemente

<sup>8</sup> Questa previsione rende più gravose le limitazioni precedentemente in vigore, riducendo il tasso di interesse praticabile di due punti (dal 6% al 4%). Sul precedente regime cfr. C.Th. 2, 33, 4 (*Arcad., Honor. et Theod. AAA. Optato pu., a. 405*): *Senatores sub medietate centesimae usurae ad contractum creditae pecuniae censem admitti. Itaque omnes intellegant nullum florentissimo coetui sociatum, fenus exercentem ultra medietatem centesimae vel iure stipulari vel petere posse usuram: quin etiam, si quid praeter moderatam nostri numinis definitionem fuerit flagitatum, imminuendae sorti pro huius legis auctoritate cessurum*. Sul punto cfr., ampiamente, P. Garbarino, 'Senatores in annis minoribus constituti' e 'usurae'. *Contributo all'esegesi di CTh. 2, 33, 3*, in *BIDR* 91, 1988, pp. 337-359.

<sup>9</sup> Sul punto, v. da ultima Mattioli, *La legislación de Justiniano del Código en materia de negocios bancarios*, cit., p. 120. È poco probabile che C. 4, 32, 26, 2 contenesse anche una previsione diretta a limitare al 3% il tasso di interesse praticabile dai creditori delle *venerabiles domus*. La regola corrispondente, ricordata nei Basilici (v. Bas. 23, 3, 74 [ed. Scheltema-van der Wal, A III, p. 1135]), venne infatti introdotta da Nov. 120, 4 (a. 544). Per tale ipotesi, cfr. Krüger, *Addenda, ad h. l.*; in senso contrario v. tuttavia Billeter, *Geschichte des Zinsfusses im griechisch-römischen Altertum bis auf Justinian*, cit., p. 344, nonché Gofas, *The Byzantine Law of Interest*, cit., p. 1098.

<sup>10</sup> Una parte della dottrina romanistica ha ritenuto che il limite relativo ai contratti di prestito marittimo trovasse applicazione soltanto in relazione agli interessi terrestri, da corrispondere dopo l'arrivo della nave in porto, una volta venuto meno il *periculum quod ex navigatione maris metui solet*. Cfr. a questo proposito R. von Jhering, *Das angebliche gesetzliche Zinsmaximum beim foenus nauticum*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* 19, 1881, pp. 18-23 (= *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, III, Jena, 1886, pp. 227-232); P. Huvelin, *Études d'histoire du droit commercial romain (histoire externe – droit maritime)*, Paris, 1929, p. 208 e, più recentemente, G. Purpura, *Ricerche in tema di prestito marittimo*, in *AUPA* 39, 1987, pp. 318-328 (= *Studi romanistici in tema di diritto commerciale marittimo*, Soveria Mannelli, 1996, pp. 222-232), nonché Id., *rec. a Pontoriero, Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., in *Iura* 62, 2014, pp. 416-417. Questa interpretazione non risulta tuttavia persuasiva, perché Giustiniano riferendosi alle *veteres leges* (*licet veteribus legibus hoc erat concessum*) sottolinea incisivamente il carattere innovativo della previsione di C. 4, 32, 26, 2. Un ulteriore argomento in senso contrario deriva dal tenore di sch. 1 e *cod. Par. Gr.* 1352 a Bas. 17, 1, 12 (ed. Scheltema-Holwerda, B III, pp. 1041-1042). Lo scoliaste richiama, a proposito del prestito marittimo, la disciplina introdotta da C. 4, 32, 26, 2 (ἐφ' ᾧ καὶ ἑκατοστήν ἔξεστιν ἐπερωτᾶν) e circoscrive il periodo entro il quale sarebbe stato possibile ottenere il pagamento di interessi nella misura del 12% a quello della durata della navigazione (ἄχρις ἂν ἡ ναῦς ἐπανέλθῃ). Cfr. sul punto in specie Pontoriero, *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., pp. 162-163, nt. 9. In senso critico, v. tuttavia le osservazioni di Purpura, *rec. a Pontoriero*, cit., p. 417.

da una stipulazione (*in quibus citra stipulationem usurae exigi solent*), con particolare riferimento alle ipotesi in cui fossero dovute *usurae* legali<sup>11</sup>.

Si stabilì inoltre (§ 3) che i limiti fissati dalla legge non potessero subire alcuna deroga in forza di consuetudini locali<sup>12</sup> e ancora (§ 4) che il creditore che avesse contravvenuto alle prescrizioni dettate dall'imperatore, non avrebbe comunque avuto azione per la parte eccedente e, quand'anche avesse ricevuto il pagamento, sarebbe stato costretto ad imputarlo al capitale. Trovava altresì sanzione il comportamento di quei creditori che, a qualunque titolo, avessero detratto o trattato alcunché dal capitale da dare a mutuo. In questo caso, l'importo del debito sarebbe stato diminuito in misura corrispondente all'ammontare della violazione del divieto posta in essere dal mutuante (e cioè sarebbe stato pari alla quantità di denaro effettivamente consegnata)<sup>13</sup>.

La costituzione (§ 5) reprimeva, altresì, gli stratagemmi di quanti avessero interposto altri soggetti nelle stipulazioni, per lucrare *usurae* più elevate di quelle che avrebbero potuto legittimamente pretendere. Giustiniano, in quest'ultima ipotesi, stabilì che il computo degli interessi avvenisse senza tener conto dell'interposizione operata, che poteva essere provata anche attraverso il giuramento<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Sul punto cfr. in particolare G. Cervenca, *Contributo allo studio delle «usurae» c.d. legali nel diritto romano*, Milano, 1969, pp. 282-283, nonché Fasolino, *Studi sulle usurae*, cit., p. 174.

<sup>12</sup> C. 4, 32, 26, 3: *Nec liceat iudici memoratam augere taxationem occasione consuetudinis in regione obtinentis*. Cfr., in proposito, Cervenca, *Contributo allo studio delle «usurae» c.d. legali nel diritto romano*, cit., pp. 281-288; Id., v. *Usura (diritto romano)*, cit., pp. 1125-1135; v. anche Solidoro, *Sulla disciplina degli interessi convenzionali nell'età imperiale*, cit., pp. 556-557.

<sup>13</sup> C. 4, 32, 26, 4: *Si quis autem aliquid contra modum huius fecerit constitutionis, nullam penitus de superfluo habeat actionem, sed et si acceperit, in sortem hoc imputare compelletur, interdicta licentia creditoribus ex pecuniis fenori dandis aliquid detrahare vel retinere siliquarum vel sportularum vel alterius cuiuscumque causae gratia. nam si quid huiusmodi factum fuerit, principale debitum ab initio ea quantitate minuetur, ut tam ipsa minuenda pars quam usurae eius exigi prohibeantur*. Sulle misure repressive della violazione dei divieti posti dall'imperatore, cfr. in particolare Fasolino, *Studi sulle usurae*, cit., pp. 177-179.

<sup>14</sup> C. 4, 32, 26, 5: *Machinationes etiam creditorum, qui ex hac lege prohibiti maiores usuras stipulari alios medios subiciunt, quibus hoc non ita interdictum est, resecantes iubemus, si quid tale fuerit attemptatum, ita computari usuras, ut necesse esset, si ipse qui alium interposuit fuisset stipulatus: in quo casu sacramenti etiam illationem locum habere sancimus*. Sul punto cfr. Bas. 23, 3, 74 (ed. Scheltema-van der Wal, A III, p. 1135) che esemplifica al riguardo, proponendo l'ipotesi di un *illustris* che, non potendo percepire interessi in misura superiore al 4%, abbia dato il suo denaro ad un altro soggetto, tra quelli per i quali sarebbe stato lecito stipulare il tasso del 6%. Cfr. al riguardo Pontoriero, *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., p. 164, nt. 13.

## 2. I problemi interpretativi risolti da C. 4, 32, 27

La riforma di Giustiniano andò peraltro incontro a difficoltà di applicazione, come testimoniato dal *principium* di C. 4, 32, 27, una costituzione del 1° aprile del 529, attraverso cui si respinse la *prava interpretatio* di quanti avevano sostenuto che i limiti massimi fissati dalla costituzione del 528 non avrebbero potuto essere applicati alle *usurae* già stipulate al momento dell'entrata in vigore della legge:

C. 4, 32, 27 pr. (*Iust. A. Menae pp.*, a. 529): *De usuris, quarum modum iam statuimus, pravam quorundam interpretationem penitus removens iubemus etiam eos, qui ante eandem sanctionem ampliores quam statutae sunt usuras stipulati sunt, ad modum eadem sanctione taxatum ex temporationis eius suas moderari actiones, illius scilicet temporis, quod ante eandem fluxit legem, pro tenore stipulationis usuras exacturos.*

L'imperatore stabilì dunque che gli interessi stipulati in epoca antecedente doversero essere richiesti, dopo l'emanazione di C. 4, 32, 26, in misura non superiore ai massimi consentiti dalla stessa costituzione. Soltanto gli interessi già maturati al momento dell'entrata in vigore di C. 4, 32, 26 potevano essere riscossi secondo gli accordi delle parti (senza subire alcuna riduzione)<sup>15</sup>.

È pertanto evidente che nel mondo della pratica si tentava di sfruttare il tenore letterale di C. 4, 32, 26: poiché infatti la costituzione del 528 proibiva di stipulare interessi superiori a determinate misure, poteva essere sostenuto che la stessa costituzione non si applicava agli interessi in quel momento già stipulati. Il prosieguo di C. 4, 32, 27 confermava inoltre, in termini generali, il divieto, già operante in diritto romano classico, di *usurae ultra duplum* o *ultra sortis summam*<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Su queste previsioni, cfr. R. Bonini, *Interpretazioni della pratica ed interpretazioni autentiche nel Codice e nelle Novelle giustiniane*, in *Ricerche di diritto giustiniano*<sup>2</sup>, Milano, 1990, pp. 262-263, nonché, nella più recente letteratura, Mattioli, *La legislación de Justiniano del Código en materia de negocios bancarios*, cit., p. 121.

<sup>16</sup> C. 4, 32, 27, 1-2: *Cursum insuper usurarum ultra duplum minime procedere concedimus, nec si pignora quaedam pro debito creditori data sint, quorum occasione quaedam veteres leges et ultra duplum usuras exigere permittebant. 2. Quod et in bonae fidei iudiciis ceterisque omnibus in quibus usurae exiguntur servari censemus.*

### 3. La Nov. 106 e le *usurae* nel prestito marittimo.

Il 7 settembre del 540 Giustiniano emana la Nov. 106<sup>17</sup>. Si tratta di un testo privo del dispositivo di pubblicazione, circostanza che ha indotto una parte della dottrina a ipotizzare che l'emanazione della Novella sia avvenuta per disciplinare i contratti conclusi nella sola capitale<sup>18</sup>. L'ampia *praefatio* dà conto delle circostanze che hanno portato all'emanazione del provvedimento, riferendo anzitutto dell'*occasio legis*:

Nov. 106 *praef.*: Ὁ αὐτὸς βασιλεὺς Ἰωάννη ἐπάρχῳ πραιτωρίων τὸ β', <ἀπὸ ὑπάτων ὀρδιναρίων καὶ πατρικίῳ.> Μηνύσεως ἠκούσαμεν τῆς σῆς ὑπεροχῆς, ἧς τὴν πρόφασιν ἡμεῖς αὐτοὶ παρεσχόμεθα. ἐδίδαξας γάρ, Πέτρον καὶ Εὐλόγητον ἰκετεῦσαι τὸ θεῖον ἡμῶν κράτος καὶ τὰ καθ' ἑαυτοὺς ἀφηγουμένους εἰπεῖν, ὡς εἰώθασιν ναυκλήροις ἦτοι ἐμπόροις δανείζειν χρυσίον, καὶ μάλιστα τοῖς ἐν θαλάττῃ τὰς πραγματείας ποιουμένοις, καὶ ταύτην ἔχειν τοῦ βίου τὴν πρόφασιν τὰ τοῖς θαλαττίοις ταῦτα δανείσματα, ἃ καλεῖν ὁ καθ' ἡμᾶς εἶθε νόμος *traiecticia*, δεδοικέναι δὲ αὐτοὺς ὡς ἀμφισβητήσεων ἐντεῦθεν αὐτοῖς ἀνισταμένων, καὶ δεῖσθαι διὰ τοῦτο γενέσθαι φανερόν τὸ κρατοῦν καὶ ἐπὶ τούτοις ἔθος, ὥστε καὶ θεῖαν ἡμῶν ἐπὶ τούτῳ προελθεῖν κέλευσιν τὴν τὸ ἔθος εἰς σαφέστατον ἄγουσαν τύπον...<sup>19</sup>

La Novella era stata dunque emanata a seguito di una relazione di Giovanni di Cappadocia. Quest'ultimo aveva informato la cancelleria imperiale delle suppli-  
che rivolte da Pietro ed Eulogio, uomini dediti al finanziamento di prestiti marittimi, che avevano espresso la loro preoccupazione per alcune controversie sorte in ragione della loro attività. In conseguenza di ciò il prefetto del pretorio aveva ricevuto l'incarico di conoscere la natura di tali controversie e di informare la

<sup>17</sup> Il provvedimento è indirizzato a Giovanni di Cappadocia. Sulla figura del prefetto del pretorio *per Orientem*, come è noto il principale collaboratore giuridico di Giustiniano insieme a Triboniano, v. J. R. Martindale, *Ioannes 11*, in *The prosopography of the later Roman Empire*, IIIA, A.D. 527-641, Cambridge, 1992, pp. 627-635.

<sup>18</sup> Cfr. M. Bianchini, *La disciplina degli interessi convenzionali nella legislazione giustiniana*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, II, Milano, 1982, p. 421.

<sup>19</sup> Trad. Auth.: *Idem Aug. Iohanni pp. Orientis. Nuntium audivimus a tua celsitudine, cui occasionem nos ipsi praebuimus. Docuisti enim Petrum et Eulogium supplicasse sacrae nostrae potestati et per se explanasse dicentes, quia consueverunt naucleris seu negotiatoribus mutuare aurum et maxime in mari negotia facientibus, et hanc habere vitae occasionem (ipsa vero marina credita vocare nostra consuevit lex traiectica), et metuere eos utpote dubitationibus hinc eis exortis; oportere propterea fieri manifestum, quae valeat super his consuetudo, ut et sacra nostra in hoc procederet iussio quae consuetudinem ad certissimam duceret formam...*

cancelleria, in modo da permettere l'emanazione di una legge che procedesse a formalizzare le consuetudini in materia<sup>20</sup>:

...τοιγαροῦν ἡμᾶς ἐγκελεύεσθαι σοι τὴν τῆς ἀμφισβητήσεως φύσιν μαθεῖν καὶ ταύτην εἰς ἡμᾶς ἀγαγεῖν, ὥστε φανερᾶς ἡμῖν γενομένης τὸ δοκοῦν νόμῳ περιλαβεῖν διηνεκεῖ· καὶ τὴν σὴν ἐνδοξότητα ταῦτα πρᾶξαι παρ' ἡμῶν κελευσθεῖσαν συναγαγεῖν τοὺς ναυκλήρους, οἷς δὴ τὰ τοιαῦτα τῶν δανεισμάτων μέλει, καὶ πυνθέσθαι ποῖόν ποτε τὸ ἀρχαῖον ἔθος ἦν· τοὺς δὲ καὶ ὄρκον προσεπιτιθέντας μαρτυρεῖν τρόπους εἶναι ποικίλους τῶν τοιούτων δανεισμάτων...<sup>21</sup>

Giovanni aveva quindi convocato i ναύκληροι cui era stato richiesto di chiarire la natura e le caratteristiche delle antiche consuetudini praticate. Gli armatori avevano reso testimonianza sotto giuramento e avevano affermato che i prestiti potevano assumere varie forme. Più precisamente venivano analiticamente descritti due modelli di disciplina:

...καὶ εἰ μὲν δόξειε τοῖς δανεσταῖς, ἐφ' ἐκάστῳ νομίσματι τῶν χρημάτων ἄπερ ἂν δοῖεν ἓνα σίτου μόδιον ἢ κριθῆς ἐμβαλεῖν τῇ νηί, καὶ μηδὲ μίσθωμα τοῖς δημοσίοις παρέχειν ὑπὲρ αὐτοῦ τελώναις, ἀλλὰ τό γε ἐπ' αὐτοῖς ἀτελώνητα πλέειν τὰ σκάφη, καὶ τοῦτον ἔχειν καρπὸν ὧν ἐδάνεισαν χρημάτων, καὶ πρὸς γε καὶ κατὰ δέκα χρυσοῦς ἓνα κομίζεσθαι μόνον ὑπὲρ τόκων [καθ' ἐκάστην δεκάδα χρυσίου], αὐτοὺς δὲ τοὺς δανειστάς ὄραν τὸν ἐκ τῶν ἀποβησομένων κίνδυνον· εἰ δὲ οὐχ ἔλοινο τὴν ὁδὸν ταύτην οἱ δανείζοντες, τὴν ὀγδόην μοῖραν λαμβάνειν ὑπὲρ ἐκάστου νομίσματος ὀνόματι τόκων οὐκ εἰς χρόνον τινὰ ῥητὸν ἀριθμουμένων, ἀλλ' ἕως ἂν ἡ ναῦς ἐπανέλθοι σεσωσμένη· κατὰ τοῦτο δὲ τὸ σχῆμα συμβαίνειν ἴσως καὶ εἰς ἐνιαυτὸν

<sup>20</sup> Il dato del ricorso alla recezione legislativa di consuetudini invalse nell'area costantinopolitana è di particolare interesse ed è rivelatore di un non isolato *modus operandi* della cancelleria. Per un'ulteriore ipotesi di recezione legislativa di consuetudini, questa volta in materia di garanzie processuali, si veda quanto stabilito da I. 4, 11, 6-7, c, sul punto, il mio *Lusus iudiciorum presso i tribunali costantinopolitani: «legalizzazione» di una prassi (I. 4, 11, 6-7)*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto. Ricerche dedicate al Prof. F. Gallo*, I, Napoli, 1997, pp. 523-538 (= *Contributi di diritto giustiniano*, Milano, 2004, pp. 1-16). Con particolare riferimento alla Nov. 106, v. Pontoriero, *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., p. 165 e p. 178.

<sup>21</sup> Trad. Auth.: ...*Itaque nos delegasse tibi dubitationis naturam cognoscere et hanc ad nos deducere, quatenus manifesta nobis facta quod videretur lege comprehenderetur perpetua; tuamque gloriam haec a nobis agere iussam convocasse naucleros quibus haec mutua curae sunt, et interrogasse, quae aliquando antiqua consuetudo fuit; illos autem et iusiurandum adicientes testimonium perhibuisse, modos esse varios talium mutuorum...*

ἐκταθῆναι τὸν χρόνον, εἴπερ τοσοῦτον ἔξω διατρίψειεν ἢ ναῦς ὡς καὶ τὸν ἐνιαυτὸν ἢ πέρας λαβεῖν ἢ καὶ ὑπερβῆναι, θάπτον γε μὴν ἐπανιούσης αὐτῆς τὸν χρόνον εἰς ἓνα μόνον ἢ δύο παρελκυσθῆναι μῆνας, καὶ ἐκ τῶν τριῶν κερατίων ὠφέλειαν ἔχειν, κἂν οὕτως βραχὺς διαγένηται χρόνος κἂν εἰ περαιτέρω παρὰ τῷ δανεισαμένῳ μένοι τὸ χρέος· ταῦτὸ δὲ τοῦτο κρατεῖν ἕτεραν πάλιν τῶν ἐμπορευομένων ἀποδημίαν αἰρουμένων, ὥστε καθ' ἕκαστον φόρτον ὀρίζεσθαι τὸ σχῆμα καθ' ὃ προσήκει τὸ δάνεισμα ἢ μένειν ἢ ἐναλλάττεσθαι κατὰ τὸ περὶ τούτου συνδοκοῦν τοῖς μέρεσι σύμφωνον...<sup>22</sup>

Il primo prevedeva che i mutuatari corrispondessero un tasso di interesse del 10% e, in aggiunta, che i mutuantanti potessero senza altre spese liberamente imbarcare sulla nave un moggio di grano o di orzo per ogni *solidus* prestato. Il secondo modello, alternativo al primo, prevedeva semplicemente la percezione di un tasso di interesse del 12,5%. Peraltro in entrambi i casi i mutuantanti assumevano il rischio della navigazione. Si trattava evidentemente di due diverse varianti dello stesso schema. Nel primo caso la possibilità di imbarcare senza spese un moggio di grano o di orzo per ogni *solidus* prestato equivaleva alla differenza fra i tassi di interesse che variavano da un caso all'altro nella misura del 2,5%<sup>23</sup>.

Gli armatori precisavano altresì che le consuetudini di cui si era data notizia valevano sia per viaggi di lunga durata, annuale o pressoché annuale, sia per viaggi di breve durata, mensile, o anche, bimestrale e che, in entrambi i casi, il tasso di interesse restava fissato al 12,5%<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Trad. Auth.: ...*et si quidem placuerit creditoribus, in singulis solidis pecuniarum quas dederint unum tritici modium aut hordei imponere, neque mercedem publicis praebere pro eo teloneariis, sed quantum ad ipsos sine teloneo navigare naves, et hunc habere fructum earum quas crediderunt pecuniarum, et insuper etiam per decem aureos unum percipere solum pro usuris, in ipsos autem creditores respicere ex eventibus periculum. Si vero non sumant hanc viam creditores, octavam partem percipere pro singulis solidis nomine usurarum non in tempus aliquod certum numerandam, sed donec naves revertantur salvae. Secundum hoc autem schema contingit forsan et in annum extendi tempus, si tantum foris moretur navis ut et annum aut terminos sumat aut etiam transcendat, citius autem ea remeante tempus in unum solum aut duos trahi menses, et ex tribus siliquis utilitatem habere, vel si ita breve sit tempus vel si apud alterum extra debitorem maneat debitum. Hoc idem valere aliam rursus negotiatoribus projectionem assumentibus, et per unumquodque onus definiri schema secundum quod competat mutuum aut manere aut permutari secundum pactum quod ob hoc convenerit partibus...*

<sup>23</sup> Cfr. Billeter, *Geschichte des Zinsfusses im griechisch-römischen Altertum bis auf Justinian*, cit., p. 325; Purpura, *Ricerche in tema di prestito marittimo*, cit., p. 325, nt. 402 (= *Studi romanistici in tema di diritto commerciale marittimo*, cit., p. 229, nt. 402), nonché, da ultimo, Pontoriero, *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., p. 169.

<sup>24</sup> È stato sostenuto, traendo argomento dall'incidentale riferimento del legislatore all'antichità delle consuetudini attestate, che l'unificazione dei tassi di interesse marittimi nella misura del 12,5%

La loro testimonianza si soffermava anche sulle vicende del rapporto successive al rientro della nave in porto:

...εἰ μέντοι μετὰ τὴν ἐπάνοδον τῆς νηὸς σωθείσης καὶ μηκέτι πλεῖν διὰ τὸν καιρὸν δυναμένης ἐπανέλθειεν, εἴκοσι καὶ μόνων ἡμερῶν προθεσίαν δίδοσθαι παρὰ τῶν δανεισάντων τοῖς δανεισαμένοις, καὶ μηδὲν ὑπὲρ τῶν ὀφλημάτων τόκου ἔνεκεν ἀπαιτεῖν, ἕως πραθῆναι συμβαίῃ τὸν φόρτον· εἰ δὲ μένοι περαιτέρω τὸ χρέος οὐκ ἀποδιδόμενον, τὸν ἐκ διμοίρου τῆς ἑκατοστῆς τοῖς κυρίοις τῶν χρημάτων δίδοναι τόκον, καὶ μεταβάλλειν εὐθύς τὸ δάνεισμα καὶ εἰς τὸν τῶν ἐγγείων μεταχωρεῖν τρόπον, οὐκέτι τῶν θαλαττίων κινδύνων τὸν δανειστὴν ἐνοχλοῦντων. καὶ ταῦτα ἅπαντας εἰπεῖν ἔνορχον ποιησαμένους τὴν μαρτυρίαν. ἅπερ εἰς ἡμᾶς ἐμήνυσας, ὥστε ἡμᾶς νομοθετῆσαι τὸ ἡμῖν δοκοῦν, καὶ ἐπὶ τούτοις ἔφασκες ταῦτα τῷ ἡμετέρῳ προσαγγεῖλαι κράτει...<sup>25</sup>

A seguito del felice esito della navigazione, i creditori concedevano un termine di venti giorni per la vendita del carico, senza pretendere in quel periodo alcun pagamento di interessi<sup>26</sup>. Tuttavia se il debito fosse rimasto ancora inadempito, si sarebbero dovuti corrispondere nuovamente degli interessi, ma stavolta nella misura dell'8%, attraverso un meccanismo di computo basato sull'impiego della *centesima*, a differenza di quanto era avvenuto per il calcolo dell'ammontare degli interessi marittimi, che non erano stati quantificati attraverso il consueto meccanismo, ma semplicemente facendo riferimento a

---

non fosse conseguenza dell'emanazione delle disposizioni contenute in C. 4, 32, 26, 2, ma possa essere ricondotto a usanze più risalenti. In questo senso, v. Billeter, *Geschichte des Zinsfusses im griechisch-römischen Altertum bis auf Justinian*, cit., p. 324 e p. 328. Di diverso avviso è Pontoriero, *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., p. 170.

<sup>25</sup> Trad. Auth.: ...*Si tamen post reversionem navis salva et nequaquam navigare propter tempus valentis revertantur, viginti et solum dierum indutias dari a creditoribus debitoribus, et nihil pro debitis usurarum causa exigere, donec vendi contingat onus; parcentes apud alium esse debitum non reddendum, duas partes centesimae dominis pecuniarum dare usuras, et mutare mox mutuum et in terrenum transponere modum, nequaquam maritimis periculis creditorem molestantibus. Et haec omnes dixisse cum iureiurando perhibentes testimonium. Quae ad nos nuntiasti, ut nos sanciremus quod nobis videretur, et super his dicebas haec nostrae nuntiatae potestati...*

<sup>26</sup> Sull'antichità di questa consuetudine, che risale già al IV sec. a.C., v. Billeter, *Geschichte des Zinsfusses im griechisch-römischen Altertum bis auf Justinian*, cit., p. 324; Purpura, *Ricerche in tema di prestito marittimo*, cit., p. 218, nt. 81 (= *Studi romanistici in tema di diritto commerciale marittimo*, cit., p. 122, nt. 81); S. Schuster, *Das Seedarlehen in den Gerichtsreden des Demostenes. Mit einem Ausblick auf die weitere historische Entwicklung des Rechtsinstitutes: dáneion nautikón, fenus nauticum und Bodmerei*, Berlin, 2005, p. 193; Pontoriero, *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., p. 171.

una frazione del capitale mutuato<sup>27</sup>.

Il dato testuale e particolarmente l'inciso οὐκ εἰς χρόνον τινὰ ῥητὸν ἀριθμοῦμένων, ἀλλ' ἕως ἄν ἡ ναῦς ἐπανέλθοι σεσωσμένη è stato utilizzato da una parte della dottrina per sostenere, da un lato, come già accennato, che la previsione contenuta in C. 4, 32, 26, 2, essendovi impiegato il meccanismo della *centesima*, riguardasse solo gli interessi terrestri del prestito marittimo<sup>28</sup>, dall'altro, che il computo degli interessi marittimi nella Nov. 106 dovesse avvenire non a tempo, ma a viaggio<sup>29</sup>.

Tale ipotesi è stata tuttavia sottoposta a taglio critico dalla letteratura più recente che ha osservato come, accedendo a tale interpretazione, quanto disposto da Nov. 106 sarebbe risultato in contrasto – nonostante la ripetuta affermazione in senso contrario dello stesso legislatore – con le previsioni di C. 4, 32, 26, 2 e che altresì sarebbe piuttosto singolare che nella Nov. 106 talvolta si facesse riferimento a interessi computati a viaggio, talaltra computati invece a tempo, come è innegabile che avvenga per quanto riguarda l'interesse dell'8%, da corrispondere dopo che fossero decorsi i venti giorni concessi dai creditori per la vendita del carico<sup>30</sup>.

Del resto, che gli usi attestati dai ναύκληροι fossero ritenuti non contrari al diritto vigente, è documentato dalla chiara affermazione contenuta nel *caput I* della

<sup>27</sup> Per la conversione del negozio in mutuo terrestre, dal momento che sul creditore non gravava più il rischio della navigazione cfr. le osservazioni di Pontoriero, *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., p. 172, cui rinvio anche per il diverso meccanismo di computo degli interessi marittimi e terrestri (cfr. pp. 172-173).

<sup>28</sup> In questo senso in specie Purpura, *Ricerche in tema di prestito marittimo*, cit., pp. 325-326 (= *Studi romanistici in tema di diritto commerciale marittimo*, cit., pp. 229-230). Sul punto tuttavia, in senso contrario, v. già *supra*, nt. 10. Tale ipotesi non convince appieno anche alla luce di quanto osserva Pontoriero, *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., p. 173 e nt. 34, che ricorda le modalità di computo degli interessi impiegate per mutui di derrate da Nov. 32.

<sup>29</sup> Cfr. fra gli altri Billeter, *Geschichte des Zinsfusses im griechisch-römischen Altertum bis auf Justinian*, cit., p. 327; W. Ashburner, *The Rodian Sea-Law*, Oxford, 1909 [rist. Aalen, 1976], p. ccxx; A. Castresana Herrero, *El préstamo marítimo griego y la pecunia traiectica romana*, Salamanca, 1982, p. 103; Purpura, *Ricerche in tema di prestito marittimo*, cit., p. 325 (= *Studi romanistici in tema di diritto commerciale marittimo*, cit., p. 229); Gofas, *The Byzantine Law of Interest*, cit., p. 1097.

<sup>30</sup> Cfr. al riguardo Pontoriero, *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., pp. 174-176, che sottolinea inoltre come, accedendo alla *communis opinio*, verrebbe prevista la percezione da parte del creditore del medesimo vantaggio tanto in relazione alle operazioni di commercio di breve durata quanto in relazione a quelle di lunga durata. Non meno importante sembra poi essere, secondo l'autore, il dato che la testimonianza provenga dagli armatori: costoro, essendo destinati a ricevere i prestiti, non avrebbero avuto alcun vantaggio a riferire sotto giuramento il contenuto di consuetudini *contra legem*.

Novella che ci riferisce altresì della conclusione dell'*iter normativo*. In sintesi, al di là del linguaggio retorico e involuto tipico del legislatore di quel tempo, vi si dice che, avuta conoscenza di quanto riferito dagli armatori al prefetto del pretorio, la cancelleria imperiale, dopo aver altresì preso visione degli atti, aveva deciso di riconoscere pieno valore di legge agli usi attestati:

Nov. 106, 1-*epil.*: Ἡμεῖς τοίνυν καὶ αὐτοῖς ἐντυχόντες τοῖς πεπραγμένοις καὶ τὸ πρᾶγμα διδασκόμενοι θεσπίζομεν κατὰ τὸ μεμαρτυρημένον ἐπὶ τῆς σῆς ὑπεροχῆς οὕτω νῦν τε καὶ εἰς τὸν ἐξῆς ἅπαντα χρόνον τὰ τοιαῦτα κρατεῖν, διότι μὴδὲ τοῖς ἤδη τεθειμένοις μάχεται νόμοις ὥστε δεῖν ἐκ τοῦ λοιποῦ κατὰ τινὰ ἰδικὸν νόμον ἐν ταῖς ναυκληρικαῖς ἤτοι ἐμπορικαῖς δίκαις ἐπὶ τῶν τοιούτων αἰτιῶν ταῦτα φυλάττεσθαι, καὶ κατὰ τὸν τρόπον τῶν εἰρημένων συμφῶνων οὕτως γίνεσθαι τὰς ἀποβάσεις καὶ τὰ ἄλλα πάντα ἔτη ὅποσα ἐν τοῖς ἔμπροσθεν μεμαρτύρηται παρὰ τῷ θρόνῳ τῷ σῶ, ὥστε κατὰ ἰδικὸν νόμον ταῦτα κρατεῖν ἐπὶ τῶν ναυκληρικῶν ἤτοι ἐμπορικῶν (τὸ γὰρ ἐν μακροῖς οὕτω πολιτευόμενον χρόνοις καὶ κρατήσαν ἀπαρράλλακτως, καθάπερ αἱ μαρτυρίαι παρὰ τῆ σῆ ἐνδοξότητι διώρισαν, πῶς οὐκ ἐστὶ δίκαιον καὶ ἐπὶ τῶν ἄλλων ἀπάντων κρατεῖν τῶν μετὰ ταῦτα ἐσομένων;), καὶ εἶναι ταύτην αὐτοῖς τῶν πραγμάτων τὴν διάλυσιν ἐξ ἰδικοῦ νόμου κρατοῦσαν καὶ ἐτέρας τινὸς διατυπώσεως μὴ δεομένην, ἀλλ' ἐπὶ τῶν ναυκληρικῶν ἤτοι ἐμπορικῶν ἀφορμῶν εἰς τὸν ἅπαντα χρόνον κρατοῦσαν, ὡς γενικὴν οὔσαν νομοθεσίαν καὶ ἐπὶ τῶν ναυκληρικῶν ἤτοι ἐμπορικῶν συναλλαγμάτων κρατοῦσαν ὀφείλουσάν τε καὶ μέρος γενέσθαι τῶν ἤδη παρ' ἡμῶν τεθειμένων νόμων, ὥστε καὶ τοὺς δικάζοντας πρὸς ταύτην ἀποβλέποντας ποιέσθαι τὰς κρίσεις. <Ἐπίλογος.> Τὰ τοίνυν παραστάντα ἡμῖν ἡ σὴ ὑπεροχὴ εἰς τὸ διηνεχὲς παραφυλάττεσθαι σπευσάτω. *Dat. VII. id. Sept. CP. imp. dn. Iustiniani pp. Aug. <ann. XIV. Iustino> vc. cons. (a. 540)*<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> Trad Auth.: *Nos igitur et ipsa legentes gesta et causam edocti sancimus secundum quod testatum est coram tua celsitudine ita nunc et deinceps in omne tempus tenere, eo quod neque iam positus repugnant legibus, ut oporteat nunc et de cetero secundum quandam propriam legem in nauclericis aut negotiatoriis super talium causarum haec servari litibus, et secundum dictum modum praedictarum pactionum ita fieri etiam eventus et alia omnia quaecumque in prioribus testata sunt apud sedem tuam, unde secundum propriam legem teneant in nauclericis aut negotiatoriis. Quod enim longis ita servatum est temporibus et tenuit immutabiliter, sicut testimonia apud tuam gloriam definierunt, quomodo non est iustum et in aliis omnibus valere quae postea erunt, et esse hanc eis rerum transactionem ex propria lege valentem et altera quadam dispositione non egentem, sed in nauclericis seu negotiatoriis occasionibus in omne tempus valentem, utpote generalem existentem legislationem et in nauclericis seu negotiatoriis contractibus expositam, et quae debet etiam pars fieri iam a nobis positaram legum, et iudicantes ad hanc respicientes proferre sententias. <Epilogus.> Quae igitur placuerunt nobis tua celsitudo iugiter servare festinet. *Dat. V. id. Sept. CP. imp. <dn. Iustiniani Aug> anno <XIV> Iustino <vc.> cons.**

#### 4. L'abrogazione della Nov. 106 e le sue possibili motivazioni

A breve distanza di tempo, la Nov. 106 venne tuttavia abrogata con la Nov. 110, emanata il 26 aprile del 541:

Nov. 110: Ὁ αὐτὸς βασιλεὺς Ἰωάννη ἐπάρχῳ πραιτωρίων τὸ β', ἀπὸ ὑπάτων <ὀρδιναρίων> καὶ πατρικίῳ. <Προοίμιον.> Ἰσμεν ἐκ μηνύσεως τῆς σῆς ὑπεροχῆς νόμον ἥδη πεποιηκότες περὶ τῶν τραiecticiῶν χρημάτων, ὃς ἐμφανῆς γέγονε τῷ δικαστηρίῳ τῷ σῷ. *CAPUTI*. Ἀλλ' ἐπειδὴ περ ὕστερον προσελεύσεων ἡμῖν γενομένων προσετάξαμεν τὸν νόμον ἐκεῖνον μὴ κρατεῖν ἀναληφθῆναι αὐτὸν προστάζαντες ἐκ τοῦ δικαστηρίου τοῦ σοῦ, ἔγνωμεν δὲ αὐτὸν καὶ ἔν τισι τῶν ἐπαρχιῶν ἥδη καταφανῆ γενέσθαι, διὰ τοῦτο θεσπιζόμεν τὸν τοιοῦτον νόμον παντοίως ἀργεῖν, καὶ εἰ συνέβη κατὰ χώραν αὐτὸν πεμφθῆναι, μηδὲ ἐκεῖσε κρατεῖν, ἀλλ' ἀνίσχυρον εἶναι. καὶ οὕτω βουλόμεθα τὸ πρᾶγμα προΐεναί, ὡς εἰ μηδὲ γραφεῖς ἐτύγχανεν ὁ εἰρημένος νόμος, ἀλλὰ κατὰ τοὺς ἥδη περὶ τῶν τοιούτων τεθέντας νόμους παρ' ἡμῶν τὰς ὑποθέσεις ἐξετάζεσθαι καὶ κρίσεως ἀξιούσθαι. <Ἐπίλογος.> Τὰ τοῖνυν παραστάνα ἡμῖν καὶ διὰ τοῦδε τοῦ θείου δηλούμενα νόμου ἢ σῆ ὑπεροχῆ ἔργῳ καὶ πέρατι παραδοῦναι σπευσάτω. *Dat. VI. k. Mai. CP. imp. dn. Iustiniani pp. Aug. anno XV. Basilio vc. cons. (a. 541)*<sup>32</sup>.

Non è facile determinare le ragioni che spinsero il legislatore giustiniano a intervenire nuovamente in materia di prestito marittimo e in un arco temporale così ristretto. Il testo di Nov. 110 risulta reticente in quanto vi si fa esclusivo riferimento a non meglio precisate richieste rivolte alla cancelleria imperiale e al fatto che le disposizioni di Nov. 106 avevano già trovato applicazione almeno in alcune province.

Secondo un'opinione largamente diffusa e autorevolmente risalente, Giustiniano avrebbe abrogato la disciplina dettata dalla Nov. 106 perché in contrasto

<sup>32</sup> Trad. Auth.: *Idem Aug. Iohanni pp. Orientis. <Praefatio.> Novimus ex denuntiatione tuae celsitudinis legem iam fecisse de traiecticiis pecuniis, quae manifesta facta est foro tuo. CAPUTI. Sed quoniam postea aditionibus nobis factis praecepimus legem illam non valere, resumimus eam imperantes ex foro tuo, agnovimus autem eam et in quibusdam provinciis iam insinuatam, propterea sancimus talem legem omnino vacare, et si contigit etiam per provincias eam destinari, nec ibi valere, sed invalidam esse. Sic enim volumus causam procedere, tamquam si nec scripta fuisset memorata lex, sed secundum iam de talibus positas leges a nobis negotia examinationem et sententiam potiantur. <Epilogus.> Quae igitur placuerunt nobis et per hanc sacram declarata sunt legem, tua celsitudo operi effectuique contradere festinet. *Dat. VII. kal. Mai. imp. dn. Iustiniani pp. Aug. anno XV. Basilio vc. cons.**

con le prescrizioni di C. 4, 32, 26, 2<sup>33</sup>. A tale ipotesi si accompagna, talvolta, la congettura secondo la quale l'abrogazione di Nov. 106 sarebbe l'effetto di sollecitazioni provenienti dal collegio degli *argentarii* costantinopolitani<sup>34</sup>.

In questi termini le spiegazioni offerte riguardo all'abrogazione della Nov. 106 non risultano tuttavia appaganti. È stato infatti di recente sottolineato come la cancelleria, all'atto dell'emanazione della Nov. 106, fosse pienamente consapevole del problema del coordinamento della nuova disciplina con la legislazione previgente e che se il contrasto con la riforma introdotta da C. 4, 32, 26, 2 avesse riguardato le modalità di computo degli interessi marittimi a viaggio anziché a tempo sarebbe stato comunque possibile emanare – secondo un ben collaudato schema operativo – un provvedimento di interpretazione autentica<sup>35</sup>.

Anche l'ipotesi secondo cui l'abrogazione della Nov. 106 sarebbe stata disposta su richiesta della corporazione degli *argentarii* rimane totalmente congetturale. È vero che gli *argentarii* costantinopolitani erano tenuti in grande considerazione dal potere imperiale e risultano assai spesso destinatari di norme molto favorevoli, ma che siano intervenuti per l'abrogazione di Nov. 106 non risulta in alcun modo dalle fonti che pure altrove non esitano a dire, spesso insistentemente, che determinate disposizioni erano state introdotte dietro sollecitazione della corporazione<sup>36</sup>.

Per quanto mi riguarda credo che l'abrogazione della Nov. 106 possa essere

<sup>33</sup> In questo senso v. già Iacobi Cuiacii *IC. Tolosatis Opera ad Parisiensem Fabrotianam editionem diligentissime exacta in tomos XI. distributa auctiora atque emendatiora. Pars prior. Tomus Secundus*, Venetiis, 1758, [Novellarum constitutionum Imp. Iustiniani expositio], col. 995. Secondo Castresana Herrero, *El préstamo marítimo griego y la pecunia traiectica romana*, cit., p. 103, la Nov. 106 sarebbe stata abrogata perché avrebbe determinato incertezze interpretative in ordine alle modalità di computo degli interessi (se annuale o in relazione a ciascun viaggio).

<sup>34</sup> Cfr., per tale congettura, Bianchini, *La disciplina degli interessi convenzionali nella legislazione giustiniana*, cit., pp. 418-422, seguita da R. Herrera Bravo, «*Usurae*». *Problemática jurídica de los intereses en derecho romano*, Jaén, 1997, p. 46, nonché da M. Salazar Revuelta, *La gratuidad del mutuum en el derecho romano*, Jaén, 1999, p. 185.

<sup>35</sup> Per questa osservazione, cfr. già Pontoriero, *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., p. 181. Per un quadro d'insieme dei provvedimenti di interpretazione autentica adottati dal legislatore in età giustiniana, cfr. Bonini, *Ricerche di diritto giustiniano*<sup>2</sup>, cit., pp. 233-268.

<sup>36</sup> Cfr. in particolare i miei *Banche, banchieri e contratti bancari. Osservazioni a proposito di una recente ricerca di A. Díaz Bautista*, in *BIDR* 94-95, 1991-1992, pp. 449-472; *Spunti per una indagine sulla legislazione giustiniana riguardante gli argentarii costantinopolitani*, in *Contributi di diritto giustiniano*, Milano, 2004, pp. 151-176 (= *Studi Senesi* 117, 2005, pp. 40-70). Sul punto v. ora anche F. Mattioli, *El Sonderrecht de los argentarii. La especificidad de los contratos bancarios en la Novela 136 de Justiniano*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 30, 2017, p. 459 e ss.

ricondotta a un duplice ordine di motivi. Da un lato non può essere disconosciuto il fatto che la formalizzazione di una prassi che riguardava la capitale, una volta estesa anche alle province, finiva per irrigidire inopportunamente la disciplina di un importante settore della realtà economica bizantina, nell'ambito del quale si avvertiva invece il bisogno di regole flessibili e di un più marcato riconoscimento dell'autonomia contrattuale nelle diverse e spesso variegate realtà dell'impero<sup>37</sup>. Dall'altro si può forse immaginare la contrarietà dei grandi finanziatori, che potevano lamentare che il regime degli interessi stabilito per il prestito marittimo da Nov. 106, pur non in contrasto con quanto disposto dalla costituzione del 528, introduceva un'ulteriore novità a loro danno, nella parte in cui veniva prevista la conversione degli interessi da marittimi a terrestri, decorsi i venti giorni dall'arrivo in porto. Tale soluzione, evidentemente favorevole agli armatori, sembra non a caso disattesa da Theod. Nov. 106, laddove, contraddicendo il tenore letterale di Nov. 106, si afferma che, decorsi i venti giorni franchi successivi all'ingresso in porto della nave, gli interessi dovessero essere nuovamente corrisposti in misura pari alla *centesima*, vale a dire pari a quello stesso 12,5% che era il limite massimo previsto per il prestito marittimo dalla costituzione del 528<sup>38</sup>. Sarebbe cioè che la "lettura" del testo compiuta da parte di Teodoro si faccia interprete di un punto di vista evidentemente contrastante con il tenore letterale di Nov. 106, forse lo stesso punto di vista che, potendo avvalersi dell'argomento di essere invece pienamente conforme a quanto disposto da C. 4, 32, 26, 2, indusse all'abrogazione della Novella del 540.

<sup>37</sup> Nelle fonti cfr. la testimonianza di Athan. Nov. 17, 2 (ed. Simon-Troianos, p. 430) che presenta il contenuto di Nov. 110 come rivolto a ristabilire la flessibilità degli usi consuetudinari. Sul punto cfr. Billeter, *Geschichte des Zinsfusses im griechisch-römischen Altertum bis auf Justinian*, cit., p. 338. In questo senso v. altresì le osservazioni di Pontoriero, *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., p. 182.

<sup>38</sup> Cfr. Theod. Nov. 106 (ed. Zachariae, p. 102): ...μετὰ γὰρ τὰς κ' ἡμέρας λαμβάνει κινδύνος τελείαν ἑκατοστήν... (trad. ed.: ...*post XX enim dies integram centesimam sine periculo sumit*...). Per le perplessità sul testo di Theod. Nov. 106 cfr. Purpura, *Ricerche in tema di prestito marittimo*, cit., p. 323 (= *Studi romanistici in tema di diritto commerciale marittimo*, cit., p. 227). In realtà la "lettura" che Teodoro dà della Novella è piuttosto espressione di come il regime introdotto da Nov. 106 venne applicato nella pratica, fornendoci forse un indizio riguardo ai motivi che ne determinarono, nel giro di pochi mesi, l'abrogazione. Su Teodoro, sulla sua fortuna e sulle caratteristiche della sua opera (caratterizzata essenzialmente da chiarezza espositiva e capacità di sintesi, qualità entrambe funzionali alle esigenze della pratica), richiamo in particolare il recentissimo contributo, ultimo di una serie di ricerche, di F. Sitzia, *Teodoro di Ermopoli. Giurista di livello o autore di opere mediocri?*, in *KOINΩNIA* 41, 2017, p. 27 e ss.



## GIUSTINIANO E L'EREDITÀ DELLA SCIENZA GIURIDICA ROMANA\*

1. L'obiettivo di questo mio intervento è quello di svolgere alcune riflessioni sul rapporto fra l'opera compilatoria di Giustiniano e il sapere dei giuristi romani, con particolare riferimento all'atteggiamento assunto dai giustinianeî nella compilazione della raccolta di *iura*, anche tenendo conto delle fasi prodromiche che si possono intravedere già in alcuni interventi legislativi del 529 e poi, successivamente, soprattutto nell'emanazione delle *Quinquaginta decisiones* e delle *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*, due momenti diversi, ma entrambi fondamentali per chiarire il rapporto fra i giustinianeî e la scienza giuridica del passato.

Quando Giustiniano sale al trono nell'aprile del 527, e poi, quando dall'agosto dello stesso anno, rimane unico imperatore, il quadro normativo di riferimento in materia di *iura* era costituito dalla c.d. legge delle citazioni, emanata a Ravenna il 7 novembre del 426, che, come è noto, si prefiggeva il fine primario di ancorare le decisioni degli organi giudicanti della *cognitio* a rigidi canoni di giudizio, conciliando, in un momento di sintesi, l'esigenza di certezza del diritto e la consapevolezza dei crescenti limiti di reperibilità delle opere dell'antica giurisprudenza<sup>1</sup>. Era da

---

\* Pubblicato in AA.VV., *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, a cura di P. Boinin, N. Hakim, F. Nasti, A. Schiavone, Torino, 2019, pp. 135-159.

<sup>1</sup> La legge delle citazioni (riprodotta in C.Th. 1.4.3) era parte, come è noto, di una *oratio* indirizzata al senato di Roma in cui la cancelleria occidentale delineava il quadro generale del sistema delle fonti normative, regolando altresì l'applicazione in sede giudiziale della legislazione imperiale, sia che si trattasse di costituzioni aventi carattere particolare (cfr. C. 1.14.2, C. 1.19.7 e C. 1.22.5, per quanto riguarda *rescripta* e *decreta*), sia che si trattasse piuttosto di *leges generales* (cfr. a questo proposito

tempo mutato l'atteggiamento e la prospettiva di lettori e pratici del diritto che ormai si avvicinavano alle opere classiche come di fronte a un sapere non più vivo e dinamico nella sua continua ricerca di soluzioni nuove, ma come a un discorso ormai concluso in cui trovare la risposta più conveniente alle questioni poste dai casi concreti prospettati dalla prassi giudiziale<sup>2</sup>.

A questo proposito la recezione nel *Novus Iustinianus Codex* della legge delle citazioni, attestata da *P. Oxy.* 1814 dimostra come Giustiniano e i suoi collaboratori, fino all'aprile del 529, pensassero a un'utilizzazione giudiziale dei *iura* secondo un'ottica che possiamo ancora ritenere teodosiana, circostanza che ci deve portare a ritenere, ulteriormente, che non era ancora maturata l'idea di una raccolta delle opere della giurisprudenza<sup>3</sup>.

Ma la preoccupazione per la situazione dispersa dei *iura* doveva emergere di lì a poco. Assenti del tutto nella legislazione del 528, alcune citazioni di giuristi compaiono infatti per la prima volta – e in quattro casi – già nella legislazione del 529. Si tratta ancora di interventi che potremmo definire “di assaggio” in cui ci si limita a richiamare esclusivamente Papiniano (e più esattamente i *responsa* e le *quaestiones*) e Paolo (le sole *quaestiones*), cioè – non a caso – le opere di due giuristi che, come ben sappiamo, erano menzionati nella legge delle citazioni<sup>4</sup>. Del resto che la cancelleria si muovesse in un'ottica di continuità rispetto al passato è anche

C. 1.14.3). Sul punto, cfr. per una sintesi i miei *Materiali per un corso di storia del diritto romano*, 3, *Dominato*, Bologna 2004, p. 141 s.; v. inoltre, ampiamente, A. J. B. Sirks, *The Theodosian Code. A Study*, Friedrichsdorf 2007, p. 17 ss., nonché, fra gli altri, in particolare, L. De Giovanni, *Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma 2007, p. 335 ss.

<sup>2</sup> Sul punto cfr. in specie G. G. Archi, *Giustiniano legislatore*, Bologna 1970, 121 s.; per un quadro di sintesi v. anche i miei *Materiali*, cit., 3, p. 140.

<sup>3</sup> Cfr. *The Oxyrhynchus papyri*, eds. B. P. Grenfell, A. S. Hunt, 15, London 1922, p. 217 ss. Nel senso qui prospettato, v. in specie R. Bonini, *Introduzione allo studio dell'età giustiniana*, Bologna 1985<sup>4</sup>, p. 23 (= *Lineamenti di storia del diritto romano*, sotto la direzione di M. Talamanca, Milano 1989<sup>2</sup>, p. 639); nella letteratura successiva cfr. De Giovanni, *Istituzioni scienza giuridica codici*, cit., p. 433.

<sup>4</sup> Si tratta, segnatamente, di C. 3.28.33.1 e di C. 6.30.19pr., che richiamano appunto entrambe le *quaestiones* di Paolo, nonché di C. 6.42.30 e di C. 7.45.14, che citano, rispettivamente, i *responsa* e le *quaestiones* di Papiniano. Sul punto, v. già le mie *Nuove ricerche sulle Istituzioni di Giustiniano*, Milano 2004, p. 258 e nt. 287. Nella più recente letteratura, cfr. S. Di Maria, *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: “reverentia antiquitatis” e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del Codice*, Bologna 2010, p. 39 s.; Ead., *La cancelleria giustiniana e l'infungibilità dei giuristi classici: l'esempio delle decisioni*, in *Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen. Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani. Atti del Seminario internazionale (Montepulciano 14-17 giugno 2011)*, a cura di C. Baldus, M. Miglietta, G. Santucci, E. Stolfi, Trento 2012, p. 578.

testimoniato dalle espressioni laudative con cui ci si riferisce a Papiniano, definito *acutissimi ingenii vir et merito ante alios excellens* o *come summi ingenii vir*, circostanza questa che sembrerebbe appunto alludere non solo al prestigio goduto dal giurista (ciò trova peraltro conferma nella ripetuta adesione della cancelleria alle opinioni espresse da quest'ultimo), ma, forse, anche alla posizione preminente che gli era stata attribuita proprio dall'*oratio* ravennate del 426<sup>5</sup>.

Almeno in parte diverso, ma parimenti significativo, è l'atteggiamento della cancelleria nei confronti di Paolo. Più precisamente in C. 3.28.33.1, che è del 17 settembre del 529 (ed è la prima costituzione giustiniana a citare un giurista), si giudica iniquo quanto sostenuto nelle *quaestiones* paoline circa l'esclusione dalla legittimazione all'esercizio della *querela inofficiosi testamenti* del figlio diseredato dalla madre in odio al marito<sup>6</sup>. Un diverso atteggiamento nei confronti delle opinioni del giurista severiano si riscontra in C. 6.30.19pr., che è del 30 ottobre (e fa parte insieme alle due altre costituzioni che citano Papiniano di un unico contesto normativo), un testo con cui si estende invece la portata di una regola richiamata nella medesima opera del giurista severiano per introdurre la cosiddetta *transmissio Iustiniana*<sup>7</sup>. Del resto la cancelleria ancora un anno più tardi, in una costituzione che affronta il tema del procedimento arbitrale – si tratta dell'unica collocabile

<sup>5</sup> Cfr. C. 6.42.30: *Cum acutissimi ingenii vir et merito ante alios excellens Papinianus in suis statuit responsis...*; C. 7.45.14: *Cum Papinianus summi ingenii vir in quaestionibus suis rite disposuit...* Sul punto, v. quanto ho già avuto modo di osservare nelle *Nuove ricerche*, cit., pp. 119, nt. 63 e 258, nt. 287. Cfr. inoltre Di Maria, *La cancelleria imperiale*, cit., p. 39 s.; Ead., *La cancelleria giustiniana e l'infungibilità dei giuristi*, cit., p. 579 e nt. 8.

<sup>6</sup> C. 3.28.33.1: *Legis autem veteris iniquitatem tollentes, ut non diutius erubescat posita, quam Iulius Paulus in suis scripsit quaestionibus, hanc piissimam adgredimur sanctionem. cum enim infantem suum non posse ingratum a matre sua vocari scripsit neque propter hoc ab ultima suae matris hereditate repelli, nisi hoc odio sui fecerit mariti, ex quo infans progenitus est, hoc iniquum iudicantes, ut alieno odio alius praegravetur, penitus delendum esse sancimus et huiusmodi causam liberis non tantum infantibus, sed etiam quamcumque aetatem agentibus opponi minime concedimus, cum possit sub conditione emancipationis hereditatem suam mater filio derelinquens et patris odium punire et iuri filii sui minime nocere nec suam naturam fallere. satis enim crudele nobis esse videtur eum qui non sentit ingratum existimari.* Sulla costituzione, v. Di Maria, *La cancelleria imperiale*, cit., p. 14 ss.; cui *adde* le osservazioni di F. Gorla, *rec. a op. ult. cit.*, in *Iura* 59 (2011), p. 314.

<sup>7</sup> C. 6.30.19pr.: *Cum antiquioribus legibus et praecipue in quaestionibus Iulii Pauli invenimus filios familias paternam hereditatem deliberantes posse et in suam posteritatem hanc transmittere, et aliis quibusdam adiectis, quae in huiusmodi persona praecipua sunt: eam deliberationem et in omnes successores sive cognatos sive extraneos duximus esse protelandam.* Sulla *transmissio Iustiniana*, v. F. Galgano, *Transmissio delationis. Vicende di una pratica successoria*, Città del Vaticano 2007, p. 113 ss., nonché Di Maria, *La cancelleria imperiale*, cit., p. 19 ss.

nella prima metà del 530 che cita giuristi –, si riferisce nuovamente proprio a Paolo, che si dice avesse affrontato *non autem perfectissime* assieme ad altri la materia ora oggetto della riforma giustiniana<sup>8</sup>. Si tratta di un “dialogo” con la giurisprudenza del passato che pare ancora mosso da esigenze di carattere eminentemente pratico. Peraltro il fatto stesso che il legislatore si misuri con questioni di *ius controversum* appare circostanza già del tutto nuova rispetto ai temi e al *modus operandi* della cancelleria pregiustiniana.

2. Tuttavia un fatto nuovo si verifica il 22 luglio del 530, con l’emanazione di una serie di disposizioni indirizzate *ad senatum*, ragionevolmente da considerarsi parti di un unico provvedimento<sup>9</sup>. Si tratta più precisamente delle previsioni ora contenute in C. 2.44(45).4, C. 3.38.12, C. 5.4.24, C. 6.25.7(6), C. 8.41(42).8<sup>10</sup>, cui è possibile aggiungere, sia pure in via congetturale, altri due testi normativi, che presentano uguale destinatario e che sono riportati in C. 4.65.35 e C. 11.48(47).21<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Si tratta di C. 2.55(56).5.3: *Licet non ignoramus Iulii Pauli opinionem et aliorum prudentium certorum, qui tetigerunt quidem huiusmodi quaestionem, quam in praesenti adgredimur, non autem perfectissime peregerunt, sed usque ad quasdam temporales actiones standum esse existimaverunt, plenius tamen et generaliter definimus conventum in scriptis apud compromissum iudicem factum ita temporis interruptionem inducere, quasi in ordinario iudicio lis fuisset inchoata*. Sul provvedimento, v. in specie Di Maria, *La cancelleria imperiale*, cit., p. 32 ss.; Ead., *La cancelleria giustiniana e l’infungibilità dei giuristi*, cit., p. 581 e nt. 10.

<sup>9</sup> Del tema mi sono già occupato *ex professo* in alcuni precedenti lavori: cfr. *La const. ad senatum del 22 luglio del 530 e il progetto delle cinquaginta decisiones*, in *Contributi di diritto giustiniano*, Milano 2004, p. 17 ss.; *La raccolta di iura: gestazione di un progetto. La legislazione imperiale fra il luglio del 530 e l’aprile del 531*, in *Κοινωνία* 35 (2011), p. 157 ss. Per un accenno, v. anche il mio *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano 1996, p. 471, nt. 196.

<sup>10</sup> Tali costituzioni conservano la *subscriptio* (*D. XI k. Aug. Constantinopoli Lampadio et Oreste vv. cc. cons.*) e hanno quindi data certa. Il Krüger (cfr. *Editio maior*, 219, nt. 3; 291, nt. 5; 249, nt. 2) ipotizzò che le prime quattro facessero parte di un unico contesto normativo, cui aggiungeva (cfr. *ibidem*, 219, nt. 3 e 549, nt. 2) C. 5.20.2, una costituzione di quegli stessi giorni, di data incerta (cfr. per un tentativo di emendazione della *subscriptio* lo stesso Krüger [*Editio maior*, 452, nt. 4, che però la data contraddittoriamente al 1° agosto del 530]; sul punto, cfr. anche C. Russo Ruggeri, *Studi sulle cinquaginta decisiones*, Milano 1999, p. 28, nt. 59), ma che risulta indirizzata al prefetto del pretorio Giuliano (più plausibilmente infatti lo stesso Krüger ne conferma la datazione al 1° agosto nell’*Index constitutionum ad temporis ordinem redactus* [cfr. *Editio maior*, 47]). Che anche C. 8.41(42).8 fosse parte dello stesso contesto normativo pare tuttavia confermato dal fatto che nel suo testo è dato riscontrare, come meglio vedremo, un riferimento ai *volumina* del diritto antico che risulta dello stesso tenore di quello contenuto in C. 5.4.24 (v. *infra*, nel testo).

<sup>11</sup> In relazione a queste ultime due costituzioni, prive di *subscriptio*, il discorso appare più delicato,

Ciò che balza agli occhi è anzitutto il fatto che il provvedimento fosse appunto indirizzato *ad senatum*, aspetto questo che sappiamo non frequente nell'ambito della legislazione giustiniana e che certo lo connota di una particolare rilevanza. È noto infatti che hanno come destinataria l'assemblea senatoria buona parte delle costituzioni in cui si enunciano i progetti o si pubblicano le opere della compilazione (si tratta – è appena il caso di ricordarlo – della *const. Haec quae necessario*, della *const. Tanta-Δέδωκεν* [= C. 1.17.2] e della *const. Cordi*)<sup>12</sup>. A ciò si può aggiungere che in precedenza erano state indirizzate *ad senatum* C.Th. 1.1.5 (con cui nel 429 si era enunciato il primo progetto di codificazione teodosiana) e già prima, in Occidente, C.Th. 1.4.3, vale a dire la già ricordata legge delle citazioni<sup>13</sup>. In secondo luogo appare significativo che in due dei testi sopra indicati figurino espliciti riferimenti ai *volumina* del diritto antico con particolare riferimento alle *contentiones* e alle *ambiguitates veteris* (o *antiqui*) *iuris* che la cancelleria intendeva appunto risolvere: si tratta di C. 5.4.24: *...sic etenim et antiqui iuris contentio dirimetur et immensa librorum volumina ad mediocrem modum tandem*

---

ma una volta che le si ipotizzi emanate nella stessa data (così fa il Krüger, *Editio maior*, p. 398, nt. 1 e 986, nt. 3), il che mi pare possibile soprattutto per C. 11.48(47).21, non si può escludere che facessero parte dello stesso provvedimento normativo, considerando che sono appunto a loro volta indirizzate *ad senatum*, circostanza questa certo non frequente in epoca giustiniana (v. quanto si dirà *infra*, nel testo).

<sup>12</sup> Del resto al senato risultano altresì indirizzate in epoca giustiniana soltanto altre due costituzioni, entrambe di ampio respiro e che si segnalano per l'importanza del loro contenuto normativo. Mi riferisco più esattamente a C. 6.30.22 (forse del 27 novembre del 531) con cui si introdusse il *beneficium inventarii* e a C. 6.51.1 (del 1° giugno del 534), con cui si abolì invece definitivamente la legislazione caducaria. Quanto a C. 6.30.22 v. R. Reggi, *Ricerche intorno al "beneficium inventarii"*, Milano 1967, p. 155 ss., che ha ipotizzato di posticipare la datazione al 534; tuttavia di diverso avviso, sul punto, G. Wesener, *Beschränkungen der Erbenhaftung im römischen Recht: "separatio bonorum" und "beneficium inventarii"*, in *Ars boni et aequi. Festschrift für W. Waldstein zum 65. Geburtstag*, Stuttgart 1993, p. 410 s.

<sup>13</sup> La legislazione indirizzata *ad senatum*, ancora copiosa nel corso del IV e nella prima parte del V secolo, si era andata rarefacendo fin quasi a scomparire del tutto nella legislazione posteodosiana. Non a caso, a partire dalla metà del V secolo e prima di Giustiniano, risultano indirizzate al senato orientale due sole costituzioni tra l'altro entrambe contenenti disposizioni che riguardavano specificamente la stessa assemblea senatoria. Mi riferisco a C. 12.2.2 (*Marcianus*, a. 450-455) con cui si era abolita la *collatio glebalis* o *follis* e a C. 10.32(31).63 (*Leo*, s.d.), con cui si era invece prevista la regola generale secondo la quale dovevano essere liberati dalla condizione curiale i figli di coloro che detenessero una carica effettiva di rango *illustris*, purché nati successivamente all'acquisto di tale carica. Su quest'ultima disposizione cfr. A. S. Scarcella, *La legislazione di Leone I*, Milano 1997, p. 436 s.

*pervenient...*<sup>14</sup>, nonché di C. 8.41(42).8pr.: *...corrigenes volumina et veteris iuris ambiguitates resecentes sancimus...*<sup>15</sup>.

Dall'analisi complessiva delle singole *leges* ricavate dal provvedimento si percepisce del resto un vivace “confronto” con l'opera e le soluzioni adottate dai *veteres*. In particolare, in C. 6.25.7(6), che si occupa di fedecommissi universali condizionati posti a carico dei figli, a conforto della soluzione adottata dalla cancelleria, viene citato il responso papiniano di cui è traccia in D. 35.1.102, responso in cui il giurista severiano aveva escluso che avesse luogo la sostituzione fedecommissaria in presenza di discendenti benché nulla fosse stato disposto al riguardo dal *de cuius*<sup>16</sup>. Si può ancora notare – e la circostanza testimonia la tendenza del legi-

<sup>14</sup> C. 5.4.24: *Sancimus, si quis nuptiarum fecerit mentionem in qualicumque pacto, quod ad dandum vel faciendum vel non dandum vel non faciendum concipitur, et sive nuptiarum tempus dixerit sive nuptias nominaverit, non aliter intellegi esse condicionem adimplendam vel extenuandam, nisi ipsa nuptiarum accedat festivitas, et non esse tempus inspiciendum, in quo nuptiarum aetas vel feminis post duodecimum annum accesserit vel maribus post quartum decimum annum completum, sed ex quo vota nuptiarum re ipsa processerint. sic etenim et antiqui iuris contentio dirimetur et immensa librorum volumina ad mediocrem modum tandem pervenient.* Per l'esegesi del testo rinvio ai miei precedenti saggi *La const. ad senatum*, cit., p. 32 ss. e *La raccolta di iura*, cit., p. 165 s.; nella più recente letteratura, v. anche A. Spina, *Ricerche sulla successione testamentaria nei responsa di Cervidio Scevola*, Milano 2012, p. 123 s. Sulla proposta di interpretazione avanzata da C. Busacca, *Qualche osservazione su C. 5.4.24*, in *Studi in onore di A. Metro*, I, Milano 2009, p. 223 ss., secondo cui la costituzione in esame ricolleggerebbe «l'esistenza di un matrimonio ad un preciso momento iniziale», attestando «che nell'ottica della cancelleria giustiniana il matrimonio era fondato su una manifestazione iniziale di volontà e non più sull' *affectio maritalis* come in epoca classica», v., per alcune osservazioni critiche, il mio *Minima de legitimatione et de nuptiis*, in *Civitas et civilitas. Studi in onore di F. Guizzi*, II, Torino 2013, p. 486 ss.

<sup>15</sup> C. 8.41(42).8pr.: *Novationum nocentia corrigenes volumina et veteris iuris ambiguitates resecentes sancimus, si quis vel aliam personam adhibuerit vel mutaverit vel pignus acceperit vel quantitatem augendam vel minuendam esse crediderit vel condicionem seu tempus addiderit vel detraxerit vel cautionem iuniorem acceperit vel aliquid fecerit, ex quo veteris iuris conditores introducebant novationes, nihil penitus priori cautela innovari, sed anteriora stare et posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint.* Sulla riforma giustiniana della novazione, rinvio per brevità, ancora una volta, alle osservazioni formulate e al quadro bibliografico da me fornito in *La const. ad senatum*, cit., p. 22 ss. e *La raccolta di iura*, cit., p. 162 s.

<sup>16</sup> C. 6.25.7(6).1: *Cum autem invenimus excelsi ingenii Papinianum in huiusmodi casu, in quo pater filio suo substituit nulla liberorum ex his procreandorum adiectione habita, ex optimo intellectu disposuisse evanescere substitutionem, si is qui substitutione praegravatus est pater efficiatur et liberos sustulerit, intellegentem non esse verisimile patrem, si de nepotibus cogitaverit, talem fecisse substitutionem: humanitatis intuitu hoc et latius et pinguius interpretandum esse credidimus.* D. 35.1.102: *Cum avus filium ac nepotem ex altero filio heredes instituisset, a nepote petit, ut, si intra annum trigesimum moreretur, hereditatem patruo suo restitueret: nepos liberis relictis intra aetatem supra scriptam vita decessit. fideicommissi condicionem coniectura pietatis respondi defecisse, quod minus*

slatore a ritornare, procedendo per approssimazioni, su una questione evidentemente controversa – che la soluzione papiniana era stata in precedenza ribadita e generalizzata in C. 6.42.30, prevedendo che una *condicio* tacita si applicasse nei confronti di qualunque discendente onerato della restituzione dopo la morte e che inoltre tale *condicio* riguardasse anche i nipoti e i pronipoti<sup>17</sup>.

Quanto appena rilevato appare particolarmente significativo se si presti contestualmente attenzione alla evidente continuità cronologica tra il provvedimento in questione e l'avvio della realizzazione del progetto delle *decisiones*, che sappiamo prese in concreto le mosse a pochi giorni di distanza, e cioè, come è da ritenersi ragionevolmente certo, a partire dal 1° agosto dello stesso anno<sup>18</sup>. La sovrapposizione del dato cronologico e di quello contenutistico sembra cioè quasi necessariamente implicare uno stretto collegamento tra i due momenti e ciò anche alla luce della particolare rilevanza che la cancelleria aveva inteso evidentemente conferire al primo, in relazione agli sviluppi normativi che ne sarebbero derivati.

La legge del 22 luglio del 530 apre dunque la strada alle *decisiones*, rispetto alle quali non posso qui che limitarmi a prendere in considerazione alcuni “passaggi critici”, evidenziati dall'attuale dibattito scientifico<sup>19</sup>. Benché il pro-

---

*scriptum, quam dictum (Mo. actum, scr.) fuerat, inveniretur.* Sulla valenza del richiamo del responso del giurista severiano, cfr. da ultima Di Maria, *La cancelleria imperiale*, cit., p. 38 s.

<sup>17</sup> Si tratta della già ricordata (cfr. *supra*, ntt. 4-5) C. 6.42.30: *Cum acutissimi ingenii vir et merito ante alios excellens Papinianus in suis statuit responsis, si quis filium suum heredem instituit et restitutionis post mortem oneri subegit, non aliter hoc videri disposuisse, nisi cum filius eius sine subole vitam reliquerit: nos huiusmodi sensum merito mirati plenissimum ei donamus eventum, ut, si quis haec disposuerit, non tantum filium heredem instituens, sed etiam filiam, vel ab initio nepotem vel neptem, pronepotem vel proneptem vel aliam deinceps posteritatem, et eam restitutionis post obitum gravamini subiugaverit, non aliter hoc sensisse videatur, nisi hi qui restitutione onerati sunt sine filiis vel filiabus vel nepotibus vel pronepotibus fuerint defuncti, ne videatur testator alienas successiones propriis antepone.* Per un approfondito esame di C. 6.42.30, con particolare riferimento alla citazione nominativa di Papiniano in essa contenuta, cfr. ancora Di Maria, *La cancelleria imperiale*, cit., p. 23 ss.

<sup>18</sup> La circostanza può dirsi unanimemente condivisa: quanto alla fissazione del 1° agosto come data di inizio del periodo di emanazione delle *quingenta decisiones* cfr. il quadro bibliografico da me fornito in *La legislazione imperiale*, cit., p. 31, nt. 33; l'ipotesi è confermata nella letteratura successiva: v. a questo proposito M. Varvaro, *Contributo allo studio delle quingenta decisiones*, in *AUPA*, 46 (2000), in specie p. 467. Sul punto, cfr. anche J. Paricio, *Sulle «quingenta decisiones»*, in *Labeo* 46 (2000), p. 506; R. Lambertini, *Se ci sia stato un quingenta decisionum liber*, in *Iura* 57 (2008-2009), p. 131, nt. 23, nonché i miei *La const. ad senatum*, cit., p. 39 e nt. 50 e *La raccolta di iura*, cit., p. 167 e nt. 30.

<sup>19</sup> Sulle *decisiones* la letteratura è sufficientemente ampia, cfr. Russo Ruggeri, *Studi sulle quingenta decisiones*, cit., p. 3 ss.; Paricio, *Sulle «quingenta decisiones»*, cit., p. 503 ss.; Varvaro, *Contributo allo studio delle quingenta decisiones*, cit., p. 365 ss.; D. Pugsley, *Cordi and the Fifty Decisions*, in *Il Diritto giustiniano tra tradizione classica e innovazione*, a cura di F. Botta, Torino 2003, p. 135 ss.; Lambertini, *Se ci sia stato*

blema all'individuazione delle *decisiones* non possa dirsi ancora definitivamente risolto, si può infatti anzitutto affermare che l'incrocio del metodo formale con il criterio cronologico (secondo il classico studio del Rotondi sarebbero state emanate entro e non oltre il 17 novembre 530) ci permette comunque di pervenire sulla questione a risultati sufficientemente affidanti<sup>20</sup>. Ciò tenendo sempre conto che, per quanto il criterio formale risulti da solo insufficiente a causa del processo di massimazione che ha fatto talvolta cadere nei testi inseriti nel Codice il riferimento autoclassificatorio<sup>21</sup>, quello cronologico ha comunque da parte sua il difetto di poter essere ricavato solo *a posteriori*, circostanza che lo fa ritenere integrativo rispetto al primo<sup>22</sup>. Ne risulta che l'arco cronologico individuato dal Rotondi debba essere ritoccato, estendendolo fino al 30 aprile del 531, data in cui risultano emanate le costituzioni più recenti che si autoqualificano come *decisiones*<sup>23</sup>.

---

*un quinquaginta decisionum liber*, cit., p. 121 ss.; C. Russo Ruggeri, *Sulle quinquaginta decisiones, dieci anni dopo*, in *SDHI*. 76 (2010), p. 445 ss., nonché i miei *La const. ad senatum*, cit., p. 17 ss. e *La raccolta di iura*, cit., p. 168 ss. Accanto ai lavori dedicati *ex professo* al tema delle *quinquaginta decisiones*, devono essere poi ricordate le riflessioni contenute in M. A. Messina, Sui 'libri definitionum' di Emilio Papiniano. 'Definitio' e 'definire' nell'esperienza giuridica romana, in *AUPA*. 45.2 (1998), p. 275 ss.; M. Campolunghi, *Potere imperiale e giurisprudenza in Pomponio e in Giustiniano*, 2.2, Perugia 2007, p. 443 ss.; Di Maria, *La cancelleria imperiale*, cit., p. 41 ss.; Ead., *La cancelleria giustiniana e l'infungibilità dei giuristi*, cit., p. 575 ss.

<sup>20</sup> Cfr. G. Rotondi, *Studi sulle fonti del Codice Giustiniano*, in *BIDR*. 29 (1918), p. 148 ss. (= *Scritti giuridici*, 1, Pavia 1922, p. 232 ss.).

<sup>21</sup> Sintomatico, com'è noto, il caso di I. 1.5.3 con riferimento a C. 7.5.1. L'opera istituzionale, dando conto delle riforme che avevano portato all'unificazione dello *status libertinorum*, prima *tripertitus*, include espressamente tra le *decisiones* C. 7.5.1, mediante la quale era stata formalmente abolita la categoria dei *dediticii* (cfr. I. 1.5.3: *...et dediticios quidem per constitutionem expulimus, quam promulgavimus inter nostras decisiones, per quas suggerente nobis Triboniano viro excelso quaestore antiqui iuris alterationes placavimus...*). L'inclusione nel novero delle *decisiones* di C. 7.5.1 non è invece ricavabile dal testo della costituzione inserito nel *Codex repetitae praelectionis*.

<sup>22</sup> Sui limiti che tuttavia presenta l'impiego del criterio cronologico v. peraltro le osservazioni di Russo Ruggeri, *Studi sulle quinquaginta decisiones*, cit., p. 18 ss.; Ead., *Sulle quinquaginta decisiones*, cit., in specie p. 447 e nt. 10; sul punto v. anche quanto da me osservato in *La raccolta di iura*, cit., p. 168, nt. 34.

<sup>23</sup> Si tratta di C. 6.27.5 (che generalizza la soluzione già adottata con la *decisio* conservata in C. 6.27.4) e di C. 6.50.20 e 21. Quanto alla possibilità che alcune *decisiones* siano state emanate al di fuori dell'arco cronologico in cui tradizionalmente le si colloca v. in particolare la ricostruzione fornita da Varvaro, *Contributo allo studio delle quinquaginta decisiones*, cit., pp. 403 ss., 410 s., 448. Io stesso ho tentato di salvare la cronologia del Rotondi ipotizzando che C. 6.27.5 sia una *decisio* in quanto costituente uno sviluppo interpretativo della soluzione già adottata con la *decisio* riprodotta in C. 6.27.4, ma la proposta di soluzione non può valere per le altre costituzioni della fine di aprile del

Ragionevolmente certo è poi il numero di cinquanta e ciò nonostante che alle *decisiones* si faccia di norma riferimento senza alcuna precisazione numerica ed esse siano esplicitamente quantificate solo nel paragrafo 1 della *const. Cordi*<sup>24</sup>. Ancor più certo è che cinquanta furono le *decisiones* e non le costituzioni che le contengono, che furono certamente meno, considerato il fatto che le *decisiones* furono emanate per blocchi e che quelle che hanno la stessa *subscriptio* devono considerarsi parti di una o più costituzioni emanate nella stessa data<sup>25</sup>.

Semmai può opportunamente porsi il problema se siano state concepite come cinquanta fin dall'inizio. Il numero di cinquanta ha infatti certamente carattere simbolico e forse non casualmente coincide con il numero dei libri del Digesto (già preannunciato nel paragrafo 5 della *const. Deo auctore*)<sup>26</sup>. Ciò detto non si può escludere che il numero non sia stato fissato originariamente, ma in un momento successivo, probabilmente per simmetria appunto dopo la fissazione del progetto della raccolta di *iura* in cinquanta libri. Ne potrebbe essere prova proprio il fatto che l'emanazione delle *decisiones* continua, sia pure brevemente, anche dopo l'i-

---

531, tanto che pare giocoforza pensare che l'emanazione delle *decisiones* si sia protratta oltre il periodo tradizionalmente indicato. Con riferimento a C. 6.27.5 e per i rapporti con la *decisio* conservata in C. 6.27.4, cfr. le mie considerazioni in *La legislazione imperiale*, cit., p. 31, nt. 33. L'osservazione non può peraltro valere per C. 6.30.20 e 21. Ammette genericamente che l'emanazione delle *quinquaginta decisiones* possa essere avvenuta anche oltre i limiti cronologici tradizionalmente individuati Lambertini, *Se ci sia stato un quinquaginta decisionum liber*, cit., p. 131, nt. 23.

<sup>24</sup> Cfr. *const. Cordi*, 1: *Postea vero, cum vetus ius considerandum recepimus, tam quinquaginta decisiones fecimus quam alias ad commodum propositi operis pertinentes plurimas constitutiones promulgavimus, quibus maximus antiquarum rerum articulus emendatus et coartatus est omneque ius antiquum supervacua prolixitate liberum atque enucleatum in nostris institutionibus et digestis reddidimus*. Sul punto, cfr. Lambertini, *Se ci sia stato un quinquaginta decisionum liber*, cit., p. 126, nonché il mio *La raccolta di iura*, cit., p. 170 e nt. 38. Non credo invece che si possa pensare che il numero di cinquanta sia il risultato di un arrotondamento per difetto o per eccesso: di diverso avviso è Paricio, *Sulle «quinquaginta decisiones»*, cit., p. 504, contra, v. tuttavia Lambertini, *Se ci sia stato un quinquaginta decisionum liber*, cit., p. 134; v. anche Russo Ruggeri, *Sulle quinquaginta decisiones*, cit., p. 446.

<sup>25</sup> Ne abbiamo vari indizi, ma si ricordi per tutti il fatto che in C. 6.2.22 ricorrono ben tre *decisiones*: sul punto rinvio a *La legislazione imperiale*, cit., p. 490 s., nt. 24; per un accenno, v. anche *La raccolta di iura*, cit., p. 170 e nt. 38.

<sup>26</sup> Cfr. *const. Deo auctore*, 5: *Cumque haec materia summa numinis liberalitate collecta fuerit, oportet eam pulcherrimo opere extruere et quasi proprium et sanctissimum templum iustitiae consecrare et in libros quinquaginta et certos titulos totum ius digerere...* Per questa osservazione v. già *La raccolta di iura*, cit., p. 170 e nt. 39. Sul particolare valore, anche simbolico, assunto dal numero cinquanta, cfr. Varvaro, *Contributo allo studio delle quinquaginta decisiones*, cit., p. 369, nt. 4, cui *adde* Lambertini, *Se ci sia stato un quinquaginta decisionum liber*, cit., p. 130 ss.

nizio dei lavori di compilazione del Digesto, forse a completamento del numero, quando già era iniziato il dialogo fra la cancelleria e i compilatori attraverso le *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes* (il cui primo blocco è costituito da quelle databili al 20 febbraio 531)<sup>27</sup>.

Rimane la questione forse più rilevante da affrontare – sia pure brevemente – in questa sede, cioè quella degli scopi perseguiti dalla cancelleria con l’emanazione delle *decisiones*. A questo proposito non appare convincente l’idea, pur ancora da alcuni sostenuta, che le *decisiones* si configurino come un lavoro immediatamente preparatorio al Digesto<sup>28</sup>. Né convince l’ipotesi di una perfetta unitarietà dei due progetti, soprattutto in relazione all’indiscutibile stacco temporale fra il momento di inizio dell’emanazione delle *decisiones* e l’avvio del progetto di compilazione del Digesto, pur se nel quadro di una sicura continuità di intenti del comune ideatore, Triboniano<sup>29</sup>.

A mio modo di vedere non si può invece escludere che almeno in origine, pur denotando un crescente disagio per lo stato dei *iura*, il progetto delle *decisiones* fosse finalizzato alla risoluzione di singole questioni controverse – di origine classica e non – il cui superamento era probabilmente percepito come necessario al fine pratico di velocizzare i tempi della giustizia, con lo scopo di *amputare* (come si era detto nel *principium* della *const. Haec quae necessario*) la *prolixitas litium*<sup>30</sup>. Credo cioè plausibile ritenere che solo nella seconda metà del 530 – nel corso quindi dello svolgimento di quel lavoro di scandaglio dei materiali classici che costituiva il necessario presupposto delle *decisiones* – sia maturato compiutamente il progetto

<sup>27</sup> Per la fissazione del momento in cui avrebbe preso avvio l’emanazione delle *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*, cfr. specificamente C. Longo, *Contributo alla storia della formazione delle Pandette*, in *BIDR.* 19 (1907), p. 132 ss.

<sup>28</sup> Tale opinione è ancora oggi sostenuta da D. Pugsley, *On Compiling Justinian’s Digest (5): The Constitution “ad senatum” of 22 July 530*, in *RIDA.* 42, 3<sup>e</sup> série (1995), p. 291 s.; Id., *Cordi and the Fifty Decisions*, cit., p. 135 ss. In senso contrario, cfr. Russo Ruggeri, *Sulle cinquaginta decisiones*, cit., p. 446 s.

<sup>29</sup> In questo senso, v. Russo Ruggeri, *Studi sulle cinquaginta decisiones*, cit., p. 113 ss.; Ead., *Sulle cinquaginta decisiones*, cit., p. 463. È appena il caso di ricordare che le Istituzioni attribuiscono a Triboniano la paternità delle *cinquaginta decisiones* (cfr. I. 1.5.3), evidenziando in tal modo la riconducibilità di queste ultime e della raccolta di *iura* a una comune mente ispiratrice: cfr. sul punto *La legislazione imperiale*, cit., p. 20 e nt. 18, nonché *La raccolta di iura*, cit., p. 171 nt. 42.

<sup>30</sup> Com’è noto, alcune *decisiones* risolvevano questioni di diritto che non avevano il proprio fondamento in dispute dell’antica giurisprudenza, ma traevano origine nell’epoca posteriore: cfr. in particolare K.-H. Schindler, *Justinians Haltung zur Klassik. Versuch einer Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidenden Konstitutionen*, Köln-Graz 1966, p. 93 ss. (con riferimento a C. 5.51.13); p. 95 s. (per quanto riguarda C. 5.4.26); p. 326 ss. (a proposito di C. 4.5.11).

di redigere la raccolta di *iura*, dopo che ci si era forse resi conto, che, comunque, lo strumento delle *decisiones* non sarebbe stato sufficiente a mettere ordine in una materia tanto articolata e dispersa, che – *re melius perpensa* – richiedeva un'opera ben più radicale e complessa di razionalizzazione<sup>31</sup>. Sotto questo profilo anzi l'idea che la redazione delle *decisiones* e la compilazione del Digesto siano progetti cronologicamente concatenati piuttosto che parti di un disegno originariamente concepito come unitario sembra altresì testimoniato dal fatto che – come ho già accennato – il primo progetto sembra non esaurirsi del tutto con l'inizio del secondo, protraendosi fino ai primi mesi del 531<sup>32</sup>.

Mi sembra dunque che si possa giungere plausibilmente alla conclusione che nel luglio del 530 nella mente di Triboniano il progetto della codificazione dei *iura* fosse ancora concepito a livello embrionale (o forse ancora accarezzato come un sogno irraggiungibile) e che proprio per questo motivo si sia annunciato il progetto delle *decisiones* al fine di risolvere immediatamente quantomeno alcune questioni controverse, che rendevano lo stato dei *iura* particolarmente insoddisfacente anche a fini strettamente pratici. In questo contesto l'idea compiuta della realizzazione del Digesto si innestò più tardi, mutando questo sì, almeno in parte, la stessa prospettiva originaria che era alla base del progetto delle *decisiones*, che, nel loro dipanarsi, finirono per acquistare una funzione gregaria rispetto alla creazione di quello che con espressione enfatica, ma efficacissima, sarà definito *Sanctissimum templum iustitiae* (*const. Deo auctore*, 5).

3. In questo quadro anche il rapporto fra *decisiones* e *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes* deve essere meglio definito. In particolare è fuorviante la posizione di chi tende ad assimilare i tempi e gli scopi perseguiti<sup>33</sup>. In realtà i due

<sup>31</sup> Sul cambio di prospettiva nella lettura dei materiali classici fra *decisiones* e *constitutiones ad commodum*, v. ampiamente Di Maria, *La cancelleria imperiale*, cit., p. 180 s., nonché quanto ho già avuto modo di osservare in *La raccolta di iura*, cit., p. 171.

<sup>32</sup> In un momento cioè in cui, come è testimoniato tra l'altro dalla progressione delle *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*, lo spoglio dei materiali classici era certamente ormai iniziato su larga scala. Sulla progressione delle *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes* cfr. Longo, *Contributo alla storia della formazione delle Pandette*, cit., p. 132 ss. e P. de Francisci, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR.* 22 (1910), p. 155 ss.; *BIDR.* 23 (1911), pp. 5 ss. e 186 ss.; *BIDR.* 27 (1914), p. 5 ss.

<sup>33</sup> Non appare quindi condivisibile la posizione espressa da Pugsley, *Cordi and the Fifty Decisions*, cit., p. 140 ss., secondo cui furono solo a posteriori qualificate come *decisiones* le costituzioni che risultano emanate tra il 22 luglio e il 17 novembre del 530 (all'insieme delle *quinquaginta decisiones* l'autore

gruppi di costituzioni sono nettamente distinti dai giustiniani e ancor oggi ben distinguibili, benché presentino una brevissima sovrapposizione cronologica. Ai diversi tempi di emanazione corrispondono diversi scopi e diverse logiche. Le *constitutiones ad commodum* procedono ormai in parallelo con lo spoglio dei materiali giurisprudenziali con la funzione di risolvere le controversie in essi contenute al fine di scegliere, nella redazione del Digesto, la soluzione più idonea di fronte ai casi di *ius controversum*. Fra compilatori e cancelleria si instaura così un confronto continuo, che si risolve in un dialogo che in ultima analisi sembra essere fra il Triboniano presidente della commissione del Digesto e il Triboniano *quaestor sacri palatii*. Un dialogo che potremmo dire di Triboniano con se stesso che appare in qualche misura “schizofrenico”, ma che si spiega con quanto sarà poi dichiarato nel § 12 della *const. Tanta* e cioè che i commissari di Giustiniano avevano previsto un periodo di tempo di almeno dieci anni per la realizzazione della raccolta di *iura*<sup>34</sup>.

Il ricorso alle *constitutiones ad commodum* che, come le *decisiones* si susseguono per blocchi, si giustifica dunque con l'esigenza di dare risposta immediata alle maggiori questioni di *ius controversum* che i compilatori incontravano nelle fonti, facendo emergere immediatamente all'esterno la soluzione adottata, senza dover aspettare i tempi presumibilmente lunghi del compimento dell'opera. E così si spiega forse anche il fatto che l'emanazione delle *constitutiones ad commodum* cessi improvvisamente nel corso del 532 (le ultime sono del 18 ottobre). Anche prescindendo da altri rilevanti fattori (non dimentichiamo che la rivolta di Nika aveva portato alla destituzione di Triboniano, come *quaestor sacri palatii*), evidentemente il progresso dei lavori di compilazione era tale da farne ormai intravedere la conclusione, circostanza che rendeva meno necessario un provvedimento che esteriorizzasse immediatamente la scelta compiuta<sup>35</sup>.

---

riporta, oltre a C. 7.5.1 e C. 7.25.1, anche C. 8.47[48].10). Per il medesimo ordine di motivi non convince appieno la diversa proposta della Russo Ruggeri, *Studi sulle cinquaginta decisiones*, cit., p. 64 ss. (in modo più sfumato, *Sulle cinquaginta decisiones*, cit., p. 449), che individua l'arco temporale all'interno del quale sarebbero state emanate le *decisiones* nel periodo compreso tra il 21 luglio del 530 e il 1° settembre 531, circostanza questa senz'altro da escludere.

<sup>34</sup> *Const. Tanta*, 12: *Omni igitur Romani iuris dispositione composita et in tribus voluminibus, id est institutionum et digestorum seu pandectarum nec non constitutionum, perfecta et in tribus annis consummata, quae ut primum separari coepit, neque in totum decennium compleri sperabatur...* Cfr. *La legislazione imperiale*, cit., p. 18 nt. 20 e *La raccolta di iura*, cit., p. 172 e nt. 46.

<sup>35</sup> Le ricerche sulle *constitutiones ad commodum* di De Francisci, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR.* 27 (1914), p. 5 ss., non sono giunte a conclusione arrestandosi all'esame del gruppo di costituzioni che risulta emanato in data *XV k. Nov.* del 531. Sul

4. Siamo così giunti al dicembre del 533 e alla pubblicazione del Digesto, che determina un evidente mutamento di prospettiva rispetto al sistema della legge delle citazioni. Come già si era detto programmaticamente nel § 4 della *const. Deo Auctore* attraverso la lettura dei libri degli *antiqui iuris prudentes*, si sarebbe dovuto ricavare *quod unum pro omnibus sufficiat*, eliminando ogni *similitudo* o *discordia*<sup>36</sup>. L'opera, che doveva raccogliere *totum ius antiquum* (nelle sue espressioni di volta in volta migliori), superava rispetto al passato ogni differenza che riguardasse la *dignitas* dei singoli giuristi<sup>37</sup>. I brani giurisprudenziali prescelti per il Digesto perdono la loro individualità e vengono assimilati alle costituzioni imperiali, come voce dello stesso imperatore (*quasi... a nostro divino fuerant ore profusa*)<sup>38</sup>.

---

punto v. tuttavia Di Maria, *La cancelleria imperiale*, cit., p. 153 s., in specie nt. 139, che ha individuato un ulteriore gruppo in quello che risulta datato al *XV k. Nov.* del 532. Peraltro va notato che la rivolta di Nika aveva determinato in precedenza l'arresto della legislazione nei primi mesi del 532, tanto che fino al mese di ottobre di quell'anno rimane una sola costituzione da considerarsi di data certa: si tratta di C. 1.44.2 in tema di distribuzione dei *panes civiles*; il riassunto, assai breve, è dato dai Basilici (Bas. 6.1.100 [= Scheltema – van der Wal, A I, 162]).

<sup>36</sup> *Const. Deo auctore*, 4: *Iubemus igitur vobis antiquorum prudentium, quibus auctoritatem conscribendarum interpretandarumque legum sacratissimi principes praebuerunt, libros ad ius Romanum pertinentes et legere et eliminare, ut ex his omnis materia colligatur, nulla (secundum quod possibile est) neque similitudine neque discordia derelicta, sed ex his hoc colligi quod unum pro omnibus sufficiat. quia autem et alii libros ad ius pertinentes scripserunt, quorum scripturae a nullis auctoribus receptae nec usitatae sunt, neque nos eorum volumina nostram inquietare dignamur sanctionem.*

<sup>37</sup> *Const. Deo auctore*, 5: *...sed his quinquaginta libris totum ius antiquum, per millesimum et quadringentesimum paene annum confusum et a nobis purgatum, quasi quodam muro vallatum nihil extra se habeat: omnibus auctoribus iuris aequa dignitate pollentibus et nemini quadam praerogativa servanda, quia non omnes in omnia, sed certi per certa vel meliores vel deteriores inveniuntur.* Sul testo, v. per tutti le osservazioni di De Giovanni, *Istituzioni scienza giuridica codici*, cit., p. 440.

<sup>38</sup> *Const. Deo auctore*, 6: *Sed neque ex multitudine auctorum quod melius et aequius est iudicatore, cum possit unius forsitan et deterioris sententia et multos et maiores in aliqua parte superare. et ideo ea, quae antea in notis Aemilii Papiniani ex Ulpiano et Paulo nec non Marciano adscripta sunt, quae antea nullam vim optinebant propter honorem splendidissimi Papiniani, non statim respuere, sed, si quid ex his ad repletionem summi ingenii Papiniani laborum vel interpretationem necessarium esse perspexeritis, et hoc ponere legis vicem optinens non moremini: ut omnes qui relati fuerint in hunc codicem prudentissimi viri habeant auctoritatem tam, quasi et eorum studia ex principalibus constitutionibus profecta et a nostro divino fuerant ore profusa. omnia enim merito nostra facimus, quia ex nobis omnis eis impertietur auctoritas. nam qui non suptiliter factum emendat, laudabilior est eo qui primus invenit.* Sul riconoscimento del valore di legge alle opinioni giurisprudenziali contenute nel Digesto, nella più recente letteratura, v. J. H. A. Lokin, Th. E. van Bochove, *Compilazione – educazione – purificazione. Dalla legislazione di Giustiniano ai Basilici cum scholiis*, in J. H. A. Lokin, B. H. Stolte, *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, Pavia 2011, p. 108.

Tuttavia Giustiniano sembra comunque voler saldare il suo operato all'eredità della tradizione, conservandone il ricordo. La *reverentia antiquitatis* – si afferma nel § 10 della *const. Tanta* – ha indotto i compilatori a premettere un'*inscriptio* ai singoli frammenti, in modo che il nome del giurista utilizzato non risulti *taciturnitati traditus* (e cioè non sia destinato all'oblio)<sup>39</sup>. Nel § 20 della medesima costituzione si assiste poi a un'ulteriore manifestazione di coscienza storica, in quanto si ordina di *inscribere* all'inizio del Digesto (*in primordiis digestorum*) un elenco dei giuristi e delle opere utilizzate; ciò senza pregiudizio alla ribadita parità dei giuristi prescelti<sup>40</sup>. Peraltro, nonostante la posizione di parità riconosciuta ai trentotto o trentanove giuristi le cui opere vengono messe a profitto, nei fatti è soprattutto la giurisprudenza severiana – vero e proprio deposito, e in una certa misura anche rielaborazione, o almeno sistemazione, delle precedenti esperienze – a fornire il materiale utilizzato per la compilazione del Digesto<sup>41</sup>.

Tuttavia con la pubblicazione del Digesto l'interesse per la giurisprudenza classica tende ad attenuarsi. Un dato significativo a questo proposito è costituito dagli scarsissimi “ritorni” della successiva legislazione giustiniana, e più specificamente delle Novelle, sui passi del Digesto, intesi, questi ultimi, come diritto vigente (mentre sono numerose le riforme che si dicono apportate alle costituzioni raccolte nel Codice); per converso i richiami delle Novelle al Digesto sembrano essere soltanto di segno “culturale” (ad esempio come citazione di norme storicamente importanti, ma ormai superate)<sup>42</sup>. Tutto ciò ha indotto a prospettare una

<sup>39</sup> *Const. Tanta*, 10: *Tanta autem nobis antiquitati habita est reverentia, ut nomina prudentium taciturnitati tradere nullo patiamur modo: sed unusquisque eorum, qui auctor legis fuit, nostris digestis inscriptus est...*

<sup>40</sup> *Const. Tanta*, 20-20a: *Ne autem incognitum vobis fiat, ex quibus veterum libris haec consummatio ordinata est, iussimus et hoc in primordiis digestorum nostrorum inscribi, ut manifestissimum sit, ex quibus legislatoribus quibusque libris eorum et quot milibus hoc iustitiae Romanae templum aedificatum est. 20a. Legislatores autem vel commentatores eos elegimus, qui digni tanto opere fuerant et quos et anteriores piissimi principes admittere non sunt indignati, omnibus uno dignitatis apice inpartito nec sibi quodam aliquam praerogativam vindicante. cum enim constitutionum vicem et has leges optinere censuimus quasi ex nobis promulgatas, quid amplius aut minus in quibusdam esse intellegatur, cum una dignitas, una potestas omnibus est indulta?*

<sup>41</sup> Cfr. sul punto Bonini, *Introduzione*, cit., p. 33 (= *Lineamenti*, cit., p. 645). Sull'intenso dibattito concernente l'identificazione o meno delle figure di Claudio e di Venuleio Saturnino, v. da ultimo A. Manni, *Gli exempla greci in D. 48.19.16 (Saturn. sing. de poen. pagan.)*, in *Modelli di un multiculturalismo giuridico. Il bilinguismo nel mondo antico. Diritto, prassi, insegnamento*, a cura di C. Cascione, C. Masi Doria, G. D. Merola, I, Napoli 2013, p. 219 ss.

<sup>42</sup> Per un esame complessivo dei richiami al Digesto presenti nelle Novelle, anche con riferimento ai più numerosi richiami impliciti, v. l'ampia discussione di R. Bonini, *Il Manuale Novellarum del van der Wal (con alcune considerazioni sui rapporti fra Novelle e Digesto)*, in *AG*. 171 (1966), p. 198 ss. (= *Contributi di diritto giustiniano [1966-1976]*, Bologna 1990, particolarmente p. 4 ss. [I contributo dell'Appendice]).

nota tesi sul valore assunto dal Digesto nella pratica (valore che probabilmente finiva col non discostarsi troppo dai propositi – effettivi – dello stesso imperatore): secondo tale tesi il Digesto, più che un vero e proprio testo normativo, sarebbe stato una raccolta di materiali “autoritativi”, particolarmente idonei a “nutrire” la convinzione del giudice<sup>43</sup>.

5. Ma torniamo ai giuristi. Da quanto abbiamo fin qui detto possiamo affermare che nell'epoca giustiniana è dato assistere a una vera e propria “rinascita” della memoria dei giuristi classici, rinascita testimoniata non solo dalla creazione del *Sanctissimum templum iustitiae*, ma, come abbiamo potuto verificare, dalla stessa legislazione del Codice, così come anche, lo si deve qui aggiungere, nell'opera istituzionale. Fin dal 529 e poi più intensamente con le *decisiones* e le *constitutiones ad commodum* Giustiniano manifesta a più riprese una tendenza assai accentuata a dialogare con il sapere dei *prudentes* così come giuntogli attraverso il filtro delle loro opere, tendenza questa che non ha invece riscontro – se non episodico e saltuario – nelle abitudini e nei meccanismi della cancelleria fino alla fine del III secolo<sup>44</sup>. Ancora meno frequenti sono peraltro le citazioni presenti nella legislazione del tardo impero e risultano inserite in testi normativi che attengono, nella maggior parte dei casi, alla storia delle fonti, trattandosi più esattamente delle costituzioni

---

Quanto alle costituzioni contenute nel Codice, a parte C. 1.17.1 (*const. Deo auctore*) e C. 1.17.2 (*const. Tanta*), mancano citazioni della raccolta di *iura*, con la sola eccezione di C. 6.23.31.1 (a. 534) in cui però si opera un richiamo unitario al Digesto, alle Istituzioni e alle disposizioni imperiali, proponendo dunque un modello che verrà ripreso nella legislazione novellare: a questo proposito, con riferimento alle citazioni del Digesto in connessione con le altre raccolte e pertanto operate nel quadro di un richiamo unitario all'opera dei compilatori, cfr. in particolare le osservazioni di G. Lanata, *Legislazione e natura nelle novelle giustiniane*, Napoli 1984, p. 26 ss.

<sup>43</sup> Cfr. sul punto R. Bonini, *Introduzione*, cit., p. 46 (= *Lineamenti*, cit., p. 653).

<sup>44</sup> Sono relativamente poche infatti, e talvolta derivate dalle *preces* con cui le parti si rivolgevano all'imperatore, le citazioni dei giuristi presenti nei rescritti dell'epoca del Principato e fino all'epoca diocleziana: cfr. C. 4.65.4.1 (*Alex.*, a. 222): Ulpiano; C. 8.37(38).4 (*Alex.*, a. 222): Ulpiano; C. 3.42.5 (*Gord.*, a. 239): Modestino; C. 5.4.6 (*Gord.*, a. 239): Paolo; C. 6.37.12pr. (*Gord.*, a. 240): Papiniano; C. 7.32.3 (*Dec.* a. 250): Papiniano; C. 6.42.16pr. (*Car.*, *Carin.* et *Num.*, a. 283): Papiniano; C. 9.22.11 (*Diocl. et Max.*, a. 287): Paolo; C. 9.41.11.1 (*Diocl. et Max.*, a. 290): Ulpiano; C. 5.71.14 (*Diocl. et Max.*, a. 293): Papiniano. Un caso a parte, ma assai significativo, è quello di D. 37.14.17 (Ulp. 11 *ad l. Iul. et Pap.*) in cui si cita un rescritto dei *Divi fratres* ove risultano menzionati Proculo, Meciano e Giuliano. Sul punto, v. le mie *Nuove ricerche*, cit., p. 257 e nt. 285. Nella più recente letteratura, cfr. anche Di Maria, *La cancelleria imperiale*, cit., p. 7 s., nt. 2; Ead., *La cancelleria giustiniana e l'infungibilità dei giuristi*, cit., p. 575 s. e nt. 2.

che riguardano l'*abolitio* delle *notae* a Papiniano e l'approvazione delle *Pauli Sententiae*, nonché ovviamente della c.d. legge delle citazioni<sup>45</sup>.

Le numerose citazioni contenute nelle *leges* giustiniane – e in particolar modo quelle che compaiono nelle *decisiones* – dimostrano che i giuristi bizantini non considerano come fungibili le figure degli antichi *prudentes*, ritenendo, invece, ciascuna di esse caratterizzata da una marcata e specifica individualità. La cancelleria cita, infatti, a più riprese, giuristi diversi, giuristi con opinioni e personalità diverse, talvolta evidenziando la continuità tra passato e presente per fornire al diritto vigente autorità e prestigio, talvolta, al contrario, ponendo in risalto la discontinuità delle proprie scelte rispetto al passato, al fine di enfatizzare – e in ciò è evidente una componente autocelebrativa – i pregi e i meriti delle innovazioni introdotte per volontà dell'imperatore. Insomma, la qualità e la quantità delle citazioni testimonia l'importanza, per i giustiniane, dell'individualità e delle singole figure dei giuristi classici, con i quali Triboniano e la sua cancelleria si confrontano continuamente, eleggendo interlocutori diversi a seconda delle scelte di politica normativa da effettuare.

Assenti del tutto nella legislazione del 527-528, le citazioni nominative dei giuristi compaiono per la prima volta – come abbiamo visto – nella legislazione giustiniana del 529, in cui tuttavia ci si limita a far menzione di Papiniano e di Paolo, cioè di due giuristi che erano menzionati nella legge delle citazioni. Si fanno però assai più frequenti e insistenti nella legislazione del 530, ove, in dieci costituzioni – otto delle quali rientrano nel novero delle *quinguenta decisiones* – e per lo più in contesti normativi volti a risolvere i contrasti tra opinioni giurisprudenziali contrapposte, vengono nominativamente ricordati ben nove diversi giuristi:

<sup>45</sup> Oltre a C.Th. 9.43.1pr. = C. 9.51.13pr. (*Const.*, a. 321), C.Th. 1.4.1 (*Const.*, a. 321), C.Th. 1.4.2 (*Const.*, a. 327) e C. Th.1.4.3 (*Theod. et Valent.*, a. 426), che attengono appunto alla storia delle fonti, v. C.Th. 4.4.3 (*Arc. et Hon.*, a. 393): Scevola; C. 6.61.5 (*Leo et Anth.*, a. 473): Giuliano (ma su questo testo e per l'attribuzione della citazione giuliana ai giustiniane, v. E. Volterra, *Ricerche intorno agli sponsali in diritto romano*, in *BIDR.* 40 (1932) 115 ss. [= *Scritti giuridici*, 1, Napoli 1991, p. 367 ss.]). Un caso del tutto particolare è infine quello di C. 9.8.6, una costituzione greca, posteriore al 397, giuntaci mutila e priva di data, in cui vengono riferiti brani tratti da opere giurisprudenziali (si tratta di due passi dei *libri de publicis iudiciis* di Paolo e di Marciano): sul punto, e per l'ipotesi di una datazione posteriore al 438, v. quanto osservato da F. De Marini Avonzo, *Due giuristi severiani per un imperatore sconosciuto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 4, Bologna 1974, p. 13 ss. (= *Dall'impero cristiano al medioevo. Studi sul diritto tardoantico*, Goldbach 2001, p. 93 ss.). Sulle citazioni dei giuristi nella legislazione del tardo impero, v. quanto ho avuto modo di osservare nelle *Nuove ricerche*, cit., p. 257 e nt. 285. Nella più recente letteratura, cfr. anche Di Maria, *La cancelleria imperiale*, cit., p. 7 s., nt. 2; Ead., *La cancelleria giustiniana e l'infungibilità dei giuristi*, cit., p. 575 s. e nt. 2.

si tratta di Celso, Giuliano (tre volte), Africano, Marcello (due volte), Papiniano (tre volte), Ulpiano (tre volte), Paolo (due volte), Marciano e Tertulliano, citazioni queste cui peraltro se ne deve aggiungere un'altra riguardante i *Sabiniani*<sup>46</sup>.

Un dato che riveste un certo interesse è che, nelle costituzioni emanate nel corso del 530, le opinioni di Paolo e Ulpiano vengano talvolta respinte (sia pure insieme a quelle di altri), mentre al contrario l'opinione di Papiniano è sempre condivisa, e a maggior ragione quando è menzionata insieme a quella di Giuliano<sup>47</sup>. A proposito di Papiniano va tuttavia rilevato che il suo nome, almeno nella legislazione che va dall'agosto al novembre del 530, non è più accompagnato dalle espressioni fortemente laudative utilizzate in precedenza, mentre ora è piut-

<sup>46</sup> Delle dieci costituzioni giustinianee emanate nel corso del 530 e contenenti riferimenti a opinioni giurisprudenziali solo due si collocano entro il mese di luglio (cfr. C. 2.55[56].5.3: Paolo; C. 6.25.7[6].1: Papiniano), mentre le altre otto sono da attribuire al periodo che va dall'agosto al novembre e sono da considerarsi tutte *decisiones* (cfr. C. 4.5.10.1-2: Ulpiano, Celso, Marcello, Papiniano, Giuliano; C. 7.7.1.1a: Marciano, Ulpiano, Paolo, Africano, Marcello, Giuliano; C. 7.7.1.1-1a: Marciano, Ulpiano, Paolo, Africano, Marcello; C. 5.70.7.1a: Tertulliano; C. 3.33.15: Giuliano; C. 5.4.25.2: Ulpiano; C. 2.18[19].24.1: Giuliano; C. 6.29.3.1: Sabiniani; C. 6.2.22.3a: Papiniano). Non mi pare condivisibile l'esclusione dal novero delle *decisiones* di C. 5.70.7 per il solo fatto che il testo a noi conservato attraverso il Codice non si autoqualifichi come tale (così invece Russo Ruggeri, *Studi sulle cinquaginta decisiones*, cit., in specie p. 63, nt. 128). Il fatto che la costituzione risolve una controversia giurisprudenziale e sia stata emanata nella stessa data, il 1° settembre del 530, in cui risultano emesse altre due *decisiones* (cfr. C. 5.70.6 e C. 6.22.9) deve a mio avviso far ritenere che anche C. 5.70.7 sia una *decisio*: sul punto v. anche Varvaro, *Contributo allo studio delle cinquaginta decisiones*, cit., in specie p. 454 ss.; peraltro non è esatto sostenere come fa la Russo Ruggeri, *ibidem*, p. 32, nt. 62 che l'altra costituzione emanata il 1° settembre 530, vale a dire C. 1.4.27, non possa essere «sicuramente» una *decisio*. Il testo in questione è gemino di C. 5.70.7.5-6c e dunque, pur non risolvendo specificamente una controversia giurisprudenziale, è comunque, almeno a mio modo di vedere, parte di una *decisio*. Cfr. al riguardo, ancora una volta, le *Nuove ricerche*, cit., p. 258 e nt. 288; nella più recente letteratura, v. anche Di Maria, *La cancelleria imperiale*, cit., p. 83.

<sup>47</sup> Cfr. al riguardo C. 2.55(56).5.3 in cui, come abbiamo visto, si dice che Paolo insieme ad altri *veteres* aveva affrontato *non autem perfectissime* la questione ora affrontata dalla cancelleria, nonché C. 4.5.10.1 ove invece non si accoglie l'opinione di Celso, Marcello e Ulpiano; cfr. anche C. 7.7.1.1a-1b in cui, citando fra l'altro i *libri fideicommissorum* di Paolo e Ulpiano, si supera la soluzione che si dice condivisa da Africano (la cui opinione era ricordata da Paolo) e da Marcello. L'opinione di Papiniano, oltre a essere recepita nella già ricordata C. 6.25.7(6).1, è invece condivisa, sia pure in una delle due versioni formulate dal giurista severiano, in C. 6.2.22.3a, mentre lo stesso giurista viene citato adesivamente insieme a Giuliano anche in C. 4.5.10.1-2. Sul punto v. le osservazioni formulate da Di Maria, *La cancelleria imperiale*, cit., p. 85. Peraltro, ancora nel luglio del 530, Papiniano veniva qualificato *excelsi ingenii* nella più volte ricordata C. 6.25.7(6).1 (ove dunque ancora si riprendeva il linguaggio encomiastico che abbiamo visto in C. 6.42.30 e in C. 7.45.14, entrambe del 529).

tosto proprio Giuliano a essere celebrato più volte con parole di ammirazione: C. 4.5.10.1: ...*Salvium Iulianum summae auctoritatis hominem et praetorii edicti ordinatorem*..., C. 3.33.15.1: ...*summum auctorem iuris scientiae Salvium Iulianum*...<sup>48</sup>.

L'interesse per le opere giurisprudenziali classiche, manifestatosi così intensamente nel corso del 530, si mantiene ancora ben vivo nella legislazione del 531, anno in cui in quattordici testi normativi – tutti riconducibili al gruppo delle *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes* – sono a loro volta inserite citazioni nominative riferibili all'opera di sette giuristi classici e più esattamente di Sabino, Celso, Papiniano (quattro volte), Paolo (due volte), Ulpiano (otto volte), Modestino e Marciano, citazioni cui se ne può aggiungere un'altra nella quale si fa riferimento a una controversia che si dice invece riscontrata *ex libris Sabinianis*<sup>49</sup>. In questo quadro non risulta essere casuale che il giurista le cui opinioni vengono per lo più condivise sia ancora una volta Papiniano, cioè quello tra i classici – insieme a Giuliano che, però, non risulta mai menzionato nella legislazione successiva al novembre del 530 – certamente più di tutti godeva della considerazione e della stima della cancelleria imperiale<sup>50</sup>. Non di rado le *sententiae* che vengono respinte sono invece quelle di Paolo e di Ulpiano<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> Sul punto, v. già Di Maria, *La cancelleria imperiale*, cit., p. 85.

<sup>49</sup> Cfr. C. 6.22.10.3: Celso; C. 6.24.14pr.: Ulpiano; C. 6.25.9(8).1: Papiniano; C. 6.25.10(9)pr.: Papiniano, Ulpiano; C. 6.26.10: Sabino; C. 6.26.11pr.: Ulpiano; C. 6.46.7(6)pr.: Ulpiano; C. 3.28.35.1: Papiniano; C. 3.28.36.2: Ulpiano, Modestino; C. 6.28.4.3: Ulpiano; C. 8.47(48).10pr. e 1a: Papiniano, Paolo, Marciano; C. 6.49.7.1b: Ulpiano (la costituzione, a stare alla *scriptio*, sembrerebbe emanata nel 530, ma per la probabile correzione della data, v. l'emendazione proposta da Krüger, *Editio maior*, 594, nt. 1); C. 6.40.3.2: Ulpiano; C. 6.58.14.1: Paolo. La *quaestio* che si dice genericamente riscontrata *ex libris Sabinianis* è invece risolta in C. 3.33.17pr.

<sup>50</sup> Nell'*index Florentinus* proprio Giuliano e Papiniano risultano, come è noto, essere gli unici giuristi posti al di fuori dell'ordine cronologico, premessi come sono a tutti gli altri, evidentemente per la loro importanza e per la considerazione manifestata nei loro confronti dai giustiniane. La circostanza appare confermata dalle citazioni degli stessi due giuristi riscontrabili nelle costituzioni programmatiche. Quanto a Giuliano si ricordi in particolare *const. Tanta*, 18, ove il giurista adrianeo è ricordato come «*legum et edicti perpetui subtilissimus conditor*». Per quanto riguarda Papiniano va ricordato soprattutto che *const. Omnem*, 4 (che lo qualifica *acutissimus*, *pulcherrimus* e *maximus*) imponentava allo studio delle sue opere il terzo anno del nuovo ordinamento di studi (confermando tra l'altro agli studenti l'appellativo di *Papinianistae*), utilizzando nell'*ordinatio* del Digesto, e in particolare della *tripertita legum singularium dispositio* (corrispondente ai libri XX-XXII), la *bellissima machinatio* di far iniziare appunto con un frammento papiniano i titoli del libro ventesimo, dedicato alla trattazione di pegno e ipoteca (cfr. D. 20.1-6, con la sola eccezione di D. 20.3 che si apriva invece con un frammento di Marciano).

<sup>51</sup> Cfr. sul punto Di Maria, *La cancelleria imperiale*, cit., p. 174.

Successivamente le citazioni relative a opere e opinioni degli antichi *prudentes* calano bruscamente di numero, fenomeno questo che, se può in parte ricollegarsi a un rallentamento della produzione normativa negli anni 532-534, non può certo esclusivamente ricondursi a questa circostanza. In questo senso è significativo che, se si eccettuano quattro costituzioni di incerta datazione in cui si menzionano Ulpiano (due volte) e i libri Sabiniani (altre due volte) e che potrebbero peraltro essere anche del 531<sup>52</sup>, bisogna attendere fino al 534 per trovare un'altra citazione giurisprudenziale, tra l'altro la più recente di quelle contenute nel *Codex repetitae praelectionis* e ancora una volta riguardante Ulpiano<sup>53</sup>.

6. L'attenzione per l'opera della giurisprudenza appare avere matrici diverse se si raffrontano il tipo e la qualità delle citazioni inserite nelle costituzioni del Codice e quelle invece contenute nelle Istituzioni. In queste ultime risulta rappresentata in modo abbastanza significativo la giurisprudenza repubblicana, cui i compilatori si riferiscono in tre casi (richiamando un'opinione di Catone, la definizione di tutela di Servio, nonché la famosa controversia tra Quinto Mucio e lo stesso Servio in materia di società)<sup>54</sup>, laddove invece non altrettanto si può dire della le-

<sup>52</sup> Per quanto riguarda le citazioni di Ulpiano mi riferisco a C. 5.4.28pr. in cui si fa richiamo a una *dubitatio* riscontrata nella sua opera (*apud Ulpianum quaerebatur*) e a C. 7.2.15.1a ove invece si condivide la *sententia* del giurista sebbene in contrasto con quanto deciso da una costituzione di Settimio Severo (sul punto, cfr. già il mio *La legislazione imperiale*, cit., in specie p. 393, nt. 79). Le *quaestiones* che si dicono rilevate in *libris Sabinianis* (o *ex libris Sabinianis*) sono invece quelle ricordate e risolte nei testi riportati in C. 3.34.14 (che dalla *subscriptio* risalirebbe al 531, ma che Krüger, *Editio maior*, p. 284, nt. 1 propone di datare invece al 532) e in C. 7.32.12. Sulla questione, v. ancora le mie *Nuove ricerche*, cit., p. 259 s. e nt. 290. Nella più recente letteratura, propende per la datazione di tutti i provvedimenti richiamati al 532 Di Maria, *La cancelleria imperiale*, cit., p. 172.

<sup>53</sup> Si tratta di C. 6.51.1, cioè della costituzione con cui vennero abrogate le disposizioni caducarie previste dalla *lex Papia*; il riferimento a Ulpiano è contenuto nel § 9 nel quale viene fatta risalire al giurista tardoclassico – indicato come *summi ingenii vir* e le cui scelte vengono esplicitamente apprezzate e condivise dal legislatore (... *non ineleganter... cum omni subtilitate disposuit...*) – l'articolata disciplina prevista dai giustiniani riguardo alla ripartizione degli oneri in caso di lucro di lasciti altrui. Si vedano al riguardo le mie *Nuove ricerche*, cit., p. 260 e nt. 291.

<sup>54</sup> I passi in questione sono I. 1.11.12, I. 1.13.1, I. 3.25.2 e le citazioni che contengono hanno origine eterogenea e rispondono a diverse finalità espositive. Se la prima è funzionale alla scelta normativa compiuta dai giustiniani in C. 7.6.1.10 ed è certamente da attribuirsi ai compilatori, le altre due, riprese rispettivamente dai *libri ad edictum* di Paolo (cfr. D. 26.1.1pr.) e dalle Istituzioni di Gaio (v. Gai. 3.149), sembrano poter documentare la specifica volontà dei compilatori di conservare sul piano storico una continuità con il passato anche meno recente, continuità non a caso perseguita – al di là dei due specifici contesti in cui le opinioni di Servio e di Quinto Mucio si collocano – attraverso il

gislazione giustiniana inserita nel secondo Codice, in cui, al contrario, non è dato riscontrare neppure una citazione che riguardi giuristi dell'epoca repubblicana e quindi precedenti all'epoca classica<sup>55</sup>.

Del resto anche in quest'ultimo ambito è dato rilevare consistenti differenze se si osserva che a giuristi protoclassici sono dedicate nelle Istituzioni ben nove citazioni (che riguardano una Trebazio e Labeone, tre Sabino, una Cassio da solo, due Sabino e Cassio insieme in un caso contrapposti a Proculo, una i Sabiniani e i Proculiani e infine una Atilicino)<sup>56</sup>, quando invece nella legislazione imperiale, se si eccettuano alcuni riferimenti a questioni che si dicono riscontrate *in libris Sabinianis* (espressione che peraltro intende evidentemente richiamare le opere di commento al *ius civile*, in cui i compilatori avevano riscontrato dubbi interpretativi

---

ricordo (che direi in questo caso non possa certamente ritenersi frutto di una recezione acritica nel testo istituzionale di una citazione che si riscontrava nella fonte utilizzata) dei due giuristi certamente più significativi dell'ultima epoca repubblicana. Va inoltre notato che un'ulteriore occasione di citare il punto di vista di Servio non è invece sfruttata in I. 3.26.6, dove si ricorda, a differenza del modello gaiano, la sola opinione di Sabino, contrapposta a quella del giurista repubblicano e condivisa dai giustiniani. Altrettanto avviene in I. 3.29.3 in cui viene nuovamente eliminata l'opinione di Servio ricordata invece in Gai. 3.179. Altre occasioni mancate sono quelle che – sia pure su un piano ormai prevalentemente storico – erano fornite da Gai. 1.188, a proposito della divergenza tra Quinto Mucio, Servio e Labeone riguardo all'individuazione e alla classificazione dei *genera tutelarum*, e da Gai. 3.183, a proposito della differenza di opinioni tra Servio, Sabino e ancora Labeone riguardo invece ai *genera furtorum*.

<sup>55</sup> Forse l'unica citazione della più antica giurisprudenza di cui può ritenersi almeno teoricamente possibile la presenza nella legislazione giustiniana è semmai proprio quella di Catone (cfr. I. 1.11.12), almeno se si accede all'ipotesi che la mancata menzione dell'opinione del giurista nel testo di C. 7.6.1.10, trattandosi tra l'altro di una delle *constitutiones ad commodum*, sia da attribuirsi a un taglio compilatorio e non piuttosto a una omissione della stessa cancelleria imperiale al momento della redazione del testo in questione.

<sup>56</sup> Si tratta di I. 2.25pr.; I. 2.20.36; I. 3.26.6; I. 4.3.15; I. 3.24.4; I. 3.23.2; I. 3.26.8; I. 2.1.25; I. 2.14pr. Sono citazioni che in larga misura dipendono dalle Istituzioni gaiane (cfr. I. 2.20.36; I. 3.26.6; I. 4.3.15; I. 3.24.4; I. 3.23.2; I. 3.26.8) o dalle *res cottidianae* (v. I. 2.1.25). Solo alcune hanno peraltro l'esclusiva funzione di illustrare – confrontandole con l'autorità degli antichi – le scelte normative compiute dai compilatori (v. I. 3.26.6 e I. 4.3.15 che accolgono l'opinione di Sabino; I. 2.14pr. che segue Atilicino contro l'opinione della maggioranza), mentre altre prendono piuttosto posizione su controversie tra Sabiniani e Proculiani (cfr. I. 3.23.2, I. 3.26.8, I. 2.1.25 che o condividono la posizione proculiana o scelgono, come nel caso della specificazione, una *media via*). Un caso particolare è quello di I. 2.20.36 in cui la posizione di Sabino viene rigettata perché superata da una recente riforma giustiniana (v. C. 6.41.1). Rilevano invece su un piano di prevalente ricostruzione storica le citazioni di Trebazio e Labeone in I. 2.25pr. e quella di Cassio in I. 3.24.4.

poi autoritativamente risolti dalla cancelleria)<sup>57</sup>, sono appena due le citazioni che riguardano la più antica giurisprudenza classica ed entrambe riferite a Sabino o comunque alla sua scuola<sup>58</sup>. Nelle Istituzioni appare del resto ancora ben rappresentata, se vista nel suo insieme, anche la giurisprudenza medioclassica ai cui esponenti, se pure si eccettua Giuliano, si fa riferimento in ben sei circostanze (Celso, due volte Marcello, Pomponio, Gaio e Cervidio Scevola)<sup>59</sup>. Un discorso a parte va poi fatto proprio per le citazioni giulianee, che sono complessivamente ben nove e quindi particolarmente significative sul piano quantitativo, sebbene siano tutte – anche se per una si potrebbe forse manifestare qualche riserva – riconducibili ai modelli utilizzati dai compilatori<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> Mi riferisco alle già ricordate C. 3.33.17 (a. 531), C. 3.34.14 (a. 531-532) e C. 7.32.12 (a. 531-532), tre costituzioni con cui la cancelleria, forse nel quadro delle *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes* (per C. 3.33.17 v. già De Francisci, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la Compilazione delle Pandette*, in *BIDR.* 27 [1914], p. 23 e ss.), risolve alcune questioni che si dicono appunto riferite *ex libris Sabinianis* o incontrate *in libris Sabinianis*. Il richiamo è evidentemente a questioni che si erano individuate nello spoglio dei materiali classici durante la compilazione del Digesto e più precisamente, come è ovvio, nella lettura delle trattazioni del *ius civile* (o anzi, più specificamente, dei commentari *ad Sabinum*). Un caso analogo è anche quello di C. 6.40.3.2 in cui figura l'espressione *apud Iulianum in libris Sabinianis*.

<sup>58</sup> Si tratta più precisamente di C. 6.26.10 (a. 531) in cui si accoglie una opinione di Sabino in materia di sostituzione ereditaria di figli impuberi e di C. 6.29.3 (a. 530), una *decisio* in cui la cancelleria accetta – in presenza di diverse opinioni – il punto di vista dei Sabiniani con riferimento a una questione riguardante la rottura del testamento nel caso di sopravvenienza del postumo nato vivo, purché non fosse di fattezze mostruose (sul testo cfr. per tutti, D. Dalla, *Status e rilevanza dell'“ostentum”*, in *Sodalitas, Scritti in onore di A. Guarino*, 2, Napoli 1984, p. 530 s. [= *Ricerche di diritto delle persone*, Torino 1995, p. 43 s.]).

<sup>59</sup> Cfr. I. 2.20.12 (che cita Celso); I. 1.4pr. e I. 2.5.5 (che citano Marcello); I. 2.10.5 (che menziona Pomponio); I. 4.18.5 (che riguarda Gaio); I. 1.25.16 (attinente a Cervidio Scevola); in questo gruppo risultano particolarmente significative – perché introdotte autonomamente dai compilatori – le citazioni di I. 2.5.5 e di I. 4.18.5. Un caso particolare risulta invece quello di I. 1.4pr. in quanto la citazione di Marcello figura appunto solo nel testo istituzionale, ma non nel corrispondente passo del Digesto (sul punto, v. le mie *Nuove ricerche*, cit., p. 182 e ss. e 263, nt. 299).

<sup>60</sup> Le citazioni giulianee ricorrono in I. 1.10.9; I. 1.26.5; I. 2.1.38; I. 2.20.9; I. 2.20.16; I. 2.20.18; I. 2.20.20; I. 3.8.2; I. 4.5.2. Si tratta di passi che – salvo un paio di casi (che sono quelli di I. 4.5.2 e di I. 2.20.16 [ma in questa circostanza la menzione di Giuliano manca nel corrispondente passo del Digesto]) – hanno fonte incerta (per I. 1.10.9, v. però le *Nuove ricerche*, cit., p. 199 ss. e nt. 185) e vengono di norma considerati derivare o dalle *res cottidianae* o dalle Istituzioni marcianee (cfr. *ibidem*, p. 90 e nt. 18), opere che peraltro, per quanto ci è conservato nel Digesto, citano Giuliano ciascuna una sola volta: cfr. rispettivamente D. 44.7.5.5 (Gai. 3 *aur.*), che corrisponde in parte a I. 4.5.2, e D. 28.7.16 (Marcian. 4 *inst.*).

A fronte di questo articolato quadro si oppongono, nella legislazione imperiale, appena tre citazioni individuali riferibili a giuristi di quest'epoca (e più precisamente due di Giuliano e una di Celso), cui si devono aggiungere altri due casi nei quali si ricordano discussioni giurisprudenziali che coinvolgevano però insieme giuristi medioclassici e tardoclassici<sup>61</sup>. Diversamente nelle Istituzioni, se si eccettuano le sette citazioni di Papiniano<sup>62</sup>, è quasi del tutto assente la giurisprudenza dell'epoca tardoclassica, circostanza questa tanto più significativa se si ponga attenzione al fatto che non figura mai nel testo istituzionale il nome di Ulpiano, mentre quello di Paolo è menzionato solo per dire che dai suoi libri *ad Plautium* e *ad Sabinum* si era ricavata un'opinione di Atilicino condivisa dai compilatori<sup>63</sup>.

Al contrario, è proprio alla giurisprudenza tardoclassica che fanno prevalentemente riferimento le citazioni presenti nella legislazione imperiale degli anni 529-534, in cui è possibile il riscontro di numerose citazioni non solo di Papiniano<sup>64</sup>, ma

<sup>61</sup> Mi riferisco alle già ricordate C. 4.5.10 (a. 530) – in cui si contrappongono Ulpiano, Marcello e Celso da una parte e Giuliano e Papiniano dall'altra – e C. 7.7.1 (a. 530) in cui si ricordano le opinioni di Paolo, Ulpiano, Marciano, Africano, Marcello (sul punto cfr. già il mio *La legislazione imperiale*, cit., p. 179 ss.). Come si accennava il solo Giuliano è altresì ricordato in C. 2.18(19).24 (a. 530) e in C. 3.33.15 (a. 530), mentre a una curiosa opinione di Celso si fa invece riferimento in C. 6.22.10 (a. 531).

<sup>62</sup> Cfr. a questo proposito I. 1.25.2; I. 1.26.7; I. 2.1.8; I. 2.6.9; I. 2.20.14; I. 2.23.7; I. 2.25.1. Se si eccettuano I. 2.23.7, che è certamente di mano compilatoria e I. 2.1.8 di cui è comprovata la derivazione almeno parziale dalle Istituzioni di Marciano (cfr. D. 1.8.6.3 [Marcian. 3 *inst.*], in cui tuttavia manca la menzione di Papiniano), tutti gli altri passi hanno fonte incerta e sono di norma (cfr. le mie *Nuove ricerche*, cit., p. 90 e nt. 18) fatti derivare dalle Istituzioni di Marciano, che peraltro, in quanto conservatoci nella raccolta di *iura*, citano Papiniano una sola volta: v. D. 28.7.18.1 (Marcian. 7 *inst.*).

<sup>63</sup> Non può dirsi propriamente riferita a Paolo la citazione di I. 2.14pr. in quanto i libri *ad Plautium* e *ad Sabinum* di Paolo vengono menzionati semplicemente per indicare la fonte da cui si era attinta l'opinione di Atilicino citata. Un caso significativo è anche quello di I. 1.25.16 nel quale è ricordato Cervidio Scevola, ma non sono menzionati Paolo e Ulpiano, cui pure Modestino (cfr. D. 27.1.13.2 [Mod. 4 *resp.*]) aveva fatto riferimento accanto a Scevola. La circostanza qui sottolineata, di per sé significativa, trova almeno in parte spiegazione nel fatto che le citazioni riguardanti i due "enciclopedisti" sono, per evidenti ragioni cronologiche, abbastanza infrequenti nelle opere della giurisprudenza classica: testimoni sia pur parziali ne sono i frammenti conservatici nel Digesto da cui si può ricavare che Paolo e Ulpiano sono citati con una qualche continuità solo nelle opere di Modestino e di Macro.

<sup>64</sup> Mi riferisco a C. 6.25.7(6) (a. 530), C. 6.25.9(8) (a. 531), C. 6.42.30 (a. 529) e C. 7.45.14 (a. 530), tutti testi in cui si recepiscono appunto le soluzioni papiniane, nonché a C. 3.28.35 (a. 531) e C. 6.2.22 (a. 530), in cui le opinioni del giurista vengono invece accettate solo parzialmente (o comunque in una delle versioni espresse dal giurista severiano). In alcuni casi Papiniano viene anche citato in contesti in cui si espongono opinioni di più giuristi, talvolta contrapposte: cfr. C.

anche di Paolo<sup>65</sup> e soprattutto di Ulpiano<sup>66</sup>, nonché, in alcuni casi, sia pure più sporadici, di Marciano, Modestino e Tertulliano<sup>67</sup>. Certo le differenze riscontrate sono in parte giustificabili con il fatto che le citazioni giurisprudenziali inserite nel testo istituzionale provenivano essenzialmente dai materiali utilizzati che, ovviamente, appartenendo alla giurisprudenza del medio e tardo Principato, contenevano inevitabilmente per lo più richiami alla giurisprudenza meno recente, così come, al contrario, l'elevato numero delle citazioni della giurisprudenza tardoclassica nella legislazione imperiale si spiega certamente con la circostanza che le opere utilizzate per la compilazione del Digesto (e quindi prese particolarmente in considerazione dalla cancelleria nelle *quinquaginta decisiones* e nelle *constitutiones ad commodum propositi*

---

6.25.10(9) (a. 531); C. 8.47(48).10 (a. 531); C. 4.5.10 (a. 530). Peraltro solo in quest'ultima costituzione si accoglie l'opinione di Papiniano (e quella di Giuliano), mentre negli altri due casi o vi si aderisce solo in parte (C. 8.47[48].10) o la si rigetta adottando piuttosto una nuova soluzione (C. 6.25.10[9]).

<sup>65</sup> V. a questo proposito C. 6.30.19 (a. 529), nonché C. 2.55(56).5 (a. 530), C. 3.28.33 (a. 529) e C. 6.58.14 (a. 531), tutti casi in cui l'opinione di Paolo viene rigettata. Il nome di Paolo viene anche ricordato in C. 7.7.1 (a. 530), ma solo per dire che nei *libri fideicommissorum* poteva riscontrarsi la citazione di una costituzione di Settimio Severo e di Antonino Caracalla, nonché un significativo richiamo a Africano; interessante anche la testimonianza di C. 8.47(48).10 (a. 531) ove si dice semplicemente che, a proposito di una famosa *dubitatio* (cfr. il mio *La legislazione imperiale*, cit., p. 67 ss.), Paolo non si era pronunciato. Sul punto, v. anche le *Nuove ricerche*, cit., p. 265 e nt. 305.

<sup>66</sup> Opinioni di Ulpiano sono citate, per accettarle, in C. 6.49.7 (probabilmente dell'a. 531); C. 6.51.1 (a. 534); C. 7.2.15 (a. 531-532); un principio ricordato dal giurista severiano è invece respinto in C. 6.28.4 (a. 531). Lo stesso Ulpiano viene poi citato talvolta insieme ad altri giuristi: la sua opinione è infatti accolta, contro quella di Modestino, in C. 3.28.36 (a. 531), mentre è rigettata in C. 4.5.10 dell'a. 530 (in cui contro Ulpiano, Celso e Marcello si seguono Papiniano e Giuliano) e in C. 6.25.10(9) dell'a. 531 (ove, dopo aver ricordato le opinioni di Ulpiano e Papiniano, la cancelleria formula una nuova soluzione). Spesso Ulpiano è altresì citato come semplice fonte di notizie e informazioni: v. C. 5.4.25 (a. 530); C. 5.4.28 (a. 531-532); C. 6.26.11 (a. 531); C. 6.40.3 (a. 531); C. 6.46.7(6) (a. 531). Cfr. anche C. 6.24.14 dell'a. 531 (in cui l'opinione dei *veteres*, tra i quali va annoverato anche lo stesso Ulpiano, viene rigettata come *crassior*) e C. 7.7.1 dell'a. 530 (in cui Ulpiano è ricordato insieme ad altri, ma solo per dire che nei suoi *libri fideicommissorum* poteva riscontrarsi la citazione di una costituzione di Settimio Severo e Antonino Caracalla).

<sup>67</sup> Un'opinione di Modestino è ricordata, in contrapposizione a quella di Ulpiano, per essere rigettata in C. 3.28.36 (a. 531), così come avviene anche per un'opinione di Marciano menzionata in C. 8.47(48).10 (a. 531). In C. 7.7.1 (a. 530) le Istituzioni di Marciano sono citate per dire che in esse era stato possibile riscontrare una costituzione di Settimio Severo, mentre in C. 5.70.7 (a. 530) viene invece sostanzialmente accettata dalla cancelleria un'opinione ricondotta a Tertulliano. Su quest'ultima costituzione, v. ora, ampiamente, Di Maria, *La cancelleria imperiale*, cit., p. 54 ss.; Ead., *La cancelleria giustiniana e l'infungibilità dei giuristi*, cit., p. 582 ss.

*operis pertinentes*) erano prevalentemente proprio quelle dei giuristi dell'epoca più recente e particolarmente di quella severiana.

Ciò rilevato bisogna altresì riconoscere che le citazioni giurisprudenziali assumono nei due contesti valenze comunque profondamente diverse. Mentre infatti nella legislazione imperiale esse tendono ad avere un carattere eminentemente pratico, in quanto la cancelleria si trova per lo più a compiere scelte tra soluzioni contrapposte, spesso tra l'altro rigettando le opinioni citate e formulando autonome soluzioni normative, nelle Istituzioni è per lo più la sapienza dei giuristi a essere posta al centro dell'attenzione e a giustificare con la sua autorità le soluzioni condivise dai compilatori. In questo quadro non sembrerebbe essere dunque casuale che i giuristi più frequentemente citati nel testo istituzionale siano proprio Giuliano e Papiniano, cioè quelli che tra i classici certamente più di tutti godevano della considerazione e della stima di Triboniano e dei suoi compilatori<sup>68</sup>, circostanza questa che del resto trova, come abbiamo visto, conferma nella stessa legislazione imperiale, ove le soluzioni prospettate dai due giuristi in questione (pur presenti in maniera quantitativamente diversa) vengono per lo più condivise, laddove invece spesso Paolo e Ulpiano (per non citare che i più significativi, almeno sotto il profilo quantitativo) vengono non infrequentemente ricordati semplicemente come fonti di conoscenza di antiche questioni irrisolte o peggio, e questo vale soprattutto per Paolo, per respingerne le opinioni<sup>69</sup>.

<sup>68</sup> Si deve tuttavia ricordare che almeno nelle costituzioni programmatiche, come si è già visto (cfr. in specie *const. Deo auctore*, 5-6) viene attribuita in linea di principio a tutti i giuristi utilizzati nella compilazione pari dignità. È infatti l'*auctoritas* imperiale che conferisce valore ai singoli frammenti escerpiti, ormai svincolati dall'autorità individuale dei rispettivi autori: sul punto, anche con riferimento alla distanza tra la concezione giustiniana e quella postclassica, così come definita dalla legge delle citazioni, cfr. le considerazioni della M. Campolunghi, *Potere imperiale e giurisprudenza in Pomponio e in Giustiniano*, 2.1, Città di Castello 2001, in specie p. 182 ss. Sul punto, v. anche le *Nuove ricerche*, cit., p. 266 e nt. 308.

<sup>69</sup> Quanto a Paolo è interessante notare come anche in *const. Omnem*, 5, emerga una sia pur velata critica nell'affermare che il nuovo ordinamento degli studi del quarto anno avrebbe fornito agli studenti un tesoro di conoscenze ben più ampio di quello ricavabile dalla lettura di diciotto dei ventitré libri dei *responsa* del giurista severiano (per il vecchio ordinamento, cfr. anche *const. Omnem*, 5): *...pro responsis autem prudentissimi Pauli, quae antea ex libris viginti tribus vix in decem et octo recitabant, per iam expositam confusionem eos legentes, decem libros singulares, qui ex quattuordecim quos antea enumeravimus supersunt, studeant lectitare: multo maioris et amplioris prudentiae ex eis thesaurum consecuturi, quam quem ex Paulianis habebant responsis...* La citazione ulpiana in *const. Cordi*, 3 appare invece semplicemente finalizzata a dare giustificazione alla *repetita praelectio* del Codice, precisando che era uso anche degli antichi pubblicare seconde edizioni delle loro opere, come era appunto dimostrato dai libri *ad Sabinum* di Ulpiano (definito a sua volta, come già Paolo in *const. Omnem*, 5, *vir prudentissimus*).

In questa prospettiva, assume senz'altro un significato del tutto particolare che Salvio Giuliano venga ricordato nel paragrafo 18 della *const. Tanta* come *legum et edicti perpetui subtilissimus conditor* e compaia altresì per primo, seguito da Papiniano, nell'elenco dell'*index Florentinus*<sup>70</sup>.

Le citazioni contenute nel testo istituzionale, la testimonianza dell'*Index Florentinus* e, soprattutto, le parole con cui la *const. Tanta* si riferisce a Salvio Giuliano, permettono forse di ritenere che proprio quest'ultimo, più di tutti, costituisse per Triboniano un esempio da seguire e cui conformarsi. Agli occhi del *quaestor sacri palatii*, che aveva a sua volta concepito e realizzato il *Sanctissimum templum iustitiae*, era proprio il *legum et edicti perpetui subtilissimus conditor* che costituiva il rappresentante più perfetto della sapienza degli antichi destinata a essere perpetuata nell'opera realizzata dai giustiniane. La figura di Giuliano assurgeva così a una sorta di modello di legislatore/codificatore cui Triboniano intendeva in qualche modo rapportarsi, forse anche al fine di evidenziare, rinnovandolo, quel legame, considerato virtuoso, tra giurista e principe che aveva caratterizzato l'opera del giurista adrianeo e che ora lui stesso intendeva riproporre, in tutta la sua potenza evocativa, nel momento in cui la raccolta dei *iura* vedeva la luce. Il mondo dei classici in questo modo tornava a nuova vita, destinato a sopravvivere per sempre attraverso la compilazione giustiniana. Anche e soprattutto in questo è dato riscontrare la grande distanza tra il disegno triboniano e la concezione che dei giuristi si era avuta nell'epoca tardoantica.

<sup>70</sup> *Const. Tanta*, 18: *Sed quia divinae quidem res perfectissimae sunt, humani vero iuris condicio semper in infinitum decurrit et nihil est in ea, quod stare perpetuo possit (multas etenim formas edere natura novas deproperat), non desperamus quaedam postea emergi negotia, quae adhuc legum laqueis non sunt innodata. si quid igitur tale contigerit, Augustum impleretur remedium, quia ideo imperialem fortunam rebus humanis deus praeposuit, ut possit omnia quae noviter contingunt et emendare et componere et modis et regulis competentibus tradere. et hoc non primum a nobis dictum est, sed ab antiqua descendit prosapia: cum et ipse Iulianus legum et edicti perpetui subtilissimus conditor in suis libris hoc rettulit, ut, si quid imperfectum inveniatur, ab imperiali sanctione hoc repleatur. et non ipse solus, sed et divus Hadrianus in compositione edicti et senatus consulto, quod eam secutum est, hoc apertissime definivit, ut, si quid in edicto positum non invenitur, hoc ad eius regulas eiusque coniecturas et imitationes possit nova instruere auctoritas.* L'opinione dominante circa la codificazione dell'editto a opera di Salvio Giuliano è stata recentemente posta in discussione da F. Cancelli, *La codificazione dell'edictum praetoris. Dogma romanistico*, Milano 2010, *passim*. Per un'approfondita discussione della letteratura e alcuni argomenti a favore dell'orientamento tradizionale, v. tuttavia, recentemente, E. Sciandrello, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, Trento 2011, p. 17 ss.; Id., *Giuliano e l'applicazione del Senatoconsulto Macedoniano*, in *Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen*, cit., p. 435 ss. Su *const. Tanta*, 18 e sulla citazione di Salvio Giuliano ivi contenuta, cfr. altresì L. Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di lezioni*, Torino 2012, p. 205 ss.



## INDICE DELLE FONTI

<b>FONTI GIURIDICHE</b>	4, 6, 4	10 nt. 2; 11 nt. 4; 31 nt. 20; 32 nt. 22; 33
<b>FONTI PREGIUSTINIANEE</b>	4, 6, 5	10 nt. 3
	4, 6, 6	11 e nt. 4; 17; 31 e nt. 20; 33 nt. 24
<i>Breviarium Alaricianum</i>		
4, 6, 1	10 nt. 2; 13; 14 nt. 13; 15; 16 nt. 17	4, 6, 7
4, 6, 2	10; 13; 15	4, 6, 8
<i>Codex Theodosianus</i>		
1, 1, 5	39; 135	4, 10, 3
1, 4, 1	146 nt. 45	5, 7, 2
1, 4, 2	146 nt. 45	5, 9, 2
1, 4, 3	38 nt. 8; 39; 131 nt. 1; 135; 146 nt. 45	8, 18, 1
2, 33, 1	81 nt. 34; 117 nt. 7	8, 18, 3
2, 33, 4	80 e nt. 28; 118 nt. 8	9, 14, 1
4, 4, 3	146 nt. 45	9, 38
4, 6	9 e nt. 1	9, 38, 3
4, 6, 2	9 nt. 1; 31 nt. 19; 62 nt. 15	9, 38, 4
4, 6, 3	9 nt. 1; 31 nt. 19; 62 nt. 15	9, 38, 6
		9, 38, 7
		9, 38, 8
		9, 43, 1 pr.
		103 nt. 14
		104 nt. 17
		146 nt. 45

*Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*

2, 4                    37 nt. 6

7, 3                    37 nt. 6

12, 7                   37 nt. 6

*Constitutiones Sirmondianae*

7                        104 nt. 17

8                        99 nt. 2; 104; 111

16                      99 nt. 2; 106; 111

*Fragmenta Vaticana*

120                    37 nt. 6

266                    37 nt. 6

318                    37 nt. 6

320-324              37 nt. 6

339-346              37 nt. 6

*Interpretatio Novellarum Theodosii*

22, 1                   14 e nt. 12

*Lex Romana Burgundiorum*

37, 1-4                12 nt. 6

37, 3-4                12 nt. 6

*Gai Institutiones*

1, 188                 150 nt. 54

3, 149                 149 nt. 54

3, 179                 150 nt. 54

3, 183                 150 nt. 54

*Novellae Theodosii*

22, 1, 4               15 nt. 14

*Pauli Sententiae*

2, 14, 3               80 nt. 31; 117 nt. 5

2, 20, 1               29

*Tituli ex corpore Ulpiani*

13, 1                   24 nt. 4

**FONTI GIUSTINIANEE**

*Codex Iustinianus*

*Const. Haec quae necessario*

pr.                     50 e nt. 43; 68; 140

§ 3                     43; 50 nt. 43; 68 nt.

28

*Const. Cordi*

§ 1                     48 e nt. 38; 52 nt. 48;

139 e nt. 24

§ 2                     52 nt. 48

§ 3                     154 nt. 69

§ 5                     52 nt. 48; 53 nt. 51

1, 2, 16               60 nt. 6

1, 3, 49(50)           54 nt. 57

1, 3, 50 (51)           54 nt. 57

1, 3, 50(51) pr.      54 nt. 57

1, 4, 11                106 nt. 22

1, 4, 27                147 nt. 46

1, 4, 33, 2            25 nt. 7

1, 5, 22                54 nt. 57

1, 14, 2                39; 131 nt. 1

1, 14, 3                39; 132 nt. 1

1, 14, 12, 1           41 nt. 14

1, 14, 12, 5           41 nt. 14

1, 17, 1                145 nt. 42

1, 17, 2                39; 46 nt. 31; 135;

145 nt. 42

1, 19, 7                39; 131 nt. 1

1, 22, 5                39; 131 nt. 1

1, 27                    109

1, 27, 1, 7            110

1, 27, 1, 7-8          99; 109

1, 27, 1, 8            100 nt. 4; 110

1, 27, 1, 10           99; 100 nt. 4; 109;

111

1, 27, 2	110 nt. 28	4, 29, 25, 1	41 nt. 14
1, 27, 2, 4a	100 nt. 4; 109; 111	4, 30, 14 pr.	77 nt. 18
1, 44, 2	143 nt. 35	4, 32, 16	80 nt. 32; 117 nt. 6
2, 3, 29	54 nt. 57	4, 32, 23	81 e nt. 33; 117 nt. 6
2, 18(19), 24	152 nt. 61	4, 32, 26	78 e nt. 22; 83; 115;
2, 18(19), 24, 1	147 nt. 46		116 nt. 2; 120
2, 41(42), 2	54 nt. 57	4, 32, 26 pr.	79 e nt. 27; 116 nt. 2
2, 44(45), 4	35; 36 nt. 2; 63; 134	4, 32, 26, 1	78 nt. 22; 115 nt. 2
2, 52(53), 7	54 nt. 57	4, 32, 26, 2	79; 80; 81; 87 nt. 52;
2, 55(56), 5	153 nt. 65		88 e nt. 59; 90; 91; 96;
2, 55(56), 5, 3	46; 134 nt. 8; 147 ntt. 46 e 47		97; 117; 118 ntt. 9 e 10; 124 nt. 24; 125;
2, 55(56), 6	54 nt. 57		128; 129
3, 28, 33	153 nt. 65	4, 32, 26, 3	82 nt. 38; 119 e nt. 12
3, 28, 33, 1	46; 132 nt. 4; 133 e nt. 6	4, 32, 26, 4 4, 32, 26, 5	82 nt. 39; 119 e nt. 13 82 nt. 40; 96; 119 e nt. 14
3, 28, 35	54 nt. 57; 152 nt. 64		
3, 28, 35, 1	148 nt. 49	4, 32, 27	78; 83; 120
3, 28, 36	54 nt. 57; 153 ntt. 66 e 67	4, 32, 27 pr. 4, 32, 27, 1-2	83; 120 83 nt. 43; 120 nt. 16
3, 28, 36, 2	148 nt. 49	4, 33, 2(1)	80 nt. 31; 117 nt. 5
3, 28, 37	54 nt. 57	4, 33, 3(2)	80 nt. 31; 117 nt. 5
3, 31, 12	54 nt. 57	4, 38, 15, 1	54 nt. 58
3, 33, 13	54 nt. 58	4, 39, 9	41 nt. 14
3, 33, 15	147 nt. 46; 152 nt. 61	4, 65, 4, 1	145 nt. 44
3, 33, 15, 1	148	4, 65, 35	35; 36 nt. 2; 63; 134
3, 33, 16	55 nt. 59	5, 3, 20, 2	41 nt. 14
3, 33, 17	151 nt. 57	5, 4, 6	145 nt. 44
3, 33, 17 pr.	148 nt. 49	5, 4, 15	24 nt. 4
3, 34, 14	149 nt. 52; 151 nt. 57	5, 4, 21	11 nt. 5; 12 nt. 8
3, 38, 12	35; 36 nt. 2; 63; 134	5, 4, 23, 1-1a	25 nt. 7
3, 42, 5	145 nt. 44	5, 4, 23, 5a-6	25 nt. 7
4, 5, 10	152 nt. 61; 153 ntt. 64 e 66	5, 4, 24	35; 36 nt. 2; 40; 44; 45; 63; 64; 65 e nt. 23;
4, 5, 10, 1	147 nt. 47; 148		66 nt. 24; 67 nt. 26;
4, 5, 10, 1-2	147 nt. 46; 147 nt. 47		68; 134 e nt. 10; 135;
4, 5, 11	50 nt. 43; 140 nt. 30		136 nt. 14
4, 27, 2(3)	54 nt. 58	5, 4, 25	54 nt. 58; 153 nt. 66

INDICE DELLE FONTI

---

5, 4, 25, 1	41 nt. 14	6, 2, 22	49 nt. 38; 54 nt. 58;
5, 4, 25, 2	147 nt. 46		139 nt. 25; 152 nt. 64
5, 4, 26	50 nt. 43; 140 nt. 30	6, 2, 22, 3a	147 ntt. 46 e 47
5, 4, 28	153 nt. 66	6, 7, 4	11 nt. 5; 138 nt. 23
5, 4, 28 pr.	149 nt. 52	6, 22, 9	147 nt. 46
5, 4, 29, 6-7	25 nt. 7	6, 22, 10	152 nt. 61
5, 5, 8	60 nt. 7; 62 nt. 15	6, 22, 10, 3	148 nt. 49
5, 5, 9	60 e nt. 7; 62 nt. 15	6, 22, 12	54 nt. 57
5, 8, 2	60; 62 nt. 15	6, 23, 31, 1	145 nt. 42
5, 20, 2	36 nt. 2	6, 24, 14	38 nt. 9; 153 nt. 66
5, 24, 4	63	6, 24, 14 pr.	38 nt. 9; 148 nt. 49
5, 25, 7(6)	63	6, 25, 7(6)	35; 36 nt. 2; 42; 45; 69
5, 26, 1	29; 30; 62 nt. 15		e nt. 32; 134; 136; 152
5, 27, 2	11 nt. 4; 16; 17; 19; 32		nt. 64
	nt. 22; 33 nt. 24	6, 25, 7(6) pr.	44
5, 27, 5	57; 59; 60; 63	6, 25, 7(6), 1	43; 46; 136; 147 ntt.
5, 27, 5 pr.	61		46 e 47
5, 27, 5, 1	60 nt. 7; 61; 62 nt. 15	6, 25, 7(6), 3	42 nt. 17
5, 27, 6	62 nt. 13; 63 nt. 16;	6, 25, 9(8)	152 nt. 64
	108 e nt. 24	6, 25, 9(8), 1	148 nt. 49
5, 27, 7	62 nt. 13; 112	6, 25, 10(9)	152-153 nt. 64; 153
5, 27, 7, 1	100 nt. 4; 107; 111		nt. 66
5, 27, 7, 2	108 nt. 26	6, 25, 10(9) pr.-1	148 nt. 49
5, 27, 8	17 e nt. 18; 20 e nt.	6, 26, 10	148 nt. 49; 151 nt. 58
	23; 31; 32 nt. 22	6, 26, 11	153 nt. 66
5, 27, 10	23 nt. 1; 25 nt. 7; 62	6, 26, 11 pr.	148 nt. 49
	nt. 13; 63 nt. 16	6, 27, 4	48 e nt. 37; 139 nt. 23
5, 27, 11	25 nt. 7	6, 27, 5	48 e nt. 37; 138 nt. 23;
5, 27, 12	17 e nt. 19; 31 nt. 21		139 nt. 23
5, 51, 13	50 nt. 43; 140 nt. 30	6, 27, 5, 1	65 nt. 23
5, 59, 5	54 nt. 57	6, 28, 4	38 nt. 9; 54 nt. 57;
5, 60, 3	45 e nt. 28; 66 nt. 24		153 nt. 66
5, 70, 6	147 nt. 46	6, 28, 4, 3	36 e nt. 4; 37 e nt. 6;
5, 70, 7	147 nt. 46; 153 nt. 67		38 nt. 9; 148 nt. 49
5, 70, 7, 1a	147 nt. 46	6, 29, 3	151 nt. 58
5, 70, 7, 5-6c	147 nt. 46	6, 29, 3, 1	147 nt. 46
5, 71, 14	145 nt. 44	6, 30, 19	153 nt. 65
6, 2, 20	54 nt. 58	6, 30, 19 pr.	46; 132 nt. 4; 133 e
			nt. 7

6, 30, 20	48 nt. 37; 139 nt. 23	7, 7, 1, 1a-1b	147 nt. 47
6, 30, 21	48 nt. 37; 139 nt. 23	7, 15, 3 pr.	24 nt. 3
6, 30, 22	39 e nt. 11; 135 nt. 12	7, 15, 3, 2	29
6, 37, 12 pr.	145 nt. 44	7, 17, 2	54 nt. 57
6, 40, 3	153 nt. 66	7, 25, 1	55 nt. 62; 142 nt. 33
6, 40, 3, 2	148 nt. 49; 151 nt. 57	7, 31, 1, 5	65 nt. 23
6, 41, 1	150 nt. 56	7, 32, 3	145 nt. 44
6, 42, 16 pr.	145 nt. 44	7, 32, 12	149 nt. 52; 151 nt. 57
6, 42, 30	44 e nt. 23; 46; 132 nt. 4; 133 nt. 5; 137 e nt. 17; 147 nt. 47; 152 nt. 64	7, 39, 8  7, 39, 8, 4 7, 45, 14	78 e nt. 22; 115; 116 nt. 2 79 e nt. 26; 116 nt. 2 46; 132 nt. 4; 133 nt. 5; 147 nt. 47; 152 nt. 64
6, 43, 2	42 nt. 17		
6, 43, 3	54 nt. 57		
6, 46, 7(6)	153 nt. 66	7, 47, 1	54 nt. 57
6, 46, 7(6) pr.	148 nt. 49	8, 10, 13	54 nt. 57
6, 49, 7	153 nt. 66	8, 37(38), 4	145 nt. 44
6, 49, 7, 1b	148 nt. 49	8, 39(40), 4(5)	54 nt. 57
6, 50, 20	48; 138 nt. 23	8, 41(42), 8	35; 36 nt. 2; 40; 41 nt. 15; 45; 63; 64 e nt. 21;
6, 50, 21	48; 138 nt. 23		134 e nt. 11
6, 51, 1	39; 135 nt. 12; 149 nt. 53; 153 nt. 66	8, 41(42), 8 pr.	136 e nt. 15
6, 51, 9	149 nt. 53	8, 41(42), 8, 1	41
6, 57, 5, 2	24 nt. 3	8, 47(48), 10	52; 53; 54; 55 e ntt. 61 e 62; 142 nt. 33; 153 ntt. 64, 65 e 67
6, 58, 14	153 nt. 65		
6, 58, 14, 1	148 nt. 49		
6, 60, 4	102 nt. 9	8, 47(48), 10 pr.	148 nt. 49
6, 61, 5	146 nt. 45	8, 47(48), 10, 1a	148 nt. 49
7, 2, 15	149 nt. 52; 153 nt. 66	8, 50(51), 20	105 nt. 19; 106 nt. 22
7, 5, 1	47 e nt. 35; 48 nt. 35; 54 nt. 58; 55 nt. 62; 138 nt. 21; 142 nt. 33	8, 51(52), 2 8, 51(52), 2, 1 8, 56(57), 4	103 e nt. 14 100 nt. 4; 107 54 nt. 57
7, 6, 1, 9	25 nt. 7	9, 16, 7, 8	103 nt. 14
7, 6, 1, 10	149 nt. 54; 150 nt. 55	9, 22, 11	145 nt. 44
7, 7, 1	55 e nt. 59; 152 nt. 61; 153 ntt. 65, 66 e 67	9, 41, 11, 1 9, 51, 13 pr.	145 nt. 44 146 nt. 45
7, 7, 1, 1-1a	147 nt. 46	10, 32(31), 63	39 nt. 12; 135 nt. 13
7, 7, 1, 1a	41 nt. 14; 147 nt. 46	11, 48(47), 18	11 nt. 5

11, 48(47), 21	35; 36 nt. 2; 63; 134; 135 nt. 11	23, 3, 68 25, 7, 1, 1	67 nt. 26 27; 28 ntt. 11 e 12
12, 2, 2	39 nt. 12; 135 nt. 13	25, 7, 3 pr.	26 e ntt. 8 e 9; 27 e nt.
12, 33(34), 7	54 nt. 57		10; 28 ntt. 11 e 12
12, 34(35), 1 pr.-1	93 nt. 75	26, 1, 1 pr. 27, 1, 13, 2	149 nt. 54 152 nt. 63
<i>Digesta Iustiniani</i>		28, 6, 47	69 nt. 33
<i>Const. Deo auctore</i>		28, 7, 16	151 nt. 60
§ 4	143 e nt. 36	28, 7, 18, 1	152 nt. 62
§ 5	37 nt. 5; 49 e nt. 39; 139 e nt. 26; 141; 143 nt. 37	35, 1, 102 37, 14, 17	43; 44; 46; 69 nt. 32; 136 e nt. 16 145 nt. 44
§§ 5-6	154 nt. 68	44, 7, 5, 5	151 nt. 60
§ 6	143 nt. 38	44, 7, 52 pr. 44, 7, 52, 3	73 73
<i>Const. Omnem</i>		45, 1, 121, 1	24 nt. 3
§ 4	148 nt. 50	46, 1, 6, 1	75 nt. 11
§ 5	154 nt. 69	46, 1, 8, 1 46, 2, 1, 1	75 nt. 11 75 nt. 11
<i>Const. Tanta-Δέδωκεν</i>		46, 2, 6, 1	72; 74; 75 nt. 12
pr.	110 nt. 29	46, 2, 7	72; 73 nt. 5
§ 10	144 e nt. 39	48, 5, 35 pr.	24 nt. 3; 26 nt. 9; 27;
§ 12	51 nt. 46; 142 e nt. 34		28 nt. 12
§ 18	148 nt. 50; 155 e nt. 70		
§ 20	144	<i>Institutiones Iustiniani</i>	
§ 20-20a	144 nt. 40	<i>Const. Imperatoriam</i>	
		§ 1	110 nt. 29
1, 8, 6, 3	152 nt. 62	1, 4 pr.	151 nt. 59
12, 1, 9, 4	74; 75 ntt. 11 e 12	1, 5, 3	47 e nt. 35; 54 e nt.
20, 1-6	148 nt. 50		58; 138 nt. 21; 140 nt.
20, 3	148 nt. 50		29
22, 2, 4	80 nt. 31; 117 nt. 5	1, 10 pr.	54 e nt. 58; 66 nt. 24
23, 2, 24	23; 26 e nt. 9; 27; 67 nt. 26	1, 10, 9 1, 11, 2	151 nt. 60 55 e nt. 60
23, 2, 41 pr.	24 nt. 4	1, 11, 12	149 nt. 54; 150 nt. 55
23, 2, 43 pr.-5	24 nt. 4	1, 12, 8	55 e nt. 60
23, 2, 48, 1	24 nt. 4	1, 13, 1	149 nt. 54

1, 20, 12	151 nt. 59	3, 29, 3	150 nt. 54
1, 22 pr.	45 nt. 28; 66 nt. 24	3, 29, 3a	40 nt. 13
1, 25, 2	152 nt. 62	4, 1, 8	54 e nt. 58
1, 25, 16	151 nt. 59; 152 nt. 63	4, 1, 16(18)	54 e nt. 58
1, 26, 5	151 nt. 60	4, 3, 15	150 nt. 56
1, 26, 7	152 nt. 62	4, 5, 2	151 nt. 60
2, 1, 8	152 nt. 62	4, 11, 6-7	84 nt. 46; 122 nt. 20
2, 1, 25	150 nt. 56	4, 18, 5	151 nt. 59
2, 1, 38	151 nt. 60		
2, 4, 3	55 e nt. 59	<i>Novellae Iustiniani</i>	
2, 5, 5	54 e nt. 58; 151 nt. 59	1 <i>praef.</i>	110 nt. 29
2, 6, 9	152 nt. 62	6, 2	112; 113 nt. 39
2, 7, 4	55 e nt. 59	8, 10, 2	110 nt. 29
2, 10, 5	151 nt. 59	15 <i>praef.</i>	113 e nt. 40
2, 13, 5	55 e nt. 60	18, 5	30 nt. 18; 32 nt. 22;
2, 14 pr.	150 nt. 56; 152 nt. 63		33
2, 18, 2	55 e nt. 60	18, 11	63 nt. 16
2, 20, 9	151 nt. 60	28, 4, 2	110 nt. 29
2, 20, 14	152 nt. 62	30, 11, 2	110 nt. 29
2, 20, 16	151 nt. 60	32	88 nt. 57; 125 nt. 28
2, 20, 18	151 nt. 60	36	110 nt. 29
2, 20, 20	151 nt. 60	37	110 nt. 29
2, 20, 36	150 nt. 56	69 <i>epil.</i>	110 nt. 29
2, 23, 7	152 nt. 62	70, 1	110 nt. 29
2, 25 pr.	150 nt. 56	74 <i>praef.</i>	58 nt. 1
2, 25, 1	152 nt. 62	74, 1-2	58 nt. 1
3, 1, 14	55 e nt. 60	74, 5	58 nt. 1
3, 8, 2	151 nt. 60	77	112 e nt. 35
3, 10, 1	55 e nt. 59	77 <i>praef.</i>	112 nt. 36
3, 13, 2	76 nt. 15	77, 1, 1	112 nt. 36
3, 21	76 nt. 16	89	18; 19 nt. 22; 33 nt. 25
3, 23, 1	54 e nt. 58	89, 12	32 nt. 22
3, 23, 2	150 nt. 56	89, 12 pr.	18; 20; 32 nt. 22; 33
3, 24, 4	150 nt. 56		nt. 24
3, 25, 2	149 nt. 54	89, 12, 1	32 nt. 22
3, 26, 6	150 ntt. 54 e 56	89, 12, 1-2	20 nt. 24
3, 26, 8	150 nt. 56	89, 12, 3	18 e nt. 20; 20 e nt.
3, 28, 3	54 e nt. 58		24; 31; 32

89, 12, 4-5	30 nt. 18; 33	<b>FONTI DI EPOCA GIUSTINIANEA</b>	
89, 12, 6	18 nt. 19; 32 nt. 21; 33 nt. 25	<i>Glossa torinese</i>	
89, 13	33 nt. 25	nr. 370 a I. 3, 1, 2	51; 52
89, 15 pr.	33 nt. 25		
106	84 e nt. 46; 88 e nt. 59; 90 e nt. 62; 91; 115; 121; 122 nt. 20; 125; 127; 128 e nt. 33; 129	<i>Institutionum Iustiniani Paraphrasis Theophili</i>	3, 29, 3a 41 nt. 15
		<b>FONTI BIZANTINE</b>	
106 <i>praef.</i>	84; 121	<i>Basilica</i>	
106, 1- <i>epil.</i>	89; 126	6, 1, 100	143 nt. 35
110	84; 90; 91; 127	23, 3, 74	80; 82-83 e nt. 41; 118 nt. 9; 119 nt. 14
110 <i>praef.</i>	90		
115, 3, 12	113 e nt. 40		
120, 4	80; 118 nt. 9	<i>Basilicorum Scholia</i>	
136	92	Sch. 1 e <i>cod. Par. Gr.</i> 1352	
136 <i>praef.</i>	93 nt. 75	a Bas. 17, 1, 12	81 e nt. 36; 118 nt. 10
136, 1	93 nt. 75		
136, 2	93 nt. 75	<i>Epitome Novell. Athanasii</i>	
136, 3	94	17, 2	129 nt. 37
136, 4	93 nt. 75; 96		
136, 5, 1	96	<i>Summa Novellarum Theodori</i>	
136 <i>epil.</i>	92 nt. 72	106	129 e nt. 38
147 <i>praef.</i>	113 e nt. 39		
		<b>FONTI PAPIROLOGICHE</b>	
Ed. 7	92		
Ed. 7, 4	92 nt. 72; 93 nt. 75	<i>Oxyrhynchus papyri</i>	
Ed. 7, 7	92 nt. 72; 93 nt. 75	1814	132
Ed. 7, 8	92 nt. 72		
Ed. 7, 8, 1	93 nt. 75	<b>FONTI NORMATIVE VIGENTI</b>	
Ed. 7 <i>epil.</i>	92 nt. 72		
Ed. 9	92	<i>Codice civile italiano</i>	
Ed. 9, 2	93 nt. 75	Artt. 280-290	58 nt. 2
Ed. 9, 8	93 nt. 75		
Ed. 9 <i>epil.</i>	92 nt. 72	<i>Legge 219/2012</i>	
		Art. 10	58 nt. 2
App. Nov. 2	112		

**FONTI NON GIURIDICHE**

CICERO

*Ad Atticum*

5, 21, 11                    78 nt. 23; 116 nt. 3

ISIDORUS HISPALENSIS

*Origines sive Etymologiae*

9, 5, 19                    16 nt. 17

TESTAMENTUM NOVUM

*secundum Matthaeum*

5, 7                        107 e nt. 23

18, 21-35                107 e nt. 23

PLUTARCUS

*Lucullus*

20, 3                        116 nt. 3

20, 3-4                    78 nt. 23





Finito di stampare nel mese di gennaio 2021  
per i tipi di Bononia University Press