

Sabrina Di Maria

## Brevi note sull'infungibilità dei giuristi classici nell'epoca giustiniana: l'esempio delle «decisiones»

1. Nell'epoca giustiniana si assiste, come è noto, ad una vera e propria «rinascita» della memoria dei giuristi classici, rinascita testimoniata non solo dalla creazione del *Sanctissimum templum iustitiae*, ma altresì dalla stessa legislazione del Codice, in cui i giuristi sono assai di frequente richiamati non solo in termini generici, ma anche in forma nominativa.

La cancelleria di Giustiniano manifesta a più riprese una tendenza assai accentuata a dialogare con il sapere dei *prudentes* così come giuntole attraverso il filtro delle loro opere, tendenza questa che non ha invece riscontro – se non episodico e saltuario – nelle abitudini e nei meccanismi del legislatore pregiustiniano. 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 poi del primo Dominato<sup>1</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 che riguardano l'*abolitio* delle *notae* a Papiniano e l'approvazione delle *Pauli Sententiae*, nonché ovviamente della cd. legge delle citazioni<sup>2</sup>.

In Giustiniano appare invece diversa e più viva la coscienza culturale della storicità del diritto rispetto agli imperatori precedenti e inoltre risulta più forte la sensibilità politica verso il problema dei *iura*<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup>) Cfr. a questo proposito: C.I. 4.65.4.1 (*Alex.*, a. 222): Ulpiano; C.I. 8.37(38).4 (*Alex.*, a. 222): Ulpiano; C.I. 3.42.5 (*Gord.*, a. 239): Modestino; C.I. 5.4.6 (*Gord.*, a. 239): Paolo; C.I. 6.37.12.pr. (*Gord.*, a. 240): Papiniano; C.I. 7.32.3 (*Dec.*, a. 250): Papiniano; C.I. 6.42.16.pr. (*Car., Carin. et Num.*, a. 283): Papiniano; C.I. 9.22.11 (*Diocl. et Max.*, a. 287): Paolo; C.I. 9.41.11.1 (*Diocl. et Max.*, a. 290): Ulpiano; C.I. 5.71.14 (*Diocl. et Max.*, a. 293): Papiniano. Un caso a parte, ma assai significativo, è quello di Ulp. 11 *ad leg. Iul. et Pap.*, D. 37.14.17, in cui si cita un rescritto dei *divi fratres* ove risultano menzionati Proculo, Meciano e Giuliano.

<sup>2</sup>) Cfr. C.Th. 9.43.1.pr. = C.I. 9.51.13.pr. (*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). Oltre a queste costituzioni che attengono tutte, appunto, alla storia delle fonti, si possono ricordare: C.Th. 4.4.3 (*Arc. et Hon.*, a. 396): Scevola; C.I. 6.61.5 (*Leo et Anth.*, a. 473): Giuliano (ma su questo testo e per l'attribuzione della citazione giuliana ai giustiniani, cfr. E. VOLTERRA, *Ricerche intorno agli sponsali in diritto romano*, in «BIDR», XL, 1932, p. 115 ss. [= *Scritti giuridici*, I, Napoli, 1991, p. 367 ss.]). Un caso del tutto particolare è infine quello di C.I. 9.8.6, una costituzione greca posteriore al 397, giunta mutila e priva di data, in cui vengono riferiti brani tratti da opere giurisprudenziali (si tratta di due passi tratti dai *libri de publicis iudiciis* di Paolo e di Marciano): sul punto, e per l'ipotesi di una datazione posteriore al 438, cfr. quanto osservato da F. DE MARINI AVONZO, *Due giuristi severiani per un imperatore sconosciuto*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», IV, Bologna, 1974, p. 13 ss. (= *Dall'impero cristiano al medioevo. Studi sul diritto tardoantico*, Goldbach, 2001, p. 93 ss.).

<sup>3</sup>) Tale sensibilità ha portato la dottrina che si è occupata dell'argomento a parlare di un vero e proprio «classicismo» giustiniano: al proposito si vedano G. DONATUTI, *Antiquitatis reverentia*, in «Studi Parmensi», III, 1953, p. 206 ss. (= *Studi di diritto romano*, II, Milano, 1977, p. 829 ss.), F. WIEACKER, *Vulgarismus und Klassizismus im Recht der Spätantike*, Heidelberg, 1955, *passim*, K.-H. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik. Versuch einer Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidenden Konstitutionen*, Köln - Graz, 1966, *passim*, G.G. ARCHI, *Giustiniano legislatore*, Bologna,

2. Assenti del tutto nella legislazione del 527-528, le citazioni nominative dei giuristi compaiono per la prima volta nella legislazione giustiniana del 529 e si fanno sempre più frequenti e insistite di pari passo con la maturazione del progetto di codificazione dei *iura* e con la sua progressiva realizzazione<sup>4</sup>. La maggior parte delle citazioni nominative presenti nella legislazione del Codice risultano infatti inserite in *leges* che devono essere annoverate, tenuto conto della data e del contenuto, tra le *decisiones* e le *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*. Si tratta dunque, in quest'ultimo caso, di citazioni che dipendono dalla stretta relazione esistente tra i lavori del Digesto e la legislazione imperiale<sup>5</sup>.

Dall'avvento al trono di Giustiniano e sino all'agosto del 530, le citazioni nominative di *prudentes* sono appena sei e tutte riferite a Papiniano e a Paolo, due giuristi cioè che non a caso – direi – erano menzionati nella legge delle citazioni, tuttavia per la cancelleria non si tratta certo, come vedremo, di due figure fungibili. Nella maggior parte dei casi infatti le citazioni contengono anche riferimenti specifici all'opera in cui l'opinione giurisprudenziale poteva essere riscontrata, riguardando più precisamente le *quaestiones* di Paolo (C.I. 3.28.33.1 e 6.30.19.pr.)<sup>6</sup> e i *responsa* (C.I. 6.42.30) e le *quaestiones* di Papiniano (C.I. 7.45.14)<sup>7</sup>. Quest'ultimo giurista viene sempre indicato con espressioni lau-

1970, p. 190 ss., e R. BONINI, *Introduzione all'età giustiniana*<sup>4</sup>, Bologna, 1985, p. 42 ss. (= «Lineamenti di storia del diritto romano»<sup>2</sup> – dir. M. TALAMANCA –, Milano, 1989, p. 654 ss.).

<sup>4</sup>) La tendenza della cancelleria a confrontarsi con opinioni della giurisprudenza dell'epoca del Principato assume una coloritura del tutto particolare se si rifletta altresì sul fatto che i *prudentes* sono richiamati in forma nominativa anche nelle costituzioni programmatiche; cfr. *const. Omnem*, § 1 (Gaio, Paolo e Papiniano), § 4 (Papiniano) e § 5 (Paolo); *const. Deo auctore*, § 6 (Paolo, Ulpiano e Marciano con riguardo alle *notae* di tali giuristi a Papiniano), § 10 (Giuliano); *const. Imperatoriam*, § 6 (Gaio); *const. Tanta-Δέδωκεν*, § 18 (Giuliano); *const. Cordi*, § 3 (Ulpiano). Sull'argomento cfr. M. CAMPOLUNGH, *Potere imperiale e giurisprudenza in Pomponio e in Giustiniano*, II.1, Perugia, 2001, p. 255 ss. In questo contesto pare opportuno rilevare che citazioni di opinioni di giureconsulti classici sono presenti anche nelle *Istituzioni* (sul punto cfr. gli studi di G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano, 1996 e *Nuove ricerche sulle Istituzioni di Giustiniano*, Milano, 2004) e nelle *Novelle*: cfr. *Nov. 22.43* (Quinto Mucio), *Nov. 74.praef.* e *Nov. 87.praef.* (Giuliano), *Nov. 4.1*, *Nov. 108.praef.-2* e *108.1* (Papiniano) e *Nov. 97.6.1* (Ulpiano). A tal proposito va detto che, salvo in *Nov. 87.praef.*, ove si ricorda un passo di Giuliano che si dice inserito nel trentanovesimo libro del Digesto (cfr. D. 39.6.13.1), negli altri casi si fa riferimento direttamente alle opinioni dei giuristi, senza cioè far ricorso alla mediazione del Digesto che pure già le conteneva. Sul punto si veda particolarmente G. LANATA, *Legislazione e natura nelle Novelle giustiniane*, Napoli, 1984, p. 43 ss. Sulla questione cfr. anche R. BONINI, *Il Manuale Novellarum del van der Wal (con alcune considerazioni sui rapporti fra Novelle e Digesto)*, in «AG», CLXXI, 1966, p. 198-219 (= *Contributi di diritto giustiniano [1966-1976]*, Bologna, 1990, 4-39 [I contributo dell'Appendice]) e F. CASAVOLA, *Giuristi romani nella cultura bizantina tra classicismo e cristianesimo*, in «Studi tardoantichi», I, 1986, p. 232-241.

<sup>5</sup>) Sul punto cfr. C. LONGO, *Contributo alla storia della formazione delle Pandette*, in «BIDR», XIX, 1907, p. 132-160, e P. DE FRANCISCI *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in «BIDR», XXII, 1910, p. 156-207, «BIDR», XXIII, 1911, p. 5-51 e p. 186-295, e «BIDR», XXVII, 1914, p. 5-54: si tratta, come è noto, di studi tendenti a dimostrare proprio la stretta relazione fra lo spoglio delle opere dei *prudentes* e la legislazione imperiale, studi che tuttavia non sono giunti a conclusione arrestandosi all'esame del gruppo di costituzioni che sta sotto la data XV k. Nov. del 531.

<sup>6</sup>) Cfr. C.I. 3.28.33.1 (*Idem A. Demostheni pp.: 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 indicantes, 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 condicione emancipationis hereditatem suam mater filio derelinquens et patris odium punire et inri filii sui minime nocere nec suam naturam fallere. satis enim crudele nobis esse videtur eum qui non sentit ingratum existimari. D. xv k. Oct. Chalcedone Decio vc. Cons.*, del 17 settembre 529), e C.I. 6.30.19pr. (*Imp. Iustinianus A. Demostheni pp. 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 proteclandam. (Recitata septimo in novo consistorio palatii Iustiniani. D. III k. Nov. Decio vc. cons.*, del 30 ottobre 529). Per un'analisi circostanziata dei due testi appena riportati mi permetto di rinviare a S. DI MARIA, *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: 'reverentia antiquitatis' e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del Codice*, Bologna, 2010, p. 14 ss.

<sup>7</sup>) Cfr. C.I. 6. 42.30 (*Imp. Iustinianus A. Demostheni pp. Cum acutissimi ingenii vir et merito ante alios excellens Papinianus in suis statutis responsis ...*), C.I. 7.45. 4 (*Idem A. Demostheni pp.: Cum Papinianus summi ingenii vir in quaestionibus suis rite disposuit non solum iudicare, sed ipsum actorem, si e contrario obnoxius fuerit inventus, condemnare, huiusmodi sententiam non solum roborandam, sed etiam augendam esse sancimus, ut liceat iudici vel contra actorem ferre sententiam et aliquid eum*

dative come ‘*acutissimi ingenii vir et merito ante alios excellens*’ (cfr. C.I. 6.42.30) o come ‘*summi ingenii vir*’ (C.I. 7.45.14), circostanza questa che sembra alludere forse alla posizione preminente che gli era stata attribuita dalla legge delle citazioni, ma anche al prestigio goduto dal giureconsulto, che godeva appunto della stima e della considerazione di Triboniano e dei suoi collaboratori. Un segno evidente del ruolo di assoluta preminenza attribuito al giurista severiano dalla legislazione postclassica sembra altresì essere costituito dal fatto che la cancelleria tende ad accettare integralmente, dando ad essa una più ampia sfera di applicazione, l’opinione papiniana<sup>8</sup>.

Risulta, invece, essere diverso l’atteggiamento della cancelleria giustiniana nei confronti di Paolo, la cui opinione viene non solo talvolta rigettata, ma anche criticata<sup>9</sup>. Del resto una sia pur molto velata

---

*daturum vel facturum pronuntiare, nulla ei opponenda exceptione, quod non competens iudex agentis esse cognoscitur. cuius enim in agendo observavit arbitrium, eum habere et contra se iudicem in eodem negotio non dedignetur*, del 30 ottobre 529). La costituzione è priva di *subscriptio*: sul punto cfr. P. KRÜGER in «Codex Iustinianus» (*Editio maior*), Berlin, 1877 (rist. Goldbach, 1998), p. 684, nt. 1-2; nella letteratura meno risalente si veda, per tutti, G.G. ARCHI, *Il problema delle fonti del diritto nel sistema romano del IV e V secolo*, in *Giustiniano legislatore*, Bologna, 1970, p. 87, nt. 143 (= *Studi sulle fonti del diritto nel tardo impero romano. Teodosio II e Giustiniano*<sup>2</sup>, Cagliari, 1990, p. 71, nt. 144) e nella letteratura recente cfr. DI MARIA, *op. cit.*, p. 26 s.

<sup>8</sup>) Al proposito cfr. C.I. 6.42.30: ‘*Imp. Iustinianus A. Demostheni pp. 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 nepotem, pronepotem vel pronepotem vel aliam deinceps posteritatem, et eam restitutionis post obitum gravamini subiugaverit, non aliter hoc sensisse videatur, nisi hi qui restitutione onerati sunt sine filii vel filiabus vel nepotibus vel pronepotibus fuerint defuncti, ne videatur testator alienas successiones propriis antepone. Recitata septimo in novo consistorio palatii Iustiniani. D. III k. Non. Decio vc. cons.*’ (30 ottobre 529). Tale costituzione tratta dell’interpretazione della clausola di restituzione dell’eredità a favore dei nipoti. Il legislatore giustiniano richiama in apertura un responso papiniano (‘*Papinianus in suis statuit responsis*’) che risulta conservato nei *Digesta* in 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 patris suo restitueret: nepos liberis relictis intra aetatem supra scriptam vita decessit. fideicommissi condicionem coniectura pietatis respondi defecisse, quod minus scriptum, quam dictum fuerat, inveniretur*’. Al proposito cfr. la ricostruzione di O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Leipzig, 1889 [rist. Graz, 1960, e Roma, 2000], c. 924: sul punto cfr. altresì SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., p. 62-63 nt. 16. In particolare la fattispecie descritta dal giurista severiano è la seguente: un padre aveva istituito eredi il figlio e un nipote natogli da altro figlio premorto (‘*nepotem ex altero filio*’) pregando quest’ultimo di restituire la sua porzione allo zio coerede, nel caso che morisse prima di aver raggiunto i trenta anni (‘*si intra annum trigesimum moreretur*’). Il nipote muore prima di aver raggiunto l’età prefissa, ma muore lasciando a sua volta dei figli (‘*nepos liberis relictis intra aetatem supra scriptam vita decessit*’). Secondo il parere di Papiniano, anche se l’esistenza di tali ultimi figli sia rimasta inconsiderata dal disponente, essa deve valere tuttavia per annullare la *condicio fideicommissi* e ciò che altrimenti avrebbe formato oggetto della disposizione deve devolversi ai figli del nipote morto giacché il testatore aveva scritto meno di quanto intendesse disporre (‘*quod minus scriptum, quam dictum fuerat, inveniretur*’). Il fondamento della decisione papiniana risiede in una ‘*coniectura pietatis*’ che induce a supporre che l’avo disponente abbia inteso ordinare la restituzione allo zio dell’istituito solo condizionatamente alla inesistenza di figli di questo. Papiniano ritiene dunque che, accanto alla condizione espressa ‘*si intra annum trigesimum moreretur*’, sia apposta la condizione tacita ‘*si sine liberis decesserit*’. Nel testo tramandato in C.I. 6.42.30, la cancelleria ripropone ed estende la decisione papiniana prevedendo che la *condicio tacita* si applichi nei confronti di qualunque discendente onerato della restituzione dopo la morte. In definitiva tutte le volte che l’ascendente avesse pregato un figlio o una figlia, un nipote o una nipote, un pronipote o una pronipote, o un discendente qualsiasi, di restituire dopo la morte (‘*non tantum filium heredem instituens, sed etiam filiam, vel ab initio nepotem vel nepotem, pronepotem vel pronepotem vel aliam deinceps posteritatem*’), si doveva ritenere implicitamente apposta la condizione ‘*si sine liberis decesserit*’ e – interpretando estensivamente la portata del termine ‘*liberi*’ – la *restitutio* si doveva intendere esclusa non solo in presenza di figli dell’onerato, ma anche di nipoti o pronipoti, in modo che il testatore, attraverso il fedecommesso, non anteponesse successori estranei ai membri della propria famiglia (‘*ne videatur testator alienas successiones propriis antepone*’). Relativamente al testo di Papiniano conservato in D. 35.1.102 è ancora di qualche utilità il lavoro di E. COSTA, *Papiniano. Studio di storia interna del diritto romano*, III, Bologna, 1896, p. 61 s.; successivamente cfr. A. TORRENT, *The nature of the fideicommissum ‘si sine liberis decesserit’*, in «I.», XLIII, 1975, p. 77, e nella letteratura più recente cfr. L. DESANTI, *Restitutionis post mortem onus. I fedecommessi da restituirsì dopo la morte dell’onerato*, Milano, 2003, p. 99 ss., nonché G. LUCHETTI, *La const. ad senatum del 22 luglio del 530 e il progetto delle Quinquaginta decisiones*, in *Contributi di diritto giustiniano*, Milano, 2004, p. 30 e nt. 27.

<sup>9</sup>) Al proposito si veda C.I. 2.55(56).5.3: ‘*Licet non ignoramus Iulii Pauli opinionem et aliorum prudentium certorum, qui tetigerunt quidem huiusmodi quaestionem, quam in praesenti adgedimus, 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. (D. VI k. April. Constantinopoli Lampadio et Oreste vv. cc. cons.)*’ (27 marzo 530). Per un’analisi dell’intero testo normativo mi permetto di rinviare a

critica nei confronti del giurista severiano emerge anche dalla *const. Omnem* laddove si afferma 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* di Paolo<sup>10</sup>.

L'atteggiamento predominante verso i classici dunque sembra sì essere quello della *reverentia antiquitatis*, ma non manca, come ha esaurientemente dimostrato Donatuti<sup>11</sup>, la critica e la presa di distanza rispetto al passato; si tratta pertanto di un atteggiamento bivalente, in un contesto in cui agli occhi dei giuristi bizantini le figure dei classici non si presentavano certo come tra loro fungibili, ma mantenevano ben netta la loro individualità, come emerge dal testo di alcune *decisiones*.

3. Nelle costituzioni che vengono emanate a partire dal 1° agosto del 530 – data che può essere considerata il *dies a quo* del periodo di emanazione delle *Quinquaginta decisiones*<sup>12</sup> – al novembre dello stesso anno le costituzioni in cui compaiono citazioni nominative di giuristi classici sono in tutto otto e in esse oltre ai giuristi della legge delle citazioni e più precisamente a Papiniano (due volte), a Ulpiano (tre volte) e a Paolo, vengono nominativamente ricordati Celso, Giuliano (tre volte), Africano, Marcello (due volte), Marciano e Tertulliano<sup>13</sup>: potremmo dire, con espressione enfatica, che si assiste ad una «esplosione» di citazioni.

Parte della dottrina – ricordo in particolare Scherillo – ha sostenuto che prima della *const. Deo Auctore* la cancelleria di Giustiniano avrebbe agito sempre nell'orbita della legge delle citazioni e che pertanto, nelle *decisiones*, nei casi in cui si menzionano giuristi diversi, le citazioni dovrebbero comunque essere considerate di seconda mano<sup>14</sup>.

Tale tesi sembra però, a mio modesto parere, trovare un grave ostacolo proprio nei testi di alcune *decisiones* e in particolare nella *decisio* di seguito riportata in cui risulta inserita la citazione di Tertulliano:

C.I. 5.70.7.1a e 3-3 (Imp. Iustinianus A. Iuliano pp.): Licet Tertullianus iuris antiqui interpres libro singulari, quem de castrensi peculio condidit, tali tractatu proposito videatur obscure eandem attingere sententiam, tamen nos hoc apertissime introduximus. 3. Sin autem ex alia quacumque causa hereditas ad eum vel successio perveniat, tunc magna et inextricabilis vetustissimo iuri dubitatio exorta est, sive adire he-

---

DI MARIA, *La cancelleria imperiale e i giuristi classici*, cit., p. 28 ss., con indicazione della letteratura precedente.

<sup>10</sup> Cfr. *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, student lectitare: multo maioris et amplioris prudentiae ex eis thesaurum consecuturi, quam quem ex Paulianis habebant responsis ...'.

<sup>11</sup> Cfr. DONATUTI, *Antiquitatis reverentia*, cit., p. 206 ss. (= *Studi di diritto romano*, cit., p. 829 ss.).

<sup>12</sup> La circostanza può dirsi unanimemente condivisa dalla dottrina più autorevole: cfr., tra gli altri, G. ROTONDI, *Studi sulle fonti del Codice Giustiniano*, in «BIDR», XXIX, 1918, p. 148 ss. (= *Scritti giuridici*, I, Pavia, 1922, p. 232 ss.), SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., p. 63 ss., P. PESCANI, *Quinquaginta decisiones*, in «NNDI», XIV, Torino, 1967, p. 707, G.G. ARCHI, *Il diritto nell'azione politica di Giustiniano*, in «BIDR», XLVII, 1981, p. 40, M. BIANCHINI, *Appunti su Giustiniano e la sua compilazione*, I, Torino, 1983, p. 18 s., G. BASSANELLI SOMMARIVA, *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, Milano, 1983, p. 15 e nt. 10, R. BONINI, *Corso di diritto romano. Il diritto delle persone nelle Istituzioni di Giustiniano, i titoli III-X*, Rimini, 1984, p. 65, nt. 8, G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano, 1996, p. 31, nt. 33, e C. RUSSO RUGGERI, *Studi sulle Quinquaginta decisiones*, Milano, 1999, p. 15 ss., e della stessa autrice *Sulle Quinquaginta decisiones dieci anni dopo*, in «SDHI», LXXXVI, 2010, p. 445 ss. Sul punto si vedano anche M. VARVARO, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, in «AUPA», XLVI, 2000, p. 467 ss., J. PARICIO, *Sulle quinquaginta decisiones*, in «Labeo», XLVI, 2000, p. 506, e R. LAMBERTINI, *Se ci sia stato un Quinquaginta decisionum liber*, in «Dura», LVII, 2008-2009, p. 131 nt. 23.

<sup>13</sup> Mi riferisco a C.I. 4.5.10: Ulpiano, Papiniano, Marcello, Celso, Giuliano; C.I.7.7.1.1-1a: Marciano, Ulpiano, Paolo, Africano, Marcello; C.I. 5.70.7: Tertulliano; C.I. 3.33.15: Giuliano; C.I. 5.4.25: Ulpiano; C.I. 2.18(19).24: Giuliano; C.I. 6.2.22: Papiniano.

<sup>14</sup> G. SCHERILLO, *Sulle citazioni di giureconsulti classici nella legislazione di Giustiniano anteriore alla costituzione 'Deo auctore'*, in «RIL» 2ª s., LXIII, 1930, p. 419 ss. (= *Scritti giuridici*, I, *Studi sulle fonti*, Milano, 1992, p. 203 ss.). La tesi di Scherillo è già stata criticata da M. MASSEI, *Le citazioni della giurisprudenza classica nella legislazione imperiale*, in «Scritti di diritto romano in onore di C. Ferrini pubblicati dalla R. Università di Pavia», Milano, 1946, p. 403-475, il quale arriva ad una conclusione diametralmente opposta a quella di Scherillo sostenendo che Giustiniano non si sarebbe mai conformato alla legge di Valentiniano III; tuttavia l'autore si limita all'esame di poche costituzioni contenenti citazioni nominative di giuristi classici, pur fornendo uno schema in cui risultano inserite in ordine cronologico tutte le costituzioni con l'indicazione dei giureconsulti citati.

reditatem vel bonorum possessionem petere furiosus possit, sive non, et si curator eius ad bonorum possessionem petendam admitti debeat. et iuris auctores ex utroque latere magnum habuere certamen. 3a. Nos itaque utramque aciem auctorum certo foedere compescentes sancimus furiosum quidem nullo modo posse vel hereditatem adire vel bonorum possessionem agnoscere: curatorum autem eius licentiam damus, immo magis necessitatem imponimus, si utilem esse successionem existimaverit, eam bonorum possessionem agnoscere, quae antea ex decreto dabatur, et ad similitudinem bonorum possessionis habere, cum petitio bonorum possessionis constantiniana lege sublata est et ab ea introducta observatio pro antiqua sufficit petitione (D. k. Sept. Constantinopoli Lampadio et Oreste vv. cc. Conss.) (1° settembre 530).

In materia di *cura furiosi*, viene richiamata l'opinione di Tertulliano, opinione che lo *'iuris antiqui interpret'* avrebbe espresso nel suo *liber singularis de castrensi peculio*<sup>15</sup>.

Orbene, a proposito della citazione di Tertulliano è stato sostenuto che l'opinione del giurista consulto sarebbe stata desunta da Ulpiano<sup>16</sup>.

In effetti, nei frammenti conservati nel Digesto Ulpiano cita Tertulliano due volte (cfr. D. 28.5.3.2 [Ulp. 3 ad Sab] – *'... et sane et Iuliano et Tertulliano hoc videtur'* – e D. 29.2.30.6 [Ulp. 8 ad Sab]: *'... quod et Sextum Pomponium opinatum Tertullianus libro quarto quaestionum refert ...'*), ma in contesti che non sembrano presentare un diretto collegamento con l'istituto della *cura furiosi* e in cui non risulta mai menzionato il *liber singularis de castrensi peculio*.

L'ipotesi che si intende avanzare della lettura diretta dell'opera giurisprudenziale richiamata trova alimento tra l'altro nella stessa formulazione letterale della costituzione: *'Licet Tertullianus iuris antiqui interpret libro singulari, quem de castrensi peculio condidit, tali tractatu proposito videatur obscure eandem attingere sententiam, tamen nos hoc apertissime introduximus'* (§ 1a). Solamente leggendo l'opera originale del giurista citato i giustiniani possono rendersi conto che *'tali tractatu proposito videatur obscure eandem attingere sententiam'* e abbisogna dunque di chiarimenti e proprio al fine di risolvere le questioni adombrate nella trattazione di Tertulliano, la cancelleria interviene con la *decisio*, tramandata nei successivi paragrafi 3-3a<sup>17</sup>.

I dati fin qui illustrati, in particolar modo il dato testuale e specificamente la citazione circostanziata, sembrano indizi precisi della lettura diretta, da parte dei giustiniani, dell'opera di Tertulliano. Tesi questa che sembra altresì trovare alimento, a mio parere, nella circostanza che il *liber singularis de castrensi peculio* di Tertulliano risulta essere una delle opere inserite nell'*Index Florentinus*<sup>18</sup>.

A questo quadro va ancora aggiunto che quando le opinioni degli autori menzionati sono tratte dalle opere di uno dei cinque dell'*oratio* ravennate, il legislatore giustiniano lo dichiara espressamente:

C.I. 4.5.10: Imp. Iustinianus A. Iuliano pp. Si quis servum certi nominis aut quandam solidorum quantitatem vel aliam rem promiserit et, cum licentia ei fuerat unum ex his solvendo liberari, utrumque per

<sup>15</sup> Sulla perifrasi *'iuris antiqui interpret'*, che accompagna il nome di Tertulliano, cfr. H. SCHLOSSMANN, *Tertullian im Lichte der Jurisprudenz*, in «Zeitschrift für Kirchengeschichte», XXVII, 1906, p. 254 s., A. STEINWENTER, *'Tertullianus'*, in A. PAULY, G. WISSOWA, «Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft», V.1, Stuttgart, 1934, c. 844, e R. MARTINI, *Tertulliano giurista e Tertulliano padre della Chiesa*, in «SDHI», XLI, 1975, p. 124 nt. 142. Non credo tuttavia che si possano condividere le osservazioni degli autori appena menzionati che hanno sostenuto che l'espressione *'iuris antiqui interpret'* fosse stata utilizzata dalla cancelleria per non far sorgere il sospetto che si trattasse di Tertulliano padre della Chiesa, dovendo essere considerata piuttosto un'espressione tipica dell'*usus loquendi* dei giustiniani per indicare i giuristi classici; sul punto si veda DI MARIA, *La cancelleria imperiale e i giuristi classici*, cit., p. 54.

<sup>16</sup> Al proposito cfr. SCHERILLO, *Sulle citazioni*, cit., p. 419 ss. (= *Scritti giuridici*, I, cit., p. 203 ss.).

<sup>17</sup> Per una lettura circostanziata di C.I. 5.70.7 cfr. E. NARDI, *Squilibrio e deficienza mentale*, Milano, 1983, p. 110 ss., nonché D. DALLA, *La conferma del tutore e del curatore*, in «Index», XXVIII, 2000, p. 504-510; con particolare riferimento ai §§ 4-6c della costituzione cfr. altresì L. DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore*, Milano, 1995, p. 303. Per l'applicazione in via analogica delle disposizioni di C.I. 5.70.7 anche alla *cura prodigi*, si veda C.S. TOMULESCU, *Justilien et les prodigues (Quelques problèmes)*, in «AARC.», I, Perugia, 1975, p. 381; per altri aspetti particolari della costituzione mi permetto di rinviare a DI MARIA, *op. cit.*, p. 54 ss.

<sup>18</sup> Cfr. *Index Florentinus*, XXII, *Τερτουλλιανου, 2 de castrensi peculio βιβλίον ἐν*. A tal proposito si potrebbe obiettare che la presenza del *liber singularis de castrensi peculio* di Tertulliano nell'*Index Florentinus* indichi solamente che tale opera fosse stata excerpta durante i lavori del Digesto. Tuttavia tale obiezione non ha motivo di esistere se si propende per la tesi, che si vuole appunto avanzare, secondo la quale lo scandaglio dei materiali classici sarebbe iniziato prima della *const. Deo Auctore*, ossia durante l'emanazione delle *decisiones*: sul punto cfr. in specie DI MARIA, *op. cit.*, p. 178 ss.

ignorantiam dependerit, dubitabatur, cuius rei datur a legibus ei repetitio, utrumne servi an pecuniae, et utrum stipulator an promissor habeat huius rei facultatem. 1. Et Ulpianus quidem electionem ipsi praestat qui utrumque accepit, ut hoc reddat quod sibi placuerit, et tam Marcellum quam Celsum sibi consonantes refert. Papinianus autem ipsi qui utrumque persolvit electionem donat, qui et antequam dependat ipse habet electionem quod velit praestare, et huiusmodi sententiae sublimissimum testem adducit Salvium Iulianum summae auctoritatis hominem et praetorii edicti ordinatorem. 2. Nobis haec decisionibus Iuliani et Papiniani placet sententia, ut ipse habeat electionem recipiendi, qui et dandi habuit. D. k. Aug. Constantinopoli Lampadio et Oresta vv. cc. cons. (1° agosto 530).

C.I. 7.7.1.1-1a (Imp. Iustinianus A. Iuliano pp.): Et inventa est constitutio apud Marcianum in institutionibus divi Severi, per quam idem imperator disposuit necessitatem imponi heredi militis comparare partem socii et servum libertate donare. 1a. Sed et alia constitutio Severi et Antonini principum reperta est, ex qua generaliter necessitas imponebatur socio partem suam socio vendere, quatenus libertas servo imponatur, licet nihil lucri ex substantia socii morientis alii socio accedat, pretio videlicet arbitrio praetoris constituendo, secundum ea, quae et Ulpianus libro sexto fideicommissorum et Paulus libro tertio fideicommissorum refert, ubi et hoc relatam est, quod Sextus Caecilius iuris antiqui conditor definivit socium per praetorem compelli suam partem vendere, quatenus liber servus efficiatur: quod et Marcellum apud Iulianum in eius digestis notat: hocque et Marcellum, cum Iulianum notaret, rettulisse palam est. (D. k. Aug. Lampadio et Oreste vv. cc. cons.) (1° agosto 530).

Nella *decisio* tramandata in C.I. 4.5.10, che risolve i dubbi circa la scelta dell'oggetto nella ripetizione di indebito da obbligazione alternativa, la cancelleria imperiale ricorda il pensiero di alcuni giuristi classici<sup>19</sup>. In particolare si richiamano l'opinione di Ulpiano, che riferiva che conformi al suo parere erano stati Celso e Marcello (cfr. § 1: '*...et tam Marcellum quam Celsum sibi consonantes refert ...*'), e la *sententia* di Papiniano secondo cui '*sublimissimum testem adducit Salvium Iulianum summae auctoritatis hominem et praetorii edicti ordinatorem*' (§ 1).

In questo contesto va osservato che il nome di Papiniano non risulta più accompagnato da espressioni laudative, mentre ora è Giuliano ad essere celebrato con parole di ammirazione<sup>20</sup>. I giustinianeî spostano dunque l'attenzione dalla figura di Papiniano a quella di Giuliano, che viene celebrato come codificatore dell'editto e la cui autorità deriva evidentemente dalla lettura dei testi. Sembra dunque calare l'*obsequium* dei bizantini nei confronti di Papiniano e ciò in quanto la legge delle citazioni tende oramai ad essere messa in secondo piano.

A proposito di C.I. 4.5.10 va ancora rilevato che nel risolvere la controversia, la cancelleria fa propria l'opinione sostenuta da Giuliano e da Papiniano (cfr. § 2: '*Nobis haec decisionibus Iuliani et Papiniani placet sententia, ut ipse habeat electionem recipiendi, qui et dandi habuit*') nonostante i *veteres* si fossero schierati, in maggioranza, per la regola opposta. La *decisio* sembrerebbe essere, dunque, necessaria al fine di superare il principio della maggioranza previsto dalla legge delle citazioni. Probabilmente se i giustinianeî non fossero intervenuti, in forza di C.Th. 1.4.3, avrebbe di norma prevalso l'altra soluzione. Le

---

<sup>19</sup>) Per un esame approfondito della costituzione cfr., tra gli altri, G. IMPALLOMENE, *Note sull'adempimento dell'obbligazione alternativa ritenuta dal debitore cumulativa o semplice*, in «Studi E. Betti», III, 1962, p. 263 ss. (= *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996, p. 81 ss.) e, nella letteratura più recente, P. ZILLOTTO, *Studi sulle obbligazioni alternative nel diritto romano*, Milano, 2004, p. 30 ss.; con particolare riferimento alle citazioni nominative che risultano inserite nel testo conservato in C.I. 4.5.10, cfr. in specie DI MARIA, *op. cit.*, p. 41 ss.

<sup>20</sup>) Così anche in C.I. 3.33.15.pr.-2: '*Imp. Iustinianus A. Iuliano pp. Inter antiquam prudentiam dissensio incidit, si per servum usus fructus domino fuerit adquisitus et ex quibusdam casibus (multi enim rebus incidunt mortalibus) pars huiusmodi servi in alium pervenerit, utrum omnis usus fructus, qui antea per servum ad aliquem pervenerit, apud eum remaneat an totus tollatur vel ex parte deminuat, ex parte autem apud eum resideat? Et super huiusmodi dubitatione tres sententiae vertebantur, una, quae dicebat ex particulari alienatione servi totum usum fructum deminui, alia in tantum usum fructum deminui, in quantum et servus alienatur, tertia, quae definiebat partem quidem servi posse alienari, usum fructum autem totum apud eum remanere, qui ante servum in solidum habebat. et in novissimam sententiam et summum auctorem iuris scientiae Salvium Iulianum esse invenimus. Nobis autem haec decisionibus placuit Salvii Iuliani admitti sententiam et aliorum qui in eadem fuerunt opinione, quibus humanus visum est non interemptionem usus fructus studiosam esse, sed magis retentionem, quatenus, etsi pars servi alienatur, tamen nec pars usus fructus deperat, sed maneat secundum suam naturam integer atque incorruptus et, quemadmodum et ab initio fixus est, ita conservetur ex huiusmodi casu nullo deterioratus modo. D. [x] K. Oct. Lampadio et Oreste vv. cc. Cons.*' (1° ottobre 530).

*decisiones* annullano dunque, nei casi in cui se ne occupano, il meccanismo della legge delle citazioni.

In C.I. 7.7.1, si ricordano innanzi tutto una ‘*constitutio*’ emanata da Settimio Severo, che si dice fosse riferita nelle Istituzioni di Marciano (cfr. § 1: ‘... *inventa est constitutio apud Marcianum in institutionibus divi Severi* ...’) e una ‘*alia constitutio*’, dello stesso Settimio Severo e di Antonino Caracalla, che si dice fosse citata nei libri *de fideicommissis* di Ulpiano e di Paolo (cfr. §1a: ‘... *Ulpianus libro sexto fideicommissorum et Paulus libro tertio fideicommissorum refert* ...’) <sup>21</sup>. Si richiamano inoltre alcuni precedenti giurisprudenziali di epoca medioclassica concernenti in particolare le opinioni di Africano e di Marcello.

Per quanto riguarda la citazione di Sesto Cecilio Africano, è evidente che si tratta di una citazione di seconda mano in quanto la cancelleria dichiara espressamente che ‘*et Ulpianus libro sexto fideicommissorum et Paulus libro tertio fideicommissorum refert, ubi et hoc relatam est, quod Sextus Caecilius iuris antiqui conditor definit*’ (§ 1a). Relativamente alle *notae* di Marcello a Giuliano, Scherillo osservava che questa citazione doveva essere stata desunta da Ulpiano perché la maggior parte delle note di Marcello a Giuliano ricordate nel Digesto si conoscono attraverso Ulpiano che spesso le introduce con le parole ‘*Marcellus apud Iulianum notat* ...’ <sup>22</sup>. L’osservazione è esatta, però non si comprende come mai, se la nota di Marcello a Giuliano era ricordata da Ulpiano, Giustiniano non lo abbia dichiarato espressamente così come fa invece per Africano <sup>23</sup>. La spiegazione, a mio avviso, sta nel fatto che i redattori leggevano direttamente l’opinione di Marcello nella sua opera, probabilmente per effettuare il confronto con quanto trovato nei libri *de fideicommissis*. La citazione di Marcello, come quella di Tertulliano, deve dunque essere considerata una citazione diretta e non di seconda mano.

4. Le citazioni nominative dei giuristi diversi da quelli della legge di Valentiniano III inserite nelle *decisiones* sembrano testimoniare che le costituzioni emanate dall’agosto al novembre del 530 fossero già suggerite dal lavoro sulle opere classiche. Durante lo scandaglio dei materiali classici – presupposto delle *decisiones*, finalizzate alla risoluzione di singole questioni controverse il cui superamento era percepito come necessario al fine pratico di velocizzare i tempi della giustizia, amputando la *prolixitas* delle liti – probabilmente la cancelleria non si accontentava di riportare quanto trovato nelle opere dei giuristi della legge delle citazioni, ma provvedeva forse a leggere, quantomeno su rinvio, le opere originali degli autori menzionati. E’ probabile che la cancelleria avesse la materiale disponibilità e leggesse direttamente, anche se in ordine sparso, le opere degli autori richiamati anche se diversi da quelli indicati dalla legge delle citazioni.

Le *quingenta decisiones* sembrano dunque rappresentare lo spartiacque tra una prima fase in cui i giustinianeî agiscono ancora nell’ottica teodosiana nell’impiego degli *iura* e una seconda in cui la legge delle citazioni è ormai superata, almeno nelle intenzioni.

Le citazioni inserite nelle costituzioni emanate entro l’agosto del 530 e in particolar modo le citazioni che compaiono nelle *decisiones* sembrano testimoniare che agli occhi dei giuristi bizantini le figure dei classici non si sono mai presentate tra loro fungibili, mantenendo ben netta la loro individualità.

<sup>21</sup> Per questa parte del testo si veda ampiamente C.A. MASCHI, *Sulla origine del regime giustiniano della ‘manumissio’ del servo comune*, in «Studi A. Albertoni», II, Padova, 1937, p. 431 ss. Al proposito cfr. anche U. ROBBE, *Il diritto di accrescimento e la sostituzione volgare nel diritto romano classico*, Milano, 1953, p. 92-98, M. BRETONE, ‘*Servus communis*’. *Contributo alla storia della comproprietà romana in età classica*, Napoli, 1958, p. 141 ss., e G. IMPALLOMINI, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, Padova, 1963, p. 166 ss.

<sup>22</sup> Cfr. SCHERILLO, *Sulle citazioni*, cit., p. 427 (= *Scritti giuridici*, I, cit., p. 211): «di contro a ventiquattro note di Marcello a Giuliano riferite direttamente nelle Pandette, ve ne sono trenta che si conoscono attraverso Ulpiano: e costui poi riferendo le note, spesso le introduce con queste parole: *Marcellus apud Iulianum notat* ...». Per quanto riguarda le due citazioni di Marcello – ‘*Marcellus apud Iulianum*’ e ‘*Marcellum, cum Iulianum*’ – una delle due deve essere probabilmente considerata una glossa; sul punto cfr. G. ROTONDI, *La Cost. 1 C. Iust. 7, 7 e la «manumissio» del «servus communis» nei diritti orientali*, in «RIL.», I, 1917, p. 224 ss. (= *Scritti giuridici*, III, Pavia, 1922, p. 62 ss.).

<sup>23</sup> Sul punto cfr. MASSEI, *Le citazioni della giurisprudenza classica nella legislazione imperiale*, cit., p. 405, nt. 1, il quale ritiene che l’osservazione di Scherillo non si possa condividere perché altrimenti Ulpiano avrebbe citato nello stesso punto le coincidenti opinioni di Sesto Cecilio Africano e di Marcello *apud Iulianum* e conseguentemente Giustiniano avrebbe menzionato insieme, come ricordati da Ulpiano, sia Africano che Marcello. Sul punto cfr. quanto da me osservato in DI MARIA, *La cancelleria imperiale e i giuristi classici*, cit., p. 49 ss.

La cancelleria cita infatti giuristi diversi, giuristi con opinioni e personalità diverse, a seconda che si voglia evidenziare la continuità tra passato e presente per fornire al diritto vigente autorità e prestigio, oppure si intenda porre in risalto la discontinuità rispetto al passato al fine di enfatizzare, manifestando una componente autocelebrativa, i pregi e i meriti delle innovazioni introdotte da Giustiniano.

La tipologia qualitativa e quantitativa delle citazioni nominative mostra pertanto l'importanza, agli occhi dei bizantini, dei singoli giuristi classici con i quali Triboniano instaura un dialogo eleggendo «interlocutori» diversi a seconda della scelta normativa nonché ideologica da effettuare.