GLI SCOLII SINAITICI

Frammenti di un commentario greco all'opera di Ulpiano ad Sabinum elaborato nelle scuole d'Oriente del V secolo e riveduto dopo la compilazione di Giustiniano.

SOMMARIO

Introduzione

- I. Specchio degli scolii distinti in IV masse, secondo gli autori.
- II. Criteri distintivi delle III masse più antiche: contenuto, citazioni, forme linguistiche, sigla Sab.
- III. Caratteristiche formali e sostanziali della IV massa.
- IV. Se i fram. 3 § 1 e 9 D. de impensis cet. XXV-I furono estratti dal libro XXXVI di Ulp. ad Sabinum.
- V. Indagine se i §§ 18, 20 degli scolii sinaitici sieno insitici nel commento antico.
- VI. Confronto fra i §§ 18, 20 degli scolii sinaitici ed i cap. III, IX dei Basilici XXVIII-X, corrispondenti ai fram. 3 § 1 e 9 D. XXV-I.
- VII. Origine dei §§ 18, 20 degli scolii, annoverati nella IV massa, dai fram. 3 § 1 e 9 de impensis dei Digesti.
- VIII. I divieti di Giustiniano e la letteratura giuridica sulle parti della compilazione.
- IX. Tracce di opere di diritto pregiustiniane messe in armonia con la compilazione.
- X. In qual periodo di tempo si formò il commento all'opera di Ulpiano ad Sab.; quando fu riveduto. Incertezze sugli autori. I papiri a noi pervenuti.

I frammenti sinaitici, di cui mi accingo a trattare, scoperti nel 1880 dal Signor Bernardakis, nella biblioteca del chiostro del monte Sinai, e contenuti in 17 (?) fogli di papiro insieme incollati e pressati per uso di legatura, si trovano riprodotti in varie riviste e nelle raccolte di giurisprudenza antegustiniana. ¹⁾ La critica ha già discusso largamente il contenuto prezioso degli scolii, e coloro che hanno lavorato in questo campo hanno posto in sodo parecchi punti ritenuti omai indiscutibili. ²⁾

Tuttavia s'è pur detto che dell'importanza degli scolii finora non s'è trattato a sufficienza. ³⁾ Il mio lavoro infatti reca non poche modificazioni nei risultati, e diversifica dai lavori precedenti essenzialmente in questo, che i miei predecessori, preoccupati dal desiderio di dare un giudizio complessivo della nuova scoperta, si sono fermati, in generale, agli indizii esteriori, così per determinare l'epoca della redazione come per illustrarne il contenuto.

Ma è cosa certa, che la critica d'un'opera di diritto può essere soltanto allora sicura, quando le dottrine in essa esposte sieno sufficientemente vagliate e chiarite sotto i varii aspetti. In questo senso, è vero, lavorò già egregiamente e con la solita competenza l'Alibrandi; l'insigne romanista pertanto anche lui subì il fascino del nuovo tesoro che era venuto alla luce, e le sue osservazioni, per voler essere copiose e quasi complete anche nei particolari, riuscirono spesso arbitrarie, come quelle che si poggiavano su ricostruzioni ardite del testo assai imperfetto e lacunoso. ⁴⁾ Tali difetti, del resto, in questi lavori, che potremmo dire di prima impressione, sono inevitabili.

1) Pubblicati prima dal Dareste nel Bulletin de correspondance Hellénique IV p. 449 e seg. e poi nella Nouvelle Revue de droit français et étranger, IV p. 643 e seg. (1880). Zachariä v. Lingenthal nei Monatsberichte der Berliner Akademie der Wissenschaften, 1881 p. 620 e seg. Lenel, che riprodusse la litografia d'un foglio nella Zeitschrift für R. G. vol. II p. 333 e seg. (1881); P. Krüger nella Zeitschrift der S.S. IV p. 1 e seg. (1883); e nel vol. III p. 267 e seg. della Collectio. Alibrandi negli Studi e documenti di Storia e diritto, III p. 33 e seg., 99 e seg.; riprodotti ora nel vol. I delle opere giuridiche e storiche del Prof. Ilario Alibrandi, p. 417 e seg. (1896) — ed a questa nuova edizione mi riferirò sempre in seguito nelle citazioni — Huschke, jurisprudentia antejustiniana (5 ediz.) p. 815 e seg. P. F. Girard, Textes de droit romain, 2^a ed. p. 531 e seg. (1895).

2) Cfr. le illustrazioni che accompagnano gli scolii negli articoli di Riviste citati nella nota precedente, e specialmente Alibrandi, o. c. e Zachariä, Bullettino vol. V p. 1 e seg.

3) Così già l'Alibrandi, o. c. p. 451; Zachariä Bullettino cit. p. 3. Huschke l. c. p. 816.

4) Si confronti già in principio, o. c. p. 421, la illustrazione al § 2 degli scolii.

Lo studio interno di un'opera di diritto, per quanto limitata, richiede sempre una larga osservazione, lungo e paziente lavoro preparatorio, e per questo le generazioni successive ne ritraggono spesso più copiosi frutti e risultati più precisi potendo esse far tesoro dei lavori di altri, che hanno già spianata la via. Il piccolo contributo che io offro quindi, in questo *Bullettino*, per la illustrazione di questi scolii, limitato in varii sensi, mira più che altro a richiamare l'attenzione dei romanisti su questi avanzi della scienza giuridica romana, che ci pervengono attraverso la elaborazione delle scuole di diritto orientali.

I.

Specchio degli scolii distinti in IV masse, secondo gli autori.

I papiri, per quel che ne vien riferito, furono restituiti al loro ufficio, ma si trovano in cattivo stato. Il manoscritto, già scorretto e pieno di mende in origine, si presenta ora assai lacunoso come appare dall'apografo curato dal Bernardakis e riprodotto dallo Zachariä e dal Krüger. Le difficoltà nel testo si sollevano quindi ad ogni piè sospinto, senza speranza, finora, che si possa ricavare di più o di meglio di quello che offrono le migliori edizioni.

Riguardo al testo quindi, nello specchio che segue, e sempre, mi riporto all'edizione migliore e più diffusa, cioè a quella curata dal Krüger nel vol. III della *Collectio*; dalla quale tuttavia mi allontano solo in singoli punti, per seguire più da vicino la lezione che dà il manoscritto. Per questi confronti ho tenuto sempre presente l'apografo del Krüger. Nè credo necessario avvertire che nella collazione con le forme che presenta il manoscritto io avevo uno scopo determinato e circoscritto, quale emergerà da tutto il lavoro.

Nello specchio gli scolii che mi sembrano derivati da uno stesso autore sono riuniti in una stessa colonna, e perciò tutti i frammenti si presentano distribuiti in IV masse, secondo i varii autori, che successivamente sovrapposero allo strato primitivo altre osservazioni o aggiunte. La numerazione dei §§ è conforme all'edizione del Krüger. Di ogni § s'indica soltanto il principio, ove occorre anche la chiusa.

I

1. . . . . ?
 2 — *ιον ο ακίνδυνον... διπλοῦ*
5. τὰ αὐτὰ. . . . .
 6. *εν των responso (?)* . . . . .
 7. Ὁ ἐπερωτηθεῖς...παίδων . . . . .
 8 — *ἐκποιητο* . . . . .
 9. Τὸ πλέον μάθε . . . . .
 11. *Ex pecunia dotali* . . . . .
 12. — *καὶ ἐπὶ τῆς* . . . . .
 13 — *τῆς ἐραστευσεν.* . . . . .
 14. *Καὶ ὁ πατὴρ* . . . . .
 15. *Graviori.* . . . . .
 16. *κάνονα.* . . . . .
 17. *[N]ecessaria ἐστίν* . . . . .

- (18) *τοῦτό φησι καὶ ὁ Paulos...*
 19. *[U]bi non sunt corpora*
 20 — *να ἄλλα.....λογίζεται.* . . . . .
 21. *ob donationes* . . . . .

- (23) *μά[θ]ε* . . . . .
 24 ? . . . . .
26. *De dote* . . . . .
 27. *ac socer..... adventician* . . . . .
 28. Ἐὰν ὑπεξούσιος . . . . .
 29. *θε* . . . . .
31. Ἐπὶ πάσῃ . . . . .
 32. ? . . . . .
 33 *ἐπὶ τοῦ πατρὸς.. adventician* . . . . .
 34. *Διελθε* . . . . .
36. *διάταξις.....νόμου* . . . . .

II

4 -- [θ]περ
 ἐν facto...

3. *Σαβ.: ἐκ πλευρου . .*
Σαβ: κάνονα . . . . .
- . . . . . *ἄνδρα¹⁾.. . τουτο*
- Σαβ. σημειῶσαι . .*
Σημειῶσαι . . . . .
Σαβ. ὁ [M]odestinus...

22. *Sab. arbitrium . .*
 23. *Mora....rei uxoriae*
25. *Sab. — ἐν τῷ . . .*
- σημειῶσαι . . . . .*
30. *Sab. — ἐν τῷ . . .*
- σημειῶσαι²⁾ . . . . .*
35. *Sab. volenti . . .*
σημειῶσαι

IV

18. *Nos generali-*
ter....τὴν προῖκα.
- εἰ μὴ ἄρα . . .*

1) Cfr. cap. II sotto il n. 3.
 2) La nota indicata in questo punto risponde perfettamente all'altra dello scolio 27.

La sigla Sab. manca in entrambe, ma esse derivano certo da uno stesso autore. Or se si pone mente alla forma: *σημειῶσαι* usata costantemente da Sab¹⁾, se si riflette che la nota si riferisce con evidenza al contesto che precede, si deve escludere che possa derivare dal più antico scoliaste. L'annotatore invece ripete altre volte (v. § 35) osservazioni fatte. Per le stesse ragioni attribuisco all'annotatore i §§ 11, 23, 36.

37. In plano . . . . .
 38. Insulas . . . . .
 39. [U]bicumque . . . . .

42. εἶπεν . . . . .
 43. Πάρελθε . . . . .
 44. Sa ¹⁾ — Πάρελθε . . . . .
 45. nam latinus . . . . .
 46. Ὁ κατὰ . . . . .
 47. Πάρελθε
 48. — p. οὐκ ἔστιν — . . . . .
 49. [Πά]ρελθε . . . . .
 50. Capax . . . . .
 51. [l.e]gitimos . . . . .

(52)²⁾ — ἐξ ἑτέρων . . . . .

53. . . . .
 54. [Ἄλ]λος Titu . . . . .

40. In tute[*lis*, *Sa*]b...

41. [Qui]d si. Sab...

52. Sab. Παρακατιῶν....

μετὰ τὸν νεμ —

¹⁾ Così il C. Il Krüger, il Henschke completano anche qui la sigla Sab. attribuendo il § all'annotatore. Ma l'analogia coi §§ 34, 43, 47, 49 è assai evidente, ed il § va attribuito al primo scoliaste.

²⁾ Precede una lacuna; certamente la forma: ἐδίδαξα πλατέως va attribuita meglio all'autore del commento primitivo che all'annotatore. — In modo analogo si esprime altre volte l'antico scoliaste [v. §§ 26, 34, 45], laddove l'annotatore, § 35, dice: σοι ἐσημειωσάμην.

II

Criteri distintivi delle tre masse più antiche: contenuto, citazioni, forme linguistiche, sigla Sab.

Le prime tre masse di scoli presentano alcune caratteristiche, già osservate in parte dagli scrittori, e che rendono facile la classificazione dei paragrafi secondo la origine diversa.

1 *Contenuto*. Un importante argomento di distinzione è offerto in primo luogo dal contenuto. Lo scoliaste più antico, che può indicarsi come l'autore del commento, chiosava, come è co-

munemente ammesso, ¹⁾ l'opera di Ulpiano ad Sabinum. Il commento ha spiccatamente il carattere d'un *indice*. Lo scoliaste riproduce le dottrine esposte nell'esemplare in sunto, condensandole, con parole proprie, in proposizioni semplici a guisa di *regulae* o *definitiones*; quindi egli rende con ammirabile concisione il contenuto del testo, e, per quanto possiamo vedere, anche con fedeltà ed esattezza, tanto che quelle formulazioni ci svelano la mano d'un provetto maestro, che padroneggia la materia e che sa trarre dall'esposizione ulpiana, sempre abbondante e spesso frastagliata da citazioni e digressioni, il vero contenuto giuridico, il succo. In proposito basta confrontare più specialmente i §§ 7, 11, 13, 14, 17, 20, 27, 31, 38, 48.

Nella seconda massa ho indicato soltanto il § 4, ²⁾ che contiene un responso. La forma: *ἐρωτηθεὶς εἶπον*, propria ai giuristi rispondenti, non si rinviene altra volta nel commento. Il responso però si riferiva evidentemente alla prima proposizione del § 2, in cui, come pare ³⁾ l'antico scoliaste riproduceva la massima che leggiamo nel fr. 134 pr. D. 45-1, e che è poi direttamente citata dal giureconsulto greco.

Il terzo scoliaste possiamo indicarlo come annotatore. Le aggiunte che nel commento formavano la terza massa sono essenzialmente annotazioni ⁴⁾: *παραγραφαί* e come tali le designa nel § 35 l'autore: *ἐν τῇ... παραγραφῇ*. Più di frequente le annotazioni si riferiscono all'indice formato dall'antico scoliaste, e che era innanzi trascritto: così evidentemente nei §§ 3, 7, 9, ⁵⁾ 12, 33, 52; ovvero contengono illustrazioni al testo latino, che doveva essere in origine trascritto nel commento, ⁶⁾ così nei §§ 11 (?), 23 (?), 41; altre volte anche l'annotatore rileva la massima riprodotta dall'indice e aggiunge una distinzione [§ 3], o formula diretta-

1) Così Zachariä, Monatsberichte cit. p. 623; Krüger, Zeitschrift cit. p. 28; Alibrandi, o. c. p. 418.

2) Confr. in seguito sotto il n. 3.

3) Confr. la collocazione del § 4 nello specchio.

4) Zachariä, Monatsberichte cit. p. 624 e Bullettino cit. p. 3; Krüger l. c. e Geschichte der Quellen p. 320.

5) Cfr. Zachariä Bullettino cit. p. 3.

6) V. in seguito cap. X sotto il n. 7.

mente una regola generale [§§ 5, 12, 35], o ne integra la trattazione, [§ 52] ¹⁾

Spesso poi l'annotatore indica l'argomento e l'ambito del titolo ²⁾ del commento che ha innanzi con le parole: ἐν τῷ παρόντι [τίτλῳ] κεφαλαίῳ, [§§ 22, 25, 30, 35. 40]; ed è, perlomeno, possibile che queste indicazioni in origine fossero state apposte nel margine del manoscritto, integrate poi al testo nelle successive ricopie. ³⁾

Ad ogni modo è notevole che la terza massa è composta, in modo preponderante, di semplici annotazioni, e che solo diraro e per eccezione essa offre principii di diritto.

2 *Citazioni.* Con le differenze sostanziali notate coincide anche l'uso diverso che l'antico scoliaste (I) e l'annotatore (III) fanno delle citazioni.

Il primo non cita mai Ulpianus ad Sabinum, perchè quest'opera era appunto l'esemplare commentato. Confronta invece i punti di diritto illustrati da Ulpiano con i corrispondenti passi dell'opera di Paolo ad Sabinum così nei §§ 18, 34. Questi confronti riuscivano facili allo scrittore, perchè i due commentarii correvano paralleli; così il l. XXXVI del commentario ulpiano rispondeva in gran parte al l. VII di quello di Paolo.

Altra volta (§ 31) egli cita il libro VIII resp. di Paolo, e di altra citazione (§ 42) non si può precisare a quale autore si riferisca. In complesso quindi i confronti con le altre opere dei giureconsulti romani sono scarsi. E doveva esser così, dacchè il più antico commentatore, se mirava a riprodurre in breve l'opera di Ulpiano, non poteva diffondersi in larghe citazioni, che richiedono un lavoro preparatorio apposito e faticoso, e sono poi di nessuna utilità per la scuola.

Infine va soltanto pure accennato che il primo scoliaste conosce i tre Codici antegiustiniani e ne cita le C. nei luoghi opportuni: cfr. §§ 2, 5, 9.

1) Cfr. Krüger, Zeitschrift cit. p. 31, che contraddice giustamente l'asserzione dello Zachariä, cioè che la sigla Sab. sia premissa soltanto a semplici annotazioni. Ma vedi anche in seguito nel testo.

2) Cfr. Krüger, Collectio cit p. 267 n. 1.

3) V. in seguito cap. X. n. 7.

Le citazioni invece sono più copiose da parte dell'annotatore. I confronti anzi con altre opere formano la parte essenziale del suo contributo al commentario.

Egli cita naturalmente come il primo i Codici Gregoriano, Ermogeniano e Teodosiano [§§ 3, 5, 9, 10, 52]; ma si distingue dal suo predecessore in quanto egli conosce anche costituzioni più recenti, emanate dopo la pubblicazione del C. Teodosiano, e che furono aggiunte (*adiectae*) come appendice alle raccolte dei Codici. ¹⁾ Così nel § 9 cita *διάταξις μετὰ τὸν Greg. κώδικα*; ed una citazione analoga, riferentesi al Teodosiano, si avrebbe secondo lo Zachariä nel § 52, in cui però il testo è lacunoso. ²⁾

Nelle sue annotazioni all'indice, l'annotatore pone speciale cura nel fare dei confronti con altre opere; e cita Marcianus hypothecaria (§ 11); Modestinus II, tit. VI differ. (§ 12); Ulpianus ad edictum tit. de in integrum restitutione; Florentinus III Inst.; Modestinus I regul.; Paulus V ad Sab. (§ 35); Ulpianus ad Sabinum (?) ³⁾ (§ 52).

Il metodo di citazioni è presso i due scoliasti identico. Ma tuttavia si potrebbe osservare che l'annotatore appare più esatto e scrupoloso dell'antico, in quanto egli più di frequente, oltre l'opera ed il titolo, aggiunge più dettagliate sottoindicazioni, cioè il foglio e la collocazione della regola o delle parole. (§ 35). Ma questo anche si spiega benissimo. Il primo commentatore chiudendo l'opera di Ulpiano cita, come si disse, quasi esclusivamente Paolo ad Sab., e questo commento essendo più conciso ma parallelo a quello di Ulp. bastava venisse indicato col solo titolo. L'annotatore invece, che allarga i confronti con altre opere, che seguivano altro sistema e aveano un contenuto essenzialmente diverso, avea bisogno di essere più minuto nelle citazioni; tanto è vero che anche egli nel § 35 nel citare Paolo ad Sab. dà solo indicazione del libro; e viceversa il primo scoliaste, nel § 31, riportandosi ad altra opera di Paolo [resp.] indica il libro, il titolo con rubrica ed il foglio (dalla fine del libro).

¹⁾ Const. Summa Reipublicae § 1; Haec quae necessario pr. e § 2; Krüger, Geschichte p. 282, 283.

²⁾ Alibrandi o. c. p. 420 riferisce anche la citazione del C. Th. nel § 2 ad una C. adiecta, ma riporta il testo con varianti.

³⁾ Cfr. Alibrandi o. c. p. 445.

3. *Forme linguistiche.* Pochi indizii, ma abbastanza concludenti, si hanno dal lato formale per stabilire la diversa origine delle prime tre masse. Essi acquistano però maggior valore qualora si consideri che noi abbiamo un materiale assai limitato, e di più che gli autori, come si vedrà in seguito, lavorarono successivamente a formare il nostro commento in un elasso di tempo abbastanza ristretto, circa trent'anni.

Le differenze sono in proposito costanti. Il primo scoliaste richiama l'attenzione del discente con l'espressione: *μάθε* (§§ 9, 23); rimanda alla materia altra volta trattata con le forme: *ἐδίδαξα* (*πλατέως*); *εἶπον*, così nei §§ 34, 45, 52, o avverte l'uditore di sorvolare su alcuni punti con la forma: *πάρελθε* (*διέλθε*), così nei §§ 34, 43, 44, 47, 49. Questi modi di dire rivelano bene la qualità di docente dello scrittore, e l'origine del commento dalla scuola, ¹⁾ probabilmente Berito. Che anzi noi vediamo nel commentario adottato il sistema d'insegnamento delle scuole di diritto pregiustiniane, quale è descritto da Giustiniano nella rapida relazione che egli ne fa nel § 1 della Const. Omnem, ove appunto lamenta il metodo discontinuo e a sbalzi dell'insegnamento: *sed multas partes eorum quasi supervacuas praeteribant.... pauca ex multis etc.*

Dalle maniere di dire invece il terzo scoliaste si rivela come semplice annotatore, e mai usa le espressioni più direttamente proprie al docente; così se egli formula una regola non dice *μάθε*, ma sibbene *κάνονα ἔχε* (§ 5); se ricorda osservazioni altre volte fatte non dice *ἐδίδαξα*, ma *ἐσημειώσαμην* (§ 35), e quasi tutte le note poi hanno la forma: *σημείωσαι*, così nei §§ 10, 11, 23, 27 33, 35, 36; questo verbo invece, per quanto ho potuto vedere, non è mai adoperato dal primo autore, dacchè nel § 45 è soltanto supplito dagli editori degli scolii.

La pena convenzionale è indicata con vocaboli diversi dai tre primi scoliasti. ¹⁾ Il più antico ha sempre il termine tecnico latino con flessione greca; così 4 volte nei §§ 2, 6, 7. L'annota-

¹⁾ Forme analoghe si hanno per es. nelle annotazioni di Taleleo, e nell'Indice di Stefano; cfr. Zachariä Zeitschrift der S. S. vol. X p. 263 e seg.; Heimbach, Prolog. p. 74, n. 24, 26.

¹⁾ L'osservazione fu fatta già dallo Zachariä, Bull. cit. p. 3 e risponde con precisione alle mie indagini.

tore invece ha il termine greco *πρόστιμον* (§§ 3, 7), ed in base a quest'indizio potei attribuire all'annotatore la chiusa del § 7, dacchè non possiamo di certo supporre facilmente che il primo commentatore, avendo usato due volte il termine latino nel § precedente, ed una volta nella prima proposizione del § 7, avesse poi nella chiusa scelto il vocabolo greco. E si deve poi notare che, nell'ultimo periodo, alla parola *ἄνδρα* precede una lacuna. Il contenuto di quest'ultimo periodo potrebbe bene essere una nota all'indice che precede, e così ha ricostruito il testo sagacemente l'Alibrandi. ¹⁾ La traduzione invece che danno il Krüger e il Huschke in questo punto sodisfa poco, perchè essi rendono in unico contesto il passo lacunoso:

L'autore del responso, nel § 4, fa pure menzione della pena convenzionale. Il manoscritto qui ha chiaramente la lezione *προστιμιοντ*, per cui lo Zachariä ²⁾ leggeva *προστίμιον*, notando la differenza. ³⁾ Se il codice non ha qui una delle solite scorrezioni, l'autore del responso si distinguerebbe pur in questo del primo scoliaste ed anche dall'annotatore. Ma ad ogni modo è certo che il responso non deriva dal commentatore più antico, perchè questi, come si disse, usa sempre in proposito il termine latino. Se guardiamo poi al contenuto del § 4, non possiamo attribuirlo all'autore delle *paragraphae*.

Come si vede gl'indizii di forma sono per sè stessi insufficienti, ma non si può negare che nell'insieme danno molta luce e rendono, per quanto si può sperare, assai probabile la diversa origine delle tre masse. Altri forse riuscirà a trovar di più.

4. *Sigla Sab.* Fra gl'indizii esteriori ve ne ha uno di speciale importanza. Le annotazioni che furono apposte dopo all'indice portano normalmente la sigla *S̄ab.* o *C̄ab.* che certamente indica l'autore. ⁴⁾ Dico normalmente perchè le lacune che si trovano in varii punti del manoscritto e le mende di cui lo stesso è

1) O. c. p. 423.

2) Bull. cit. pag. 3.

3) Tutti gli altri editori, Krüger, Alibrandi, Huschke correggono il testo e danno *πρόστιμιον*, come già lo stesso Zachariä nei *Monatsberichte* cit. p. 629.

4) Così Zachariä, *Monatsberichte* cit. p. 624 e Bull. cit. p. 3; Krüger, *Zeitschrift* cit. p. 31; *Collectio* cit. p. 267; *Geschichte* p. 320; Huschke, l. c. p. 816.

pieno non ci danno completa affidanza per ritenere che non vi sieno anche in questo errori o indicazioni perdute. Per parte mia, dall'esame specialmente del contenuto e per certe caratteristiche formali, ho creduto che la sigla manchi nei §§ 7, ¹⁾ 11, 23, 27, 33, ²⁾ 36 e che sia erroneamente apposta dagli editori al § 44. ³⁾

Ma la diversa origine degli scolii è ammessa dagli scrittori quasi generalmente. Così dallo Zachariä, dal Krüger e dal Huschke nei l. c., i quali distinguono già per il contenuto gli *indices* dalle *paragraphae* e notano che a quest'ultime è premessa, di solito, la sigla Sab. Fra coloro che hanno meglio illustrati i nostri scolii, solo l'Alibrandi ⁴⁾ dissente in modo assoluto. Egli ritiene che i fram. derivino da un unico commentario, che appare a lui omogeneo, e quindi lo attribuisce ad un solo autore. Conseguentemente l'Alibrandi, ⁵⁾ sulle orme del Dareste, ⁶⁾ riferisce la sigla Sab. a Sabinus e così la scioglie sempre.

Ma che l'insieme degli scolii non rappresenti un unico commento, s'è visto abbastanza. Affatto insostenibile è poi il riferimento della sigla a Sabinus, solo che si osservi, anche fuggevolmente, la massa degli scolii ai quali è premessa. Si confronti p. es. l'annotazione al § 3 ed al § 9. Nè vale incontro come un forte argomento quello rilevato dall'Alibrandi, ⁷⁾ cioè che la sigla Sab. è seguita sovente da una parola latina. Vuol dir questo necessariamente che il glosatore veniva colle parole seguenti a spiegare un passo dell'esemplare che cominciava con quel nome? Ma l'Alibrandi non ha osservato, come pare, che le parole latine se seguono la sigla nei §§ 22, 35, tante volte pure la precedono, così nei §§ 40, 41. Or questo fatto, è palmare, non si spiega con la ipotesi dell'Alibrandi. ⁸⁾ Invece l'uno e l'altro sistema trova

1) Cfr. avanti sotto il n. 3.

2) Cfr. la nota a questo § nello specchio al cap. II.

3) Cfr. la nota a questo § nello specchio al cap. II.

4) o. c. p. 449.

5) O. c. p. 421, 449, 450. Così anche Lenel Zeitschrift cit; Ferrini, Storia p. 134.

6) Nouvelle R. cit.

7) o. c. p. 421, 449.

8) Contro l'Alibrandi anche il Krüger Zeitschrift cit. p. 30. In dubbio il Landucci, Storia, 2 ed. vol. I p. 277 n. 12.

una spiegazione plausibile, ove si rifletta che l'annotatore chiocando un lungo passo dovea rilevare a quali parole del testo latino, che stava innanzi trascritto nel commentario, o a quale parte dell'Indice, che pur precedeva, si riferisse la sua annotazione. La forma degli scolii greci, quale ci è nota dall'apparato apposto ai Basilici, le glosse della scuola Bolognese possono servir bene di confronto.

La sigla Sab. si riferisce quindi all'autore delle note. Lo Zachariä ¹⁾ tentò anche di porre in luce il personaggio dalla stessa indicato, e congetturò potesse essere Sabacius ricordato nella Novella 35 (anno 535), che collaborò, forse, nella compilazione come segretario. Ma la congettura dello Zachariä va respinta ²⁾ in modo assoluto perchè, come vedremo, l'annotatore scriveva nel sec. V, prima dell'anno 472

III

Caratteristiche formali e sostanziali della IV massa.

La dimostrazione che i frammenti della IV massa non poterono essere scritti da uno dei precedenti autori, è ancora più facile; perchè in essi sorprendiamo locuzioni, contenuto, connessione di periodi del tutto singolari e, sotto altro aspetto, in un commento di questo genere, anche sorprendenti. Questa massa ha inoltre una speciale importanza per la critica del commento, e difatti nei capitoli del presente lavoro, che seguono, l'esame si riferisce esclusivamente agli scolii in essa annoverati.

Lo scrittore che aggiunse i due scolii: 18 e 20 si distingue spiccatamente dagli altri per l'uso della forma: $\delta\rho\acute{\alpha}\varsigma, \pi\acute{\omega}\varsigma = \text{vides quomodo}$, ³⁾ laddove il primo scoliaste scrive, come s'è visto, $\mu\acute{\alpha}\theta\epsilon$; l'annotatore $\sigma\mu\epsilon\iota\omega\sigma\alpha\iota$.

Gli altri commentatori più antichi, inoltre, per richiamare l'attenzione del discente su di un punto di diritto, si rivolgono allo stesso in singolare, come è del resto comune presso i greci; invece lo scrittore del § 18 si computa anch'egli fra gli studiosi

1) Monatsberichte cit. e Bull. cit.

2) Contro pure Krüger Zeitschrift cit. p. 30 n. 5; Alibrandi o. c. p. 449.

3) Si rinviene questo modo dire anche nell'Indice di Stefano; v. Heimbach, Proleg.

e dice: Ulp. *κατατίθει ἡμῖν* = *regulam nobis ponit*. ¹⁾ Anche la citazione riferentesi ad Ulpiano è di certo in questo punto dell'opera notevole. Mai si potrà supporre che derivi dal primo scoliaste, ²⁾ il quale commentava appunto il testo di Ulpiano ad *Sabinum* e quindi non cita altra volta il suo autore. Se Ulpiano è richiamato anche nel § 35, la citazione si riferisce al commento all'editto, nel § 52 poi manca l'indicazione dell'opera, per la lacuna del testo; ma ad ogni modo noi due casi quel che cita è l'annotatore, Sab. Nel § 18, inoltre, insieme al nome del giureconsulto non è designata la fonte, da cui attinge lo scrittore, e ciò non avviene in tutte le altre citazioni. Di più, al nome di Ulpiano non è premesso l'articolo "ὁ", e questo non è mai ommesso nel manoscritto innanzi ai nomi dei giureconsulti romani. Il sospetto di una lacuna è escluso, ³⁾ dacchè le lettere del manoscritto sono in questo punto compatte. Tutte queste anomalie non possono attribuirsi a puro caso, ed una spiegazione plausibile delle stesse sarà data nel cap. VII.

Nè questo è tutto: materia d'osservazione ne porge pur il contenuto dei §§; in essi non troviamo più la natura degli indices, e meno poi potrebbero i due scolii caratterizzarsi come annotazioni al testo ulpiano: in evidente contrasto con la forma consueta del commento, in questi punti la esposizione è prolissa, più che una traduzione letterale essa rappresenta una parafrasi dei passi corrispondenti dei digesti: 3 § 1 e 9 D. XXV, 1, e specialmente del primo. Nel § 18 non mancano nemmeno varii esempi, destinati ad illustrare il concetto giuridico posto; e va notato che in tutti gli altri scolii di esempi non se ne ha orma. Ma fossero, perlomeno, quegli esempi esatti, come dovremmo aspettarci! tutt'altro: il testo greco è per questo riguardo manchevole, pecca per difetto di precisione. Nel § 20 poi è sacrificata la logica; il principio giuridico, enunciato nel primo periodo, scompare, divorato dal periodo che segue, il quale del resto si presenta sotto la forma modesta di una semplice eccezione. Tali difetti sono piuttosto sorprendenti in un commento di questo ge-

1) Cfr. per forme analoghe in Taleleo, Heimbach, Proleg. p. 74 n. 25.

2) Cfr. in seguito cap. VI, sotto il n. 2.

3) Come avviene p. es. nel § 12.

nere, e ad ogni modo gli scoli annoverati nella IV massa si distaccano, di gran lunga, dal resto dell'opera, sia che si ravvicinino agli indices del più antico commentatore, in cui è notevole la formulazione breve e pregnante dei concetti, sia che si confrontino con le annotazioni che nulla lasciano a desiderare per esattezza e precisione.

Ma anche su ciò meglio in seguito.

IV.

Se i frammenti 3 § 1 e 9 D. de impensis cet. XXV-I furono estratti dal libro XXXVI di Ulp. ad Sabinum

1. Nel libro XXXVI *ad Sab.* Ulpiano trattava, anzitutto, del d. dotale, ed a questo proposito svolgeva con ampiezza le norme relative alle *retentiones propter impensas* che avevano, nel d. clasico, una speciale importanza nella teoria della dote. ¹⁾

Il fr. 3 § 1 cit. riguarda appunto la distinzione delle *impensae* e così si esprime:

Nos generaliter definiemus multum interesse, ad perpetuam utilitatem agri vel ad eam quae non ad praesentis temporis pertineat, an vero ad praesentis anni fructum: si in praesentis, cum fructibus hoc compensandum: si vero non fuit ad praesens tantum apta erogatio, necessariis impensis computandum.

Si vuol dare in questo passo una norma generale, un criterio preciso per poter distinguere a colpo d'occhio, per via di elementi esteriori, quali spese debbano ritenersi come *necessariae (in rem)*, e quali fatte per la produzione dei frutti (*in fructus*). Ma la definizione che offre il testo è, evidentemente, sotto ogni aspetto infelice: come ebbi occasione di dimostrare altrove, ²⁾ essa appare non solo angolosa nella formulazione, ma trovasi, poi, in contraddizione con altri testi ricavati dalle opere dei giurecon-

¹⁾ Cfr. Lenel, *Palingenesia* vol. II, col 1151 e seg.

²⁾ *Archivio Giuridico* vol. 58 pag. 78 e seg.

sulti romani, e, infine, porta, nei risultati pratici, a grossolane assurdità.

I giureconsulti romani, a parte il sacro terrore che avevano per le definizioni, non tentarono mai, in questa materia, formulazioni astratte; appunto perchè il distinguere quali spese sono fatte per la cosa dalle spese occorrenti alla produzione dei frutti è una quistione di puro fatto, che può soltanto essere decisa dai pratici, in buona parte anche dalla opinione della vita. Il criterio fondamentale è dato sempre dalla natura delle opere, è vero, ma i generi di coltura, l'esercizio delle industrie variano notevolmente nei diversi luoghi, più di frequente per le condizioni naturali, delle volte anco per ragioni economiche, ed altre volte soltanto per consuetudine.

La giurisprudenza, nella grande varietà delle opere destinate alla produzione, non ha quindi la possibilità di poter formulare un criterio di distinzione che serva di misura per tutti i casi, e, inoltre, una simile indagine esorbita, evidentemente, dal suo compito, che è senz'altro limitato all'applicazione delle conseguenze giuridiche alle varie categorie di spese, di cui il concetto e la delimitazione debbono essere già apprestati dalla tecnica speciale di una determinata materia, sia questa agricola, industriale, commerciale o altra che si voglia.

Ed è notevole pertanto l'osservare che queste considerazioni trovano già diretto appoggio nel fr. 15 dello stesso titolo dei digesti, XXV-I. Nerazio nel l. II *membran.* si era proposto il quesito di ricercare un criterio che fosse per sé adatto a distinguere le spese necessarie *in rem* dalle spese per i frutti, ma vi rinunzia immediatamente rilevando la difficoltà, con le incisive parole:

— non tam facile in universum definiri quam per singula ex genere et magnitudine impendiorum aestimari possunt.

ma ciò vuol dire che il nostro autore, e di certo anche la giurisprudenza del periodo anteadrianeo, aveva avuto piena coscienza, non solo delle difficoltà insormontabili che si opponevano alla formulazione di una norma generale, ma altresì del fatto che una simile indagine non rientra nella sfera della scienza del diritto, ma è essenzialmente di natura tecnica, come appunto ho

detto. Una classificazione dei *genera impendiorum* non può esser data che dai pratici di una data materia, in certi casi anche dall'opinione comune; e tale rimando, da parte del giureconsulto che si proponeva appunto di distinguere le varie categorie di spese, implica per sè, e spiccatamente, una rinunzia a rispondere al quesito posto.

Tutt'al più, dunque, si potrebbe rivolgere l'esame in altra direzione e indagare se la giurisprudenza posteriore a Nerazio fosse riuscita a formulare, o per lo meno avesse tentato di stabilire un criterio generale di distinzione nella nostra materia. Ma in proposito nemmeno il dubbio mi sembra possibile. Già è notevole il fatto che noi troviamo, costantemente, nelle opere dei giureconsulti classici illustrate le varie categorie di spese soltanto per via di esempi ricavati dai casi pratici più ordinari e frequenti, e mai un accenno ad un criterio di distinzione astrattamente formulato. Il concetto posto dal fr. 3 § 1 cit. non è noto certamente, come si è visto, a Nerazio, che si occupa di spese per i frutti; nemmeno poi lo conosce Pomponio, citato a questo proposito da Ulpiano nel fr. 7 § 16 D. 24-3;¹⁾ è ignoto inoltre a Paolo che tratta di spese in diverse opere e spesso con ampiezza, così nel l. VI *ad Plautium* ²⁾, nel l. VII *ad Sabinum* ³⁾, nei l. XX ⁴⁾ e XXXVI ⁵⁾ *ad edictum*; e quel che è più notevole poi, lo stesso Ulpiano, che trattava *ex professo* di spese per i frutti nel l. XXXI *ad Sabinum*, ignora completamente questo criterio di distinzione, e si limita, come gli altri giureconsulti, a dare alcuni esempi ricavati da Pomponio, come vedremo fra breve.

La formulazione contenuta nel fr. 3 § 1 ci si presenta quindi affatto isolata, e ciò nel senso che essa non ha addentellato alcuno, nemmeno indirettamente, in altre testimonianze delle fonti, che contengono le dottrine dei giureconsulti romani relative alla ma-

1) Pomponio tratta di *impensae* nel l. XIV e l. XVI *ad Sab.*; cfr. Lenel, *Pal.* II pag. 117 e seg.

2) Cfr. fr. 38 § 13 (22-1), fr. 56 (23-3), fr. 79 (50-16).

3) Cfr. fr. 28 (24-1), fr. 8 (24-3), fr. 2, 6, 8, 12 (25-1) — Lenel, *Pal.* I pag. 1273 e seg.

4) Cfr. fr. 36 § 5 (5-3).

5) Cfr. fr. 4, 10 (25-1).

teria. Anche gli scrittori, nei trattati di diritto, hanno normalmente ignorato nella classificazione delle spese il criterio distintivo posto dal nostro testo; soltanto il Brinz ¹⁾, e di recente il Petrazycki, ²⁾ per quanto ho potuto vedere, degnarono di particolare considerazione il fr. attribuito ad Ulpiano, ma, com'io credo, senz'alcun frutto. Tutto ciò si spiega benissimo, poichè la definizione del fr. 3 § 1 non ha, in modo assoluto, alcun valore intrinseco. ³⁾

Resta a vedere dopotutto se Ulpiano ha veramente la responsabilità di tale concezione, per ogni verso infelice. Per questa indagine abbiamo elementi molto decisivi, che risolvono il dubbio nel modo più semplice. Ne soccorre anzitutto l'osservazione del sistema ulpiano nel commento a Sabino, dal quale esame risulta: che Ulpiano avea trattato in altro libro della sua opera delle spese pei frutti; che nel l. XXXVI non vi era alcun posto per una tale trattazione; e che il contenuto del fr. 3 § 1 trovasi in contraddizione con la dottrina esposta da Ulpiano.

Il nostro giureconsulto infatti aveva svolta la materia dei frutti dotali nel l. XXXI del suo commento. Varii frammenti tratti da questo libro furono riuniti dal Lenel ⁴⁾ sotto la rubrica: *de dotis fructu*; e dall'esame del contenuto di essi ⁵⁾ possiamo bene argomentare che Ulpiano ne aveva trattato in questo punto ampiamente, rispondendo a tutti i quesiti che meritavano speciale considerazione. Il più importante per noi è il fr. 7 D. 24,3, in cui Ulpiano passava a trattare dei frutti in rapporto alle spese. E quivi pone, già nel principio del fr., la regola fondamentale:

fructus eos esse constat, qui deducta impensa supererunt;
ed era naturale, anzi necessario che il giureconsulto avesse anche in questo punto precisato il concetto delle spese pei frutti, dapprima per sè stesso, e poi in contrapposto alla categoria delle spese necessarie. Ed Ulpiano, infatti, risponde al quesito nella chiusa del fr. in un modo esauriente. Ecco le parole del testo:

1) Pand. vol. III p. 729.

2) Die Lehre vom Einkommen vol. I, specialmente p. 157.

3) Confr. Riccobono, Archivio Giuridico vol. 58 p. 61, 64 e segg.

4) Paling. II p. 1133.

5) Sono i fram. 7 D. 23, 3. 4. D. 23, 4; 5 D. eod.; 7 D. 24, 3.

fr. 7 § 16 D. 24-3.

Impendi *autem* fructuum percipiendorum Pomponius ait, quod in arando serendoque agro impensum est, quodque in tutelam aedificiorum aegrunde servum curandum, scilicet si ex aedificio vel servo fructus aliqui percipiebantur. sed hae impensae non petentur, cum maritus fructum totum anni retinet, quia ex fructibus prius impensis satisfaciendum est. plane si novam villam necessario extruxit vel veterem totam sine culpa sua conlapsam restituerit, erit eius impensae petitio: simili modo et si pastina instituit. hae enim impensae aut in res¹⁾ necessarias aut utiles cedunt pariuntque marito actionem.

Il lato notevole di questo fr. è che esso trovasi in forte contrasto col fr. 3 § 1 in esame. L'obbietto della trattazione è identico in entrambi, e si estende sui tre punti seguenti: determinare il concetto delle spese pei frutti; distinguerle dalle necessarie; indicare gli effetti giuridici delle due categorie. I due testi, secondo le indicazioni che ci offrono i digesti, sarebbero stati scritti dallo stesso autore, Ulpiano, ed inseriti nella stessa opera. Ma le due trattazioni coincidono solo in un punto, nella determinazione degli effetti giuridici che derivano dall'una o dall'altra categoria di spese; in tutto il resto troviamo due ordini di idee affatto diverse, nè voglio dire per ora oppugnanti.

Infatti nel fr. 7 § 16 cit. Ulpiano non espone evidentemente idee proprie, ovvero una dottrina speciale, chè piuttosto ricava il suo insegnamento, come già di frequente, da Pomponio. Egli distingue inoltre le spese pei frutti dalle necessarie *in rem* per via di esempi tratti dal suo esemplare, senza punto tentare una formulazione generale ed astratta. In contrapposto, nel fr. 3 § 1 noi troviamo una dottrina nuova, del tutto particolare allo scrittore: *nos definiemus*; e la distinzione è presentata in una forma astratta, in base ai seguenti criterii generali: sono spese necessarie quelle che hanno una *perpetua utilitas* o, perlomeno, che non

1) La parola *res* è notata dal Lenel, Pal. 1135, e dal Mommsen come un glossema; ma piuttosto si deve osservare che quest'ultimo periodo fu modificato dai compilatori, come dirò in seguito; Ulpiano scrisse forse semplicemente; hae enim impensae in necessarias cedunt pariuntque marito retentionem. Infatti nell'ultima parte del fr. si parla soltanto di spese necessarie (*plane si... necessario...*) in contrapposto a spese pei frutti.

sono utili *tantum ad praesens*; sono invece spese pei frutti quelle la cui utilità è limitata *ad praesentis anni fructum*. Or di questo criterio, che dovrebbe essere decisivo, non vi ha nel fr. 7 § 16 cit. il più lontano cenno, nessun indizio o germe che dir si voglia; e i due fr. quindi differiscono nei punti essenziali in modo da costituire due tipi diversi, per la intrinseca struttura e per la concezione.

Passiamo ad osservare ora più direttamente il fr. 3 § 1, che figura nei Digesti estratto dal l. XXXVI del commento ulpiano.

Sotto il titolo *de retentionibus* ¹⁾ Ulpiano si occupava delle *impensae in rem* esclusivamente, come quelle che sole venivano in considerazione nel *iudicium rei uxoriae*. L'ordine della trattazione in questa materia era, come sembra, tradizionale. Nel l. singularis regul. VI. 14, Ulpiano segue lo stesso sistema. Nel commento a Sabino cominciava dal distinguere tre categorie di *impensae* (fr. 1 pr.); indicava in seguito il criterio decisivo per le *necessariae* (§ 1); indi limitava il concetto delle spese necessarie relativamente all'obbietto (§ 2); nel § 3 riportava alcuni esempi sull'autorità di Labeone e Fulcinio; nel fr. 3 continuava gli esempi [segue poi il nostro fr. 3 § 1]; nel fr. 5 pr. §§ 1, 2 illustrava la regola *impensae necessariae dotem minuunt*; seguiva nel fr. 5 § 3 la determinazione delle spese utili; nel fr. 7 p. trattava delle voluttuarie; indi del compenso per le utili (7 § 1); e finalmente nel fr. 11 pr. [omesso per ora il fr. 9] del compenso per le voluttuarie. Da questo schema appare chiaro che per discorrere delle *impensae in fructus* non vi era posto alcuno; anzi una tale trattazione era esclusa a priori in questo titolo, come già si rileva dall'enunciazione del tema fatta da Ulpiano nel fr. 1 pr.

Ecco dunque un fatto singolare che non può non far senso; noi troviamo nel l. XXXVI interrotta la esposizione rigorosamente sistematica delle *impensae in rem* da una regola, destinata essenzialmente a distinguere le spese necessarie dalle spese pei frutti; e di questa regola, formulata in maniera astratta e generale, non troviamo invece alcun vestigio o indizio, come avremmo dovuto aspettarci, nel l. XXXI del commento, cioè nella trattazione ge-

1) Lenel, Pal. II p. 1151.

nerale dei frutti dotali, e precisamente al posto del fr. 7 § 16, che era veramente in sede materiae. L'enunciazione quindi del nuovo principio non è al suo posto naturale, ma in un punto del commento ove, tutt'al più, se ne poteva accennare per connessione di idee, per semplice dilucidazione e confronto.

Ma passi pur questo. Ammesso che Ulpiano per ragioni che sfuggono alla nostra indagine, per una svista o per esuberanza nella esposizione, avesse voluto contrapporre, in quel punto del suo commentario, il concetto delle spese pei frutti alla categoria delle spese necessarie *in rem*, certo, non avrebbe potuto immediatamente disconoscere la definizione delle spese necessarie data poco avanti, nel fr. 1 § 1, ed illustrata con esempi parecchi nel fr. 1 § 3 e fr. 3 pr. Or vediamo in che rapporto viene a trovarsi quella definizione di fronte alla regola enunciata nel fr. 3 § 1; un semplice confronto è sufficiente per raccogliere una risposta precisa.

fr. 1 § 1 — *Necessariae hae dicuntur, quae habent in se necessitatem inpendendi: ceterum si nulla fuit necessitas, alio iure habentur.*

fr. 3 § 1 — *Nos generaliter definiemus multum interesse, ad perpetuam utilitatem agri vel ad eam quae non ad praesentis temporis pertineat, an vero ad praesentis anni fructum: cet.*

In entrambi questi frammenti si vogliono indicare i caratteri precipui delle spese necessarie. Però nel primo troviamo segnato il carattere assoluto; la *necessitas inpendendi* che è il requisito fondamentale. Nel secondo si vorrebbe pur rilevare uno dei caratteri essenziali alle spese necessarie ma in un rapporto relativo, e propriamente in contrapposto alla classe delle spese pei frutti; questo elemento sarebbe la perpetuità dell'opera o, perlomeno, la utilità non attuale. Or è certo che il requisito della perpetuità non presuppone affatto nemmeno lontanamente quello della necessarietà, ma è bensì un nuovo elemento indipendente e distinto dal primo, che può quindi tante volte riscontrarsi in altre categorie di spese che non siano necessarie nel senso del fr. 1 § 1; così particolarmente nelle spese utili, e spesso anche nelle voluttuarie.

Il risultato è quindi sorprendente; in quanto uno dei carat-

teri essenziali delle spese necessarie, secondo il fr. 3 § 1, non è compreso nella definizione delle medesime, contenuta nel fr. 1 § 1. Ed a me pare che noi siamo costretti a dire; o che la prima formulazione apparve ad Ulpiano manchevole e volle subito correggerla, o, piuttosto, che il fr. 3 § 1 non fu scritto da Ulpiano.

Per me è sicura la seconda ipotesi.

Nè questo è tutto; il fr. 3 § 1 è singolare per altro riguardo. In esso si tratta di spese necessarie o pei frutti in generale, cioè in un modo completamente obiettivo senza alcun riferimento alla materia dotale; laddove, invece, Ulpiano in tutto il titolo, come pure già nel l. XXXI innanzi esaminato, tratta delle spese sempre in diretto rapporto con la dote. ¹⁾ È questa un'osservazione che ha il suo peso, dacchè noi vedremo in seguito che i Greci commentatori, nel riportare il contenuto del nostro fr., lo hanno riferito alla dote, apportandovi leggiere modificazioni.

E dopo quanto abbiamo osservato, un altro forte indizio si può ricavare dalla forma del fr. S'intende già che il bisogno di formulare una regola generale a questo proposito, potè meglio essere sentito dai compilatori, che difatti ci hanno lasciati non pochi esempi di questa loro tendenza. Nel nostro caso poi essi si manifestano già nell'introduzione del § con tre parole solenni ed imponenti: *Nos generaliter definiemus* — che senza dubbio svelano lo stile della cancelleria imperiale. ²⁾ Ed a che proposito queste parole? Esse capitano nel discorso come un fulmine a ciel sereno; parrebbe si dovesse presupporre una controversia, per lo meno un cenno fatto innanzi di una quistione che attende di essere risolta o dilucidata, e di tutto questo non vi ha orma.

In quanto allo stile poi si notæ il soggetto della 2^a e 3^a proposizione, del verbo *pertineat*, non si sa ritrovare; nella 4^a manca il soggetto ed il verbo; nella 5^a, *si in (!) praesentis*,³⁾ indoviniamo soltanto il pensiero dello scrittore, che forse voleva significare: *si ad utilitatem praesentis anni inpensa pertineat*; nella 6^a, *cum fructibus hoc compensandum* non si sa a che rife-

1) Confr. Lenel, Pal. II. p. 1131, 1151 e segg.

2) Nello stesso contesto Ulpiano [fr. 5 § 1] parla in singolare: *et ego*.

3) L'uso della parola *praesens* con ellissi di *tempus etc.* è prediletto dai compilatori; cfr. Kalb, Die Iagd nach Interpolationen pag. 23, 24.

rire τὸ *hoc*; nella 7^a appare la prima volta un soggetto *erogatio*, che deve essere *apta ad praesens* (!): oltre poi a tutti questi fiori di stile e di logica, e la materia da raccogliere sarebbe ancora abbondante.¹⁾ in sole 5 linee troviamo 5 accusativi con *ad*, 4 volte *praesens praesentis*, una dozzina di ellissi, l'uso della parola *agri* per *fundi*, *erogatio* ²⁾ per *impensa*.

Se, dopotutto, si volesse ritenere questo fr. come genuino, a me pare che si dovrebbe totalmente rinunciare a far della critica sui testi, e piuttosto dovremmo accoglierli quali sono, con le indicazioni che ci hanno tramandate i commissarii di Giustiniano.

II. Per l'esame dell'altro testo le fonti offrono aiuti più diretti; la dimostrazione su questo punto scorrerà quindi più piana e, come è naturale, le considerazioni già fatte nelle pagine precedenti, riceveranno, anche per questa via, nuova luce.

fr. 9 *Ulpianus* l. XXXVI *ad Sab.*

Pro voluptariis impensis, nisi parata sit mulier pati maritum tollentem, exactionem patitur. nam si vult habere mulier, reddere ea quae impensa sunt debet marito: aut si non vult, pati debet tollentem, si modo recipiant separationem: ceterum si non recipiant, relinquendae sunt: ita enim permittendum est marito auferre ornatum quem posuit, si futurum est eius quod abstulit.

La disposizione contenuta in questo fr. può dirsi chiara; in essa domina il concetto che le spese voluttuarie debbono pure a-

1) Noto qualche altro fenomeno: nell'ultima proposizione del fr. *necessariis impensis computandum*, il gerundio si accorda con *hoc* del periodo più lontano, mentre nella proposizione precedente e connessa si ha un soggetto, *erogatio*. La terza proposizione: *vel ad eam quae non ad praesentis temporis pertineat*, non sta grammaticalmente; il Mommsen vorrebbe rimediare scrivendo *sit* invece di *ad*, ma gli sfugge che in tal modo il verbo *pertineat* resta fuori posto.

2) *Erogatio* si riscontra normalmente nel senso di dazione, spesa = uscita, pagamento [confr. fr. 9 § 2 D. 42,5; 14 pr. D. 50,4; 6 pr. D. 50,6]; nel senso di *impensa* trovo per caso la parola nel fr. 40 pr. D. 39,2, ma il brano è certamente interpolato: *licet enim in haec magna erogatio facta est, attamen ex damni infecti stipulatione moderatam aestimationem faciendam*. Il verbo *erogare* invece occorre più volte nel senso di *impendere*, e specialmente in quei passi nei quali si trova ripetuto, insieme, il verbo *impendere*: confr. Ulpianus, fr. 14 § 3 D. 11,7 *in locum fuerit erogatum* (precede tre volte *impensum*); fr. 13 § 22 D. 19,1 *in aedificia erogatum est*; Paulus, fr. 1 § 19 D. 35, 2 *in exstructionem erogatum*; fr. 29 § 2 D. 20,1 *sumptus in exstructione* (leggi: *exstructionem*) *erogatos*; fr. 36 D. 35,2 *erog.* in *pretium servi*. Africanus, fr. 7 pr. D. 14,1 *pecuniam in refectioem (navis) erogatum esse*; Cicero ad Att. 8,5 *in sumptum eroget*.

vere riconoscimento nel giudizio *de dote*. Sciolto il matrimonio, il marito ha diritto ad avere, di regola, anche un compenso per le spese improduttive fatte sulle cose dotali, durante il matrimonio. Soltanto la forma e l'entità obiettiva del compenso può variare, come nelle obbligazioni con facoltà alternativa; infatti nel fr. è data facoltà alla donna di avvalersi di questi due mezzi: o rimborsare al marito le spese fatte; ovvero, nel caso che non possa o non voglia far ciò, permettere che il marito possa detrarre, in dati limiti, dalle cose dotali quelle parti o quelli obbietti che vi avesse congiunti impiegando somme proprie.

Ma tale statuizione presuppone già che lo *ius tollendi* fosse stato noto ad Ulpiano ed ai romani giureconsulti come un istituto giuridico. E ciò si deve negare. Il riconoscimento di tale istituto, da parte dei giureconsulti classici, appare *a priori* poco probabile, dato che la disposizione delle XII tav. *de tigno iuncto*, che vietava, in modo assoluto, la separazione dei materiali congiunti agli edifici, vigeva ancora nel periodo classico, in quella forma, almeno, che è a noi nota dai libri di Giustiniano. Con la scorta di questo concetto io affermai in altri lavori, ripetutamente, che l'istituto ricordato, quale viene esposto nel Corpus iuris, non può derivare che da Giustiniano. ¹⁾ Il Pernice nella 2^a edizione del *Labeo* ²⁾ pervenne, indipendentemente, allo stesso risultato, per quanto riguarda perlomeno la critica di molti frammenti che trattano dello *ius tollendi*. E se il Pernice non attaccò l'istituto in sé e nella sua interezza, ciò si deve forse, come a me sembra, alla autorità che si suole attribuire ai frammenti Sinaitici. Ma è tuttavia notevole che il Pernice, già nella 1^a edizione del *Labeo*, ³⁾ aveva trovato strana la coesistenza dello istituto del *ius tollendi* e della legge *de tigno iuncto* nei frammenti attribuiti agli antichi giuristi. L'osservazione era stata fatta pure da Fabro, quantunque non senza contraddizioni. ⁴⁾ Cuiacio, ⁵⁾ d'altra parte,

1) Confr. Archivio Giuridico vol. 53 p. 521 e seg.; vol. 54, p. 265 e seg., specialmente p. 278 n. 2. e *Bullettino I. D. R.* vol. VIII p. 241 e seg.

2) Vol. II, Abt. I p. 382 e seg.

3) Vol. II p. 176. — S'intende bene che la Glossa avea già annotati al fr. 9 i testi che sono in aperta contraddizione per questo riguardo.

4) Confr. *Rationalia in pand.* ad l. 38 D. V-3, e meglio ancora ad l. 37 D. VI 1; ma le contraddizioni del Fabro (v. ad l. 38 D. VI-1) hanno origine dal fatto che egli ebbe un falso concetto del divieto decemvirale.

5) Confr. *Observat.* l. X c. IV.

trattando di questa materia, potè rilevare una controversia agitata fra le due scuole di Roma riguardo alla interpretazione della disposizione decemvirale. In questo senso tentai pur io di raccogliere e interpretare i testi derivati dai giuristi Proculiani che davano alla disposizione delle XII tav. un significato più ristretto. ¹⁾

Ma la questione è ancora *sub iudice*. Una trattazione generale su questo punto sarà fatta da me nell'opera sulle *impensae*, di cui era un presupposto necessario l'esame critico dei frammenti Sinaitici e dei testi in discussione. Ho voluto pertanto riassumere questi dati, per mostrare al lettore che se ometto in questo luogo di considerare i molti fr. che riguardano lo *ius tollendi* ciò avviene senza alcun pregiudizio della tesi, tenuto anche conto che buona parte dei fr. relativi, e senza dubbio i più importanti, furono già discussi dal Pernice.

Limite quindi la mia indagine a quel tanto che è necessario per la critica del fr. 9 di sopra trascritto.

Passando a discorrere del mio soggetto comincio dall'affermare che tutte le testimonianze derivate da giureconsulti dall'epoca dei Severi, in parte genuine, in parte alterate dai compilatori e che sono quindi da restituire alla loro integrità, contraddicono in modo preciso il pronunziato che troviamo nel fr. 9, cioè che si fosse accordato al marito un compenso qualunque per le *impensae voluptariae*. Ma perchè la dimostrazione proceda con chiarezza, e per rimuovere ogni lontano dubbio, comincerò l'indagine un pò dall'alto, attraendo nel mio esame anche il trattamento che nel periodo classico era fatto per le spese utili, e r avvicinando passo a passo le decisioni dei classici in questa materia con le altre relative alle spese voluttuarie.

Paolo nel fr. 8 D. XXV-1, estratto dal l. VII *ad Sab.*, nega al marito qualunque compenso per le spese utili fatte *sine voluntate mulieris*, ed osserva che non sarebbe equo costringere la donna a vendere la cosa, se non può altrimenti pagarne il valore. Ecco come si esprime il giureconsulto.

Utilium nomine ita faciendam deductionem quidam dicunt,

1) Nei lavori citati nella nota. 1 pag. 239.

si voluntate mulieris factae sint: iniquum enim esse compelli mulierem rem vendere, ut impensas in eam factas solveret, si aliunde solvere non potest: quod summam habet aequitatis rationem.

La stessa dottrina espone Paolo nel l. VI (fr. 79 § 1 D. 50, 16) del commento a Plauzio, con le parole:

quorum (*scil. utilium*) nomine onerari mulierem ignorantem vel invitam non oportet, ne cogatur fundo aut mancipiis carere.

È evidente che queste parole furono aggiunte da Paolo al testo originale di Plauzio;¹⁾ ciò si desume innanzitutto dal fatto che questo periodo viene ad interrompere la serie degli esempi; in secondo luogo dalla considerazione che Plauzio, in questo punto, non si occupava del compenso, ma determinava soltanto il concetto delle varie categorie di spese. Il confronto inoltre di questo periodo col fr. 8 cit. di Paolo è pure istruttivo.

La teoria relativa alle spese utili, esposta da Ulpiano nei suoi commentarii, non è pervenuta a noi genuina. Ulpiano, nei fr. 7 § 1 D. 25-1 e 7 § 16 D. 24-3, dà al marito actionem (ex-actionem) per le spese necessarie e così pure per le spese utili. Ma è certo, e che io sappia nessuno ne ha mai dubitato, che in questi frammenti la parola *actio*, perlomeno, fu sostituita dai compilatori alla parola *retentio*. Di più noi vedremo più oltre, che la dottrina insegnata da Ulpiano in quei luoghi coincideva perfettamente con quella di Paolo di sopra riferita, e che il fr. 7 § 1 h. t. in particolare fu rimesso a nuovo dai commissari.

Per il compenso, dunque, delle spese utili l'elemento decisivo, su cui si fondarono i giureconsulti romani, nell'ultimo momento, era l'esistenza o meno del consenso da parte della donna per questo genere di spese; il marito poteva richiedere un indennizzo soltanto per quelle spese utili fatte *voluntate mulieris*. L'opinione definitiva, che riuscì a dominare²⁾ nel periodo clas-

1) Diversamente il Ferrini, nello Studio dei libri di Paolo ad Plautium (Memorie della R. Accademia di Modena, X p. 191) attribuisce a Plauzio per intero il fr. 79 cit.

2) Dico che riuscì a dominare, perchè Paolo nel fr. 8 cit espone la dottrina come se fosse seguita soltanto da una parte dei giureconsulti « *quidam dicunt* ». Ma per spiegare questa frase va avvertito che il compenso per le spese utili fu riconosciuto soltanto nel periodo classico e che fu ignoto a Labeone (cfr. fr. 18 D. 23, 5); è naturale quindi che Paolo trovando nella letteratura più antica diversi pronunziati si esprimesse cautamente.

sico fu appunto questa; come ne viene anco confermato dallo stesso Giustiniano, che nella C. unica, *de rei uxoriae actione* cet. V. 13, dell'anno 530, al § 5, così riferisce l'antica dottrina:

— utiles autem expensae non aliter in rei uxoriae actione detinebantur nisi ex voluntate mulieris, non ab re est, si quidem voluntas mulieris intercedat, mandati actionem a nostra auctoritate marito contra uxorem indulgeri, quatenus possit per hanc hoc quod utiliter impensum est observari: vel si non intercedat mulieris voluntas, utiliter tamen res gesta est, negotiorum gestorum adversus eam sufficit actio.

Ed al lettore certo non sfugge che lo stesso Giustiniano, nelle riforme apportate in questo punto di diritto, volle pure, nelle statuizioni ora riportate, render omaggio all'elemento della *voluntas mulieris*, ma in una maniera soltanto formale; laddove negli scritti genuini dei giureconsulti il consenso della donna aveva altra importanza, era semplicemente decisivo per la questione del compenso.

Or, passando a trattare delle spese voluttuarie, mi si permetta un'osservazione assai semplice e preliminare. Se nel periodo classico si accordava solo in limiti molto ristretti un compenso per le spese utili (le quali, in ogni caso, logicamente e per un postulato economico, meritano un trattamento migliore che le spese voluttuarie) noi possiamo *a priori* affermare, che per spese di lusso si potrebbe tutt'al più rinvenire negli scritti dei giureconsulti un trattamento pari a quello che era fatto alle spese utili, e dovrebbe quindi il compenso per le voluttuarie trovarsi pur limitato a quei casi in cui il marito le avesse fatto col consenso della moglie. Una considerazione più favorevole, o semplicemente più larga delle spese voluttuarie, sarebbe stata una incoerenza ed avrebbe urtato la logica giuridica. Per le spese utili Paolo e Ulpiano non fanno cenno affatto, in casi in cui sarebbe stato opportuno, dello *ius tollendi*. E se noi troviamo la menzione di questo mezzo giuridico, che assicura al marito, senz'altre restrizioni, ci sia cioè stato o no il consenso della moglie, un compenso per le spese voluttuarie, dobbiamo riconoscere che siamo qui di fronte ad un nuovo ordine di idee, del tutto estraneo alle dottrine insegnate dai giureconsulti. Si consideri pure che lo *ius*

tollendi, in ogni caso, è il meno che possa sperare il marito, dacchè, di frequente, la donna, o chi per essa, sarà obbligata dalla condizione delle cose, nel proprio interesse, a pagare direttamente le somme spese dal marito.

Ma checchè ne sia di ciò, noi abbiamo un documento diretto ed esplicito che prova come il rimedio dello *ius tollendi* fu codificato per le spese voluttuarie da Giustiniano nella *Const.* già citata, ove leggiamo:

quodsi voluptariae sunt, licet voluntate eius expensae, deductio operis quod fecit, sine laesione tamen prioris speciei, marito relinquatur.

Amnesso che Giustiniano per primo avesse introdotto per le spese voluttuarie questa forma di compenso, svanirebbe ogni incocerenza nella dottrina delle spese; dacchè se Giustiniano volle abolire la serie delle *retentiones* nel iudicium de dote, d'altra parte tendeva a ristabilire un perfetto equilibrio economico fra i patrimoni dei coniugi, nel momento dello scioglimento del matrimonio. La riforma in questo senso era omai matura, e Giustiniano, se nella chiusa del § 5 della *Const.* cit. esclama con compiacimento: ut sit omnium retentionum expeditus tractatus — aveva pure perfetta consapevolezza che l'azione dotale nella sua legislazione avea infine assunto un carattere prettamente patrimoniale. Conseguentemente, le spese utili vennero a godere di una considerazione generale, come già negli altri *iudicia*, e si assicurò al marito un'azione, in ogni caso, *mandati* ovvero *negotiorum gest.*, a secondo che le spese fossero state fatte con la volontà o meno della donna. ¹⁾

Per le spese voluttuarie, poi, accordandosi al marito, perlomeno, il rimedio dello *ius tollendi*, si era fatta cosa ragionevole, in quanto ormai un tal mezzo poteva essere considerato ed era effettivamente un *minus* di fronte al trattamento codificato per le spese utili.

1) La riforma di Giustiniano è avvertita in questo punto dai Greci; cfr. scolio I al cap. VIII Basil. XXVIII, 10, ove si illustrano le parole: *γνώμη τῆς γυναικός*, lo scoliaste richiama il fr. 79 D. 5, 16, e contrappone la *Const.* di Giustiniano. Così pure Taleleo nelle *paragraphae* alla l. unica C. V. 13, riferendosi alla considerazione delle spese utili dice: *τοῦτο ζέρον ἐστίν*. Heimbach, vol. III pag. 452.

E già per questi riflessi, che vedremo in seguito confermati per altro ordine di argomenti, lo *ius tollendi* si appalesa come una innovazione giustiniana, che si aggiunge alle altre azioni stabilite dall'Imperatore in materia di spese nella *Const. unica cit.*; ed il fr. 9 D. in esame, attribuito ad Ulpiano, ci si manifesta come una riproduzione del principio codificato già nell'anno 530 nella detta *Const.*, quindi come fattura dei compilatori.

Ma il fr. 9 è più completo e più elaborato nei particolari che non sia la prescrizione accolta nella C. — Nel fr. 9 lo *ius tollendi* non è più dato al marito *simpliciter*, ma con certe restrizioni, fra le quali è importante la facoltà data alla donna di potere escludere la separazione delle opere dalle cose dotali, mediante il rimborso delle spese fatte dal marito. Ciò non può far meraviglia; si spiega anzi bene osservando che i compilatori, nel tempo che lavoravano per la composizione dei digesti, vennero acquistando, per la lettura delle opere classiche, maggiori cognizioni, e poterono quindi in seguito elaborare i loro concetti originali meglio che non avessero potuto fare i redattori della *Const.* nel 530. Ed infatti l'istituto dello *ius tollendi* avea nel frattempo subito uno sviluppo nella mente dei commissari, in parte anche perchè lo si era utilizzato con predilezione, in diverse materie, come un *maximum remedium* da concedere a chi non avesse facoltà di esperire altri mezzi giuridici per riavere il *suo*, inteso questo termine nel senso volgare. Tutte le volte che occorre nei testi la menzione della *sublatio impensarum*, noi ritroviamo costantemente la stessa forma, le identiche limitazioni e presso a poco anche le stesse parole; così in particolare, la facoltà concessa alla donna nel nostro fr. 9; di potere impedire la separazione degli oggetti mediante il pagamento dell'equivalente, ci si presenta codificata in altri istituti, in periodi che evidentemente sono insitici; così nei frammenti:

38 D. VI-1. — *constituimus vero ut si paratus est dominus tantum dare quantum habiturus est possessor his rebus ablatis fiat ei potestas.* ¹⁾

¹⁾ Confr. per questo fr. Fabro *Rationalia ad h. l.*; Eisele *Compensation* p. 84.; Pampaloni *Archivio Giuridico* vol. 55 p. 506; Pernice, *Labco II* p. 294.

fr. 27 § 5 D. VI-1 — nisi tamen paratus sit petitor pati tollere eum aedificium. ¹⁾

fr. 10 § 10 D. XVII. 1 — permittendum ei auferre, quod sine damno domini fiat, nisi rationem sumptus istius dominus admittit.

Non mi sembra possibile che si possa ragionevolmente dubitare delle interpolazioni in questi tre frammenti; che se poi il Kalb ²⁾ credette di recente, in base ad un lieve indizio, di potere affermare la genuinità del periodo sopra riportato del fr. 38 (VI-1), la risposta sarebbe ben facile, e si potrebbe agevolmente trarre dalle fonti copioso materiale per dimostrare la insufficienza dei criterii che il dotto scrittore vorrebbe stabilire per la critica dei testi, e la fallacia del suo sistema. ³⁾

Ed ora ecco la prova più diretta della interpolazione del fr. 9 in esame. Secondo le indicazioni che ci danno i digesti sarebbero stati estratti dal l. XXXVI ad Sab. insieme al fr. 9 cit. anche il fr. 11 h. t.; in quest'ultimo testo si tratta pure del compenso delle spese voluttuarie e la dottrina è esposta nel modo seguente:

In voluptariis autem Aristo scribit nec si voluntate mulieris factae sunt, exactionem parere.

Questo testo è per noi una rivelazione. Preziosa è la congiunzione *autem* che indica come Ulpiano, nella proposizione immediatamente precedente, avesse trattato di altra categoria di *impensae*; più importante ancora la proposizione: nec si voluntate mulieris factae sunt, che prova senz'altro come innanzi si fosse parlato di *impensae utiles*. Questi indizii così categorici ci danno la possibilità di potere matematicamente ricostruire la decisione ulpiana contenuta nel periodo precedente al fr. 11.

Ecco quale era l'ordine dei fram., e, sostanzialmente anche la forma genuina dei medesimi, nel commento originale di Ulpiano:

1) Pernice o. c. p. 383.

2) Die Iagd nach Interpolationen in den Digesten p. 18.

3) Le giuste osservazioni dell'Eisele, [Beiträge zur Rechtsgeschichte pag. 226-228 confr. pure pag. 232] non sono state punto scosse, ma hanno acquistato invece più valore dopo lo scritto del Kalb ora citato.

fr. 7 — *quarum utiles non quidem minuunt ipso iure dotem, verumtamen si voluntate mulieris factae sint habent retentionem.*

fr. 11. pr. In voluptariis autem Aristo scribit nec si voluntate mulieris factae sunt, *retentionem* parere.

Le parole riprodotte con caratteri corsivi furono soppresse dai commissari o soltanto mutate. Ulpiano quindi esponeva, riguardo al compenso per le spese utili, la dottrina che troviamo insegnata da Paolo [fr. 8 D. h. t.], e che Giustiniano [Const. unica cit. § 5] riferisce come dominante nel d. classico. L'elemento della volontà, cioè il consenso prestato dalla donna per tali spese, era decisivo per il compenso. Nel fr. 11 pr. cit. Ulpiano passava a discorrere delle *impensae voluptariae*, ed insegnava che per questa categoria di spese, anche se fatte *voluntate mulieris*, era escluso ogni compenso. Del resto, se in contrapposto alle spese utili la giurisprudenza romana mantenne fermo il principio, qui ed altrove, che le spese voluttuarie non meritassero, come tali, considerazione alcuna, noi sappiamo e dobbiamo riconoscere che una tale regola, corretta dal punto di vista giuridico, era poi di evidente ragionevolezza.

Nel fr. 11 pertanto la congiunzione *autem* aveva forza avversativa al precedente pronunziato, che nell'opera originale era costituito dal periodo che formò nei Digesti il fr. 7. Pel fr. 9 in esame, come si vede, non resta alcun posto, esso non proviene dal commento ulpiano. Ed è in particolare poi impossibile che questo fr. avesse potuto occupare nell'opera originale di Ulpiano il posto che ha ora nella Palingenesia del Lenel. ¹⁾ cioè innanti al fr. 11, come si legge nei Digesti; perchè Ulpiano avrebbe così esposto prima il d. vigente a suo tempo in modo particolareggiato e preciso, e poi sarebbe venuto a dar notizia della contraria opinione di un giureconsulto del sec. II, vissuto quasi un secolo avanti, di Aristone. Ciò non avrebbe avuto senso. ²⁾ In tali casi i giuristi accennano prima all'opinione degli antichi, ne contrappongono altre, trattano dello sviluppo dell'istituto, ne va-

1) Ulpiani 2807.

2. Infatti il Pothier nell'ordinamento delle sue pandette fa precedere il fr. 11 al fr. 9; confr. p. 469.

gliano gli elementi o argomenti, per venire poi alla dottrina ultima o ad esporre il d. vigente.

Le prove tutte concordano, come a me sembra, in modo perfetto, e riescono a dare uno stesso risultato. Lo *ius tollendi* non è noto a Paolo, nemmeno per le *impensae utiles*. La dottrina di Ulpiano è conforme in questo punto a quella del suo contemporaneo. Per le spese voluttuarie i giureconsulti romani negavano ogni compenso. Il fr. 9 che si pretende estratto dal commento di Ulpiano a Sabino si è visto che non quadra a quel posto, ove invece la trattazione delle spese voluttuarie cominciava ed era esaurita col fr. 11 pr.

In contrapposto le riforme di Giustiniano spiegano benissimo la dottrina che noi leggiamo nei Digesti. Per averne la chiave dobbiamo tener presente la *Const. unica* V. 13., con la quale l'*actio rei uxoriae* subì una completa trasformazione. A noi interessa rilevare che Giustiniano, avendo abolite le *retentiones*, diede per le spese utili un'azione, e ciò in modo generale, senza alcun riguardo, sostanzialmente, al precedente consenso della donna; il fr. 7 D. h. t. subì quindi quella trasformazione che abbiamo visto, ed anche nel fr. 7 § 16 D. 24-3 i compilatori poterono menzionare, accanto alle spese necessarie, le spese utili e dire che *pariunt marito actionem*. Per le spese voluttuarie Giustiniano pel primo concesse lo *ius tollendi*, e ciò perchè in ogni caso, con la restituzione della dote, ognuna delle parti potesse avere il suo e fosse evitato un lucro con danno altrui. In base a questa prescrizione i compilatori nel coordinamento dei testi dovettero inserire nel tit. XXV-1 il fr. 9; il fr. 11 pr. fu accolto nei Digesti per svista, confuso come si trovava col § 1.

Per chi volesse poi ulteriori prove di questo assunto, dirò che Ulpiano non poteva scrivere e non scrisse quel latino che leggiamo nel fr. 9: il *pati maritum tollentem* è un vero gioiello, che diviene poi problematico se si ammette la possibilità che il matrimonio possa esser sciolto per la morte del marito; per la forma *exactionem patitur* è sufficiente notare che i compilatori usarono ed abusarono, spesso in modo strano, del verbo *pati*; ¹⁾

1) Cfr. Gradenwitz, Interpolationen p. 103; fr. 43 D. 47. 10: *amotionem patitur* (v. Lenel Pal. Gai n. 484); fr. 24 § 2 D. 24,3: *dilationem pati*.

si vult habere: che cosa? Aloandro, il Leist ²⁾ e già la Vulgata aggiungono come oggetto *rem*, ma evidentemente è questa una correzione che non possiamo riconoscere; *aut si non vult*: si deve sottintendere *habere*, o *reddere ea quae impensa sunt ??*: *pati debet tollentem*, cioè *maritum (!)*; *si modo recipiant separationem*, per questa proposizione non si può ritrovare un soggetto; inoltre nei vari significati di *recipere* domina sempre il concetto di aver presso di sé, riprendere, ricevere, in alcune frasi giuridiche vale anche ammettere, così *recipere*: *usucapionem*, *dolum*, *diem*, *conditionem*, *div. etc.*, ma non si dice *recipere separationem*, che è certamente ancor peggio del *recipere pristinam litoris speciem* del fr. 14 § 1 D. 41-1, ove mi par di vedere la mano dei compilatori; *ceterum si non recipiant*; manca sempre il soggetto; *relinquenda sunt (!!)*; la frase *ornatum quem posuit* imita bruttamente la espressione classica *ponere aedificium*; e finalmente il fr. si chiude con le parole: *si futurum est eius quod abstulit*, la quale proposizione poi è incomprendibile e si è discusso sempre sul significato. Per me è certo che il compilatore voleva esprimere il concetto che lo *ius tollendi* debba aver luogo solo nel caso che il marito ne venga a trarre un'utilità. Alla mente dello scrittore aderiva il ben noto fr. 38 D. VI-1 di Celso, ¹⁾ e specialmente le parole: *neque malitiis indulgendum est si tectorium puta quod induxeris corradere velis nihil laturus nisi ut officias*: in questo senso fu anche inteso dai greci commentatori, infatti lo scolio 1 al cap. 9 XXVIII, 10 dei Basilici dilucida il concetto con le parole del fr. 38 D. VI-1 ¹⁾ e così fa anche la Glossa. Ma se il senso del fr. non può esser altro che questo, le controversie su questo punto avean ragion d'essere, perchè quel significato non emerge affatto dalle parole; *esse* non può significare *prodesse*; come pretenderebbe fra altri il Pothier; ¹⁾ il genetivo *eius* inoltre indica per-

²⁾ Civil. Studien vol. II, (impensen) p. 38.

¹⁾ Si è già visto che questo fr. trovasi per più riguardi in stretta relazione col nostro fr. 9.

¹⁾ Heimbach vol. III pag. 298: *tunc autem maritus quod adiecit potest auferre, cum apud ipsum tollentem salvum futurum est: nam si id, quod adiectum est, perdere tantum velit, quia ipse nullum commodum sentit, sed mulieri nocet, id ei non permittimus.*

¹⁾ Pand. vol. II p. 459 n. 4. È naturale che molti hanno creduto opportuno correggere il testo e ricavarne la forma *profuturum est ei*.

tinenza, e quindi grammaticalmente non è possibile altra interpretazione che quella sostenuta da interpreti e scrittori in ogni tempo, cioè: lo jus tollendi è ammesso tutte le volte che la separazione fa risorgere il diritto di proprietà del marito; ovvero, con altre parole, tutte le volte che gli obbietti separati dalle cose dotali ritornano o cadono in proprietà del marito; diversamente la separazione è esclusa, vietata. ¹⁾ Or questo è un concetto assurdo; la limitazione non avrebbe scopo alcuno, e come risultato quindi si ricava: lo scrittore non seppe esprimere quel che voleva dire, quel che scrisse non ha senso.

Per il vocabolario troviamo anche in questo fr.: 3 volte *pati*, 2 volte *si vult*, 2 volte *tollens*, 2 volte *recipere*, 2 volte *auferre*, ma così avrà potuto scrivere l'autore del fr. 3 § 1 e non Ulpiano. Da tutte le prove dunque emerge chiaro che i fr. 3 § 1 e 9 D. XXV-1 sono fattura dei compilatori; era tuttavia necessario procedere nella dimostrazione in modo minuzioso, perchè dopo che vennero alla luce i frammenti Sinaitici nessuno scrittore ha osato dubitare della loro genuinità.

Sul proposito infatti il principio che domina incontrastato nella nostra scienza è il seguente: se un frammento dei Digesti, s'insegna, trova riscontro negli scolii Sinaitici, quel fr. va senz'altro ritenuto come genuino, appunto perchè lo scolio greco contiene una derivazione dal testo originale dell'antico giureconsulto, indipendente da quella dei commissarii di Giustiniano. Così l'Alibrandi; ²⁾ ove trova un testo dei Digesti confermato dai nostri scolii, osserva, con ingenuo compiacimento, che in quei casi si è sicuri che il passo non fu alterato dai compilatori, e che invece abbiamo il pensiero integro dei giuristi. Il Pampaloni, con felice intuito, aveva notato ³⁾ come probabilmente interpolata la forma *Nos generaliter definiemus* del fr. 3 § 1, ma subito dopo ritirava la sua affermazione ⁴⁾ per dire il fr. genuino, e ciò

1) Confr. in questo senso già l'indice del testo accolto nei Basilici al cap. 9 cit.; Iensio, *Stricturae* p. 178; Demelius, *Exhibitionspflicht* etc. p. 124 e seg. Schmidt, *Handbuch* I § 15 p. 342.

2) O. c. p. 438.

3) *Archivio Giuridico* vol. 55 p. 502 n. 10.

4) *Archivio G.* vol. 56 p. 10 n. 19.

semplicemente per il riscontro che esso ha nei fr. Sinaitici. Il Pernice ¹⁾ inoltre, che aveva esaminati e dichiarati interpolati la maggior parte dei frammenti relativi al *ius tollendi*, trovava pure il fr. 9 cit. punto soddisfacente, equivoco, senza riscontro in altre testimonianze classiche, ma si arrestava di fronte a questo ostacolo insormontabile, ed affermava, con tutta sicurezza, la genuinità del fr. 9, e il riconoscimento dell' istituto del *ius tollendi* nel periodo classico.

La mia dimostrazione ora, come credo, ha rimosso l'ostacolo e sfatato il principio in voga; e non può omai esser dubbio che i due frammenti in esame, quantunque trovino esatto e preciso riscontro negli scolii Sinaitici, non furono estratti dall. XXXVI del commentario di Ulpiano a Sabino, ma furono piuttosto formati ed aggiunti dai compilatori.

V.

Indagine se i §§ 18, 20 degli scolii Sinaitici sieno insitici nel commento antico

----

1. I due fr. dei digesti, esaminati nel cap. precedente, sono riportati quasi alla lettera dagli scolii sinaitici, ai §§ 18, 20, cioè in quella parte del commento da me attribuita alla IV massa. Siccome è accertato che gli scolii si riferivano all' opera di Ulpiano ad Sabinum, in particolare anche al libro XXXVI, e questa iscrizione è segnata nei Digesti ai fr. 3 § 1 e 9 (25-1), interessa vedere in quale rapporto si trovano le due fonti che ci tramandano questi testi. L'antico scoliaste aveva innanzi agli occhi, come si disse, i libri di Ulpiano a Sabino ed in questo punto commentava, seguendo l'esemplare, la dottrina relativa alla distinzione delle varie categorie di *impensae in rem*, ed al compenso che il marito poteva richiedere nel *iudicium rei uxoriae* per le stesse. Nel § 16 lo scoliaste pone il quesito per sapere anzitutto quali spese vanno considerate come *necessariae*. Alla domanda risponde nel § 17, e formula una regola generale:

1) O. c. p. 387, cfr. p. 384.

Necessaria ἐστὶν δαπάνηματα, ὧν μὴ γινόμενων κατεδικάζετο ὁ ἀνὴρ ἐναγόμενος τῇ rei uxoriae. = Necessariae impensae sunt, quibus non factis condemnaretur vir rei uxoriae actione conventus.

Questa regola è tratta certamente, come vedremo in seguito, dal testo ulpiano. Il concetto delle spese necessarie non è desunto dalla natura intrinseca delle medesime, *ex re ipsa*, ma viene piuttosto indicato, nella formula riferita, in un modo indiretto, per via di un elemento giuridicamente caratteristico, cioè la responsabilità che deriva al marito nel *iudicium rei uxoriae* per il fatto della omissione di tali spese. È evidente però che così non si riesce ad avere la nozione delle spese necessarie, ma si ha soltanto cognizione delle conseguenze giuridiche che possono derivare, in speciali circostanze, dalle medesime. La formula è quindi sotto questo punto di vista viziosa, perchè lascia perfettamente inesplorato il momento più notevole dell'indagine. Ed invero nelle stesse fonti romane noi troviamo indicazioni più categoriche che rispondono allo stesso quesito.

Plauzio nel fr. 79 pr. D. 50, 16 determina negativamente il concetto delle spese necessarie, come quelle che " si factae non sint res aut peritura aut deterior futura sit. „ Qui troviamo enunciato in modo diretto e con precisione i presupposti di fatto che caratterizzano e distinguono le spese necessarie dalle altre categorie; la loro omissione, dice Plauzio, ha per conseguenza naturale o il deterioramento o la perdita della cosa. La identica nozione è riprodotta più volte da Ulpiano ¹⁾ nelle sue opere; così nel fr. 1 § 1 D. 25-1 egli dice: *necessariae hae dicuntur quae habent in se necessitatem impendendi*, la *necessitas* di cui parla il giurista è anzitutto di fatto, per l'esistenza della cosa o per il suo regolare funzionamento; ma potrebbe anche intendersi senza sforzo nel senso di una necessità giuridica, cui corrisponde, nel caso di omissione, la responsabilità del marito nel *iudicium rei uxoriae*. Se alle parole di Ulpiano si attribuisce questo secondo significato, allora lo scolio 17 di sopra riportato trova in esse, per quanto implicitamente, esatto riscontro.²⁾

1) Com. fr. 14 pr. D. 25 1; *dos immittitur*; Reg. VI, 15: *dos deterior futura est*.

2) In questo senso anche l'Alibrandi o. c. p. 429 e seg.

Ma, comunque sia di ciò, è poi notevole che Paolo nel libro 36 del commento all'editto porge il concetto delle spese necessarie negli stessi termini precisi ¹⁾ come lo troviamo nel commento greco:

fr. 4 D. 25,1: Et in totum id videtur necessariis impensis contineri quod si a marito omisum sit, iudex tanti eum damnabit quanti mulieris interfuerit eas impensas fieri.

in modo che siamo perlomeno sicuri di questo per ora, che lo scoliaste derivò quella regola da un'opera di diritto del periodo classico. ²⁾ I vari confronti poi ci hanno mostrato che la giurisprudenza romana, nel determinare il concetto delle spese necessarie, indicava come elemento caratteristico ora il danno che la loro omissione avrebbe apportato alla dote, ed altre volte la responsabilità del marito nel *iudicium rei uxoriae*. Questi sono diversi punti di vista, ma che stanno fra loro in rapporto di causa ed effetto; la diminuzione della dote avvenuta per colpa del marito, in ispecie, per la omissione di spese necessarie, è un fatto giuridico, che ha per conseguenza la responsabilità del marito nel momento della restituzione della dote. Per questo i giureconsulti romani, che consideravano sempre il diritto allo stato fisiologico, poterono rilevare, indifferentemente, or l'uno or l'altro elemento, senz'avvertire il vizio che logicamente presentava la loro formula.

2. Lo scolio 18, che segue, ritorna di nuovo sul concetto delle spese necessarie, che ora son messe in confronto e differenziate dalle spese per la produzione dei frutti. Lo scolio si riferisce evidentemente al fr. 3 § 1, del quale sono riprodotte le prime parole:

Nos generaliter: ὁρᾶς, πῶς καὶ Ulp. κανονίζει ἡμῖν, ὅσα δαπανήματα πεποίηκεν ὁ ἀνὴρ πρόσκαιρα τῶν καρπῶν ἔνεκεν, ταῦτα τοῖς καρποῖς compensαεεται, οὐ μὴν ποιεῖ τὴν retentiona. ὅσα δὲ δι-

1) Nè so quindi comprendere in che senso il Dareste, (Nouvelle R. cit. p. 649) abbia potuto trovare la formulazione contenuta nello scolio 17, non solo *elegante* ma anche *nonvelle*.

2) È possibile anche che la stessa fosse d'origine antica e tradizionale nella letteratura giuridica romana; così pure Alibrandi o. c. p. 429.

νηκεῖ ἢ καὶ ἐπὶ πολὺν καιρὸν ¹⁾ παρέχει τὴν χρεῖαν, οἷον μᾶλος ἢ ἀρτοκοπέιον ἢ τὸ φυτεῦσαι, ταῦτα *necessaria* ἐστὶ καὶ μισοὶ τὴν προίκα.

In latino: vides, quomodo etiam Ulpianus regulam nobis ponat: quas impensas pro tempore fructuum causa vir fecit, eas cum fructibus compensat nec retentionem facit: quae vero perpetuae sunt vel in longum tempus utilitatem praebent, velut moles vel pistrinum vel plantatio, eae necessariae sunt et dotem minuunt.

Quel che sorprende anzitutto in questo passo è il fatto che lo scrittore si riporta pure ad Ulpiano per dare un nuovo criterio delle spese necessarie, divergente dalla prima formulazione: — ὁρᾶς, πῶς καὶ Ulp. κανονίζει.

Dunque, se è detto καὶ Ulp vuol dire che il § 18, ora riferito, non ha la stessa origine del § precedente. Infatti in altri scolii [cfr. § 14, 18 in fine, 31, 35,] il commentatore suole confrontare, usando questa maniera di dire, il contenuto di due diverse opere riguardo ad un medesimo punto. Ma se ciò è sicuro, sarebbe d'altra parte affrettate l'affermare senz'altro che il contenuto del § 17 non derivi dal commento di Ulpiano a Sabino. Poichè si presenta come possibile un'altra spiegazione che è pure semplice; supposto che lo scrittore del § 18 non avesse avuto innanzi agli occhi il commento originale di Ulpiano, poteva egli benissimo ignorare che la regola contenuta nel § precedente provenisse già dal commento ulpiano, e quindi usare quella forma καὶ Ulpianos. In altri termini, con quest'ultima ipotesi si verrebbe a dire che il § 18 non fu scritto dallo stesso scoliaste che estrasse e formò il § 17. In favore di questa spiegazione noi abbiamo finora un argomento formale di molto peso; cioè la citazione completamente anormale, del nome di Ulpiano, in un passo che si pretende pure estratto dal commento a Sabino, che era appunto l'esemplare. Ed accertato che il § 18 presenta una anomalia nel sistema degli scolii, la conseguenza necessaria è la seguente: il ritenere, come si è fatto, che il § 17 non può derivare dal commento ulpiano a ragione della prova in contrario che offrirebbe il § 18, costituisce un errore logico;

1) Il ms. in questo punto è lacunoso; il Krüger supplisce la parola χρέονον, ma v. Zachariä Bull. vol. V p. 1.

perchè un documento che abbia un vizio, o, in generale, un fatto che sia anche semplicemente dubbio, non può infirmare conoscenze altrimenti fondate. In base a questo criterio noi dobbiamo fin da ora considerare il § 17, del tutto normale, derivato, come tutti gli altri scolii più antichi, dal commento di Ulpiano.

Questo risultato è poi direttamente confermato da altre ordine di osservazioni.

3. Allo scolio 18 segue immediatamente un confronto con Paolo: *ταῦτό φησι καὶ ὁ Paul. βιβλίῳ Ζ' τῶν ad Sabinum αὐτοῦ τίτλῳ λε'*, che volto in latino suona: idem dicit etiam Paulus l. VII ad Sab. tit. XXXV.

Secondo questa notizia lo scolio 18, corrispondente al fr. 3 § 1, ci offrirebbe una dottrina esposta da Ulpiano nel l. 36 *ad Sab.* e ripetuta in modo perfettamente analogo da Paolo nel l. VII *ad Sab.*

Siccome il libro VII del commento di Paolo corrisponde, nel contenuto, al l. XXXVI di Ulpiano, la notizia ed il confronto sembrano a prima vista attendibili. Ma tuttavia va osservato. Il concetto che le spese necessarie si distinguono da quelle fatte per i frutti perchè le prime hanno una *perpetua utilitas*, laddove le altre servono *tantum ad praesens*, non appare in nessuna opera di altro giureconsulto romano, nemmeno indirettamente. Tanto meno ve ne ha orma nelle opere di Paolo, che tratta di spese di frequente e spesso con larghezza. Ulpiano poi, come s'è visto, non ne trattava certamente nel l. 36 *ad Sabinum*; e se a tutto ciò si aggiunge, inoltre, che la distinzione è intrinsecamente di nessun valore, e che trovasi, per giunta, in contraddizione con altre testimonianze dei giureconsulti romani [cfr. fr. 15 D. 25-1], noi dobbiamo fortemente dubitare dell'esattezza del confronto in questo punto. Ma piuttosto, tenuto conto di tutte le altre ragioni di sospetto già accennate, appare più verosimile e naturale che il confronto fatto dallo scoliaste con Paolo VII *ad Sabinum* si riferisse in origine alla regola generale indicata già nello scolio 17, cioè al concetto delle spese necessarie. La formula del testo greco, s'è visto, coincide perfettamente con il criterio che dà in proposito Paolo nel fr. 4 h. t. tanto che l'Alibrandi ¹⁾

1) o. c. p. 430.

potè credere che lo scoliaste avesse tratto la regola direttamente da Paolo, supplendo così dal commentario di questo giurista quello che credeva mancante in Ulpiano.

La questione si riduce quindi a sapere se questa congettura dell'Alibrandi ha un fondamento; cioè se è possibile che lo scolio 17 fosse stato estratto dai commento di Paolo. Evidentemente però la risposta deve essere negativa. Da una parte noi sappiamo che l'opera commentata era quella di Ulpiano, e che l'antico scoliaste si limitava a confrontare le massime del suo esemplare con i luoghi corrispondenti di Paolo, ¹⁾ se egli dunque avesse estratto anche il § 17 da altro commento, non avrebbe ommesso la citazione della fonte, come in tutti gli altri scolii. D'altra parte poi ammette lo stesso Alibrandi ²⁾ che la regola contenuta nel § 17 fosse antica, ed è quindi naturale che la stessa si trovasse riportata da entrambi i giureconsulti nei loro commentari a Sabino, e che fosse pur riprodotta, anche con le stesse parole, da Paolo nell'altro commentario all'editto, da cui fu estratto il fr. 4 D. 25,1. Queste ripetizioni nelle opere dei giureconsulti romani, e nei varii commenti di uno stesso autore, sono così normali che lo addurre esempi sarebbe cosa del tutto puerile.

Dopo queste considerazioni non è arbitrario l'ammettere l'origine del § 17 dal commentario ulpiano e il riferire le parole *τοῦτό φησι καὶ ὁ Paulos* alla massima in quello scolio esposta. Allora il periodo: Nos. generaliter.... τὴν προίκα, dello scolio 18 risulta necessariamente inusitato anche nel commento greco, come lo stesso fatto fu a suo luogo chiarito pel fr. 3 § 1 nei Digesti.

4. Il contenuto dello scolio 18 presenta pure delle anomalie, come fu accennato innanzi. Su questo riguardo è sufficiente rimandare alle osservazioni fatte nell'esame del fr. 3 § 1. Se non che per la natura speciale degli *indici*, nei quali il contenuto d'un'opera viene riassunto senza altre digressioni in proposizioni semplici ed assiomatiche, la divergenza fra due scolii consecutivi, quale si riscontra fra i §§ 17 e 18, riesce più stridente ed inopportuna. Se lo scoliaste aveva posto nel § 17 una regola ge-

1) Conf. §§ 31. 34.

2) o. c. pag. 429.

nerale con una certa solennità (*κάνονα γενιγόν*), dobbiamo presumere che in quella formula, ricavata dallo studio dello esemplare, egli avesse veramente trovato il criterio decisivo per la determinazione delle spese necessarie; e non può non sorprendere quindi lo scolio 18, che segue, in cui è fatta per la prima volta menzione di un altro elemento di capitale importanza per quella stessa categoria di spese, cioè che debbono in ogni caso, a differenza delle spese pei frutti, essere perpetue o perlomeno utili *ἐπὶ πᾶσιν καιρόν*. Tutte le manchevolezze ed assurdità rilevate a proposito del fr. 3 § 1, sia riguardo al sistema che alla dottrina in sè, sono evidenti anche nel commento greco.

5. Lo scolio 19 — *Ubi non sunt corpora* — ha riscontro con un periodo che si legge verso la metà del fr. 5 pr. D. 25,1, che è pure estratto dal l. 36 di Ulpiano *ad Sabinum*. Ciò indica che l'antico scoliaste seguiva l'opera di Ulpiano passo a passo rilevandone successivamente i punti essenziali. Ma perciò fra lo scolio 18 ed il 19 ci deve essere una lacuna. Nel fr. 5 cit. Ulpiano illustrava la regola: *impensae necessariae minuunt dotem*. La proposizione: *ubi non sunt corpora* è una semplice subordinata in quella trattazione, e presuppone quindi necessariamente la menzione della regola principale, la quale, del resto, per la sua importanza non poteva esser trascurata dallo scoliaste. La lacuna non appare ora dal papiro, ma la proposizione *Ubi.....* è in principio di linea.

Altra lacuna più considerevole trovasi fra il § 19 ed il § 20 degli scolii, e questa appare anche dal manoscritto. Il foglio comincia appunto col § 19 ¹⁾ ed è facile supporre che il precedente sia andato perduto. Infatti manca nel commento greco la definizione delle *impensae utiles*, il concetto delle *voluptariae*, il compenso per le *impensae utiles*, di cui trattava Ulpiano nell'opera originale in questo punto, come si vede dai fram. 5 § 3 e 7 D. 25-1. Negli scolii a noi pervenuti è rimasta la trattazione meno importante, la parte che riguarda il compenso per le spese voluttuarie. Queste osservazioni ci serviranno in seguito; per ora basta constatare che l'opera anche qui è pervenuta a noi fram-

1) Vedi la riproduzione di questo foglio nella Zeitschrift der S. S. II, pag. 233.

mentariamente, come già indicano le parole monche e illegibili che precedono lo scolio 20.

7. Del compenso delle spese voluttuarie si dice nello scolio 20: — τὰ μέντοι voluptaria οὐδὲ ἀπαιτεῖ οὐδὲ λογίζεται = voluptaria vero neque exigit neque computat (*scil. vir*).

Questo primo periodo riproduce quasi letteralmente il fr. 11 pr. D. XXV 1, che noi sappiamo con certezza che si trovava nell'opera originale di Ulpiano.

Lo scolio però continua: εἰ μὴ ἄρα ἐλοιτο ἡ γυνὴ ἔχειν αὐτά. εἰ δὲ οὐ βούλεται ἔχειν αὐτὰ ἡ γυνὴ, δίδεται τῷ ἀνδρὶ παρρησία τοῦ ἀφελέσθαι αὐτὰ μὴ βλάπτουσι τὴν ἀρχαίαν ὄψιν. In latino: nisi forte mulier eas habere praeferat; sin autem mulier eas habere nolit viro licentia datur eas auferre, dum pristinam speciem non laedat.

Questa seconda parte risponde invece al contenuto del fr. 9. Notevole innanzi tutto è lo spostamento che si osserva confrontando i frammenti dei Digesti con l'ordine che presenta in questo punto il commento greco. Se veramente nell'opera originale di Ulpiano si leggeva un intero contesto corrispondente al § 20 ora riferito, perchè mai i compilatori l'avrebbero smembrato formando due frammenti, ed invertendone l'ordine? I commissarii della massa Sabiniana procederono, è vero, con più libertà, come osservò il Bluhme ¹⁾ nelle manipolazioni dei testi, ma noi sappiamo appunto che la loro attività si esplicò, al contrario, nel fondere, sistematicamente, in uno più brani estratti da un'opera, e non nel dividere un contesto in più frammenti; del resto poi, in qualunque operazione essi avevano uno scopo determinato che nel nostro caso non si saprebbe vedere.

Se esaminiamo pertanto i diversi periodi del § 20 acquisteremo piena convinzione della loro diversa origine, nel senso che non poterono essere scritti da uno stesso glosatore nè estratti da uno stesso contesto.

Nel primo periodo si afferma con due negazioni: οὐδέ-οὐδέ, che debbono pur avere un valore, che il marito non può esigere, nè computare le spese voluttuarie. Anche qui appare la parti-

1) Zeitschrift f. R. G. IV p. 257 e seg.

cella μέν-τοι che ha forza avversativa e serve a mettere in contrapposto, con più energia del δέ o dello *autem* del testo latino, la massima che segue alla precedente; di modo che alla regola avanti enunciata, relativa al compenso per le spese utili, segue una eccezione generale ed assoluta per le spese voluttuarie.

Il secondo periodo, nel seguito del testo, vuol stabilire ancora una limitazione: εἰ μὴ ἄρα — nisi forte: nel senso che la donna se vuol ritenere per sé i miglioramenti fatti dal marito *voluptatis causa*, deve pagarne il valore, e se non vuol ritenerli, deve perlomeno permettere che il marito possa toglierli: *dum veterem speciem non laedat*. Ma questa appunto è la disposizione che troviamo nel fr. 9 dei Digesti, con la quale i compilatori, in base alla *Const. unica* § 5 (V-13), riformarono il diritto antico, concedendo al marito un compenso anche per le spese voluttuarie. La limitazione contenuta nel secondo periodo viene, in questo modo, a distruggere, e nella forma più radicale, il principio che era stato enunciato avanti con due negazioni, e dovette necessariamente essere aggiunta da altra mano. Su ciò non insisto oltre, perchè evidente.

Come il fr. 9 dei Digesti non si trovava e non poteva trovarsi nell'opera di Ulpiano, così pure nel commento greco, è evidente che lo scolio più antico si riferiva al fr. 11 pr. D. 25-1, e la seconda parte fu sovrapposta dopo allo strato primitivo da un'altro glosatore. I due periodi del § 20 hanno quindi una diversa origine, e non potrà mai ammettersi che derivino da un unico contesto.

VI

Confronto fra i §§ 18 e 20 degli scolii sinaitici ed i cap. III e IX Basil. XXVIII-10, corrispondenti ai fr. 3 § 1 e 9 D XXV-1.

1. L'Alibrandi ¹⁾ aveva già sagacemente confrontato il contenuto degli scolii 13,20 con gli indici dei fr. 3 § 1 e 9 D. 25-1 tramandati dai Basilici. Il fr. 3 § 1 cit. è riportato al cap. III

¹⁾ o. c. p. 430, 432.

dei Basilici 28,10; il testo ha una lacuna in principio, e, col supplemento aggiunto da Fabroto in margine alla sua edizione e riferito in nota dal Heimbach, risulta così concepito: ¹⁾

[—εἰ μὲν πρὸς τὸν παρόντα ἔνιαυτὸν] φέρεται τὸ δαπανηθὲν, καὶ τοὺς καρποὺς τοῦ ἔνιαυτοῦ, ἀντιλογίζεται τοῖς καρποῖς ἢ δαπάνῃ. εἰ δὲ μὴ πρὸς τὸν παρόντα ἔνιαυτὸν, ἀλλὰ πρὸς διηνεχῆ χρησιμότητα φέρεται ἢ δαπάνῃ, ἀναγκαία ἐστὶ καὶ μειοῖ τὴν προῖκα. Nella traduzione latina: [Si quidem ad praesentem annum] pertineat id quod impensum est et ad fructus anni, impensa cum fructibus compensatur. si vero non ad annum praesentem sed ad perpetuam utilitatem pertineat impensa, necessaria est et minuit dotem.

L'indice greco coincide, nel complesso, perfettamente col testo dei digesti, ed attribuisce pure, come è naturale, la dottrina riportata ad Ulpiano. Tuttavia la traduzione greca contiene alcune varianti, e specialmente poi una aggiunzione che ha importanza non lieve. Nei digesti infatti la nota regola, per distinguere le *impensae necessariae* dalle spese occorrenti per la produzione, non è data con speciale riferimento alla dote ed ai frutti dotali, come fanno sempre i giureconsulti romani in questa materia e come avrebbe dovuto fare poi necessariamente Ulpiano se ne avesse trattato a quel posto, ma viene semplicemente esposta in maniera generale; anzi nel testo sono premesse le parole: *Nos generaliter definiemus*, e poi, in un senso assoluto, segue il principio: le spese fatte per la produzione dell'anno in corso vanno computate con i frutti; e quelle destinate ad opere di una utilità perpetua o, perlomeno, duratura debbono ritenersi come *necessariae in rem*. Invece nei Basilici la regola è riferita espressamente alla dottrina della dote, e come per le spese pei frutti si dice che vanno dedotte dal prodotto lordo dell'anno, così pure per le necessarie si fa menzione degli effetti giuridici che ne seguono, in quanto, com'è noto, portano una diminuzione della dote; il testo greco quindi conclude con le parole: καὶ μειοῖ τὴν προῖκα. L'autore dell'indice riuscì in questo modo a supplire alla deficienza che presenta anche per questo riguardo il testo dei Dige-

1) Heimbach vol. III p. 296.

sti, e per via di quell'aggiunta, la redazione greca, veniva a trovarsi in più stretta connessione con gli altri frammenti radunati sotto il titolo *de impensis in res dotales factis*.

Passando ora a considerare i frammenti Sinaitici, noi troviamo nel § 18 riprodotta la variante che si legge nei Basilici, e che potrebbe anche, per le cose dette, essere valutata come una correzione. Nei nostri scolii anzi la regola che serve a differenziare le varie categorie di spese appare connessa con la dottrina della dote in un modo più diretto che non sia nel passo dei Basilici. Lo scoliaste infatti nell'enunciare quella norma pone come soggetto attivo il marito (*ὁ ἀνὴρ*), che nel caso di spese pei frutti *οὐ μὴν ποιεῖ τὴν retentiona* = *nec facit retentionem*; laddove le spese necessarie hanno effetto immediato sulla dote *καὶ μειοῖ τὴν προῖκα* = *et minuunt dotem*. Dunque in un punto abbastanza importante la esposizione che troviamo negli scolii Sinaitici si distacca dal testo dei Digesti e coincide perfettamente con l'indice dei Basilici; le ultime parole: *μειοῖ τὴν προῖκα* sono nei due testi identiche.

L'Alibrandi,¹⁾ che osservò la coincidenza, domandava: come si spiega questo fatto? " Forse i greci traduttori delle pandette seguivano talvolta gli originali antichi, ovvero per agevolare la fatica della versione si servirono dei lavori fatti dai loro connazionali anteriori a Giustiniano sopra gli antichi giureconsulti? „ Io non saprei contraddire in sè stessa la congettura dell'Alibrandi ora riferita; poichè, come emergerà anche chiaro dalle prove addotte in seguito in questo lavoro, è un fatto ormai accertato che i coevi di Giustiniano seguirono nelle loro traduzioni quel sistema: ma però nel caso speciale che qui ci occupa si deve dare altra spiegazione; per ora basta notare la coincidenza abbastanza significativa delle due redazioni greche.

2. Il fr. 9 dei digesti è riportato nel cap. IX dei Basilici nei seguenti termini:

Ἐπιλογὴν ἔχει ἡ γυνή, ἢ δοῦναι πὴν διὰ τέρψιν γενομένην δαπάνην, ἢ συγχωρῆσαι τῷ ἀνδρὶ περιελεῖν τὸ γεγονὸς, εἴγε δύναται περιαιρεθῆναι καὶ μέλλει ἔχειν αὐτὸ, ἐπεὶ οὐ περιαιρεῖ αὐτό. Reso

1) O. c. p. 431.

in latino: Electionem mulier habet, utrum reddat impensas voluptatis causa factas an patiatur maritum tollere quod factum est, si quidem tolli possit et (maritus) id habiturus sit, alioquin id non tollit.

Il confronto dell'indice con il testo corrispondente degli scolii Sinaitici non offre qui materia a particolari osservazioni; ma tuttavia si nota fra le due traduzioni un intimo rapporto specialmente in un punto. Mentre nel testo dei digesti è espresso solo implicitamente il concetto che la donna ha per le spese voluttuarie il diritto di scelta, l'autore dell'indice ed il nostro scoliaste esprimono ciò più chiaramente, ¹⁾ ed entrambi lo mettono in evidenza nella prima proposizione: Bas.: 'Επιλογὴν ἔχει ἡ γυνή Sin.: εἰ.... ἐλοιτο ἡ γυνὴ ἔχειν αὐτά.

Più interessante ancora sotto tutti i rapporti sarebbe in questo luogo l'esame dello scolio 1, applicato al cap. 11 dei Basilici 28, 10, ²⁾, che deriva dall'indice dei digesti dell'Anonimo; ma siccome dello stesso debbo occuparmi in seguito per uno speciale confronto con il § 20 dei frammenti Sinaitici, rimando il lettore a quella trattazione nel capitolo IX.

Ma già dalle osservazioni fatte finora abbiamo ricavato che delle dottrine in esame noi possediamo tre redazioni, uniformi nel complesso, ma divergenti in alcuni particolari. Or se non può mettersi in dubbio che le tre fonti stanno fra loro in un rapporto di parentela, è poi sicuro che i §§ dei frammenti Sinaitici e gl'indici tramandatici dai Basilici, se coincidono anche in quei particolari che non hanno riscontro nei passi dei digesti, debbono, per quanto riguarda i punti esaminati, trovarsi stretti fra loro da un vincolo più intimo; o l'una redazione deriva dall'altra o entrambe ebbero a base uno stesso esemplare.

Passo ad esaminare questi rapporti nel capitolo che segue.

1) Confr. Alibrandi, o. c. p. 432.

2) Heimbach III p. 298.

VII

Crigine dei §§ 18 e 20 degli scolii, annoverati
nella IV massa, dai fr. 3 § 1 e 9 de impensis dei Digesti.

1. La critica largamente compiuta, nei capitoli precedenti, sui varii testi che hanno relazione con i nostri scolii 18 e 20, ci ha messo nella possibilità di potere determinare con più fondamento, e senza preoccupazioni o preconetti sulla genuinità o precedenza di una delle fonti, l'origine delle dottrine che vi troviamo esposte, e stabilire quindi quali rapporti di derivazione esistono fra le varie fonti finora esaminate.

Perchè la dimostrazione su questo riguardo riesca esauriente, bisogna cominciare dal porre in campo tre ipotesi che racchiudano in generale tutte le possibilità e sottoporle ad uno speciale esame.

Dalle notizie che ricaviamo dai testi, primo espositore di quelle dottrine appare Ulpiano; le varie redazioni a noi pervenute potrebbero quindi derivare dall'opera di Ulpiano *ad Sabinum*.

In secondo luogo è pure ammissibile l'ipotesi che i frammenti 3 § 1 e 9 dei Digesti, e di conseguenza gl'indici corrispondenti tramandati dai Basilici, derivino, in un modo qualunque, dai frammenti Sinaitici.

Ed infine non deve escludersi quest'altra possibilità: i fr. dei digesti, più volte ricordati, poterono essere scritti *ab initio* dai commissarii di Giustiniano ed allora le traduzioni greche sarebbero state eseguite direttamente sull'esemplare offerto dai Digesti.

2. In quanto alla 1^a ipotesi sappiamo omai che deve essere immediatamente scartata; dacchè l'esame dei fr. 3 § 1 e 9 cit., fatto nel capitolo IV, ci mise in grado di potere escludere in modo assoluto la derivazione di quei testi dal l. XXXVI di Ulpiano *ad Sabinum*. Ulpiano certamente non scrisse quei periodi in quel dato luogo, ove anzi aveva trattato diversamente quei punti di diritto; il contenuto poi e la forma dei due fr. risponde per ogni verso, come spero d'aver dimostrato, alla attività dei

commissarii di Giustiniano. Nè, tolta di mezzo questa ipotesi, si può ricorrere ad altre congetture per affermare, in un modo qualunque, l'origine classica dei frammenti in discorso, dacchè qualsiasi tentativo in questo senso non potrebbe nemmeno meritare l'onore della discussione.

3. Derivano dunque i fr. 3 § 1 e 9 dagli scolii Sinaitici? Naturalmente questa proposizione non deve intendersi in un modo gretto, letteralmente, ma nel senso più lato di una derivazione anche mediata, da altro manoscritto padre o collaterale al nostro. Quel che importa al postutto è di sapere se quelle dottrine, riportate dalle varie fonti a noi note, provengano dalla letteratura giuridica orientale. Senza dubbio, ciò sarebbe perfettamente possibile. I compilatori utilizzarono, come è espressamente attestato, gl'insegnamenti delle scuole orientali in singoli punti; e specialmente poi si giovarono dei commentarii elaborati sulle opere dei giureconsulti romani dai celebri antecessori beritensi, come riferiscono, per singoli casi, gli stessi scrittori greci coevi a Giustiniano, nei loro lavori sulle parti della compilazione ¹⁾

Ma per le dottrine che formano oggetto del nostro esame e che sono riportate dagli scolii Sinaitici non possiamo ammettere una tale origine. Noi sappiamo assai poco della produzione scientifica di quelle scuole, ²⁾ ed in proposito nulla affatto. Accettando quindi una simile ipotesi ci trarremmo facilmente d'imbarazzo, come sempre che si metta in campo una congettura del resto inconstabile. Ma a parte queste considerazioni io trovo due argomenti decisivi negli stessi scolii greci, e su di essi mi fermo per escludere in modo assoluto questa seconda possibilità.

Il testo commentato dallo scoliaste era latino; egli cita le prime parole: *Nos generaliter*, con le quali appunto comincia il fr. 3 § 1 cit. dei digesti; se il glosatore parafrasava un testo latino vuol dire che il suo esemplare non era un commento derivato dalle scuole orientali; la produzione di queste scuole per

1) Confr. i testi raccolti dal Huschke, *Iurisprudentia* p. 682 e seg.; Mortreuil, *Histoire du droit Byzantin* etc. vol. I p. 259; Heimbach *Proleg. Basil.* pag. 9 e note 10-17, pag. 11 e note 50-67.

2) Conf. Bruns, *Das Syrisch-römisches Rechtsbuch* pag. 327.

quanto ne sappiamo era redatta in lingua greca; ¹⁾ anche dei testi latini erano fatti *κατὰ πρόβας*. Nè so se altri mai ha preteso che i maestri di Berito, in particolare Cirillo e gl'interpreti dei Codices antichi, avessero scritto in latino i loro commentarii. Certo l'asserzione del Huschke ²⁾ in questo senso non ha valore.

Più grave ancora è l'altro argomento. Il traduttore greco attribuisce il criterio distintivo delle *impensae necessariae* e delle spese pei frutti ad Ulpiano; e certo dobbiamo supporre che egli traesse questa notizia dal suo esemplare; tanto più poi se si considera che la stessa indicazione è data dalle altre fonti, ed in particolare è confermata dalla iscrizione che porta il fr. 3 § 1 nei Digesti. Or se noi ci trovassimo di fronte ad un prodotto della scuola orientale, lo scoliaste non avrebbe attribuita di sicuro quella dottrina ad Ulpiano con tanto compiacimento: *ὁρᾶς, πῶς καὶ Ulp. κλονίζει ἡμῖν*. Chi non voglia quindi sgambettare per il regno delle fantasie, è obbligato a prestar fede ai testi, fino a che non sia data una prova evidente in contrario. Ma se lo scrittore ci manifesta che egli leggeva nel suo esemplare il nome di Ulpiano, a me pare che questo indizio è decisivo per escludere pure l'origine degli scolii 18 e 20, e delle altre redazioni ritenute finora pesteriori, dalle scuole d'Oriente.

4. Ci troviamo quindi di fronte alla terza ed ultima ipotesi, con la quale si pretende rivendicare ai fr. 3 § 1. e 9 dei digesti la precedenza sulle altre redazioni greche, le quali sarebbero semplicemente derivate dalla compilazione giustiniana. Sul riguardo noi sappiamo, per le cose dette nel capitolo IV, che il contenuto dei fr. citati risponde ottimamente ed in ogni senso alle idee dei compilatori, tanto che non esitai a dichiarare quei testi come un prodotto di Triboniano. Nè può far senso che nelle iscrizioni dei frammenti citati si legge il nome di Ulpiano. Certo è che nella letteratura giuridica romana, nelle raccolte di Costituzioni dell'ultimo periodo, non troviamo alcun cenno dell'istituto dello *ius tollendi*, e tampoco di una regola generale per distinguere le spese necessarie dalle spese pei frutti. Si sa poi

1) Krüger, Geschichte pag. 348 n. 13.

2) Iurisprudentia p. 861, 852.

che lo attribuire a giureconsulti romani idee o teorie, che non trovavano riscontro nelle opere antiche è cosa normale nella compilazione, ed era conforme al metodo tenuto dai commissarii nella formazione dei Digesti. Una nuova dottrina, una decisione o regola opposta a quella riferita dagli antichi giuristi, veniva sostituita o intercalata nei luoghi opportuni; ma si attribuiva del resto all'autore del frammento vicino che ne avea pòrto occasione. Il fr. 3 cit., estratto dal l. 36 di Ulpiano a Sabino, trattava, come il fr. 1 dello stesso titolo, delle spese necessarie; ma arrivati in quel punto i compilatori vi aggiunsero in modo generale, una regola per differenziare quelle spese dalle altre per i frutti e rendere così il titolo più completo. Così pure pel fr. 9. In esso fu applicata e sviluppata la riforma legislativa introdotta da Giustiniano nella *Const. unica* § 5 dell'anno 530, con la quale si abolivano le *re-tentiones propter impensas*, e se ne regolava diversamente il compenso. Or siccome il fr. 11 pr. h. t., nell'opera di Ulpiano, negava ogni considerazione delle spese voluttuarie, anche se fatte *voluntate mulieris*, così dovette apparire necessario ai compilatori il far menzione nei Digesti delle nuove disposizioni che abolivano il diritto antico, e formarono il fr. 9. ¹⁾ La disposizione di

1) Agli esempi da me notati altra volta, in questo Bull. VIII pag. 273 e seg., si possono aggiungere ora anche questi altri frammenti, per potere serenamente apprezzare l'importanza che i compilatori intendevano attribuire alle *inscriptiones* premesse ai testi del digesto. Si voleva rendere un omaggio ai giureconsulti col tramandarne i nomi ai posterì, anche per questo mezzo più diretto ed efficace. Giustiniano stesso lo dichiara nella *Const. Tanta* e $\Delta\epsilon\delta\omega\chi\epsilon\nu$ § 10. I nomi dei giureconsulti servivano soltanto di decorazione all'opera, e quindi le iscrizioni non offrono assoluta garanzia che il contenuto sia stato tratto dall'opera citata; le dichiarazioni di Giustiniano sono anche per questo riguardo candidhe: *nomimbus etenim veteribus relictis, quidquid legum veritati decorum et necessarium fuerat, hoc nostris emendationibus servavimus*. Ne segue, che non rare volte occorrono nei digesti iscrizioni mentite, e ciò nel senso esposto nel testo, e di frequente anche per le stesse ragioni. La iscrizione, allora, serve come manto dorato per coprire il contrabbando. Tale sistema è sembrato incredibile ad alcuni interpreti, perchè eccessivo; così ad es. Eckhardus [*Disputationes, Disp. V, de inscriptionibus et subscr. legum etc.* § 215] esclude in modo assoluto, che Triboniano « *mentito alicuius iureconsulti nomine, integrum caput supposuisse* ». Ma i nostri sentimenti non mutano la storia, ed un fatto, per quanto strano, rimane sempre un fatto, a dispetto delle nostre impressioni. Bene osservò, invece, il sommo Cuiacio queste geniali risorse dei compilatori, e cura avvertirlo nell'introduzione ai *Paratitla in libros 50 digest.*, con la solita forma lucidamente efficace. « *Iustinianus..... commutatis saepe contortisque veterum iuris auctorum scriptis, quorum tamen nomina ubique praelendit, et ea quidem nonnunquam SOLA, licet ex eorum*

questo frammento, come si è detto a suo luogo, porta chiaramente l'impronta della origine legislativa.

I due testi inseriti dai compilatori furono poi accolti nel commentario greco dei libri di Ulpiano a Sabino ed intercalati nei luoghi opportuni in un lavoro di revisione, compiuto, forse da un docente, dopo la pubblicazione dei Digesti.

5. Perlomeno così si spiegano agevolmente tutte le anomalie che abbiamo osservate nei due scoli Sinaitici. Le parole *Nos generaliter* rispondono a quelle contenute nel fr. 3 § 1 dei Digesti. Lo scoliaste riporta come autore Ulpiano, e questa indicazione coincide perfettamente con la *inscriptio* segnata nel frammento corrispondente dei Digesti. Ma d'altra parte nei frammenti Sinaitici manca in questo punto qualunque altra designazione, riguardo all'opera da dove sarebbero stati estratti i frammenti, a tacere poi delle altre sottoindicazioni, quali il titolo, il foglio, che sogliono essere notate dagli scoliasti. È vero che la citazione così nuda del solo nome del giureconsulto, può apparire irrego-

mente sermoneve subsequatur NIHIL. Così anche il Contio [L. 1 *lection subsec. cap. IX*], sullo stesso proposito, paragona, con fine ironia, la *reverentia* sentita dai compilatori per i giureconsulti « *ac si Iustinianee statuæ I. Caesaris caput pictor quis, aut statuarivus adjungat* ». Veramente la storia dell'arte nel medio evo registra omai, a conforto di Giustiniano e dei suoi ministri, più che esempi parecchi di questo genere! Del resto, riguardo alla compilazione il procedere dei compilatori dà luogo ad altra osservazione. Dal confronto della *Const. Deo auctore* col linguaggio adoperato poi da Giustiniano nella *Const. Tanta cit.* sembra che non fosse stato nel piano primitivo dell'opera di notare le iscrizioni, ma ciò fu pensato dopo, nel corso del lavoro, semplicemente per decorare il monumento. Il Buonamici, intanto, osserva, a proposito di questa congettura, messa innanzi del resto da altri scrittori [confr. Bull. cit. pag. 283 n. 2] che « *all'accennato supposto, se esso non si riferisce ad un tempo troppo oscuro anteriore ad ogni notizia, sono evidentemente contrari i passi relativi delle costituzioni di Giustiniano.* » [Archivio Giuridico Filippo Serafini vol. 1 p. 44, n. 3] Veramente ciò non mi pare: anzi io ricavo ora dallo stesso scritto del Professore Buonamici, che ha in questa materia speciale autorità, la prova migliore della legittimità di quel supposto. Infatti scrive il Buonamici [l. c. p. 40] « *Nessun cenno di tali iscrizioni è stato fatto da Giustiniano nelle sue costituzioni della prima serie. Le quali non si occupano affatto delle iscrizioni fra gli ordini divisati per i Commissari. Come accadde dell'Indice, anzi in seguito all'Indice, probabilmente i Commissari stessi si accorsero della convenienza d'indicare i nomi degli autori e i titoli dei libri dai quali avevano estratto il passo che portavano alla massa comune.* » Io, naturalmente, sottoscrivo pienamente questa spiegazione, perchè, se le espressioni da me adoperate non tradirono il mio pensiero, volli dire appunto questo; nè pretesi determinare, in un modo qualunque, il momento preciso in cui commissari si accorsero della convenienza d'indicare i nomi degli autori, chè questo non era nelle mie forze.

lare in qualunque modo si voglia spiegare; dacchè gli stessi contemporanei di Giustiniano, come Dorotheo, Taleleo, Stefano nel riferirsi ad un testo dei digesti sogliono di regola indicare la fonte dettagliatamente notando il libro, il titolo con i numeri.¹⁾ Ma ad ogni modo, senza perderci in congetture per spiegare l'anomalia, che potrebbe derivare da varie cause, sia perchè il commento omai non era più destinato al pubblico, sia perchè trattandosi della materia di *impensae* fatte su cose dotali era facile a chiunque rinvenire il titolo corrispondente dei Digesti, è poi certo che un commentatore del V secolo non avrebbe citato Ulpiano senz'altra indicazione.

Tanto meno poi avrebbe potuto farlo lo scoliaste più antico, che, commentando l'opera di Ulpiano a Sabino, non cita altra volta il suo esemplare. Chi inserì nel commento Sinaitico il § 18 non conosceva o certamente non riflettè che il § 17, che precede, era appunto estratto dal l. XXXVI di Ulpiano a Sabino. Su questo argomento insisto, perchè dà prova irrefutabile per lo meno di ciò, che lo scrittore dello scolio 18 è ben diverso dall'autore dello scolio 17.

Infine è pure notevole la omissione dell'articolo "ὁ", innanzi al nome Ulpiano, che come avvertii è sempre premesso ai nomi dei giureconsulti romani, come era normale presso i Greci scrittori.²⁾

6. Altre osservazioni riguardano il contenuto. I due scolii 18 e 20, come notai nel cap. III, hanno un carattere tutto proprio e singolare nel commento. Essi non contengono delle *paragraphae*, cioè annotazioni con richiami e confronti, nemmeno un *indice*, cioè un riassunto conciso e vibrato del contenuto dei testi con parole proprie, ma presentano addirittura una *parafraasi* dei due fr. corrispondenti dei Digesti. Perciò, mentre in tutti gli altri scolii non sorprendiamo mai un intero periodo che risponda al testo dei Digesti, in questo punto il commento greco offre una riproduzione larga dei frammenti che si leggono nel l.

1) Conf. Heimbach, Proleg. p. 7, p. 21.

2) Nell'indice ai Digesti di Stefano si omette l'articolo in pochi casi: v. Ferrini, Bull. I. D. R. vol. III p. 62. Anche ai nomi dei giureconsulti Greci va premesso di solito l'articolo, eccetto per l'Anonimo: confr. Heimbach, Proleg. p. 15.

XXV tit. 1; tanto che lo Zachariä ¹⁾ e l' Alibrandi ²⁾ si fondarono *principalmente* su questo riscontro, per affermare che gli scolii Sinaitici contengono un commento ai libri di Ulpiano a Sabino, e specialmente ai libri 36 e 37.

7. Nel § 18 del commento greco si rinvencono alcuni esempi, con i quali lo scrittore vuole illustrare il concetto delle spese necessarie *in rem* avanti enunciato. A questo proposito il parafraste cita: μῶλο[ς ἢ] ἀρτοκοπεῖον ἢ τὸ φυτεῦσαι cioè: *moles vel pistrinum vel plantatio*. Sono questi i soli esempi che noi troviamo in tutto il commento: ma è notevole che essi danno luogo a parecchie osservazioni. Innanzi tutto coincidono perfettamente con i casi di spese necessarie che sono enumerati nel fr. 1 § 3 e 3 pr. D. XXV-I.

Inter necessarias impensas esse Labeo ait moles in mare vel flumen proiectas. sed et si pistrinum vel horreum *necessario* factum sit.... aut si oliveta reiecta *restauraverit*..... vel si vites propagaverit vel arbores *curaverit* vel *seminaria* pro utilitate agri fecerit, necessarias impensas fecisse videbitur.

Quest'ultima proposizione corrisponde pure all'altra che nello scolio 18 segue immediatamente gli esempi: ταῦτα *necessaria ἐστί*. Cosicché la coincidenza fra i due testi non può essere più evidente; gli esempi si succedono nello stesso ordine, soltanto il parafraste espresse con la sola parola τὸ φυτεῦσαι i diversi casi di *plantatio* che sono mentovati nel testo latino. Che cosa bisogna dedurre da questo fatto? Ricavò lo scrittore quegli esempi dall'opera originale di Ulpiano a Sabino, dalla quale furono estratti i fr. 1 e 3 cit., ovvero immediatamente dai Digesti? Per noi la scelta fra queste due ipotesi non può esser dubbia. Siccome il fr. 3 § 1, che corrisponde al contenuto del § 18 degli scolii Sinaitici, non si trovava nel commento ulpiano, dobbiamo accettare la conseguenza necessaria della premessa, e dire che il greco scrittore avea come esemplare in questo punto il libro XXV tit. 1 dei Digesti.

1) Monatsberichte cit. pag. 623.

2) O. C. pag. 428.

Nè ciò basta. Agli esempi addotti Ulpiano aggiunge un elemento qualificativo di capitale importanza. Tutte quelle opere, per essere computate fra le spese necessarie, debbono essere richieste da un vero bisogno, per assicurare il regolare funzionamento di quelle cose nel patrimonio di una persona; Ulpiano esprime e ripete questo requisito con la parola *necessario*, e con le altre: *quod habere mulieri utile erat*: poichè, diversamente, se il *pistrinum* o la *plantatio* non sono fatti in quelle determinate condizioni, le spese impiegate in tali opere non sono annoverate fra le necessarie. Infatti Paolo, pure nel commento a Sabino, nel l. VII indica come spese utili:

veluti si *novelletum* in fundo factum sit, aut si in domo *pistrinum* ¹⁾ e nel l. VI del commento a Plauzio troviamo fra le spese utili menzionato il *pistrinum* ²⁾. Come potè dunque il nostro parafraste omettere ³⁾ quest'importante elemento, che non è mai trascurato dai traduttori greci, negli indici che ci furono conservati nei Basilici, ⁴⁾ che ad ogni esempio ripetono la parola *ἀνάγκαιον*? Gli stessi esempi presentano quindi un lato difettoso; e di fronte alle formulazioni precise e smaglianti che ci offre il commento greco, nella parte da me attribuita all'antico scoliaste, la manchevolezza del § 18 appare più notevole; essa prova che lo scrittore appartiene ad un'epoca di decadenza e che non ha completa padronanza della materia, se, anco avendolo innanzi agli occhi un esemplare, non sa rendere i concetti con esattezza. Nè io saprei ripetere con l'Alibrandi, ⁵⁾ che lo scoliaste seppe raggruppare molto abilmente gli esempi fatti da Ulpiano, chè piuttosto, secondo me, li trascrisse senza ponderazione.

1) fr. 6 D. 25-1 e cap. 6, 28, 10 Basilici.

2) fr. 79 § 1, D. 50. 16.

3) Il Huschke, *Iurisprudentia* pag. 824 intromette nel testo greco questo elemento e legge nel codice *ἀνάγκης* invece di *διανεχῆ*; in sostegno richiama nella nota 2 il fr. 1 § 3 D. h. t. Ma quest'ultima lezione, seguita da tutti gli altri editori, non solo risponde meglio al manoscritto, ma, e ciò nella specie importa molto, anche all'esemplare latino: ad *perpetuam utilitatem*, e trova inoltre riscontro nello indice dei Basilici, ove si legge appunto la parola *διανεχῆ*.

4) Confr. cap. 1, 28, 10 Basilici.

5) O. c. pag. 430.

8. Dal confronto dei nostri scoli cogli'indici corrispondenti dei Basilici, fatto nel cap. VI, abbiamo rilevato, che in alcune particolarità di non lieve importanza il testo sinaitico coincide piuttosto con la traduzione greca e non con i passi latini dei Digesti. Io non ammetto, in questo punto, che l'autore dell'indice avesse ricavata quella traduzione, come inclina a ritenere l'Alibrandi, ¹⁾ da un *κατὰ πρόδας* pregiustiniano fatto al commento di Ulpiano a Sabino. Se i due frammenti 3 § 1 e 9 furono formati dai compilatori, come si è dimostrato, la congettura dell'Alibrandi risulta impossibile. Bisogna quindi trovare altra spiegazione. Ammesso come sicuro il legame intimo che corre fra le due redazioni greche, non possiamo sottrarci dal riconoscere fra le medesime un rapporto di derivazione. Si può discutere soltanto se l'autore degli indici accolti nei Basilici abbia avuto sott'occhio i nostri frammenti sinaitici, o viceversa il redattore degli scoli 18 e 20 si sia servito di quegli indici. Per determinare la precedenza dell'una o dell'altra redazione non si può mettere in conto la circostanza, che nello scolio 18 troviamo conservati i termini latini con flessione greca [*compensateuεται, retentiona, necessaria*], per dire che i nostri scoli furono scritti in un tempo anteriore a gl'indici riportati dai Basilici; poichè, com'è noto, nell'età giustiniana era uso di conservare nelle traduzioni greche i termini tecnici latini che venivano trascritti immutati, o riportati, come nel nostro caso, con flessione greca; solo dopo Giustiniano si cominciò a formare una lingua tecnico-giuridica greca che ebbe poi complemento e recezione nei Basilici. ²⁾ Ma appunto per questo nei Basilici le parole latine furono sostituite da termini greci; ed è poi risaputo che anche in questa compilazione si hanno interpolazioni in vario senso: ³⁾ Tutto considerato, quindi, nessun indizio abbiamo per risolvere con sicurezza la questione. Dagli elementi però, innanzi rilevati, si può affermare come certo questo: che lo scrittore dei §§ 18 e

1) O. C. pag. 430, 432.

2) Confr. Heimbach, Proleg. p. 20 n. 3 e seg.

3) Mortreuil, o. c. p. 260, Zachariä, Jahrbücher für Deutsche R. W. vol. XVI pag. 819 e seg.; Heimbach, Proleg. pag. 124, 155, 206.

20 degli scolii sinaitici ebbe come esemplare il tit. 1 del l. XXV dei Digesti; ma non si può del resto escludere che avesse avuto dinanzi anche una traduzione greca di quei testi, e che l'avesse utilizzata in singoli punti.

9. I modi di dire, i termini tante volte adoperati dai compilatori giustiniani nella formazione di nuove leggi o nelle riforme degli antichi testi erano al certo familiari al redattore dei § 18 e 20 degli scolii sinaitici. Lo stile ed il vocabolario è in essi per così dire giustiniano. In proposito basta per tutta prova tradurre alla lettera il § 20, che è di questo tenore:

nisi forte mulier eas habere praeferat. sin autem mulier eas habere non vult, viro licentia datur eas auferre, dum veterem speciem non laedat.

Si confronti questo testo, per la forma e per i concetti, con questi altri usciti dalla penna dei commissari di Giustiniano:

Const. unica § 5 Cod. V. 13 — *Quodsi voluptariae sint licet voluntate eius expensae deductio operis quod fecit sine laesione tamen prioris speciei marito relinquatur.*

fr. 38 D. VI I — *Constituimus vero ut si paratus est dominus tantum dare quantum habiturus est possessor his rebus ablatis fiat ei potestas.*

fr. 10 § 10 D. XVII, 1 — *permittendum ei auferre, quod sine damno domini fiat, nisi rationem sumptus istius dominus admittit.*

fr. 3 § 4 D. XV-3 — *pati debet dominus creditorem haec auferre sine domus sui videlicet iniuria.*

fr. 27 § 5 D. VI-I — *nisi tamen paratus sit petitor pati tollere cum aedificium.*

fr. 37 D. VI-I — *sed hoc ei concedendum est, ut sine dispendio domini areae tollat aedificium quod posuit.*

Letti questi passi si ha l'impressione come se il commento sinaitico fosse caduto nelle mani di Teofilo o Dorotheo, e che uno di quei maestri ne avesse curata una revisione. Certo tali indizii e tante coincidenze non si trovano negli altri scolii. E se non si vuole attribuire tutto al caso, se i confronti si offrono a dovizia in ogni senso, se la spiegazione di tante anomalie scorre piana e sempre documentata, la ragione è ben quella, che l'opinione qui sostenuta è conforme alla verità.

VIII

I divieti di Giustiniano e la letteratura giuridica
sulle parti della compilazione

1. Per quanto la dimostrazione data nei capitoli precedenti sull'origine dei nostri due paragrafi possa apparire limpida, e necessaria la conclusione, contro di essa insorge un ostacolo apparentemente assai grave. Il lettore già conosce che io penso ai divieti stabiliti da Giustiniano, il quale in modo assoluto ed energico aveva vietato¹⁾ la produzione giuridica che non avesse il carattere di semplici traduzioni letterali (*κατὰ πόδας*), brevi riassunti dei testi (*ἰνδικεῖς*), sunti di titoli premessi come confronto (*παράτιτλα*).²⁾

I divieti si riferivano anzitutto al contenuto dei Digesti, ma secondo la mente dell'Imperatore doveano certamente aver valore per tutte le altre parti della compilazione.³⁾ Innanzi tempo, cioè nel 529, Giustiniano aveva sul proposito manifestato il suo concetto, affermando: *tam conditor quam interpret legum solus imperator iuste existimabitur*.⁴⁾ In questi intendimenti perseverò Giustiniano sempre. Non volle che si confrontasse il testo delle sue leggi con gli esemplari antichi, dai quali quello era tratto.⁵⁾ Proibì tutti gli altri generi di commenti o interpretazioni che non fossero della natura dei sopra mentovati. In caso di trasgressione minacciava gli autori con la pena dei falsarii, la confisca e la distruzione del libro.⁶⁾ Stando così le cose, alla mia dimostrazione si potrebbe opporre, che nessuno omai poteva avere interesse a resuscitare commenti antichi fatti alle opere dei giu-

1) Confr. Const. Tanta § 21, Const. *Δέδωκεν* § 21, Const. Deo auctore § 12, Const. Summa reipublicae § 3.

2) Per il significato di questi termini v. Zachariä, *Kritische Jahrbücher f. D. R. W.* XVI p. 796 e seg.; Heimbach, *Proleg.* p. 6;

3) Confr. Heimbach, *Proleg.* p. 3; v. pure Krüger *Geschichte* p. 360.

4) Const. 12 § 1 Cod. I, 14.

5) Const. Tanta § 10.

6) Conf. anche Const. Tanta § 19. I divieti di Giustiniano furono giustificati dall'Ei-neccio vol. III, pag. 17 e seg. Sylloge III, ma in maniera soltanto erudita; considerazioni più ponderate v. in Savigny, *Sistema* (trad. Scialoja) vol. I pag. 176.

reconsulti romani, dato che gli stessi non avevano più nessun valore ed autorità nei tribunali, e non potevano essere adoperati nella scuola.

Ma la risposta è facile, e si potrebbe in un modo crudo e vibrato formulare anzitutto in questi termini: Chi crede seriamente all'efficacia dei divieti di Giustiniano? Se gli scrittori sono tutti d'accordo ¹⁾ nell'affermare che i divieti dello Imperatore furono ben tosto violati, lui regnante, dagli stessi redattori delle Costituzioni, perchè dovrebbe apparire inverosimile il risultato che abbiamo ricavato dal presente studio? Se i divieti di Giustiniano restarono, come si riconosce, lettera morta, e non potevano per se stessi essere osservati; da' questo lato, logicamente, non dovrebbe insorgere nessun ostacolo. Ma tuttavia io so bene che questo sistema di argomentazione, per quanto stringente possa essere, non ha la forza di rimuovere un preconcepto. Anche la scienza ha i suoi pregiudizi, e ne ha pure la storia. Alcuni pregiudizii sono anzi legittimi, in quanto ostacolano l'accoglimento d'un fatto per quanto logico, fino a che non viene dimostrato come sicuro in tutte le sue particolarità; fino a che la contraddizione apparente che può derivare da un documento qualunque, per quanto poco autorevole, non sia rimossa. E questo è proprio il nostro caso. Quantunque si riconosca, come una verità omai indiscutibile, che le prescrizioni di Giustiniano, per questo riguardo, non ebbero alcun effetto, tuttavia si afferma, con pari sicurezza, come per esempio fa il Krüger, ²⁾ che la compilazione venne a spezzare ogni rapporto con lo stato del diritto anteriore, e che gli stessi Antecessori non ebbero più a metter le mani nei commentarii antichi. Le autorità più cospicue della nostra materia rendono omaggio a questo concetto. Lo Zachariä nei suoi studii sulle fonti greco-romane è dominato le tante volte da queste preoccupazioni. E come il Krüger ³⁾ così anche il Momm-

1) Confr. Zachariä *Iahrbücher für Deutsche R. W.* cit. vol. 16 p. 798; Heimbach *Proleg.* Basil. p. 7, 30, 33, 73, 74; Mortreuil-*Histoire du droit Byzantin* etc. vol. I p. 98, p. 116; Krüger-*Geschichte* p. 360; Ferrini *Storia* p. 139; Kipp *Quellen Kunde* p. 117.

2) *Geschichte* pag. 360.

3) Per es. riguardo ai fr. Sinaitici v. *Geschichte* pag. 320.

sen ¹⁾ nel determinare l'epoca della redazione di uno scritto, tratto da opere di giureconsulti romani, in forza dei divieti giustiniani, si vede sempre costretto ad attribuirlo ad un periodo di tempo anteriore alla compilazione.

Ogni affermazione contraria deve essere quindi dimostrata. E siccome poi la tesi che io sostengo, cioè che la tradizione scientifica continuò ininterrotta dopo la compilazione, specialmente nelle scuole, e che i commenti alle opere dei giureconsulti romani furono utilizzati anche dopo il 534, non è stata posta da alcuno, con l'intendimento da me seguito, è prezzo dell'opera riunire i principali documenti che attestano tale tradizione, usufruendo delle osservazioni fatte da insigni maestri sulle fonti greco-romane.

Nota soltanto che la produzione giuridica dei coevi a Giustiniano, se è conforme alle prescrizioni dell'Imperatore, dal lato esteriore e per i titoli delle opere, non lo è per il contenuto. Gli *Indices* sono in sostanza assai spesso delle traduzioni libere con illustrazioni del testo, alle quali sono di frequente aggiunte note esegetiche, critiche, dommatiche, in una parola dei veri commentarii [*παραγραφαί*]. ²⁾ In essi si rinvencono riferimenti allo stato del diritto anteriore, ed alla forma degli scritti genuini dei giureconsulti romani: così per es. nell'Indice di Doroteo. Nel commento al Codice poi Taleleo nota anche le riforme introdotte da Giustiniano al testo antico delle costituzioni. E la parafrasi greca delle Istituzioni imperiali viola completamente gli ordini di Giustiniano. ³⁾

Nè questo è tutto. Ma questi stessi commentarii greci ai singoli volumi della compilazione, fatti da Teofilo, Doroteo, Taleleo, Stefano si sostituirono ben presto, anche nella pratica, al testo originale, sia perchè l'opera di Giustiniano era poco adatta alla

1) Per es. nei Monatsberichte der Königl. Akad. der Wiss. zu Berlin, 1879 pag. 501, riguardo ai fr. *de iudiciis*; veggia il lettore qual'è l'argomento decisivo del Mommsen I Lo Zachariä inoltre (Zeitschrift für R. G. Vol. X pag. 60) nega che Anatolio, autore d'una *summa* del Codice, sia l'antecessore beritese e collaboratore nella formazione dei Digesti, e ciò perchè nella *summa* non sono osservate le prescrizioni di Giustiniano I

2) Confr. Krüger, Geschichte pag. 360 e seg.

3) Heimbach, Proleg. pag. 3.

funzione di un codice, sia perchè omai si perdeva la conoscenza della lingua latina. ¹⁾

Se guardiamo poi all'origine di questa letteratura vietata da Giustiniano, è certo che essa germogliò e si sviluppò nella scuola. ²⁾ L'imperatore non aveva esentati i Professori dalle sue prescrizioni ³⁾, come pretenderebbe l'Heimbach, ⁴⁾ ma tacitamente ⁵⁾ dovette adattarsi ai fatti compiuti, osservando forse con compiacimento il rifiorire degli studi del diritto e la produzione giuridica dei suoi contemporanei.

Ma sul proposito non s'è tentata un'indagine ulteriore; perchè i divieti di Giustiniano restarono lettera morta così presto, e non furono osservati nella scuola? Un *κατὰ πρόδα* delle Istituzioni imperiali sarebbe riuscito in modo eccellente adatto all'insegnamento, ed invece ne fu fatta una parafrasi. Secondo me non vi ha che una sola spiegazione. Se i contemporanei di Giustiniano, e gli stessi Antecessori adibiti nella compilazione, non osservarono, per questo riguardo, le leggi che avevano pur scritte, ciò si deve al fatto che essi utilizzarono per l'interpretazione dei volumi giustiniani e per l'insegnamento le traduzioni ed i commentarii antichi, fatti dai loro predecessori. Quanto più presto noi sorprendiamo la violazione dei divieti di Giustiniano, tanto più siamo costretti ad ammettere tale spiegazione. Se i professori si fossero messi da capo, cioè indipendentemente dalle opere più antiche, a interpretare e insegnare le parti della compilazione, come vuole il Krüger, ⁶⁾ noi avremmo avuta una perfetta osser-

1) Mortreuil o. c. vol. I pag. 96, 181; Heimbach, Proleg. pag. 7, 93 e seg.

2) Confr. Zachariä, *Iahrbücher für Deutsche R. W.* vol. 16 pag. 793; il quale osserva in generale, quello che s'è sempre detto per la Parafrasi, che tali opere non erano fatte per la pubblicità, ma furono note dagli appunti degli studenti; vedi pure Heimbach; Proleg. p. 7, 33; per la parafrasi p. 30; per il commento al codice di Taleleo p. 73. 74. Mortreuil o. c. I p. 98, p. 116. Krüger-Geschichte p. 360.

3) v. Savigny-Sistema cit. p. 175.

4) Il quale, Proleg. p. 7, afferma, che Giustiniano « *in scholis antecessoribus liberam explicandi et interpretandi fecerat potestatem, quod fieri necesse erat.* »

5) Mortreuil o. c. I p. 120 e seg. 139, 184; Krüger, Geschichte, pag. 360. Noi vediamo che molto più tardi, l'A. delle *Quaestiones de iuris subtilitatibus* [ed. Fitting. Quaestio 38, 1] si ricorda pure dei divieti di Giustiniano e crede di non violarli. Vedi anche la glossa Const. Deo auctore § 12 alla parola *commentarios*].

6) Geschichte pag. 359.

vanza di quelle prescrizioni, almeno per un primo periodo. La letteratura su di un corpo di leggi, se comincia *ab imis fundamentis*, deve presentare appunto le forme più semplici di ingenui confronti, traduzioni, sommari, come voleva Giustiniano.

2. Ed ora passiamo alle prove. La parafrasi greca delle Istituzioni è un prezioso documento per questo riguardo. ¹⁾ Si deve ammettere come dimostrato il concetto fondamentale che emerge dai lavori del Ferrini, il quale ha posto in luce che l'autore della parafrasi si servì di un *κατὰ πρόδα*, o di una precedente parafrasi del testo delle Istituzioni gaiane, proveniente forse dalla scuola di Berito. L'antico esemplare, pertanto, venne "*ad novum latinum textum, ut melius fieri poterat, accomodatum*". ²⁾ Questo lavoro di semplice adattamento, fu fatto, come emerge chiaro per più ordini di fatti dal contenuto ³⁾, appena dopo la pubblicazione delle Istituzioni, ed attribuito già nel sec. VI, certo con buon fondamento, ⁴⁾ allo stesso Teofilo, che collaborò alla formazione del testo imperiale. Per questo egli potè in brevissimo tempo compire l'opera, quantunque occupato in altri lavori e fosse di poco sopravvissuto alla compilazione delle Istituzioni ⁵⁾ Il Ferrini che ammette le premesse, cioè il metodo sbrigativo come il

1) Il libro di diritto romano-siriaco [Bruns-Sachau 1880] è pure notevole, in quanto prova che una raccolta di leggi del periodo pregiustiniano si divulgò ed ebbe una esistenza sorprendente in 'Oriente; malgrado i noti divieti e forse i contrasti più diretti, ai quali potè resistere vittoriosamente.

2) Ferrini-Paraphrasis Proleg. p. XIII; confr. p. VII e seg. Più diffusamente in Archivio Giuridico vol. 37 p. 353 e seg. conf. p. 391, 406; Rendiconti dell' Istituto Lombardo vol. 16 p. 565 e seg.; e di recente tutte le prove, che offrono nell'insieme una splendida dimostrazione, furono riunite dal Ferrini in un articolo pubblicato nella *Byzantinische Zeitschrift* vol. VI p. 547 e seg. dove il lettore trova un quadro di tutti i punti in cui la parafrasi diverge dal testo imperiale, traduce o si accosta o presuppone il testo gaiano. Le varianti si attribuivano prima a varie cause, anche a colpa dei copisti (!); cfr. Mortreuil, o. c. vol. I p. 276 ed ivi citati; Krüger, *Geschichte* pag. 362 n. 18. Nell'ordine di idee del Ferrini è ora anche il Krüger, Praefatio alla 3ª ediz. di Gaio, pag. XVI.

3) Già dallo studio del contenuto gli scrittori antichi avevano bene osservato che, in più luoghi, la parafrasi greca coincide con il Gaio visigoto meglio che con le istituzioni imperiali; Eckhard, *Disser.* VII, *de versionibus iuris graecis* § 300.

4) Le discussioni su questo punto sono antiche; confr. Eneccio, *Opera*, vol. 3 p. 29, (Sylloge III); Reitz, *Paraphrasis* vol. II, *Excursus* 11, pag. 1027 e seg.

5) Secondo alcuni Teofilo sarebbe morto avanti la pubblicazione della *Const. Cordi.* (a. 534); secondo lo Zachariä, *Geschichte*, pag. 5, verso il 537.

lavoro fu condotto, che spiega per sé tante cose, non so poi come insista nell'idea sua prediletta di voler detronizzare (o salvare?) Teofilo a qualunque costo. ¹⁾

Nel commento di Taleleo al Codice di Giustiniano l'indice appare di frequente più integro delle costituzioni che noi leggiamo nel Codice; ed altre volte si adatta completamente o meglio al testo primitivo che ci è conservato nel Codice Teodosiano. ²⁾ Taleleo inoltre, come fu osservato, dà spesso notizie sullo stato del diritto anteriore. ³⁾ Lo Zachariä, per spiegare questo fatto, credette si dovesse necessariamente ⁴⁾ supporre che Taleleo avesse compiuto già un *κατὰ πρόδα* fra il 529 e il 534, sulla 1a edizione del Codice Giustiniano, che sottopose in seguito ad una semplice revisione, dopo la pubblicazione della *repetita praelectio*. Ma questa congettura non è constatabile; ed invece è più facile pensare che Taleleo avesse utilizzato, nel formare il suo indice, i *κατὰ πρόδα* beritensi delle Costituzioni imperiali contenute nei tre Codici antichi, e che larghe tracce di quelli esemplari rimanessero nella nuova riproduzione. ⁵⁾ Il sistema adoperato da Taleleo sarebbe stato quindi analogo a quello di Teofilo;

1) Vedi la opinione del Ferrini nei lavori innanzi citati; contro già lo Zachariä *Geschichte* cit. pag. 5; *Zeitschrift der S. S.* vol. X pag. 257 e seg. Vedi anche C. Appleton, nella *Nouv. Rev.* vol. XIX, pag. 500 e seg. Il Ferrini, nel manuale *Il Digesto* pag. 130, per spiegare come la tradizione abbia potuto già dalla fine del sec. VI attribuire a Teofilo la parafrasi, rimette in campo l'ipotesi che l'antecessore potè essere l'autore della parafrasi elaborata sul testo gaiano, che formò poi la base della parafrasi alle istituzioni imperiali. La spiegazione è acuta ed avrebbe per sè molti esempi di confronto nella storia dei libri; ma se così fosse si dovrebbe sempre riconoscere Teofilo come vero autore della Parafrasi; e soltanto gli errori resterebbero a carico del revisore.

2) Per le prove v. Zachariä, *Zeitschrift der S. S.* vol. VIII p. 31 e seg. Le stesse osservazioni sono fatte dallo Zachariä l. c. p. 10 e seg. per una antica *summa* al Codice rimasta incompleta. Ma vedi però il Krüger, nella *Praefatio al Codex*, p. XIV e seg. e *Geschichte*, pag. 364 n. 32, che attribuisce molte varianti a glossemi introdotti nel testo posteriormente.

3) Confr. Zachariä *Zeitschrift der S. S.* vol. X pag. 255.

4) *Zeitschrift*. cit. vol. VIII; *Geschichte des Griechisch-römischen Rechts* 3^a ediz. 1892 p. 6; e nella recensione all'edizione del Cod. del Krüger: *Kritische Vierteljahresschrift* vol. XVI, p. 228 e seg. conf. pure Heimbach, *Proleg.* pag. 73; Krüger, *Geschichte* pag. 364.

5) Così anche il Ferrini, *Storia*, pag. 135; *Paraphr. Proleg.* pag. XIV,

cosa che del resto ebbe a rilevare ed ammettere ripetutamente lo stesso Zachariä. ¹⁾ E questa spiegazione poi ha un buon fondamento, perchè l'uso di materiali antichi da parte di Taleleo è un fatto accertato; lo provano le citazioni dei Codici pregiustiniani che si rinvencono nel suo commento, le notizie che egli riferisce sulle interpretazioni degli antecessori di Berito, i confronti fra il testo primitivo delle Costituzioni e le innovazioni introdotte da Giustiniano. ²⁾

Così si spiegano pure le divergenze o aggiunzioni che, di fronte al testo del Codice giustiniano, si riscontrano nell'Indice di Isidoro, ³⁾ nelle annotazioni aggiunte alla *Summa* di Stefano, ⁴⁾ e nell'Indice di Anatolio. ⁵⁾ Ed ammesso poi che questi giureconsulti si giovassero, seguendo uno stesso sistema, degli antichi commentarii, non può sorprendere nemmeno che fra le loro opere esistano spesso coincidenze che non derivano sicuramente dal testo latino.

I commenti fatti sui Digesti dai contemporanei di Giustiniano offrono pure chiari esempi dell'uso di materiali antichi. Già gli stessi commissarii nella compilazione si giovarono in qualche punto dei lavori degli antecessori berites, specialmente delle raccolte dei passi riferentisi a singole materie, ⁶⁾ del richiamo dei frammenti affini o contrarii nelle varie opere dei giure-

1) Kritische Vierteljahreschrift cit. vol. XVI; e spesso poi nella Geschichte cit. v. pag. 6. Conf. pure Zeitschrift für R. G. vol. X (1872) p. 62, nel quale articolo però lo Zachariä si mostra molto incerto nell'apprezzare il commento di Taleleo.

2) Confr. Mortreuil, o. c. vol. I. p. 147 e seg.; Heimbach, Proleg. p. 78 e nota 52; Krüger, Geschichte pag. 363, note 25-29, ed i lavori innanzi citati dello Zachariä.

3) V. Zachariä, Zeitschrift cit. vol. VIII pag. 61., il quale del resto dà la solita spiegazione, cioè che l'Indice si riferiva al Codice del 529. Contro pure Krüger, Geschichte pag. 365 n. 36.

4) Confr. Zachariä Zeitschrift cit. vol. VIII pag. 54 e seg.; vol. X pag. 255 e seg.

5) Tanto più poi si deve ammettere questo se si ritiene, come pare più probabile, che Anatolio fosse appunto l'antecessore beritese che collaborò nella formazione dei Digesti (Const. Tanta § 9), come sostiene validamente il Ferrini [Anecdota Laurentiana et Vaticana pag. 49]. Lo Zachariä, invece, riferisce l'Indice a persona diversa, vissuta posteriormente: Zeitschrift der S. S. vol. VIII pag. 63 e seg. In dubbio il Krüger, Geschichte pag. 365.

6) Confr. Mortreuil, o. c. p. 259; Heimbach, Proleg. pag. 9 e scolii citati nelle note 10-17. pag. 11 e scolii nelle note 50-67.

consulti: ¹⁾ Ma negli *Indices* e nelle *Paragraphae* occorre spesso osservare che la traduzione del testo ufficiale e le relative annotazioni sono miste di elementi antiquati, tratti da opere più antiche. Così per es. è a tutti noto che Doroteo nel suo indice cita i veri autori dei responsi riferiti da Alfeno ne' *Digesta* e da Africano nelle *Quaestiones*; cioè Servio e Giuliano. Negli *indices* poi di Stefano, ²⁾ Cirillo e dell'Anonimo ³⁾ gli elementi pregiustiniani sono più copiosi, quindi occorre spesso la trattazione di materie che non hanno riscontro nei *Digesti*. ⁴⁾ Ed errava l'Heimbach, ⁵⁾ quando a proposito dell'Anonimo argomentava, in simili casi, che il commentatore greco avesse il testo più integro del nostro. Piuttosto la spiegazione delle volte è più semplice e identica; quelle materie erano trattate nelle opere originali dei giureconsulti romani, erano riprodotte nei commentarii degli interpreti greci più antichi, e per questa via passarono negli indici elaborati dai coevi di Giustiniano sui *Digesti*. ⁶⁾

La tradizione della letteratura più antica, nelle scuole del sec. VI, è provata pure da altre operette.

Le *Regulae Institutionum* edite dallo Zachariä ⁷⁾, furono evidentemente estratte da una *summa* elaborata nelle scuole pregiustiniane, in cui i principii di diritto si trovavano formulati ed esposti a guisa di *regulae*. Dopo la compilazione l'antico manuale fu adattato al nuovo ordine di studii, per via di confronti

1) Sul proposito vedi il capitolo seguente, e lo specchio di confronto fra il tit. I 1, XXV dei Dig. e gli scolii Sinaitici.

2) Confr. Zachariä, Zeitschrift der S. S. vol. X pag. 255, 268 e seg.; Mommsen, Praefatio pag. LXXIII nota 4. Krüger, Geschichte, pag. 361.

3) Confr. Zachariä, Zeitschrift cit. vol. X p. 275 e seg.; Mommsen, Praefatio pag. LXXV « *satis enim constat tam Cyrillum quam Anonymum ante oculos habuisse praeter archetypum etiam versionem pleniorum et multa inde retinuisse* ». Ma il Mommsen e lo Zachariä presuppongono semplicemente che quei giureconsulti si fossero serviti di altri indici o traduzioni del testo ufficiale, e lo Zachariä ricercava gl'indizi per determinare questi indici più antichi, naturalmente senza risultato.

4) Vedi per es. il cap. XV (Zachariä Suppl. Basil. p. 10) in cui Stefano tratta anche di assegnazioni fatte dall'Imperatore ai soldati; l'Anonimo richiama a proposito una legge del Dig. XIX, 2, e lo Zachariä nota « Non invenio locum de assignatione tractantem in tit. loc. cond. ».

5) Proleg. pag. 56.

6) Confr. Ferrini, Storia pag. 138.

7) Anekdotia pag. 170 e seg.

e citazioni dei passi corrispondenti delle Istituzioni e dei Digesti. ¹⁾

Nella Glossa Torinese delle Istituzioni ²⁾ l'apparato degli scolii deriva in buona parte dal tempo di Giustiniano. ³⁾ Ma queste annotazioni sono ricavate evidentemente da commentarii più antichi, scritti forse sulle istituzioni gaiane, ⁴⁾ e quindi spesso non si trovano in armonia con la compilazione di Giustiniano.

Altri esempi ci occorreranno in seguito. Per ora va osservato che questa letteratura antica, derivata dalle opere genuine dei giureconsulti romani, attraverso i manuali di scuola, che la riproducevano, doveva poi necessariamente penetrare anche nelle raccolte di diritto, fatte a scopo pratico, nei secoli posteriori. Ed infatti lo Zachariä, ⁵⁾ esaminando il sistema della successione *ab intestato* dell'Ecloga tit. VI, nei paragrafi relativi ai creditori ereditarii, trova che le disposizioni dell'Ecloga non furono tratte dalla L. 22 Cod. de iure deliberandi, ma da costituzioni più antiche non accolte nel Codice e ricordate da Giustiniano.

Lo stesso fatto è avvertito dallo Zachariä ⁶⁾ riguardo al Prochiron; in cui, sempre in materia di diritto ereditario, al tit. XXV, fu utilizzato un compendio d'Istituzioni che portava tracce del diritto più antico, in modo che le disposizioni in esso accolte non rispondono al diritto giustiniano. Or se si considera che queste raccolte, in quanto miravano a rimettere in onore i libri di Giustiniano per l'uso pratico, ⁷⁾ dovevano essere compilate sui manuali del sec. VI, che alla loro volta derivavano da esemplari ancora più antichi, la spiegazione del fenomeno è facile e non può arrecare meraviglia.

1) Conf. Ferrini; Proleg. cit. pag. XV.

2) Zeitschrift für R. G. 1868 pag. 44 e seg.

3) Krüger, Geschichte, pag. 371 n. 5.

4) Così il Ferrini, Rendiconti del R. Istituto Lombardo Serie II. vol. XVII pag. 715 e seg.; Archivio Giuridico vol. 37 pag. 398 e seg. Krüger, Geschichte pag. 372.

5) Geschichte cit. pag. 191; cfr. n. 608.

6) Geschichte cit. § 43, pag. 174 e seg.

7) Per l'Ecloga ciò va inteso limitatamente ai materiali romani; del resto è noto che in essa gli elementi barbarici sono molti.

IX.

Opere di diritto pregiustinianee
messe in armonia con la compilazione.

1. Dagli esempj raccolti nel capitolo precedente si ricava con evidenza la prova che l'uso delle opere di diritto e dei commenti antichi non venne meno nel sec. VI, dopo la compilazione.

I divieti di Giustiniano rimasero, principalmente nella scuola e nella letteratura da essa derivata, lettera morta. I giureconsulti di quel tempo si servirono della produzione giuridica del secolo V per illustrare e commentare le diverse parti della compilazione; e si deve a questo fatto, essenzialmente, se la produzione che ne scaturì fuori oltrepassava i limiti segnati dallo Imperatore.

Il Ferrini, che meglio di tutti ha osservato il metodo tenuto dai contemporanei di Giustiniano nelle loro opere, esprime chiaramente il risultato delle sue indagini nei *Prolegomena alla graeca Paraphrasis* ¹⁾ con le seguenti parole:

Is igitur fuit, ut patet, aetatis Iustiniani imperatoris mos, ut libri ex berutiensi schola profecti, cum fieri posset, ad nova studia aptarentur.

Certamente, dalle osservazioni innanzi fatte come dalle parole del Ferrini, si ricava, innanzi tutto, questo insegnamento; che la letteratura più antica fu utilizzata per comporre i *nuovi* commenti, i quali perciò portavano larghe tracce del diritto anteriore.

Or questo, si potrebbe osservare, se è un fatto constatato ed innegabile, non giustifica l'asserzione fatta da me in questo lavoro nell'esame degli scolii sinaitici; in quanto le conclusioni mie pretendono stabilire che le opere antichate della scuola pregiustiniana, per via di revisioni e interpolazioni, fossero state ridotte in armonia con la compilazione.

Ragionevolmente questo è tutt'altro, anzi qualcosa di più. Ma già nelle parole del Ferrini non credo sia escluso questo genere

1) Pag. XIV.

di attività da parte dei contemporanei di Giustiniano, malgrado il " *cum fieri posset* „ che forse indica piuttosto un limite logico. E del resto se ne ha conferma da altri documenti o frammenti, di cui abbiamo notizia.

Così in alcuni manoscritti della *Synopsis Basil.* si trova, come appendice, un elenco di azioni [de actionibus]; il contenuto del manoscritto greco, come osservò lo Zachariä, ¹⁾ risponde meglio al diritto antico che alla legislazione di Giustiniano, come è provato, fra altro, dalla menzione dell'*actio rei uxoriae*. Per questo caso sarebbe ben difficile il supporre che lo autore si fosse servito di un compendio antico per formare un nuovo elenco, ma, piuttosto, si deve pensare, come già ha fatto lo Zachariä, ²⁾ che l'elenco antico fu adoperato, anche dopo la compilazione, nella sua forma originale, non per uso pratico, com'è stato pur detto ma nella scuola.

2. Ma su questo proposito, cioè per dimostrare l'asserzione da me posta, una prova precisa che scaturisca dall'esame particolareggiato anche di un unico testo deve avere più efficacia e valore che un cumolo di casi discutibili. — Mi rivolgo quindi all'esame di uno scolio dei Basilici che può essere apprezzato dal lettore in tutti i suoi particolari, come quello che ha relazione con la materia finora trattata.

Nei Basilici 28, 10, cap. XI è riprodotto il fr. 11 D. 25-1 con queste parole: ³⁾ *Κὰν γνώμη τῆς γυναικὸς γεγόνασι τὰ πρὸς τέρψιν δαπανήματα, οὐκ απαιτοῦνται* = *licet voluntate mulieris impensae voluptariae factae sint, tamen non exiguntur*.

Alle parole *κὰν γνώμη τῆς γυναικὸς* è applicato uno scolio dell'Anonimo del tenore seguente:

ταῦτα δὲ τὰ βολουπτάρια, ἅτινα κατὰ γνώμην τῆς γυναικὸς δαπανήσει ὁ ἀνὴρ, οὐ δύναται ἀκουσαν αὐτὴν ἀπαιτεῖν — ἐν ᾧ ἀνέχεται αὐτὴ περιαιρεῖν αὐτὰ βουλόμενον.

1) Zeitschrift der S. vol. 14 p. 88 e seg. e specialmente pag. 95, 96.

2) L. c.; v. anche Ferrini, Rendiconti del R. Istituto Lombardo, Serie II, vol. XXVI, fascic. 18, 19.

3) Heimbach, Basil III p. 293.

Cioè in latino:

has autem voluptarias impensas, quas maritus voluntate uxoris fecit, non potest ab ea invita exigere — si ipsa eum volentem ea tollere patiatur.

Questo scolio ha un perfetto riscontro con il § 20 dei nostri fr. sinaitici. Nel primo periodo ταῦτα..... ἀπαιτεῖν, conforme al fr. 11 D. 25-1, si nega qualunque compenso al marito per le spese voluttarie, anche se queste sieno fatte *voluntate mulieris*. L'avverbio *autem* del fr. 11 cit. è riprodotto, come già nello scolio sinaitico, anche qui: δέ. Quell'avverbio però, come s'è visto nel capitolo IV, aveva nel testo originale ulpiano forza avversativa, e fa già evidentemente intendere che la proposizione precedente si riferiva al compenso per le spese utili, per le quali la *voluntas mulieris*, come sappiamo, era, nel diritto classico, elemento importante e decisivo.

Le parole poi ἀκουσαν αὐτήν = ab ea invita dovevano, o per lo meno potevano, pure trovarsi nel commento antico, perchè noi le riscontriamo in un testo evidentemente genuino di Paolo:

fr. 79 § 1 (50-16): quorum nomine onerari mulierem ignorantem vel invitam non oportet.

Dunque questo primo periodo, nella sua interezza, da ταῦτα fino alla parola ἀπαιτεῖν, riproduce la teoria classica; non contiene alcun cenno sul d. giustiniano. Ma allo stesso segue un'appendice, nella quale è riprodotto il contenuto del fr. 9 D. 25-1, appunto come nei fr. sinaitici: ἐνδ'ἀνέκεται αὐτὴν περιαιρεῖν αὐτὰ βουλόμενον.

Questa chiusa quindi dice che la donna ha facoltà di permettere lo *ius tollendi*; lascia *indovinare*, soltanto per argomento *a contrariis*, che se la donna nega al marito il permesso di detrarre le opere da lui eseguite, deve darne un compenso.

Certamente non si può negare, per la sua evidenza, che questa ultima proposizione fu sovrapposta dopo al primo periodo.

Anche qui abbiamo due strati diversi.

Nel primo periodo non solo si nega qualunque compenso per le spese voluttuarie, ma si fa anche cenno dell'importanza della *voluntas mulieris*. Esso è quindi tratto da un commento antico, che si riferiva ad un'opera originale di giureconsulto romano. Nel d.

giustiniano l'elemento della volontà non ha più importanza, ed il farne menzione, dopo la *Const. unica* dell'anno 530, non ha senso.

Il secondo periodo, invece, fu aggiunto nel testo greco allo scopo di renderlo armonico con la compilazione, in cui era stato inserito il fr. 9 con una nuova disposizione.

E qui ancora due osservazioni.

Se altri volesse ritenere che lo scolio in esame dei Basilici fosse stato formato di getto così come si legge ora, riferendosi direttamente *ab initio* ai due fram. 9 ed 11 dei Digesti, dovrebbe, per combattere la mia prova, dimostrare e spiegare perchè noi troviamo anche in questo scolio invertito, nei due periodi, l'ordine che i digesti presentano su questo punto; nei digesti infatti il fr. 9, cioè la riforma di Giustiniano, precede; seguè il fr. 11, cioè la norma del diritto classico; nello scolio dei Basilici invece, come nel § 20 dei fr. sinaitici, precede la menzione del diritto antico=fr. 11; e segue poi la riforma di Giustiniano=fr. 9.

L'altra osservazione è la seguente:

Il fr. 11, contenuto nei Digesti, ha sul nostro proposito una breve proposizione, accolta come si disse per vista; invece il fr. 9, che riporta la nuova disposizione di Giustiniano, è, per lo meno, tre volte più lungo; come si spiega che lo scolio dei Basilici è formato in proporzioni inverse? La riforma di Giustiniano è solo accennata nella chiusa, in modo incompleto, con una sola proposizione; mentre il d. antico è riferito largamente; ma ciò dimostra, secondo me, con tutta evidenza, che questa proposizione fu interpolata dai coevi a Giustiniano in un commento di diritto antico; l'aggiunta fu fatta, forse, soltanto in margine, per mettere in armonia l'opera pregiustiniana con il contenuto della compilazione, e così poi passò negli ulteriori commenti ed infine nei Basilici.

3. Se questo è vero, l'asserzione, che i contemporanei di Giustiniano tennero il sistema di mettere a nuovo i vecchi commentarii, per ravvicinarli alla compilazione, risulta giustificata; e se l'osservazione si potesse ripetere su di un campo più vasto forse ne uscirebbe limpida la prova, che, di fatto, tale sistema, anche come lavoro preparatorio, doveva essere preferito; come

più sbrigativo poi dovette precedere i nuovi commentarii formati con gli esemplari più vecchi. Ad ogni modo possiamo affermare come certo che i *κατά πρόδα* già elaborati ai codici pregiustiniani, gli antichi commentarii alle opere dei giureconsulti romani derivati dalla scuola di Berito, non furono completamente abbandonati, come crede il Krüger, ¹⁾ non furono soltanto *extraits et consultés* dai coevi a Giustiniano, come dice il Mortreuil, ²⁾ ma furono studiati ed utilizzati, nella loro forma originale. Qua e là si poté arrivare a metterli in armonia con la compilazione, e di questo lavoro di revisione sono ancora evidenti le tracce, specialmente nei frammenti sinaitici.

In breve, per riassumere il risultato di questa indagine, bisogna dire che la produzione giuridica dei coevi a Giustiniano non raccolse soltanto la tradizione ³⁾ della scuola di Berito, ma si fondò essenzialmente sull'antica letteratura, la quale ritoccata appena in alcuni punti e messa al corrente con la compilazione ⁴⁾, in altre opere magari rifiuta, continuò a dominare sovrana, principalmente nella scuola. ⁵⁾

1) Geschichte pag. 359.

2) Histoire cit. vol. I, p. 272.

3) Così Serafini Istituzioni vol. I (7 ed.) p. 72.

4) Per quanto ho potuto vedere solo il Mortreuil O. C. I p. 260, esprime chiaramente questo rapporto fra la letteratura antegiustiniana e la nuova produzione, laddove egli nota, sagacemente, a proposito dei lavori di Cirillo (*ὁ ἱερός*), che i fram. delle sue opere « ont subi dans leur texte, et surtout dans les citations, deux espèces d'altérations successives: en premier lieu de la part des compilateurs contemporains de Justinien, pour faire concorder le travail de Cyrille avec le texte et la division du Digeste; ensuite de la part des scholiastes, pour le mettre en harmonie avec les Basiliques. »

Del resto i critici distinguono bensì negli scolii dei Basilici, [e si aggiunga anche nel testo] due diversi strati: i più antichi, derivati dai commenti dei contemporanei a Giustiniano [*παραγραφαὶ τῶν παλαιῶν ἢ τὰ παλαιά*]; e quelli più recenti fatti sui Basilici [*νέαι παραγραφαὶ ἢ σχόλια*], che sono facili a distinguersi, sol che si avverta la possibilità della fusione di brani diversi, ma non fanno cenno degli elementi pregiustiniani: v. Zachariä, *Iahrbücher für D. R. W.* cit. vol. 16 p. 819 e seg. e p. 1083 e seg.; Heimbach *Proleg.* p. 124, 155, 206.

5) Anche il Ferrini-Storia p. 135, rileva egregiamente dal commento di Taleo, che gli antichi Codici fossero ancora usati nella scuola di Berito al tempo di Giustiniano,

L'affermazione quindi del Mommsen ¹⁾, che nemmeno i redattori della compilazione sapessero di più di quanto trovavasi nei Digesti, è ormai insostenibile; perchè, se non può dirsi con l'Alibrandi ²⁾ che i greci giureconsulti contemporanei di Giustiniano avessero *profonda cognizione del diritto antico*, è poi certo che la loro attività, come docenti e come scrittori, trovava un potente aiuto nei lavori dei maestri più antichi.

4. Il nuovo ordinamento degli studii stabilito da Giustiniano con la *Const. Omnem*, per la scuola di Berito e di Costantinopoli, non può invocarsi contro i risultati che scaturiscono dalla mia indagine, nè può in contrario affermarsi che i vecchi commentarii non potessero adattarvisi.

Innanzitutto è stato sempre osservato che l'ordinamento di Giustiniano non contiene una riforma radicale, ma solo un adattamento, per via di leggieri mutamenti, del sistema primiero alla nuova compilazione. ³⁾ Ciò era ben naturale. Nei Digesti, la parte di gran lunga più importante della codificazione, si era raccolto il fiore della giurisprudenza classica, e l'ordine stesso dell'Editto, seguito dai giureconsulti romani, era stato conservato, nelle sue linee fondamentali. I digesti quindi riproducevano le opere più notevoli, che se non erano più in voga nella pratica, erano in buona parte note, studiate e commentate in quelle scuole, specialmente nella beritese. L'Oriente aveva mostrato una vera predilezione per le opere di Ulpiano. ⁴⁾ Vi si

1) Zeitschrift für R. G. vol. IX, pag. 93. Quindi le notizie che ricaviamo dalle opere dei contemporanei di Giustiniano riguardo al d. antico o alla paternità dei responsi hanno sempre un valore, [Confr. anche Alibrandi Opere, pag. 49 e seg.] salvo naturalmente i possibili errori che nelle necessarie ricopie del testo saranno potuti intramettersi. Queste considerazioni vanno pure tenute presenti per esser cauti nell'emeindare il testo fiorentino: cfr. Zachariä Zeitschrift des S. S. X pag. 283 e seg.

2) O. C. pag. 49 e seg. « Dell'utilità che arrecano alla Storia ed alle antichità del diritto romano gli scilti de' greci interpreti e degli scolasti de' Basilici » nel quale articolo l'A. raccoglie in modo ampio le tracce del diritto antico che si rinvencono negli scritti dei coevi di Giustiniano.

3) Conf. Hugo, Civil. Magazin II, pag. 267, il nuovo ordinamento contiene « bloss kleine Versetzungen und Accomodationen auf des Kaisers neue Sammlungen ». Vedi in questo senso anche Karlowa, Rechtsgeschichte vol. I pag. 1025.

4) Conf. Krüger, Geschichte pag. 350.

studiavano i commentarii all'editto, ma anche i libri *ad Sabinum*, come provano in modo irrefutabile i nostri scolii sinaitici. ¹⁾ E la ragione era semplice. Ulpiano, da brillante compilatore, aveva saputo raccogliere e condensare con mano maestra tutta la tradizione scientifica della giurisprudenza romana, di maniera che i suoi estesi commentarii rendevano quasi inutile il ricorso alle opere dei predecessori. Per questo merito le opere di Ulpiano avevano diritto di essere preferite a tutte le altre. I compilatori, certamente ammaestrati dalla letteratura giuridica dei loro tempi e dalla tradizione della scuola, seppero trarne vantaggio, ed i₃ dei digesti lo ricavarono, com'è noto, dalle opere di Ulpiano. Dei commentarii a Sabino furono accolti nei digesti circa 636 frammenti, che nella Palingenesia del Lenel riempiono 178 colonne. I commissari della massa Sabiniana ritennero come centro e guida della loro raccolta quest'opera. Ne discende quindi come conseguenza che i commentarii greci all'opera di Ulpiano a Sabino, elaborati nelle scuole di diritto avanti Giustiniano, potevano adoperarsi con molta utilità per interpretare e illustrare le parti fondamentali dei Digesti.

Una semplice constatazione di fatto, col confronto del tit. dei Digesti: *de impensis in res dotales factis* ed il punto corrispondente degli *Scôlii Sinaitici*, metterà in luce questa verità.

1) Giustiniano nella *Const. Omnem* § 1 non fa cenno dei libri *ad Sabinum*; ma bisogna considerare che il vanaglorioso imperatore non mira che a fare una rapida relazione, e con colori oscuri, dell'ordinamento degli studii fino allora esistente, per far risaltar meglio le sue riforme (§ 2). Ad ogni modo è certo che il documento che ora possediamo nei frammenti Sinaitici è decisivo; [Krüger, *Geschichte* pag. 350; Karlowa R. R. vol. I pag. 987] senza che per questo sia necessario supporre, come fanno il Krüger, *Zeitschrift der S. S.* IV pag. 31, lo Zachariä, *Bullettino* cit. l'Alibrandi o. c. pag. 448, che la *Const. Omnem* non riguardasse i tempi più antichi; o che non si riferisse, come crede il Ferrini, *Storia* pag. 127, al sistema degli studii della scuola di Berito; il che poi è meno probabile; v. contro anche Krüger, *Geschichte*, pag. 349. Del resto il Ferrini, nelle opere posteriori. (II Digesto pag. 33) ha modificata la sua opinione.

Dig. XXV-I

[Ulpianus l. XXXVI ad Sabinum]

- fr. 1: *impensae necessariae*
 fr. 2: cfr. Paulus VII ad Sabinum
 fr. 3 § 1: *spese necessarie e spese pei frutti*
 fr. 4: *impensae necessariae* (Paul. XXXVI ad. ed.)
 fr. 5 pr.: *imp. neces. dotem minuunt*
 fr. 5 pr.: *ubi non sunt corpora*
 fr. 5 § 3: *impensae utiles*
 fr. 6: cfr. Paulus VII ad Sabinum
 fr. 7 pr.: *impensae voluptariae*
 fr. 7 § 1: *compenso per le spese utili*
 fr. 8: cfr. Paulus VII ad Sabinum
 fr. 9: *compenso per le spese voluttuarie*
 fr. 11: *idem: secondo il diritto classico*
 fr. 10, 12-16: estratti da opere di Ulpiano, Paolo, Nerazio (massa Sabiniana), servono parte di confronto, parte per illustrare in altre direzioni i concetti contenuti nei frammenti precedenti e formano nel titolo una appendice.

Scholia Sinaitica

[Ulpianus l. XXXVI ad Sabinum]

- = § 17: *impensae necessariae*
 = § 18: cfr. Paulus VII ad Sabinum 1)
 = § 18: *spese necessarie e spese pei frutti.*
 = (cfr. § 17).
 = ... (lacuna)
 = § 19: *ubi non sunt corpora.*
 = ... (lacuna)
 = ... (lacuna).
 = ... (lacuna)
 = § 20: *compenso per le spese voluttuarie.*
 = § 20: *idem: secondo il diritto classico.*

Da questo quadro si osserva che il libro XXV tit. 1 dei Digesti ha per base l'opera di Ulpiano a Sabino, ed intorno a questo centro si raggruppano altri frammenti di confronto, estratti dai commentarii di Paolo *ad Sabinum* e dagli altri *ad edictum*. Segue poi un'appendice con passi di secondaria importanza.

Or meglio che da una lunga dimostrazione noi ricaviamo dallo specchio riferito piena certezza, che i commenti scritti alle opere originali dei giureconsulti romani, nelle scuole antiche, potevano servire, in modo eccellente, per interpretare ed illustrare

1) La dimostrazione delle lacune e dei confronti qui pretesi è stata fatta avanti, specialmente nel cap. V.

i Digesti. ¹⁾ Questi avevano per sostrato, in tutte le parti, quella stessa letteratura giuridica romana, che per secoli era stata obbietto di studii e commenti nelle scuole di Oriente. Di questa produzione più recente si avvalsero i compilatori, non solo per rinvenire più facilmente i passi analoghi ²⁾, o per escludere o modificare i contrarii, ma sino a certo punto anche per la scelta delle opere nelle singole materie. ³⁾

Non meritavano quindi i commentarii greci d'essere messi da parte come ferri vecchi e ruginosi; ma quali aurei prodotti dei secoli anteriori potevano ben servire ai modesti coevi di Giustiniano per l'intelligenza della compilazione, sia nel formare nuovi commentarii, sia per l'insegnamento. ⁴⁾ I frammenti Sinaitici pò e la Parafrasi greca delle Istituzioni attestano, nella maniera più diretta, ⁵⁾ che i giureconsulti del sec. VI ne fecero effettivamente tesoro, e non ebbero la ingenuità, supposta dal Krüger, ⁶⁾ di affrontare, con indipendenza dai lavori precedenti, i grossi volumi di Giustiniano.

5. Questi risultati hanno un'importanza generale nè credo sia ozioso insistervi; perchè, anche oggi, i migliori scrittori, ogni volta che divergenze occorrono fra i passi greci riportati dai Basilici e le leggi corrispondenti del *Corpus iuris*, si smarriscono, penosamente imbarazzati, in un labirinto di ipotesi. Così l'Ei-

1) Infatti anche lo Zachariä, Monatsberichte cit. pag. 622, potè servirsi utilmente dell'ordine dei fr. nei Digesti per ordinare gli scolii sinaitici; v. anche Krüger Collectio cit. pag. 267, Zeitschrift der S. S. IV pag. 28 e seg.; poche varianti presenta il Lenel nella Paling. II pag. 1151 e seg.

2) Nello specchio sopra indicato vi hanno già degli esempi. È pure da notare che il libro XXV dei digesti nell'ordinamento degli studii di Giustiniano [Const. Omnem § 3, 4] poteva essere studiato nel 2 anno come uno dei *libri singulares de dotibus*. Nel sistema antico i *libri de re uxoria* si studiavano nel 1 anno; Const. Omnem § 1.

3) Confr. in questo senso anche Ferrini, Il Digesto pag. 33, 34. Il prof. Buonamici, invece, in due eleganti memorie [Annali delle Università Toscane vol. XX; Archivio Giuridico Filippo Serafini vol. I pag. 1 e seg.] ha cercato dimostrare che i compilatori per la scelta dei Giureconsulti e delle loro opere si attennero alla legge delle citazioni.

4) Considerazioni analoghe fa il Ferrini a proposito della Glossa Torinese delle Istituzioni, Rendiconti del R. Istituto Lombardo, serie II, vol. XVII pag. 718.

5) Già lo Zachariä osserva [Zeitschrift der S. S. vol. VIII cit.] che gli 8 Antecessores, cui era diretta la *Const. Omnem*, ebbero a comporre subito dei commentarii, giovandosi dei lavori più antichi.

6) Geschichte, pag. 359.

sele, ¹⁾, seguito in proposito dal Pacchioni ²⁾, osserva egregiamente che la chiusa della *Const. 8 ad exhib 3,42: stricto iure.... utilis autem tibi propter aequitatis rationem dabitur depositi actio*, fu inserita dai compilatori. Ma trova assai sorprendente, d' altro lato, che i Basilici al capo 23, XV, IV (estratto dall' elaborazione del Codice fatta da Taleleo) riportano il passo senza quelle parole evidentemente interpolate. Per spiegare questa divergenza fra le due fonti l'Eisele comincia dallo escludere che Taleleo avesse potuto comporre la traduzione sul testo della 1^a edizione del Codice, e non trova poi altra uscita che ammettere una delle due seguenti spiegazioni; o, egli dice, quella chiusa pervenne nei manoscritti del Codice dopo la pubblicazione dei Basilici (!), inserita da qualche studioso, sul modello della interpolazione giustiniana che troviamo applicata alla *Const. 7 C. V, 14*; ovvero i compilatori dei Basilici, eliminando in questo punto l' interpolazione giustiniana, riprodussero il diritto più antico. Per l'Eisele le più grandi probabilità militano in favore di quest'ultima ipotesi, che è anche rafforzata dal Pacchioni con la citazione di altro passo che avrebbe goduto lo stesso trattamento nella compilazione greca. Ma, a dire il vero, il supposto degli illustri scrittori sullodati non ha per sé nemmeno un grado minimo di probabilità; anzi l'idea che i compilatori dei Basilici avessero voluto [cioè: coscientemente ³⁾] rimettere in onore in qualche punto il diritto classico non può essere suffragata da alcun esempio, ed appare addirittura strana. Nelle formazione dei Basilici furono seguiti in vari punti, altri principi che quelli codificati da Giustiniano, ma in tali casi i commissari dovevano ricorrere a ben altre fonti, tenendo in considerazione non il diritto antico dei romani ma lo sviluppo posteriore a Giustiniano. Piuttosto quindi nell'esempio soprariferito, come altrove, i Basilici offrono la traduzione originaria della costituzione di Diocle-

1) Belträge zur römischen Rechtgeschichte pag. 79 e seg.

2) I contratti a favore di terzi pag. 56 nota 1.

3) Le parole dell'Eisele lasciano in dubbio sul proposito, cioè se egli attribuisca ai commissari che avrebbero soppresse le parole sopracitate dal testo greco il proposito di voler mutare il diritto. Il Pacchioni si esprime chiaramente in questo senso.

ziano, quale cioè si trovava nei *κατὰ πρόδα* ai tre Codici antichi, che pervenne genuina, per via del solito processo a noi noto, e soltanto per questo, nella compilazione greca del secolo X. Gli scrittori dei secoli passati intuirono meglio il rapporto fra le fonti greche e latine in questo riguardo. Infatti Eckhard ¹⁾ avverte di andar cauti nel trarre illazioni dalle divergenze che si osservano fra i testi greci e i frammenti del *Corpus iuris*, perchè i greci giureconsulti *iurisprudentiam suorum temporum veteri* [intendi: pregiustiniana] *iurisprudentiae passim miscuerint*.

X.

In qual periodo di tempo si formò il commento all'opera di Ulpiano ad Sab.; quando fu riveduto.

Incertezze sugli autori. I papiri a noi pervenuti.

1. Completo accordo regna in generale fra gli scrittori relativamente al tempo in cui i nostri scolii furono scritti. I limiti estremi si sono segnati in base ai seguenti fatti; gli autori del commento, si dice, si riferiscono sempre alle opere genuine dei giureconsulti romani, d'altra parte essi citano i tre Codici antichi, le disposizioni dei quali sono considerate come diritto vigente; di conseguenza la loro attività cade tra il 438 ed il 529. ²⁾

Queste conclusioni sarebbero inoppugnabili, qualora il presupposto fosse un fatto vero per tutti i singoli §§, di cui è formata l'opera. Ma noi invece sappiamo che il commento greco non è prodotto di un solo individuo, che piuttosto si venne formando in tempi diversi, accresciuto via via da nuove aggiunte

1) *Dissertationes; Diss. VI De interpolationibus*, § 268, e più diffusamente, *Diss. VII, de versionibus iuris graecis* § 300.

2) Così in generale gli scrittori, tuttavia alcuni segnano altre date, ma sempre in base agli stessi dati. Noto soltanto le varianti fra parentesi. Dareste, *Nouvelle Revue cit.*; Zachariae, *Monatsberichte cit.* [438-528]; Lenel, *Zeitschrift cit.* vol. II; Krüger, *Zeitschrift cit.* IV [439-529]; *Geschichte cit.* pag. 320; *Collectio cit.* [439-533]; Huschke 438-472, ritenuti questi limiti non improbabili pel Krüger, *Collectio cit.* pag. 268; a cui si accosta anche Kalb, *Jahresbericht über die Fortschritte der Klassischen Altertumswissenschaft.* vol. 89 (1896) pag. 237; Alibrandi, o. c. pag. 418,450 [dopo il 474-528]; e con lui concorda Zachariä, *Bullettino cit.* pag. 4.; Monnier, *Nouvelle, Revue historique*, vol. XIX, pag. 692. Confr. Kipp, *Quellenkunde* pag. 99; Muirhead, *Storia* pag. 408 etc.

per parte di altri scrittori, come già abbiamo molti esempi nelle opere annotate dalla letteratura giuridica romana. Quei limiti segnati quindi dagli scrittori, in modo complessivo, non possono soddisfare; bisogna invece determinare particolarmente in qual periodo di tempo le varie masse furono scritte o sovrapposte. La dimostrazione fatta nei capitoli precedenti rende possibile tale determinazione.

2. Gli scolii che costituiscono la prima massa formano, come si disse, il fondo dell'opera, intorno a cui si raggruppano le osservazioni e le note aggiunte dopo. Ma l'antico commentatore conosce e cita tutti i tre Codici pregiustiniani, e quindi già questo primo strato dovette essere scritto nel sec. V, dopo l'anno 438.

Si può inoltre indicare più da vicino il tempo della redazione dei primi scolii. Giova a questo proposito considerare, che se almeno 3 delle masse di cui è composta l'opera sono anteriori a Giustiniano, la più antica di esse deve riportarsi al sec. V, in un tempo quanto più vicino alla pubblicazione del Codice Teodosiano; appunto perchè le varie aggiunzioni dovettero essere fatte in varii periodi e ad un certo intervallo. Con questo supposto coincide bene la citazione che si legge nel § 2 degli scolii; in cui lo scrittore si riporta ad una Costituzione del Codice Teodosiano, la quale confermava la pena che era in uso nei casi di mancanza alla fede data negli sponsali. La costituzione stessa non è a noi pervenuta.¹⁾ Ma da altre costituzioni che si leggono ancora nel C. Teodosiano²⁾ noi sappiamo che la pena era del quadruplo. Se dunque non vi ha errore nel riferimento, e se effettivamente è citato il Codice Teodosiano, è necessario dedurre che l'antico scoliaste si riferiva alla pena del quadruplo, e che non conosceva la Costituzione di Leone dell'anno 472 che ridusse la pena al duplo [*Const.* 5 Cod. V-I]. La prima massa degli scolii quindi sarebbe anteriore all'anno 472.

Ma insorge qui una grave difficoltà. Nello scolio 2, qualunque sia citata una Costituzione della codificazione ufficiale

1) Così il Dareste, il Krüger, il Huschke.

2) *Const.* 11 Cod. Th. III 5 [a. 380], la C. 1 Cod. Th. III, 6 [a. 380], accolta, meno la menzione del quadruplo, nel Cod. Iust. c. 1, v, 2. Corfr. C. unica C. Th. 3, 10 C. 1 Cod. 5, 8.

teodosiana, si fa menzione della pena del duplo: Μέχρι τοῦ διπλοῦ e non del quadruplo. Come si concilia la contraddizione che esiste fra la citazione (Cod. Th.) ed il contenuto dello scolio, che si riferisce in parte alla costituzione Leonina? Lo Zachariä dapprima aveva sospettato un errore del copista e proponeva di emendare la lezione del codice in ὄπλου = τετραπλοῦ. L'Alibrandi ¹⁾ invece riferisce la citazione del § 2 alla legge dello Imperatore Leone, che sarebbe stata *adiecta* al Cod. Th., e conclude quindi che il commento dovette essere redatto dopo la morte di Leone. A questa opinione si accostò poi anche lo stesso Zachariä. ²⁾

Io non voglio dire *a priori* che la congettura dell'Alibrandi sia completamente arbitraria; ma credo che un esame più particolareggiato del contenuto del testo debba dare migliore risultato che l'accomodamento di una citazione; questa in effetto si riferisce al C. Teodosiano, come tale, e quindi, a primo aspetto, si dovrebbe concludere che lo scoliaste menzionava la pena del quadruplo e non del duplo. Del resto la parola διπλοῦ nel manoscritto in tal caso avrebbe potuto avere origine da altre cause. Si può pensare innanzitutto che non sia sicura la lettura del manoscritto ³⁾ ovvero l'errore potè derivare dal copista antico, che non s'avvide dell'abbreviazione ed interpretò il "ὄπλου per διπλοῦ. Ed infine non si può escludere quest'altra possibilità; se gli scolii nostri furono riveduti dopo il 534, la menzione della pena del quadruplo, se pure fatta nell'antico Codice, potè essere modificata nel duplo, come appunto si trovava nella compilazione di Giustiniano.

Or in favore di quest'ultima ipotesi militano considerazioni di vario ordine, che la rendono più che probabile.

Infatti le parole καὶ μέχρι τοῦ διπλοῦ, con le quali si chiude il § 2 degli scolii, si riferiscono senza dubbio al principio della *Const. 5* Cod. cit., e riproducono letteralmente la frase di Leone *usque ad duplum*. In tale stato di cose bisogna vedere se tutto

1) o. c. pag. 420, 421.

2) Bullettino cit.

3) Non si decide il Karlowa Rechtsgeschichte I pag. 987.

il contesto dello scolio si adatta a questo confronto con la costituzione Leonina. Se il risultato è negativo non si potrà sfuggire la conseguenza di riconoscere, anche in questo punto degli scolii, due diversi strati.

Comincio dal porre sotto gli occhi del lettore uno specchio delle varie fonti.

Cod. Theod.	Scholia sinaitica	Cod. Iust.
C. 11 § 2 (3-5)... ad quadruplum ex veteri constitutione teneatur. C. unica (3,6).... poenaeque expertes sint, quae quadruplum statuit. Confr. C. unica (3. 10).	§ 2.... ἀλλ' ἐν τῷ γ' βιβλίῳ τοῦ Θεοδοσιανοῦ κώδικος τίτλῳ ιε' ἢ ιε' τρῦ τίτλοι διάταξις κοατύνει τὰς περὶ συνστάσεως τῶν γάμων poenas. Καὶ μέχρι τοῦ διπλοῦ.	C. 5 (5-1) <i>in fine</i>.... quadrupli videlicet poena, quae anterioribus legibus definita erat, in qua et arrarum quantitas imputabatur, cessante. <i>in princ</i>.... usque ad duplum teneatur.

La pena del quadruplo, di cui è menzione nelle leggi del Cod. Teodosiano, non fu introdotta dagli Imperatori Graziano, Valentiniano e Teodosio, ma essi confermarono soltanto nell'anno 380 una disposizione più antica: *ad quadruplum ex veteri constitutione teneatur*. L'origine della pena non è nota; I. Goto-

fredo la credette introdotta dalle leggi Iulia et Papia. ¹⁾ Ma chenchè sia di ciò, a noi importa rilevare che la pena del quadruplo era soltanto confermata ²⁾ dalle Costituzioni accolte nel Teodosiano; e che con questo fatto collima perfettamente il tenore dello scolio sinaitico, nella sua prima parte. Lo scoliaste infatti, non solo richiama, come si vede, una costituzione del Codice Teodosiano (la quale del resto non è a noi pervenuta, ³⁾ ma usa la espressione *κρατύνει.... poenas*, che vuol dire appunto *conferma le pene*. Il tema del verbo ΚΡΑΤΥΝ [= *rinforzare, confermare*] è sicuro nell'apografo. Ora la costituzione Leonina non aveva confermato o rafforzato il diritto antico, chè, invece, aveva portato una innovazione in senso più mite, riducendo la pena *usque ad duplum*. Chi scrisse quindi la prima parte dello scolio non conosceva la riforma di Leone, ma aveva innanzi agli occhi il Codice Teodosiano, da cui traeva la massima nota. La coincidenza fra lo scolio greco e le costituzioni del C. Teodosiano non può essere casuale, e se poi si tien conto che la citazione dello scoliaste si riporta effettivamente al Teodosiano come tale, non so quale altro elemento si possa desiderare per riconoscere come certo il risultato del nostro esame.

Ma, d'altra parte, le ultime parole dello scolio *καὶ μέχρι τοῦ διπλοῦ* riproducono, come si disse ed appare dallo specchio, la riforma apportata da Leone nel 472, cioè che la pena dovesse limitarsi al doppio delle arre: *usque ad duplum*. Se il testo non è difettoso, bisogna necessariamente riconoscere che queste ultime parole furono inserite nel commento dopo, in un lavoro di revisione, forse dopo il 534.⁴⁾

1) Ad C. Th. III, 5 Const. 6.... *ut omnino credam, poenam hanc quadrupli lege Iulia et Papia inductam fuisse*. Ma vedi ora Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht* pag. 268, che ha dimostrato che la pena in parola deriva da influenza dei diritti orientali.

2) Tutti gli scrittori sono d'accordo su ciò; confr.; invece d'altri, Bruns, *Syriscröm. Rechtsbuch*, pag. 219, 296, 297.

3) Secondo lo Zacharià, *Bull. cit.* pag. 5, la costituzione contemplata anche nello scolio in esame sarebbe la C. 11 Th. III. 5 [Haenel].

4) Io inclino a ritenere che effettivamente anche queste parole furono aggiunte dopo la compilazione di Giustiniano. Tuttavia nello specchio degli scolii, nel cap. I del presente lavoro, non azzardai di collocare la chiusa dello scolio 2 nella quarta massa, perchè la aggiunta potè anche essere fatta dopo il 472.

Altri argomenti concorrono a rendere vie più evidente e sicura questa ipotesi.

Le parole in esame si trovano nel *ms.* in linea separata, in calce al § 2. Lo Zachariä ¹⁾ rinunciava a spiegare in qual rapporto o connessione esse si trovassero con i paragrafi 2 e 3 degli scolii, ma tuttavia escludeva che si dovessero considerare, come fa il Krueger, quale conclusione del presente scolio. ²⁾ Ma egli invece credette di poter spiegare la connessione fra i §§ 2 e 3 e renderne il contenuto; in effetto però il compianto maestro fa a questo punto una bella confusione fra le costituzioni del C. Teodosiano e la Leonina, che suppone considerate in blocco dagli scoliasi. Il vizio della dimostrazione dello Zachariä è evidente; egli ricostruisce il contenuto degli scolii citati in base ad una divinazione della prima parte dello scolio 1 andata perduta (!)

Ma se noi invece ci atteniamo al testo a noi pervenuto, appare evidente che i §§ 2 e 3 contemplano unicamente costituzioni più antiche dei codici Gregoriano e Teodosiano, e non portano alcun cenno della costituzione di Leone. A questa invece si riferiscono le ultime parole del § che, come osserva lo stesso Zachariä, restano isolate. Di più, siccome avanti nello scolio non è fatta menzione delle arre, il μέχρι τοῦ διπλοῦ resta campato in aria, in quanto, come osserva il Huschke, ³⁾ non si vede *cuius rei duplum intellegendum sit*. Ma ciò prova egregiamente che quelle parole sono insitiche, introdotte dal revisore degli scolii antichi per mettere gli stessi in armonia con le leggi posteriori.

Così son tolte di mezzo molte difficoltà. Risulta inoltre che la prima massa degli scolii fu composta prima dell'anno 472.

3. Le annotazioni, annoverate da me nella 3 massa, dovettero pure essere aggiunte dopo la pubblicazione del Cod. Teodosiano, e prima della Costituzione di Leone innanzi citata. Infatti l'annotatore nel § 3, volendo illustrare il periodo che precede

1) Bull. cit. pag. 6.

2) L. c. pag. 5 nota 1. Invece tale connessione non è soltanto ovvia ma necessaria.

3) Iurisprudentia p. 817 n. 6, il Huschke suppone cadute alcune parole.

nel commento, si riporta pure alla Const. del Teodosiano da una parte, e ad altra del Codice Gregoriano. La costituzione di Leone è quindi anche qui ignorata.

Per la 2. massa non possiamo ricavare dal contenuto alcun indizio particolare, perchè essa contiene, come s'è visto, un solo responso. Ma se è vero che il responso fu intercalato prima delle note, ed apposto come illustrazione in seguito alla proposizione del § 2: *periculosam violationem non esse sponso vel sponsae*, deve anche esso attribuirsi allo stesso periodo di tempo.

Così, per quanto riguarda le prime tre masse, il commento risulta cominciato e compiuto nello spazio di circa trent'anni, fra il 438 ed il 472.

4. La 4. massa è sicuramente posteriore alla pubblicazione dei Digesti. Se il commento si venne formando nella scuola di Berito, come è molto probabile, la revisione dovette avvenire nel periodo fra il 534-551, ma dobbiamo essere proclivi ad ammettere un'origine più vicina alla compilazione, quando i lavori preparatorii e l'uso di materiali antichi doveva essere necessariamente più intenso. Così si spiegano agevolmente le coincidenze che si trovano fra i §§ 18, 20 dei nostri scolii e gl'indici corrispondenti tramandati dai Basilici. ¹⁾ Le due redazioni stanno fra loro in un rapporto di derivazione, che comunque si voglia intendere, è certo naturalissimo.

Ma gli scolii nostri se potevano, anche in questo periodo, avere una grande utilità per la scuola, non erano destinati alla pubblicità. Ciò si può agevolmente dedurre dal materiale in cui si trovano scritti e ci vennero tramandati. Il papiro nel sec. VI era stato omai sostituito dalla pergamena, ²⁾ e un commento esteso e pregevole di questo genere, se destinato al pubblico, si sarebbe di certo trovato su di un materiale più consistente.

5. Se il commento deriva, come è sicuro, dalla scuola ³⁾ non

1) Confr. cap. VI.

2) Birt, *Das antike Buchwesen* pag. 46 e seg., ed anche Landwehr, *Archiv für Lateinische Lexikographie* vol. VI pag. 419 e seg., per il quale il passaggio alla pergamena cominciato nel V. sec. si compì più lentamente.

3) Così Zachariä, Krüger, Alibrandi, Ferrini, Landucci, Karlowa, Kipp, Salkowski (*Iustit.* pag. 46).

è possibile d'altra parte far congetture riguardo agli autori. Non ho fondamento il supposto dell'Alibrandi ¹⁾ che, ricercando l'autore fra i più recenti antecessori di Berito, pensava ad Eudossio. ²⁾ A più forte ragione poi, per la impossibilità cronologica, si deve escludere che lo scrittore delle annotazioni indicato dalla sigla Sab. o Cab. possa essere quel Sabacius di cui parla Giustiniano nella Novella 35, secondo affermava ripetutamente lo Zachariä. Ma la critica su questo punto può essere soltanto negativa; poichè della successione degli antecessori di Berito sappiamo assai poco, ³⁾ quel tanto che si può ricavare dalla *Const. Tanta* § 9, utilizzata sul riguardo da tutti gli scrittori. ⁴⁾

6. I papiri a noi pervenuti contengono il solo commento greco all'opera di Ulpiano *ad Sabinum*. Il testo invece non è riportato.

Questo fatto, strano in sè e singolare, ha impressionato i critici e specialmente lo Zachariä ⁵⁾; il quale per spiegare del resto questa particolarità sagacemente ricorda che le opere di Ulpiano si trovavano in commercio scritte con le regole sticometriche, di maniera che le citazioni ed il commento, coincidendo gli esemplari fra loro foglio per foglio, linea per linea, si riferivano a tutti i manoscritti comodamente. ⁶⁾ Che nel commercio librario i varii esemplari d'un'opera si rinvenissero scritti in quella forma è un fatto noto ⁷⁾, e per questo lato quindi la spiegazione apparirebbe plausibile.

Ma fa proprio per il nostro caso? Certamente no ⁸⁾; perchè noi non troviamo mai indicato nel commento greco a quale foglio o linea, o perlomeno a qual libro (!) del testo commentato si riferissero gli scolii. Le citazioni appartengono alle annotazioni

1) O. C. pag. 450.

2) Contro anche Ferrini, Storia, pag. 132.

3) Confr. Bruns, Das Syrisch-röm. Rechtsbuch, pag. 327.

4) Confr. p. es. Huschke, Iurisprudentia pag. 863, 851.

5) Monatsberichte, cit. pag. 623.

6) Così anche il Krüger, Zeitschrift der S. S. IV pag. 30.

7) Confr. Birt, Buchwesen, pag. 157 e seg.; Krüger, Zeitschrift cit. vol. VIII pag.

8) Mommsen, Praefatio, pag. XI.

9) Contro anche Alibrandi, o. c. pag. 449.

principalmente, qualche volta si trovano anco negli indici, ma sempre per confronti con altre opere. Come si faceva dunque a rinvenire il passo latino corrispondente al riassunto greco? Perlomeno era necessario che fosse indicato il *libro* del commento ulpiano, e di una tale indicazione non vi ha alcun indizio nel manoscritto greco. La cosa quindi va spiegata diversamente. Secondo me il manoscritto a noi pervenuto rappresenta soltanto un estratto del commento greco. L'originale doveva contenere o le necessarie indicazioni, o direttamente il testo ulpiano. Questa spiegazione collima coi risultati che si ricavano dal presente lavoro; in quanto, se il commento fu riveduto dopo la compilazione nel sec. VI, naturalmente dovette essere allora ricopiato.

Ma nella ricopia non poteva più interessare di trascrivere il testo, dacchè vi era omai la compilazione ufficiale; il commento restava una cosa a parte per lo studio, per guida del professore nelle sue lezioni; e infatti noi sappiamo che il manoscritto in esame non era destinato al pubblico. Certo, trascrivere il testo dopo la compilazione di Giustiniano non avrebbe avuto senso. Così il Mortreuil ¹⁾ osservava che nell'epoca giustiniana i commenti apparivano alla luce in volumi indipendenti dal testo legale. Gl'indizii, su cui il Mortreuil fonda la sua congettura, non sono invero molti concludenti e nemmeno costanti; ma a me pare logicamente che non si possa concepire come un fatto costante o normale la riproduzione del testo ufficiale nei commentarii di quel tempo.

7. Il manoscritto sinaitico è assai mendoso, come fu avvertito in principio di questo lavoro. Per giunta poi regnano ancora molte incertezze su punti di importanza non lieve. Dalle notizie riferite da coloro che hanno osservati i papiri, il manoscritto si fa risalire alla fine del sec. V, principio del VI.

La forma dei caratteri, giusta le norme paleografiche, indica quel tempo; tuttavia nessuno potrà, come credo, trovare un ostacolo in questo per attribuire il manoscritto alla prima metà del sec. VI. come dovrebbe essere secondo le indagini fatte in questo lavoro, dacchè le osservazioni e le norme paleografiche non

1) Histoire cit. I pag. 164.

possono dare che criterii approssimativi, cioè per un intero periodo.

Riguardo alle incertezze è poi da notare. Il Dareste ¹⁾ aveva già annunciato che la maggior parte dei frammenti fossero scritti in lettere unciali, ma notava come singolari i frammenti dal numero VIII al X della sua edizione stati scritti in minuscolo, secondo egli riferiva. Invece dagli altri editori, quali lo Zachariä ²⁾, il Huschke ³⁾, si fa cenno soltanto dei caratteri unciali, come la forma costante della scrittura. ⁴⁾ Nè questo è tutto. Fu notato soltanto in seguito, che sei dei 20 frammenti si trovassero su fogli di papiro scritti d'ambo i lati. ⁵⁾

Ma questa stessa notizia, che pareva sicura, venne da ultimo messa in dubbio e contrastata dallo stesso Zachariä ¹⁾, che si avvale di una comunicazione del Prof. Gardthausen, il quale, esaminati sul luogo i papiri, dal fatto che gli stessi si trovano fissati su tavole con chiodi, ritenne poco probabile che potessero trovarsi scritti anche dall'altro lato.

Or tutte queste incertezze dovrebbero essere rimosse, perchè l'accertamento di questi dati, in un senso o nell'altro, avrebbe, contrariamente a quel che ritenne lo Zachariä, grande importanza. Nè io avrei a dolermi se una revisione più accurata del manoscritto venisse a infirmare in alcuni punti le mie deduzioni, che, per quanto solide sono e vogliono avere il valore di ipotesi.

Se queste ipotesi siano legittime, vedano i dotti.

Palermo, Aprile, 1898.

S. RICCOBONO

1) E questo già nella *Nouvelle Revue cil.*

2) *Monatsberichte*, cit. pag. 622.

3) *Iurisprudentia* pag. 815.

4) Questo dubbio del resto pare dissipato dallo Zachariä l. c., il quale afferma che soltanto la copia del Bernardakis era stata eseguita in parte in caratteri minuscoli.

5) Zachariä l. c. pag. 622 nota 1; Krüger *Collectio* pag. 267.

r) In questo *Bullettino*, vol. V pag. 9.