

Fabiana Mattioli

LA LEGISLAZIONE GIUSTINIANEA DEL 18 OTTOBRE 532. I RAPPORTI FRA LA CANCELLERIA E IL MONDO DELLA PRATICA: I QUESITI DELLE *ADVOCATIONES* E LA COMPILAZIONE DEL DIGESTO*

In un recente lavoro dedicato ai cd. *capita geminata*, intendendo per tali quelle ‘coppie’ di testi che presentano precise coincidenze testuali pur provenendo da opere di giuristi diversi, mi è capitato di imbattermi in C. 6, 50, 19, una costituzione giustiniana del 18 ottobre del 532¹ che, per la datazione e per il contenuto, deve ritenersi parte dell’ultimo blocco delle *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*, così come individuato, qualche anno fa, da una bella e interessante ricerca di Sabrina Di Maria². Da quell’incontro, in realtà piuttosto casuale (perché nato appunto dal confronto di due testi geminati quali quelli di D. 39, 5, 20, 1 [Marcell. 22 *dig.*] e D. 35, 2, 46 [Ulp. 76 *ad ed.*] che si occupano di un tema su cui si innesta la costituzione del 532), è nata la curiosità di esa-

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Mi riferisco a F. MATTIOLI, *Un altro esempio di capita geminata: D. 39, 5, 20, 1 (Marcell. 22 dig.) e D. 35, 2, 46 (Ulp. 76 ad ed.) e la compilazione del Digesto*, in *Koinōnia*, 2020, 44/II, p. 1063 ss.

² Cfr. *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: ‘reverentia antiquitatis’ e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del Codice*, Bologna, 2010, p. 153 ss. e nt. 139. Come vide C. LONGO, *Contributo alla storia della formazione delle Pandette*, in *BIDR*, 1907, 19, p. 132 ss., la prima *tranche* delle *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes* fu emanata il 20 febbraio del 531. I blocchi successivi, fino a quello datato al 18 ottobre del 531, furono successivamente oggetto delle ricerche di P. DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR*, 1910, 22, p. 155 ss.; *BIDR*, 1911, 23, p. 39 ss. e p. 186 ss.; *BIDR*, 1915, 27, p. 5 ss. Peraltro l’indagine di de Francisci, che si arresta appunto all’ottobre del 531, già aveva permesso di individuare due ulteriori blocchi datati rispettivamente al 1° novembre 531 e al 27 novembre dello stesso anno (sui due blocchi v. anche S. DI MARIA, *op. cit.*, p. 142 e s., nt. 116, p. 146, nt. 121, p. 183).

minare, in una riflessione unitaria, il complesso delle costituzioni emanate in quella stessa data per individuare in concreto quali possano effettivamente considerarsi *constitutiones ad commodum* e quali invece, pur coincidenti nella datazione, non possano essere considerate tali. Ciò mi è parso particolarmente interessante non solo per ricostruire gli specifici temi di intervento della cancelleria nelle costituzioni emanate in quella data, ma soprattutto ai fini di meglio approfondire la questione dei tempi di spoglio dei materiali messi a profitto ai fini della redazione della raccolta di *iura* cui, proprio lo studio della legislazione del 18 ottobre 532, in cui risulta emanato appunto l'ultimo 'grappolo' delle *constitutiones ad commodum*, può dare un contributo rilevante³.

Ovviamente un primo problema da affrontare è quello della stessa individuazione delle costituzioni da sottoporre all'indagine che mi prefiggo di compiere perché almeno in taluni casi sono state ipotizzate emendazioni delle *subscriptiones*, circostanza che può di volta in volta riportare altre costituzioni alla stessa data o, in alternativa, collocarne altre in diversi contesti

³ Lo studio delle *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes* può contribuire non solo a definire i tempi di spoglio dei materiali utilizzati dai compilatori per la redazione del Digesto, ma può essere di estremo interesse anche per meglio approfondire le indagini sul metodo di compilazione, se solo si pensi al fatto che, come risulta dalle indagini fino ad ora compiute (v. nt. precedente), le *constitutiones ad commodum* prendono spunto da questioni che i compilatori ravvisavano in tutte e tre le masse individuate da Bluhme, benché si possa riscontrare una prevalenza, che appare fra l'altro crescente nel progredire dello spoglio, delle costituzioni riferibili a materiali inseriti nella *pars Sabiniana* o nella *pars edictalis*. Per l'ipotesi che le *constitutiones ad commodum* siano comunque sempre poste in relazione a nodi da sciogliere incontrati dai compilatori nella lettura dei *libri ad Sabinum* o dei *libri ad edictum*, v., sia pure con riferimento a una parziale campionatura dei materiali, S. DI MARIA, *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: 'reverentia antiquitatis' e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del Codice*, cit., p. 181 ss. Tale ipotesi non va peraltro intesa in senso assoluto almeno per quanto riguarda i primi blocchi di *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes* oggetto delle ricerche di Longo e de Francisci, ricerche che hanno dimostrato la derivazione di almeno una parte delle *constitutiones ad commodum* da questioni sorte dallo spoglio della *pars Papiniana* (ciò sembra avvenire più precisamente fino al 1° settembre del 531, salvo la non pienamente dimostrata e pertanto incerta eccezione di C. 4, 54, 9, che appartiene alla *tranche* successiva, databile al 18 ottobre del 531).

originari. È dunque indispensabile affrontare preliminarmente questo tema, differenziando anzitutto quali costituzioni abbiano data certa e quali altre invece possano essere eventualmente riportate alla stessa data pur essendo prive di *subscriptio* o, altrimenti, in forza di un'emendazione della *subscriptio* così come risultante dai manoscritti. Partiamo dunque dai dati formali. Possono anzitutto contarsi ben diciassette costituzioni che hanno con ragionevole certezza come data di emanazione quella del 18 ottobre 532 (*XV K. Nov. post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc. anno secundo*). Si tratta più precisamente di C. 3, 10, 3, C. 6, 20, 21, C. 6, 21, 18, C. 6, 31, 6, C. 6, 35, 12, C. 6, 37, 26, C. 6, 38, 5, C. 6, 49, 8, C. 6, 50, 19, C. 7, 72, 10, C. 8, 4, 11, C. 8, 10, 14 (11,1), C. 8, 14 (15), 7, C. 8, 25 (26), 11, C. 8, 36 (37), 5 (4), C. 8, 37 (38), 15 e di C. 9, 9, 35 (36)⁴. A queste si aggiungono appunto quelle costituzioni che sono state riportate alla stessa data benché caratterizzate nei manoscritti dalla mancanza di *subscriptio* o perché dotate di *subscriptiones* che indicano date diverse, ma che si è ritenuto di dover emendare. Si tratta nel primo caso di C. 5, 4, 28, C. 7, 2, 15 e di C. 7, 32, 12⁵. Nel secondo di C. 3, 34, 14, C. 5, 37, 28 e di C. 6, 49, 7⁶.

⁴ Piccole incongruenze nelle *subscriptiones* riportate dai manoscritti riguardano C. 3, 10, 3, C. 8, 4, 11, C. 8, 10, 14 (11,1) e C. 9, 9, 35 (36), cfr. P. KRÜGER, *editio maior, ad hh. ll.* che le corregge tutte in un'unica *subscriptio*: *D. XV K. Nov. post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc. anno secundo* (cfr. anche, nelle *Appendices dell'editio maior, Index constitutionum ad temporis ordinem redactus*, p. 48, che nei casi indicati – insieme agli altri qui segnalati *infra* a nt. 6 – inserisce una *stellula*). Per quanto riguarda C. 8, 10, 14 (11,1) e C. 9, 9, 35 (36) v. anche ID., *Über die Zeitfolge der im Justinianischen Codex enthaltenen Constitutionen Justinians*, in *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* 11, 1873, p. 181.

⁵ Sono tre costituzioni tutte datate al 18 ottobre 532 da S. DI MARIA, *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: 'reverentia antiquitatis' e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del Codice*, cit., p. 150 ss., p. 156 ss., p. 165 ss., p. 183. Si tratta in tutti e tre i casi di costituzioni prive di *subscriptio*, ma ritenute genericamente databili al 531-532 perché indirizzate a Giovanni di Cappadocia nella sua qualità di Prefetto del pretorio. Sulla cronologia delle prefetture di Giovanni di Cappadocia v. per tutti J.R. MARTINDALE, *Ioannes 11*, in *The Prosopography of the Later Roman Empire*, III B (A.D. 527-641), Cambridge, 1992, p. 628 ss. (quanto al periodo del 532 in cui Giovanni venne sostituito da Foca v. lo stesso MARTINDALE, *op. cit.*, p. 1473).

⁶ Quanto a C. 3, 34, 14 e a C. 5, 37, 28 cfr., sia pur dubitativamente, P. KRÜGER, *editio maior*, rispettivamente, p. 284, nt. 1, p. 475, nt. 2 (sul punto

La ricerca, per l'ampia mole di materiali, dovrà essere necessariamente condotta progressivamente e per gradi, cercando anzitutto di separare quelle che possono effettivamente considerarsi *constitutiones ad commodum* da quelle altre che invece certamente non possono essere ritenute tali. Fra i testi normativi che presentano data certa, due sembrano sicuramente doversi escludere dal novero delle *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*. Intendo riferirmi a C. 6, 38, 5 e a C. 8, 4, 11, che si caratterizzano entrambe per essere emanate in risposta a sollecitazioni che parrebbero di origine essenzialmente pratica, in quanto provenienti da organismi forensi locali e in particolare, in questo caso, dall'*advocatio Illyriciana*⁷.

Proprio di queste ci occuperemo qui specificamente, anche al fine di mettere in rilievo, pur nelle evidenti differenze, alcuni elementi di continuità con le *constitutiones ad commodum* di cui la letteratura non sembra essersi avveduta. Sono infat-

v. già, nello stesso senso, *Über die Zeitfolge der im Justinianischen Codex enthaltenen Constitutionen Justinians*, cit., p. 180), seguito in entrambi i casi da S. DI MARIA, *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: 'reverentia antiquitatis' e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del Codice*, cit., rispettivamente, p. 162 ss. e p. 183, p. 155, nt. 140. Più incerto lo stesso P. KRÜGER, *editio maior*, p. 594, nt. 1 (cfr. anche *Über die Zeitfolge der im Justinianischen Codex enthaltenen Constitutionen Justinians*, cit., p. 178) per quanto riguarda C. 6, 49, 7 per cui si propongono alternativamente le date del 18 ottobre 531 e del 18 ottobre del 532 (cfr. anche *Index constitutionum ad temporis ordinem redactus*, cit., p. 48). Che la costituzione sia però da datare al 531 è sostenuto – a mio avviso del tutto opportunamente – dalla migliore letteratura, cfr. S. DI MARIA, *op. cit.*, p. 134 ss. e in specie p. 135, nt. 103 (per le indicazioni della bibliografia precedente).

⁷ Si tratta di due costituzioni non particolarmente note in letteratura. Su di esse, sotto il profilo qui indagato, cfr. in particolare R. BONINI, *'Interrogationes' forensi e attività legislativa giustiniana*, in *Ricerche di diritto giustiniano*, Milano, 1968 (rist. 1990), p. 23 ss. e p. 46 ss. (lavoro pubblicato in precedenza anche in *SDHI*, 1967, 33, p. 279 ss.). Solo una breve trattazione è in J. ARIAS RAMOS, *'Advocati' y 'collegia advocatorum' en la actividad legislativa justiniana*, in *Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano*, I, Madrid, 1959, p. 56 e s. e p. 57 e s.; le cita K.H. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik. Versuch einer Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidenden Konstitutionen*, Köln-Graz, 1966, p. 66 e s., ma semplicemente per escluderle dal proprio raggio di indagine in quanto appunto ritenute destinate a risolvere questioni sorte nella prassi dell'epoca.

ti certamente esempi di un confronto fra il mondo della pratica (nel caso specifico il mondo dei *collegia advocatorum*) e la cancelleria, ma che pure sembrano poter avere anche qualche connessione con il lavoro di spoglio dei materiali utilizzati per la compilazione della raccolta di *iura*⁸.

Quello delle due costituzioni che qui interessano non costituisce peraltro un caso isolato, ma si inquadra in un contesto in cui sono riscontrabili alcuni precedenti nella legislazione di quegli stessi anni, ove è dato individuare un certo numero di altre costituzioni (ne possiamo contare cinque) che, analogamente, forniscono risposte ai quesiti posti dagli organismi forensi locali. Mi riferisco a C. 5, 37, 25 e C. 8, 40 (41), 27 entrambe del 20 febbraio del 531, a C. 6, 58, 12 del 18 ottobre dello stesso anno e ancora a C. 2, 3, 30 e C. 8, 37 (38), 14 a loro volta tutte e due datate al 1° novembre 531⁹.

⁸ Quanto all'uso del termine *advocatio* per indicare i *collegia advocatorum* v. in specie le osservazioni di R. BONINI, *'Interrogationes' forensi e attività legislativa giustiniana*, cit., p. 7 e nt. 5, che ricorda come il termine assuma lo stesso significato – e non piuttosto quello generico e più diffuso di attività forense – anche in alcune costituzioni pregiustiniane, benché rivolte a porre – su altro piano – norme relative all'organizzazione dei fori interessati: cfr. C. 2, 7, 8 (*Theod.*, a. 440): *advocatio praetoriana* e *advocatio Urbicariae praefecturae*; C. 2, 7, 17 pr. (*Zeno*, a. 474): *advocatio fori tui* (scil. *advocatio praefecti praetorio per Illyricum*, essendo la costituzione indirizzata a Paolo, allora appunto Prefetto del pretorio *per Illyricum*). Analogamente riguardanti richieste relative all'organizzazione della professione forense sono alcune altre costituzioni in cui la cancelleria risponde a *petitiones* o *postulationes* degli *advocati* del foro costituito presso il governatore della *Syria Secunda* (cfr. C. 2, 7, 24 [25] pr. [*Anast.*, a. 517]) e, ancora una volta, degli *advocati Illyriciani* (cfr. C. 2, 7, 29 [9] [*Iust.*, a. 531-534]).

⁹ Su tali costituzioni rinvio in specie alla ricerca di R. BONINI, *'Interrogationes' forensi e attività legislativa giustiniana*, cit., in specie p. 11 ss. (con riferimento a C. 2, 3, 30), p. 18 ss. (con riferimento a C. 8, 40 [41], 27), p. 29 ss. (con riferimento a C. 5, 37, 25), p. 35 ss. (con riferimento a C. 8, 37 [38], 14), p. 49 e s. (con riferimento a C. 6, 58, 12). Più brevi accenni in J. ARIAS RAMOS, *'Advocati' y 'collegia advocatorum' en la actividad legislativa justiniana*, cit., p. 55 ss. Delle prime tre si occupano anche C. LONGO, *Contributo alla storia della formazione delle Pandette*, cit., p. 146 (con riferimento alle due del 20 febbraio del 531) e P. DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR*, 1915, 27, cit., p. 5 e s. (con riguardo alla terza, datata al 18 ottobre del 531), ma in entrambi i casi solo per escluderle dal novero delle costituzioni emanate per risolvere

Non è improbabile che le prime due (C. 5, 37, 25 e C. 8, 40 [41], 27) facessero parte di un unico contesto normativo, essendo la prima *promulgata ad Caesarenses advocatos*, la seconda emanata in risposta a una *dubitatio* dell'*advocatio Palaestina* (espressioni che parrebbero far riferimento allo stesso *collegium advocatorum* insediato presso la sede del governatore della *Palaestina Prima* la cui capitale era appunto Cesarea marittima), così come altrettanto si deve ritenere anche per le ultime due (C. 2, 3, 30 e C. 8, 37 [38], 14) a loro volta emanate in risposta a quesiti nuovamente posti dal foro di Cesarea¹⁰. Tutte insieme, unitamente a C. 6, 58, 12, che risponde a sua volta a un quesito che si dice posto dall'*advocatio Caesariana*, sembrano instaurare un dialogo, piuttosto serrato con il foro di Cesarea, dialogo che sostanzialmente percorre per intero l'anno 531¹¹. In questo quadro, geograficamente for-

questioni emerse nel corso dello spoglio delle antiche opere giurisprudenziali in vista della compilazione della raccolta di *iura*.

¹⁰ Per queste due ultime costituzioni v. già R. BONINI, *'Interrogationes' forensi e attività legislativa giustiniana*, cit., p. 9, nt. 10, mentre non mi sembra fondato il dubbio dello stesso autore riguardo a C. 5, 37, 25 e C. 8, 40 (41), 27. Secondo Bonini le due costituzioni del 20 febbraio del 531 sarebbero state infatti emanate in risposta a questioni poste da diverse *advocationes*. Come sottolinea nel testo l'osservazione non convince (nel senso qui sostenuto v. già P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts*², München-Leipzig, 1912, p. 393, nt. 7), tanto più se si rifletta sul fatto che in C. 5, 37, 25 manca ogni riferimento alla richiesta forense che si ricava invece dal testo di I. 2, 8, 2. Intendo dire che la diversa formulazione (*Caesarenses advocati*, rispetto ad *advocatio Palaestina*) potrebbe essere anche da mettere in relazione col fatto che il testo istituzionale non riportava alla lettera la formulazione adottata nella costituzione. In questo senso una sfasatura, seppur minore, si può rilevare anche nel rapporto fra C. 2, 3, 30 e C. 8, 37 (38), 14. Anche in quest'ultima manca il riferimento alla richiesta forense, che tuttavia si ricava da I. 3, 19, 12 (che la dice *scripta ad Caesarienses advocatos*). Si conferma dunque una terminologia non coincidente nelle costituzioni del Codice e nel testo delle Istituzioni. Queste ultime anche in questo caso fanno riferimento più genericamente a richieste di *Caesarienses advocati*, laddove l'utilizzo da parte della cancelleria del termine *advocatio* (anche in C. 2, 3, 30 il riferimento è all'*advocatio Caesariensis*) sembra suggerire una maggiore collegialità e istituzionalizzazione dei quesiti cui le risposte della cancelleria si riferiscono.

¹¹ È qui appena il caso di ricordare che in *const Omnem*, 7 verrà invece abolita la scuola giuridica di Cesarea: *...Haec autem tria volumina a nobis composita tradi eis tam in regiis urbibus quam in Berytiensium pulcherrima*

temente polarizzato, un *corpus* autonomo – e in qualche modo separato – è costituito dalle nostre due costituzioni del 532, entrambe emanate invece in risposta a quesiti posti dall'*advocatio Illyriciana* e che a loro volta, per essere costituzioni emanate nella stessa data e riferibili allo stesso *collegium advocatorum* (in questo caso quasi certamente quello insediato presso la Prefettura del pretorio dell'Ilirico), dovevano con ogni probabilità fare parte di un unico contesto normativo¹².

Peraltro, prima di addentrarci nell'esame delle nostre due costituzioni e alla luce di quanto fin qui osservato, dobbiamo porre un altro problema che mi risulta essere stato preso in considerazione solo di sfuggita nella scarna letteratura che si è occupata *ex professo* del tema. Si è infatti solo accennato al fatto che questo gruppo di costituzioni, nel suo complesso, potrebbe forse suggerire l'ipotesi che l'attività degli organismi

civitate, quam et legum nutricem bene quis appellet, tantummodo volumus, quod iam et a retro principibus constitutum est, et non in aliis locis quae maioribus tale non meruerint privilegium: quia audivimus etiam in Alexandria splendidissima civitate et in Caesariensium et in aliis quosdam imperitos homines devagare et doctrinam discipulis adulterinam tradere... Data septimo decimo kalendas Ianuarias Constantinopoli domino nostro Iustiano perpetuo Augusto ter consule. Ovviamente la circostanza non è immediatamente collegata con le costituzioni emanate su sollecitazione del foro di Cesarea, ma testimonia comunque l'importanza che, prima dell'abolizione giustiniana, aveva assunto lo studio del diritto nella città della Palestina, il che forse contribuisce a spiegare anche la vitalità del suo foro.

¹² Anche su questo R. BONINI, *'Interrogationes' forensi e attività legislativa giustiniana*, cit., p. 9, nt. 10, appare incerto, escludendo la possibilità di qualunque congettura circa l'unitarietà originaria del testo normativo. Invece lo stesso R. BONINI, *op. cit.*, p. 11, nt. 13, seguendo sul punto J. ARIAS RAMOS, *'Advocati' y 'collegia advocatorum' en la actividad legislativa justiniana*, cit., p. 57, nt. 25, ritiene per altro verso del tutto probabile quanto anche qui ipotizzato circa la possibilità che l'espressione *advocatio Illyriciana*, nella sua genericità geografica, faccia riferimento al *collegium advocatorum* «esistente presso il tribunale del locale Prefetto del pretorio». È opportuno ricordare che nello stesso torno di tempo un'altra costituzione giustiniana si occupa di *postulationes* degli stessi *advocati Illyriciani* (da intendersi anche in questo caso come appartenenti al *collegium* costituito presso la Prefettura del pretorio): si tratta della già citata C. 2, 7, 29 (9), una costituzione priva di *scriptio* e perciò di data incerta, che tuttavia essendo rivolta a definire questioni attinenti all'esercizio della professione forense (v. *supra*, nt. 8) non riguarda specificamente il nostro tema.

forensi sia stata in qualche modo sollecitata dal legislatore, svolgendosi in un momento in cui si avvertiva forse l'esigenza di coinvolgere «accanto alle commissioni ufficialmente incaricate della codificazione, anche forze estranee, ma altamente qualificate e a contatto con la vita giuridica della periferia dell'impero»¹³. Questa suggestione, invero non suffragata da alcuna prova – anche solo indiretta – dell'esistenza di una specifica richiesta di partecipazione del mondo della pratica al processo di formazione della compilazione e specificamente della raccolta di *iura*, trova invero, a ben vedere, alcune 'sponde' in circostanze comunque a noi note. Mi riferisco anzitutto al fatto che il coinvolgimento delle *advocationes* potrebbe trovare un primo riscontro nel fatto che comunque la commissione che procedette alla compilazione della raccolta di *iura* era composta da ben undici *patroni causarum* di cui poco sappiamo dalla *const. Tanta/Dedoken*, se non i nomi e il fatto che prestavano la loro attività presso la Prefettura del pretorio per *Oriente*, circostanza che comunque dimostra il ruolo che si era voluto attribuire ai pratici del diritto nella redazione del *Sanctissimum templum iustitiae*¹⁴.

¹³ Le parole fra caporali sono di R. BONINI, *'Interrogationes' forensi e attività legislativa giustiniana*, cit., p. 11, che giustamente altresì sottolinea come fra il mondo forense e quello della burocrazia imperiale, nelle sue articolazioni amministrative e giurisdizionali sia centrali che periferiche, vi fosse in epoca tardoantica una osmosi che certamente facilitava il dialogo fra le *advocationes* e cancelleria (v. R. BONINI, *op. cit.*, pp. 10-11, nt. 12, ed ivi ampie indicazioni riguardanti la letteratura precedente).

¹⁴ Cfr. *const. Tanta*, 9: *...qui omnes ad praedictum opus electi sunt una cum Stephano, Mena, Prosdocio, Eutolmio, Timotheo, Leonide, Leontio, Platone, Iacobo, Constantino, Iohanne, viris prudentissimis, qui patroni quidem sunt causarum apud maximam sedem praefecturae, quae orientalibus praetoriis praesidet, omne autem suae virtutis testimonium undique accipientes et a nobis ad tanti operis consummationem electi sunt...* *Data septimo decimo calendis Ianuarias Iustiniano domino nostro ter consule* (= *const. Δέδοκεν*, 9: *...καὶ πρὸς τοῦτοις ΣΤΕΦΑΝΟΥ ΜΗΝΑ ΠΡΟΣΔΟΚΙΟΥ ΕΥΤΟΛΜΙΟΥ ΤΙΜΟΘΕΟΥ ΛΕΩΝΙΔΟΥ ΛΕΟΝΤΙΟΥ ΠΛΑΤΩΝΟΣ ΙΑΚΩΒΟΥ ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΥ ΙΩΑΝΝΟΥ τῶν σοφωτάτων, οἵπερ πάντες ῥήτορες μὲν εἰσὶν τῶν ἐνδοξοτάτων ὑπάρχον τῶν ἱερῶν ἡμῶν πραιτωρίων, δόξαν δὲ παρὰ πᾶσιν τὴν ἐπὶ σοφίᾳ δικαίως ἔχοντες εἰκότως παρ' ἡμῶν ἐκρίθησαν ἄξιοι καθεστάναι τοῦ τοσούτου μετασχεῖν ἀγῶνος...* *Data XVII kalendas Ianuarias domino nostro Iustiniano perpetuo Augusto III consule*).

Ciò è forse di qualche significato se si considera da un lato che la *Palaestina Prima*, da cui vengono la maggior parte dei quesiti risolti dalle nostre costituzioni, apparteneva appunto alla Prefettura *per Orientem*, dall'altro che i quesiti che erano posti dall'*advocatio Illyriciana* non erano certo riconducibili alla Prefettura orientale, ma provenivano da un'area geografica sottoposta all'unica altra Prefettura allora attiva, quella appunto dell'Ilirico, quasi che in questo modo si intendesse coinvolgere anche quella che in quel momento costituiva la parte più occidentale dell'impero nella grande opera della compilazione¹⁵. Ma vi è un altro elemento a mio avviso assai significativo e che non mi risulta essere stato notato fino ad ora. Le sette costituzioni che riferiscono di quesiti posti dalle *advocationes* si collocano tutte fra il 20 febbraio del 531 e il 18 ottobre del 532, che credo non casualmente sono anche le date in cui vengono emanati il primo e l'ultimo blocco delle *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*. La circostanza trova altresì conferma nel fatto che altre costituzioni in risposta alle *advocationes* sono databili, come abbiamo visto, al 18 ottobre del 531 e al 1° novembre dello stesso anno, cioè a loro volta in perfetta coincidenza cronologica con altri blocchi delle *constitutiones ad commodum*¹⁶. La circostanza appare particolarmente significativa se si rifletta sul fatto

¹⁵ In questo senso la circostanza, già evidenziata (v. *supra*, nt. 12), che il riferimento all'*advocatio Illyriciana* riguardi con ogni probabilità proprio il *collegium advocatorum* operante presso il tribunale del *praefectus praetorio per Illyricum* sembra poter assumere un significato particolare, quasi che si volesse sottolineare l'universale partecipazione del mondo della pratica all'opera di sistemazione del diritto che si stava compiendo a Costantinopoli.

¹⁶ Intendo sottolineare il fatto che tutte e sette le costituzioni con cui la cancelleria dava risposta alle sollecitazioni delle *advocationes* sono state emanate in date coincidenti con quelle dei 'grappoli' in cui si articolano le *constitutiones ad commodum* (che sono nel complesso otto: 20 febbraio 531, 30 aprile 531, 29 luglio 531, 1° settembre 531, 18 ottobre 531, 1° novembre 531, 27 novembre 531 e 18 ottobre 532). In ben quattro di queste date (20 febbraio 531, 18 ottobre 531, 1° novembre 531 e 18 ottobre 532) risultano emanate anche costituzioni in risposta a quesiti posti dagli organismi forensi locali e anzi, come detto nel testo, costituzioni originate dai quesiti delle *advocationes* sono emanate proprio in coincidenza con il primo (20 febbraio 531) e l'ultimo 'grappolo' (18 ottobre 532) delle *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*.

che fenomeni analoghi non si riscontrano né prima, né successivamente nel corso della legislazione giustiniana e induce ragionevolmente a ipotizzare che lo spoglio dei materiali messi a profitto per la redazione della raccolta di *iura* non solo sia andato di pari passo con l'emanazione delle *constitutiones ad commodum* e quindi in corrispondenza del serrato dialogo che ne scaturì fra compilatori e cancelleria, ma che nel contempo, durante lo spoglio dei materiali dell'antica giurisprudenza, un dialogo, sia pur meno intenso e serrato e certamente più circoscritto, sia avvenuto anche con quella parte del mondo della pratica che era rappresentato dagli organismi forensi locali¹⁷. Perché questo sia avvenuto e se sia stato effettivamente conseguenza di una sollecitazione della cancelleria e dei compilatori rimane per noi impossibile da dire, come difficile rimane scrutare gli eventuali motivi che possano aver indotto al coinvolgimento degli organi forensi locali nell'impresa della compilazione del Digesto e in particolare se si sia trattato di sollecitare una effettiva collaborazione tecnica per perfezionare al meglio l'opera che si era intrapresa o se piuttosto ciò sia avvenuto a fini più specificamente propagandistici, per pubblicizzare cioè presso il mondo dei pratici la grandiosa opera di riordinamento dei *iura* che si era progettata e si stava realizzando¹⁸.

¹⁷ Il fenomeno attestato dalle nostre costituzioni costituisce cioè un *unicum* che non trova altrove corrispondenza: sono infatti del tutto isolati i casi in cui i *collegia advocatorum* costituiscono occasione di provvedimenti normativi. Un esempio, peraltro del tutto diverso, è quello di Nov. 162 (a. 539) con cui la cancelleria intese risolvere alcune controversie sorte proprio fra i *patroni caesarum* del foro illiricano (cfr. N. VAN DER WAL, *La codification de Justinien et la pratique contemporaine*, in *Labeo*, 1964, 10, p. 221 e s.). La circostanza è comunque interessante perché conferma (v. già *supra*, nt. 8 e nt. 12) la vitalità e l'importanza del *collegium advocatorum* costituito presso la Prefettura del pretorio *per Illyricum* e anche la ricorrente attenzione ad esso dedicata dalla cancelleria imperiale.

¹⁸ L'alternativa che qui si prospetta, senza escludere che l'eventuale richiesta di collaborazione degli organismi forensi locali possa essere stata determinata dalla sinergia dei motivi appena indicati, è già formulata, in termini non dissimili, da R. BONINI, *'Interrogationes' forensi e attività legislativa giustiniana*, cit., p. 11 e nt. 14.

Veniamo dunque a questo punto alle nostre due costituzioni nella consapevolezza, che possiamo considerare definitivamente acquisita, che non si tratti di *constitutiones ad commodum*, ma avendo ora maggiore contezza del fatto che comunque C. 6, 38, 5 e C. 8, 4, 11, come le altre costituzioni sollecitate dagli organismi forensi, facevano parte di un disegno complessivo che, sia pure in forma asimmetrica, coinvolgeva, compilatori, cancelleria e mondo della pratica.

Prendiamo in considerazione anzitutto quella che possiamo forse considerare la più rilevante delle due, in cui si pone la questione dei rimedi da approntare nei confronti di colui che si fosse immesso *sine iudiciali sententia* nella disposizione materiale del fondo di un *absens*, senza cioè aver ottenuto l'apposita *immissio*, così come regolata dagli editti del Prefetto del pretorio¹⁹:

C. 8, 4, 11: *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. Cum quaerebatur inter Illyricianam advocacionem, quid fieri oporteret propter eos, qui vacuum possessionem absentium sine iudiciali sententia detinuerunt, quia veteres leges nec unde vi interdictum nec quod vi aut clam vel aliam quandam actionem ad recipiendam talem possessionem definebant, violentia in ablatam possessionem minime praecedente, nisi domino tantummodo in rem actionem exercere permittentes: nos non concedentes aliquem alienas res vel possessiones per suam auctoritatem usurpare sancimus talem possessorem ut praedonem intellegi et generali iurisdictione ea teneri, quae pro restituenda possessione contra huiusmodi personas veteribus declara-*

¹⁹ Cfr. a questo proposito in specie *Ed. Eustathii*, *Ed. Archelai* ed *Ed. Basilii* (v. E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Anekdotia*, III, Lipsiae, 1843 [rist. Aalen, 1969], rispettivamente p. 270 e s. [n. XII], p. 276 e s. [n. XXIX] e p. 278 [n. XXXIII, cap. 1]). Su tale procedura v. in particolare G. ROTONDI, *Problemi giuridici in alcuni scoli di Teodoro Balsamone*, in *Atti Acc. Scienze di Torino*, 1914-15, 50, p. 854 (= *Scritti giuridici*, III, *Studi vari di diritto romano e attuale*, Milano, 1922, p. 46) e ID., *Possessio quae animo retinetur. Contributo alla dottrina classica e postclassica del possesso e dell'animo possidendi*, in *BIDR*, 1920, 30, p. 81 e s. (= *Scritti giuridici*, III, cit., p. 180 e s.). Nella letteratura più recente sul punto v. in specie L. SOLIDORO MARUOTTI, *Studi sull'abbandono degli immobili nel diritto romano. Storici giuristi imperatori*, Napoli, 1989, pp. 333-334, nt. 278.

ta est legibus. ridiculum etenim est dicere vel audire, quod per ignorantiam alienam rem aliquis quasi propriam occupaverit. 1. Omnes autem scire debent, quod non suum est, hoc ad alios modis omnibus pertinere, cum talis dispositio in furti actione iam dudum veteribus legibus definita est dicentibus: si quis alienam rem adversus domini voluntatem attigerit, furti actione tenetur. 2. His videlicet, quae super recipienda possessione a nobis disposita sunt, locum habentibus, si non ex die, ex quo possessio detenta est, triginta annorum excesserunt curricula. D. XV k. Nov. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc. anno secundo.

L'*advocatio Illyriciana*, evidenziando l'incertezza della soluzione da adottare (*quaerebatur... quid fieri oportet*), rilevava che secondo le *veteres leges*, in assenza di comportamenti violenti (*violentia in ablatam possessionem minime procedente*), non si sarebbero potuti utilizzare né l'interdetto *unde vi*, né quello *quod vi aut clam*, né alcun altro rimedio processuale (il testo utilizza a questo proposito il termine *actio*, circostanza che, come da tempo rilevato dalla dottrina, pone il nostro passo fra quelli che testimoniano l'assimilazione fra interdetti e azioni), per il recupero della cosa (*ad recipiendam talem possessionem*), salvo che l'interessato non avesse potuto agire come *dominus* mediante l'esercizio della *rei vindicatio*²⁰. Tranne che si versasse in quest'ultima eventualità non vi sarebbero stati dunque strumenti giuridici per permettere di riottenere la disponibilità della cosa e di questo sembra prendere atto, nella prospettazione del quesito, l'organismo forense che, almeno a stare al nostro testo, non sembra aver proposto al-

²⁰ Il linguaggio utilizzato dalla cancelleria appare dunque per più aspetti distante rispetto alla terminologia e alle categorie processuali del passato: l'espressione *iudicialis sententia* indica ormai qualunque provvedimento del giudice (*quid fieri oporteret propter eos, qui vacuum possessionem absentium sine iudiciali sententia detinuerunt*), mentre, su altro piano, si dà conto del fatto che si era ormai realizzata la piena equiparazione degli interdetti alle azioni (*quia veteres leges nec unde vi interdictum nec quod vi aut clam vel aliam quandam actionem ad recipiendam talem possessionem definiebant*): sul punto v. le osservazioni di R. BONINI, *'Interrogationes' forensi e attività legislativa giustiniana*, cit., pp. 23-24 e ntt. 36 e 37 (con ampie indicazioni bibliografiche).

cun possibile rimedio alla situazione lamentata. Come è stato opportunamente sottolineato, tale situazione presentava due evidenti aspetti di criticità, peraltro solo presupposti (nel primo caso) o al più adombrati (nel secondo) dal quesito posto dall'*advocatio Illyriciana*. Mi riferisco alla ricezione in epoca giustiniana dell'idea della conservazione del possesso *solo animo*, circostanza che, su un piano strettamente dogmatico, rafforzava la posizione dell'*absens*, nonché al fatto che, su un piano più prettamente pratico, la posizione di chi occupasse illegittimamente rischiava di non distinguersi rispetto a quella di chi avesse invece ottenuto l'immissione nel possesso in maniera legittima²¹.

A fronte del quesito la risposta della cancelleria si muove anzitutto (siamo ancora nel *principium*) su un piano che tende a mettere in discussione il rischio prospettato dall'*advocatio* circa la sostanziale mancanza di strumenti processuali a

²¹ Il primo aspetto poteva infatti fornire una forte giustificazione teorica alla predisposizione di un efficace strumento processuale a difesa degli interessi dell'*absens* indipendentemente dal fatto che l'impossessamento fosse avvenuto o meno con l'uso della forza. Per l'illustrazione del dibattito dottrinale, assai vivo nella prima metà del secolo XX, in tema di conservazione del possesso *solo animo* v. R. BONINI, *'Interrogationes' forensi e attività legislativa giustiniana*, cit., pp. 24-25 ed ivi, nt. 38, ampie indicazioni sulla letteratura precedente. Sul punto, con riferimento al nostro testo e al possesso *solo animo* dell'assente, v. in specie A. BURDESE, *Possesso tramite intermediario e 'Possessio animo retenta'*, in *Studi in onore di E. Volterra*, II, Milano, 1971, p. 417, nonché L. SOLIDORO MARUOTTI, *Studi sull'abbandono degli immobili nel diritto romano. Storici giuristi imperatori*, cit., p. 234 e s. Va aggiunto – perché assai significativo ai nostri fini – che il principio della conservazione del possesso *solo animo* trovava una forte affermazione in C. 7, 32, 12, una delle costituzioni di data incerta che S. DI MARIA, *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: 'reverentia antiquitatis' e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del Codice*, cit., p. 165 ss. e p. 183, ipotizza di poter datare proprio al 18 ottobre del 532 (v. *supra*, nel testo e nt. 5). Su tale costituzione, in cui si manifestava «una visione dell'*animus possidendi* quale mera determinazione del titolare di non perdere il possesso» v. ampiamente L. SOLIDORO MARUOTTI, *op. cit.*, p. 100 ss. Indipendentemente dall'esatta datazione di C. 7, 32, 12 – costituzione che peraltro è in ogni caso sostanzialmente coeva al nostro testo – è comunque interessante constatare come si tratti di una delle *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*, osservazione che ribadisce la continuità anche tematica fra queste ultime e le costituzioni emanate nello stesso arco di tempo su sollecitazione degli organi forensi locali.

difesa dell'*absens*, stabilendo che comunque chi avesse arbitrariamente occupato la cosa altrui dovesse essere assimilato al *praedo*, con la conseguenza che per il recupero del possesso si sarebbero potuti utilizzare contro di lui tutti i normali mezzi predisposti dalle *veteres leges (et generali iurisdictione ea teneri, quae pro restituenda possessione contra huiusmodi personas veteribus declarata est legibus)* e quindi in primo luogo, a quanto si deve ritenere e nonostante il mancato uso di una violenza materiale, l'interdetto *unde vi*²². A questo proposito la cancelleria, a rafforzare il proprio punto di vista, anticipa una possibile obiezione rispetto a quanto da lei stessa appena affermato. Riprendendo forse un'argomentazione non estranea al quesito dell'*advocatio*, si precisa infatti, con un'espressione *tranchant*, che comunque chi avesse occupato la cosa altrui non avrebbe certo potuto giustificarsi adducendo l'ignoranza dell'altruità della cosa (*Ridiculum etenim est dicere vel audire, quod per ignorantiam alienam rem aliquis quasi propriam occupaverit*)²³.

²² Sul punto v. il classico studio di G. ROTONDI, *Possessio quae animo retinetur. Contributo alla dottrina classica e postclassica del possesso e dell'animo possidendi*, cit., p. 82 (= *Scritti giuridici*, III, cit., p. 181). Per l'opinione qui condivisa v. anche R. BONINI, *'Interrogationes' forensi e attività legislativa giustiniana*, cit., p. 26 e nt. 41 (con ulteriori indicazioni sulla letteratura precedente). Nello stesso senso M. DE DOMINICIS, *Innovazioni bizantine al regime postclassico degli 'agri deserti'*, in *Studi in onore di E. Volterra*, IV, Milano, 1971, p. 352 e s. nonché, in particolare, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Studi sull'abbandono degli immobili nel diritto romano. Storici giuristi imperatori*, cit., p. 334 e nt. 279, che accede all'idea che l'interdetto, nel caso prospettato, obbligasse comunque l'occupante alla sola restituzione della cosa, senza che costui fosse tenuto a pagare il controvalore del bene usurpato come invece previsto nella disciplina tardoantica dell'interdetto, accolta anche nell'assetto giustiniano.

²³ Sulle possibili ascendenze classiche dell'affermazione della cancelleria v. L. SOLIDORO MARUOTTI, *Studi sull'abbandono degli immobili nel diritto romano. Storici giuristi imperatori*, cit., p. 334, nt. 280. Sotto questo profilo è peraltro appena il caso di sottolineare che l'argomento della mancata conoscenza dell'altruità della cosa si ricollegava strettamente al problema posto dall'*advocatio*, laddove espressamente si diceva che in assenza di violenza (*violentia in ablatam possessionem minime praecedente*) non si sarebbe potuto concedere alcun rimedio processuale a tutela dell'assente. Voglio dire che probabilmente l'ignoranza dell'altruità della cosa era proprio l'argomento principalmente addotto dall'occupante in sede processuale per escludere che

La riflessione della cancelleria si sposta poi su un piano più generale, giustificando sul piano argomentativo la soluzione adottata. Nel par. 1 si afferma infatti, con una solennità che mira a convincere sul piano retorico della piena coerenza di quanto appena affermato, che chiunque deve sapere che ciò che non gli appartiene è di altri (*Omnes autem scire debent, quod non suum est, hoc ad alios modis omnibus pertinere*), richiamando a questo proposito nuovamente le *veteres leges* e più precisamente la previsione secondo cui la sottrazione della cosa altrui *adversus domini voluntatem* doveva essere sanzionata con l'*actio furti* (*cum talis dispositio in furti actione iam dudum veteribus legibus definita est dicentibus: si quis alienam rem adversus domini voluntatem attigerit, furti actione tenetur*)²⁴. Peraltro, come ricorda il par. 2, in ogni caso la possibilità dell'*absens* di *recipere possessionem* avrebbe

in mancanza di violenza materiale (circostanza che evidentemente valeva non solo a non smentire ma anzi a rafforzare l'argomento dell'inconsapevolezza dell'altruità della cosa) potesse essere tutelata in sede giudiziale la posizione dell'*absens*. Come altresì sottolinea L. SOLIDORO MARUOTTI, *op. cit.*, p. 185, nt. 292 e p. 234 e s., l'argomento valeva anche a escludere che chi si immettesse nella disposizione materiale del fondo vacante potesse avvalersi della *longi temporis praescriptio* per acquisirne la proprietà perché, da quanto appunto affermato dalla cancelleria, risultava evidentemente presunta la mancanza della buona fede.

²⁴ L'analogia fra le due situazioni appare per certi versi forzata e il ragionamento claudicante sul piano strettamente logico. Da un lato l'oggetto dell'occupazione è una *vacua possessio*, dall'altro, ammettendo che potesse essere esperito l'interdetto *unde vi*, si partiva dal presupposto che il possesso fosse continuato fino al momento dell'occupazione, sul punto v. L. SOLIDORO MARUOTTI, *Studi sull'abbandono degli immobili nel diritto romano. Storici giuristi imperatori*, cit., p. 334. La riflessione della cancelleria è tuttavia tutta basata sul fatto che l'occupante, come anche il ladro, si impossessava *per suam auctoritatem* di una cosa altrui *adversus domini voluntatem*. Attraverso questa argomentazione la posizione dell'occupante (assimilata a quella del *praedo*) si avvicinava, nel ragionamento del legislatore, a quella del ladro. Quanto alla frase *omnes autem scire debent, quod non suum est, hoc ad alios modis omnibus pertinere* è appena il caso di ricordare che spesso se ne è voluta vedere un'eco in Roth. 151, sul punto v. B. PARADISI, *Il prologo e l'epilogo dell'Editto Rotari*, in *SDHI*, 1968, 34, p. 15 e s. (= *Studi in onore di E. Volterra*, I, Milano, 1971, p. 339), nonché, per un accenno, A. CAVANNA, *Nuovi problemi intorno alle fonti dell'Editto di Rotari*, in *SDHI*, 1968, 34, p. 303 e nt. 122 (con indicazioni della bibliografia precedente). Peraltro, dubbioso rispetto a una derivazione della frase finale di Roth. 151 dal nostro testo, C. GIARDINA, *L'Editto*

comunque incontrato un limite nel termine trentennale della prescrizione ordinaria, termine il cui decorso si sarebbe ovviamente dovuto calcolare a partire dal momento iniziale dell'occupazione²⁵.

Così conclusa la lettura della costituzione si possono prospettare alcune osservazioni. Tutto il testo ruota intorno all'interpretazione delle *veteres leges* che secondo l'*advocatio* non fornivano rimedi adeguati a venire incontro all'*absens* nella sua volontà di *recipere possessionem* nel caso in cui l'occupazione della cosa altrui fosse avvenuta in modo non violento e forse adducendo a giustificazione del comportamento illegittimo l'ignoranza dell'altruità della cosa. La cancelleria dà invece un'interpretazione completamente diversa rigettando l'impostazione della questione così come fornita dall'*advocatio Illyriciana*. Nel far ciò argomenta il proprio ragionamento richiamando a sua volta e per ben due volte le stesse *veteres leges*, dapprima con riferimento al caso specifico prospettato e poi in un quadro in cui, attraverso l'utilizzo di un espediente retorico, si equipara l'occupante al ladro. Proprio le *veteres leges* consentivano infatti di qualificare come *praedo* colui che avesse illegittimamente occupato la cosa di altri e ciò

di Rotari e la codificazione di Giustiniano, in *Studi di storia e diritto in onore di E. Besta per il XL anno del suo insegnamento*, III, Milano, 1939, p. 109 ss.

²⁵ A beneficio dell'occupante giocava dunque l'ordinaria prescrizione trentennale, ma pur sempre nei limiti di prescrizione dell'interdetto *unde vi* fissato in un anno. Quest'ultimo termine peraltro decorreva, a quanto pare, dal momento in cui chi avesse diritto a far uso dell'interdetto avesse la possibilità di esercitarlo (cioè, si deve ritenere, a partire dal momento del ritorno), mentre il termine trentennale decorreva piuttosto dal momento dell'occupazione. Peraltro l'ampliamento del raggio di applicazione dell'interdetto *unde vi* e la costruzione secondo cui dovevano intendersi posseduti *vi* dall'occupante i fondi dell'*absens* comportavano come conseguenza l'impossibilità di usucapire il fondo attraverso l'esercizio della *longi temporis praescriptio* anche per quest'ultimo motivo che si aggiungeva a quello della mancanza di buona fede (v. *supra*, nt. 23). Va altresì aggiunto che la disposizione della cancelleria doveva valere esclusivamente nei confronti dell'occupante, dato che nel testo di I. 2, 6, 7 la disponibilità del fondo dell'*absens* non costituisce di per sé violenza e ne è ammessa l'acquisizione *longa possessione* almeno a beneficio del terzo acquirente di buona fede. Sulla questione tornerà Nov. 119, 7 (a. 544), con cui venne altresì esclusa la possibilità di usucapire i fondi alienati da chi li possedesse in mala fede.

in quanto costui, non trattandosi di cosa sua, avrebbe comunque dovuto conoscerne l'altruità, circostanza che nel caso di sottrazione della cosa altrui *invito domino* le stesse *veteres leges* sanzionavano con l'*actio furti*²⁶.

Peraltro il punto di vista dell'*advocatio* e quello della cancelleria appaiono diversi anche sotto un altro profilo. A ben vedere assistiamo infatti anche a uno slittamento di prospettiva fra quesito e risposta. Il primo mette in primo piano il problema della difesa dell'*absens*, la seconda affronta piuttosto il tema del comportamento dell'occupante stigmatizzato e sanzionato perché l'occupazione della cosa altrui era avvenuta *per suam auctoritatem*, senza il rispetto della procedura richiesta. La preoccupazione della cancelleria pare insomma essere quella di impedire che i consociati potessero porre in essere comportamenti illegittimi, rifiutandosi di utilizzare gli strumenti giuridici preordinati dall'ordinamento per una pacifica convivenza²⁷.

Completamente diversa è la questione posta in C. 6, 38, 5 in cui, rispondendo ancora a una *suggestio* della stessa *advocatio*

²⁶ Il doppio riferimento fatto dalla cancelleria alle *veteres leges* sembra da mettersi in stretta relazione con il richiamo ad esse forse contenuto nello stesso quesito dell'*advocatio Illyriciana*. Nella prospettazione della cancelleria non solo le *veteres leges* approntavano un rimedio alla situazione considerata (*sancimus... et generali iurisdictione ea teneri, quae pro restituenda possessione contra huiusmodi personas veteribus declarata est legibus*), ma erano altresì portatrici del principio generale secondo cui appunto *omnes autem scire debent, quod non suum est, hoc ad alios modis omnibus pertinere*. Pare evidente, sotto questo profilo, la volontà del legislatore di riportare quanto disposto al diritto antico, colmando in via interpretativa la lacuna evidenziata dal quesito posto dall'*advocatio Illyriciana*.

²⁷ Sotto quest'ultimo profilo si deve osservare che lasciare chi aveva subito lo spoglio senza tutela contrastava infatti in maniera stridente con la politica normativa giustiniana, ispirata dalla volontà di impedire che il privato potesse ottenere, agendo al di fuori delle procedure stabilite, un risultato per il cui raggiungimento l'ordinamento prevedeva invece il rispetto di precise regole, in un contesto in cui si rischiava dunque di minare l'autorevolezza di un sistema normativo cui si intendeva invece riconoscere assoluta e piena completezza: in particolare su quest'ultimo aspetto v. R. BONINI, *'Interrogationes' forensi e attività legislativa giustiniana*, cit., p. 28.

catio Illyriciana, la cancelleria si fa carico di chiarire il significato da attribuire al termine *familia*²⁸:

C. 6, 38, 5: *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. Suggestioni Illyricianae advocationis respondententes decernimus familiae nomen talem habere vigorem: parentes et liberos omnesque propinquos et substantiam, libertos etiam et patronos nec non servos per hanc appellationem significari. 1. Et si quis per suum elogium fideicommissum familiae suae reliquerit, nulla speciali adiectione super quibusdam certis personis facta, non solum propinquos, sed etiam his deficientibus generum et nurrum. et hos enim nobis humanum esse videtur ad fideicommissum vocari, ita videlicet, si matrimonium morte filii vel filiae fuerit dissolutum. Nullo etenim modo possint gener vel nurus filiis viventibus ad tale fideicommissum vocari, cum hi procul dubio eos antecedant: et hoc videlicet gradatim fieri, ut post eos liberti veniant. 2. Hoc eodem valente, et si quis rem immobilem cuidam legaverit vel fideicommisserit eamque alienari prohibuerit adiciens, ut, si hoc fideicommissarius praeterierit, familiae suae res acquiratur. 3. In aliis autem casibus nomen familiae pro substantia oportet intellegi, quia et servi et aliae res in patrimonio uniuscuiusque esse putantur. D. XV k. Nov. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc. anno secundo.*

Si tratta di un testo significativamente inserito nel titolo *de verborum et rerum significatione* di cui fanno parte altre

²⁸ A differenza di quanto avviene in C. 8, 4, 11 pr., in cui si era detto *cum quaerebatur inter Illyricianam advocationem...*, qui la richiesta dell'*advocatio* viene qualificata come *suggestio*. L'espressione utilizzata (*Suggestioni Illyricianae advocationis respondententes...*) sembrerebbe avvalorare l'idea di una partecipazione attiva, direi quasi propositiva, dell'*advocatio*. Sul punto, per l'indicazione di altre fonti in cui la cancelleria tardoantica utilizza la stessa espressione cfr. J.L. MURGA GENER, *Las prácticas consuetudinarias en torno al 'bonum animae' en el derecho romano tardío*, in *SDHI* 34, 1968, p. 115, nt. 7. In altre due costituzioni sollecitate dalle *advocationes* si fa piuttosto riferimento alle loro *interrogationes*: è il caso di C. 2, 3, 30 pr. (*De quaestione tali a Caesariensi advocatione interrogati sumus...*) e di C. 6, 58, 12 pr. (*...a Caesariana advocatione interrogati sumus*): sulla diversa terminologia utilizzata dalla cancelleria nelle costituzioni sollecitate dalle *advocationes* v. le osservazioni di BONINI, *'Interrogationes' forensi e attività legislativa giustiniana*, cit., p. 8 e s., nt. 8.

due costituzioni giustiniane, entrambe risalenti al 531²⁹. In esso la cancelleria inizia precisando nel *principium* che il termine *familia* doveva considerarsi polisemico, potendo indicare non solo i *parentes et liberi omnesque propinqui*, ma anche la *substantia* e ancora, in una accezione più ampia di tali significati, *liberti etiam et patroni nec non servi*³⁰.

Nel successivo par. 1 si chiariscono i termini della questione e l'origine del quesito, nato evidentemente nella pratica per la necessità di risolvere una questione di concreta applicazione del diritto vigente. La necessità della precisazione traeva origine infatti da un *fideicommissum familiae* disposto senza

²⁹ Si tratterebbe, secondo G. ROTONDI, *Studi sulle fonti del Codice giustiniano*, in *BIDR*, 1916, 29, p. 159 (= *Scritti giuridici*, I, *Studii sulla storia delle fonti e sul diritto pubblico romano*, Milano, 1922, p. 249), di un titolo di origine pregiustiniana, presente già nel *Novus Iustinianus Codex*, perché altrimenti non si spiegherebbe la sua collocazione, diversa da quella del titolo con analoga rubrica accolto nella raccolta di *iura* (D. 50, 16). Si può ancora aggiungere che la prima delle due costituzioni giustiniane del 531 (C. 6, 38, 3) sarebbe databile al 20 febbraio del 531 (così ne corregge la data P. KRÜGER, *editio maior*, p. 577, nt. 1; cfr. anche *Index constitutionum ad temporis ordinem redactus*, p. 47 e già prima *Über die Zeitfolge der im Justinianischen Codex enthaltenen Constitutionen Justinians*, cit., p. 178) e farebbe parte della prima *tranche* delle *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*: cfr. C. LONGO, *Contributo alla storia della formazione delle Pandette*, cit., p. 158 e s.

³⁰ Secondo B. ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, in *Annali Palermo*, 1949, 19, p. 297 e s., l'uso del verbo *decernere* (*decernimus familiae nomen talem habere vigorem: parentes et liberos omnesque propinquos et substantiam, libertos etiam et patronos nec non servos per hanc appellationem significari*) attesterebbe la volontà della cancelleria di imporre la sopravvivenza del secondo significato, quello patrimoniale, in realtà ormai obsoleto. Va evidenziato che un accenno al significato patrimoniale di famiglia è conservato nella compilazione anche nel testo di D. 50, 16, 195, 1 (Ulp. 46 *ad ed.*), ma non a caso con riferimento al lessico utilizzato in un notissimo versetto delle XII Tavole: *'Familiae' appellatio qualiter accipiatur, videamus. Et quidem varie accepta est: nam et in res et in personas deducitur. In res, ut puta in lege duodecim tabularum his verbis 'adgnatus proximus familiam habeto'. ad personas autem refertur familiae significatio ita, cum de patrono et liberto loquitur lex: 'ex ea familia', inquit, 'in eam familiam': et hic de singularibus personis legem loqui constat*. Sul testo di D. 50, 16, 195, anche con specifico riferimento alla definizione di *familia* contenuta nella costituzione del 532, v. D. JOHNSTON, *Prohibitions and perpetuities: family settlements in Roman law*, in *ZSS*, 1985, 102, p. 251 e s.

che fossero definiti specifici beneficiari (*nulla speciali adiectione super quibusdam certis personis facta*)³¹. Dunque l'aspetto critico affrontato doveva essere quello della determinazione della comprensività del termine in relazione al primo significato. È a questo proposito che la cancelleria, ampliando il numero dei soggetti che potevano essere considerati parte della *familia*, precisa che, in assenza di *propinqui*, si dovessero considerare come ad essa appartenenti anche il genero e la nuora (*non solum propinquos, sed etiam his deficientibus generum et nurum*). L'ampliamento di prospettiva viene ricondotto all'*humanitas* del legislatore (*Et hos enim nobis humanum esse videtur ad fideicommissum vocari*)³², precisando peraltro

³¹ Sul tema del *fideicommissum familiae relictum*, in generale e senza specifico riferimento alla nostra costituzione, cfr., nella letteratura recente, in specie U. BABUSIAUX, *Il valore della terra e il fideicommissum familiae relictum. Una configurazione giuridica motivata da fattori economici*, in *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana*, XXII, *Questioni della terra società economia normazioni prassi*, in onore di M. Bianchini, Napoli, 2017, p. 405 ss. Nella letteratura precedente segnalo in particolare A. TORRENT, *Fideicommissum familiae relictum*, Oviedo, s.d. (ma 1975), p. 18 ss. e D. JOHNSTON, *Prohibitions and perpetuities: family settlements in Roman law*, cit., p. 220 ss. e, con particolare riferimento alle prime attestazioni dell'istituto nella riflessione di Cervidio Scevola, in specie p. 227 ss. Sul punto specifico, con riguardo particolare ai *responsa* di Scevola, v. altresì A. SPINA, *Ricerche sulla successione testamentaria nei responsa di Cervidio Scevola*, Milano, 2012, p. 405 ss. Sul tema, in generale, v. anche l'ampia e completa trattazione di L. DESANTI, *Restitutio post mortem onus*, Milano, 2003, p. 201 ss. (cui rinvio [v. in specie nt. 35] anche per ulteriori riferimenti bibliografici).

³² Quanto al generico riferimento ai *propinqui* e sull'ambiguità del termine che da un lato parrebbe ricomprendere tutti i congiunti senza distinzione fra linea maschile e linea femminile, ma che dall'altro, per le caratteristiche del *fideicommissum familiae relictum*, sembrerebbe riferirsi a chi solo condicesse il *nomen familiae* v. L. DESANTI, *Restitutio post mortem onus*, cit., p. 325, nt. 464. Per quanto riguarda invece il riferimento all'*humanitas* come motivo ispiratore delle scelte compiute dalla cancelleria giustiniana, tema non infrequentemente esplorato dalla letteratura romanistica, v. fra gli altri C.A. MASCHI, *Humanitas come motivo giuridico (con un esempio nel diritto dotale romano)*, in *Annali Triestini*, 1948, 18, 1 (*Scritti in memoria di L. Costantini*), p. 263 ss.; nella letteratura più vicina nel tempo, per un quadro delle fonti giustiniane in cui si incontrano il termine $\phi\lambda\nu\theta\rho\pi\tau\iota\alpha$ e i suoi corrispondenti latini *humanitas* e *clementia*, v. in particolare P. SILLI, *'Aequitas ed 'εμεικεια' nella legislazione giustiniana*, in *SDHI*, 1984, 50, p. 284, n. 7. Per la ricorrenza del termine nelle costituzioni giustiniane del Codice, v. in

che genero e nuora sarebbero stati inseriti fra gli aventi diritto al lascito solo qualora il matrimonio si fosse sciolto per morte del figlio o della figlia, perché altrimenti sarebbero stati comunque preceduti da questi ultimi (*ita videlicet, si matrimonium morte filii vel filiae fuerit dissolutum. Nullo etenim modo possint gener vel nurus filiis viventibus ad tale fideicommissum vocari, cum hi procul dubio eos antecedant*). Solo in assenza di genero e nuora il lascito sarebbe andato, procedendo per gradi (*et hoc videlicet gradatim fieri*), agli eventuali liberti del disponente³³.

A meglio definire gli effetti di una fattispecie particolare è poi dedicato il par. 2, in cui, forse con riferimento specifico al problema posto dalla *suggestio*, si precisa che quanto detto in

specie F.B.J. WUBBE, *L'humanitas de Justinien*, in *TR*, 1990, 58, p. 249 ss. (= *Ius vigilantibus scriptum. Ausgewählte Schriften/Euvres choisies*, hrsg. von/ edit. par P. Pichonnaz, Freiburg, 2003, p. 441 ss.).

³³ La precisazione comportava dunque un'evidente estensione delle categorie di soggetti chiamati a beneficiare del *fideicommissum familiae relictum*. In questo senso l'amplissimo significato in precedenza attribuito al termine *familia*, si rivelava quindi strumentale a individuare ulteriori potenziali beneficiari del fedecommesso. Del resto ai liberti come facenti capo alla *familia* si riferiva anche il già citato testo di 50, 16, 195, 1 (Ulp. 46 *ad ed.*), su cui v. *supra*, nt. 30. Peraltro sotto questo profilo la scelta della cancelleria si allontanava ancor più dalle soluzioni del diritto dell'epoca del Principato che limitava i beneficiari del fedecommesso ai figli ed eventualmente ai loro discendenti in primo grado, vale a dire i nipoti del disponente (v. *infra* nel testo). È importante notare che la disposizione della cancelleria, volta a ricomprendere nella *familia* anche genero e nuora così come, in assenza di altri beneficiari, i liberti, aveva un precedente quasi coincidente nella disposizione di C. 6, 48, 1, 9 (una costituzione di data incerta, ma databile al 528-529: *Καὶ περὶ τοῦ, εἰ τῆ φαμίλια καταλειφθῆ πρεσβείων, μὴ ὑπόντων συγγενῶν ἢ γαμβροῦ ἢ νύμφης, πῶς καλοῦνται οἱ ἀπελευθέροι* [trad. ed.: *Et si familiae legatum relictum fuerit, cognatis genero nuruve non extantibus liberos vocari*): cfr. sul punto D. JOHNSTON, *The Roman Law of Trusts*, Oxford, 1988, p. 109 e soprattutto L. DESANTI, *Restitutionis post mortem onus*, cit., p. 315 e p. 323, che evidenzia come la costituzione del 532 fosse fra l'altro destinata a meglio precisare il grado di chiamata di genero e nuora forse non sufficientemente chiarito nel precedente di C. 6, 48, 1, 9 (v. L. DESANTI, *op. cit.*, p. 325, nt. 466). Quanto al riferimento alla nuora va ricordato che proprio alla nostra costituzione (e forse al precedente di C. 6, 48, 1, 9) si richiamerà Nov. 159, 2 (a. 555), sul punto v. la stessa L. DESANTI, *op. cit.*, p. 331 ss. Sulla Novella e sul suo contenuto normativo v. anche P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, Milano, 1963², p. 983 e s. e, successivamente, in particolare D. JOHNSTON, *op. cit.*, p. 112 ss.

precedenza avrebbe dovuto aver luogo anche nel caso in cui l'onorato di un legato o di un fedecommesso di un bene immobile di cui era stata vietata la successiva alienazione non avesse ottemperato alla volontà del disponente. In tale circostanza la cosa oggetto del lascito sarebbe infatti comunque spettata alla *familia* (*et si quis rem immobilem cuidam legaverit vel fideicommissarit eamque alienari prohibuerit adiciens, ut, si hoc fideicommissarius praeterierit, familiae suae res adquiratur*) e più precisamente alle persone indicate come in essa ricomprese dalla cancelleria. Si evidenziava dunque in questi termini la funzione ultima di tali disposizioni, che era appunto essenzialmente quella di conservare nell'ambito familiare le cose oggetto del lascito, limitando la libertà di disporne da parte del beneficiario ed escludendo in particolare che ciò potesse avvenire a favore di estranei³⁴.

Il testo si chiude con il par. 3 che ritorna sul secondo significato di *familia* già menzionato nell'*incipit* della costituzione, da un lato completando il quadro definitorio ivi appena accennato, dall'altro allontanandosi dal quesito posto dall'*advocatio* per soffermarsi, con gusto antiquario che non è tipico della cancelleria, sull'ormai desueto significato patrimoniale. Si dice infatti che in tutti gli altri casi (con riferimento a quelli non contemplati in precedenza) il termine *familia* indicava piuttosto la *substantia* in cui erano inclusi anche i *servi* e le *aliae*

³⁴ Su questa parte del testo v. L. DESANTI, *Restitutionis post mortem onus*, cit., p. 326. La fattispecie esaminata era costruita in forma diversa dalla situazione tipica del *fideicommissum familiae*, ma come nel caso di quest'ultimo il risultato ultimo perseguito è quello di far rimanere i beni nell'ambito familiare. Sul vincolo imposto al beneficiario di un lascito a favore della famiglia cfr. in particolare il testo di D. 31, 67 pr.-3 (Pap. 19 *quaest.*) in cui appunto si evidenziano i limiti imposti dal *fideicommissum familiae relictum* alla libertà di testare del beneficiario. Costui potrà scegliere il destinatario dei beni vincolati all'interno della famiglia, ma non potrà in alcun modo destinarli a un estraneo. Sul testo delle *quaestiones* di Papiniano v. in specie L. DESANTI, *op. cit.*, p. 280 ss. Al proposito v. anche brevemente JOHNSTON, *The Roman Law of Trusts*, cit., p. 82. Un'efficace e ampia descrizione dei contenuti del passo è altresì fornita, da ultima, da U. BABUSIAUX, *Il valore della terra e il fideicommissum familiae relictum. Una configurazione giuridica motivata da fattori economici*, cit., p. 419 ss.

*res*³⁵. Si riportavano in questi termini nell'ambito del significato patrimoniale quegli stessi servi che nel *principium* erano affiancati ai liberti, che come sappiamo (e come aveva detto la stessa cancelleria nel par. 1) erano invece ricondotti al *nomen familiae* in considerazione del rapporto personale con il patrono³⁶.

Giunti a questo punto è arrivato il momento di tirare le fila di quanto fin qui si è cercato di ricostruire. Anzitutto va rilevato che le questioni poste dall'*advocatio Illyriciana* appaiono prive di ogni collegamento reciproco, riguardando temi fra loro certamente lontani. A ben vedere però un tenue filo che unisce le due costituzioni può forse essere ritrovato. Riprendiamo il discorso da C. 8, 4, 11 il cui nucleo normativo, come abbiamo visto, riguarda gli strumenti processuali che la cancelleria prevede che possano essere utilizzati nei confronti di chi ab-

³⁵ Il testo in questa parte sembra avvalorare – almeno nella seconda accezione del termine – una piena coincidenza del significato di *familia* con quello di *substantia*, superando una distinzione che è invece nel diritto classico, laddove *familia* indicava l'insieme del patrimonio ereditario, mentre *substantia* si riferiva alla sola componente attiva di quest'ultimo: sul punto v. E. ALBERTARIO, *Elementi postgaiani nelle Istituzioni di Gaio*, in *RIL*, 1926, 59, p. 206 (= *Studi di diritto romano*, V, *Storia metodologia esegesi*, Milano, 1937, p. 453). Sulla questione v. successivamente in particolare R. BONINI, *Interrogationes forensi e attività legislativa giustiniana*, cit., p. 48 e nt. 82 e A. TORRENT, *Fideicommissum familiae relictum*, cit., p. 29.

³⁶ Va sottolineato peraltro che, ancora nell'ambito della compilazione, gli schiavi hanno un ruolo bivalente rispetto ai significati del termine *familia* indicati dalla cancelleria e anzi, proprio per l'obsolescenza del termine nel suo significato patrimoniale, gli schiavi rientravano a buon diritto in quello più strettamente personale: cfr. a questo proposito D. 50, 16, 195, 3 (Ulp. 46 *ad ed.*): *Servitutium quoque solemus appellare familias, ut in edicto praetoris ostendimus sub titulo de furtis, ubi praetor loquitur de familia publicanorum. sed ibi non omnes servi, sed corpus quoddam servorum demonstratur huius rei causa paratum, hoc est vectigalis causa. alia autem parte edicti omnes servi continentur: ut de hominibus coactis et vi bonorum raptorum, item redhibitoria, si deterior res reddatur emptoris opera aut familiae eius, et interdicto unde vi familiae appellatio omnes servos comprehendit. sed et filii continentur*. Il fatto che nel par. 3 della nostra costituzione il linguaggio arcaizzante della cancelleria li riporti piuttosto al significato patrimoniale di *familia* è determinato proprio dal fatto che la comprensività del termine nel suo significato personale non poteva ovviamente estendersi agli schiavi ai fini di individuare i possibili beneficiari del *fideicommissum familiae relictum*.

bia illegittimamente occupato la *possessio* altrui *sine iudiciali sententia*, strumenti che invece l'*advocatio* escludeva almeno nel caso in cui l'occupante avesse agito senza violenza. Il generico riferimento della cancelleria ai normali mezzi predisposti dalle *veteres leges* e quindi in primo luogo, a quanto si deve ritenere, all'interdetto *unde vi* rimanda a una *dissensio* di cui ci dà conto Ulpiano nell'attuale testo di D. 43, 16, 1, 29, tratto dal sessantanovesimo libro del suo commento all'editto³⁷:

D. 43, 16, 1, 29 (Ulp. 69 *ad ed.*): *Idem Labeo ait eum, qui metu turbae perterritus fugerit, vi videri deiectum. sed Pomponius ait vim sine corporali vi locum non habere, ergo etiam eum, qui fugatus est supervenientibus quibusdam, si illi vi occupaverunt possessionem, videri vi deiectum.*

Il giurista severiano ci fornisce la notizia di una divergenza di opinioni fra Labeone e Pomponio proprio a proposito del requisito della *vis* in rapporto all'esperibilità del nostro interdetto. Per il giurista augusteo il requisito della *vis* doveva ritenersi infatti integrato anche nel caso in cui l'abbandono del bene fosse conseguente alla semplice minaccia di violenza determinata dal timore di una turba in procinto di sopraggiungere (*Idem Labeo ait eum, qui metu turbae perterritus fugerit, vi videri deiectum*). Pomponio diversamente riteneva che la

³⁷ Il tema è affrontato in altri due testi che si occupano loro volta di come dovesse essere intesa la *vis* al fine della concessione dell'interdetto. Si tratta di D. 4, 2, 9 pr. (Ulp. 11 *ad ed.*) e di D. 41, 3, 33, 2 (Iul. 44 *dig.*). Peraltro i due frammenti, per quanto a loro volta rappresentino i diversi punti di vista di Labeone, Pomponio e Giuliano, non evidenziano, singolarmente presi, un contrasto di opinioni fra giuristi, contrasto che emerge invece fra Labeone e Pomponio da un lato e Giuliano dall'altro solo nel confronto fra i due diversi passi. Cfr. sul punto per tutti E. STOLFI, *Studi sui 'Libri ad edictum' di Pomponio*, I, *Trasmissione e fonti*, Napoli, 2001, p. 350 e s. La circostanza appena evidenziata, unitamente al fatto che il passo ulpiano tratto dal sessantanovesimo libro del commento all'editto è l'unico che, nella prospettazione di Pomponio, fa esplicito riferimento alla situazione in cui all'esercizio della violenza segue l'immissione nel possesso, induce a ritenere che il testo su cui si innestava la *suggestio* dell'*advocatio Illyriciana* fosse appunto quello di D. 43, 16, 1, 29, senza peraltro voler escludere che nella possibile discussione rientrassero anche gli altri che a loro volta confermavano l'incertezza della questione su cui la cancelleria era chiamata a intervenire.

violenza si sostanziasse solo nel caso in cui fosse stata esercitata una *vis corporalis* (*Sed Pomponius ait vim sine corporali vi locum non habere*), dovendosi dunque ammettere la concessione dell'interdetto solo qualora, pur essendo stato in precedenza abbandonato il bene, fosse poi seguita l'occupazione che potesse dirsi compiuta attraverso l'esercizio di una violenza in senso materiale (*ergo etiam eum, qui fugatus est supervenientibus quibusdam, si illi vi occupaverunt possessionem, videri vi deiectum*)³⁸.

Anche qui la questione è dunque quella di come dovesse essere intesa la *vis* al fine della concessione dell'interdetto. La cancelleria, stimolata dalla questione posta dall'*advocatio*, va oltre il contrasto di opinioni ricordato dal testo ulpiano che peraltro ne costituisce con ragionevole probabilità il principale referente. Nel ragionamento della cancelleria la *vis* diventa infatti immanente al comportamento dell'occupante che viene qualificato come *praedo*; è cioè il semplice essere a conoscenza dell'altruità della cosa che implica che possa essere concesso l'interdetto per il recupero del possesso, così come è la sem-

³⁸ Sul testo e per il contrasto di opinioni fra la concezione di Labeone e quella di Pomponio che ne risulta, v. in particolare E. STOLFI, *Studi sui 'Libri ad edictum' di Pomponio*, I, *Trasmissione e fonti*, cit., p. 355 e s. che, mettendo il passo in relazione con quello qui già ricordato di D. 4, 2, 9 pr. (Ulp. 11 ad ed.), compone l'apparente differenza nel riferire l'opinione del giurista augusteo ipotizzando che comunque nel nostro testo vi sarebbe un riferimento a un *metus praesens* e *illatus* determinato dall'effettivo «sopraggiungere di una turba, e non dal suo semplice sospetto, o dall'aver colto una voce al riguardo (come in D. 4, 2, 9 pr.)», caso quest'ultimo in cui appunto Labeone escludeva invece l'esistenza di un'autentica *deiectio* e l'applicazione dell'interdetto *unde vi*. Per un più rapido accenno al testo di D. 43, 16, 1, 29 v. anche lo stesso E. STOLFI, *Studi sui 'Libri ad edictum' di Pomponio*, II, *Contesti e pensiero*, Milano, 2002, p. 246 e p. 283. Nella letteratura precedente cfr. E. SEIDL, *Labeos geistiges Profil*, in *Studi in onore di E. Volterra*, I, Milano, 1971, p. 65, nonché, per un analogo tentativo di conciliazione dei testi, in specie M. BALZARINI, *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, Padova, 1969, p. 121 ss., cui sostanzialmente si conforma D. MANTOVANI, *Gli esordi del genere letterario ad edictum*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dai pontefici alla scuola di Servio. Atti del Seminario*, Torino, 1996, p. 118, nt. 198. Per l'ipotesi che il pensiero di Labeone come riferito nell'attuale testo di D. 43, 16, 1, 29 sia invece da considerarsi sostanzialmente inattendibile v. L. SOLIDORO MARUOTTI, *Studi sull'abbandono degli immobili nel diritto romano. Storici giuristi imperatori*, cit., p. 116 ss.

plice sottrazione della cosa altrui *adversus domini voluntatem* che comporta la concessione dell'*actio furti*, esempio quest'ultimo che allontana ancor più l'idea della necessità di una violenza materiale, riducendo il requisito per l'esercizio dell'interdetto alla semplice conoscenza dell'altruità della cosa, peraltro da doversi ritenere presunta secondo la costruzione della cancelleria³⁹.

Anche la *suggestio* dell'*advocatio Illyriciana* prospettata in C. 6, 38, 5 ha a sua volta un referente diretto e di non difficile individuazione in un testo del Digesto e più precisamente in passo tratto dal nono libro delle *regulae* di Modestino:

D. 31, 32, 6 (Mod 9 reg.): *In fideicommisso quod familiae relinquitur hi ad petitionem eius admitti possunt, qui nominati sunt, aut post omnes eos extinctos qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo testator moreretur, et qui ex his primo gradu procreati sint, nisi specialiter defunctus ad ulteriores voluntatem suam extenderit.*

Il giurista severiano si occupa di individuare i soggetti che potessero essere ammessi a richiedere il lascito disposto appunto sotto la forma di un *fideicommissum familiae*⁴⁰. Tra

³⁹ Sotto questo profilo la soluzione adottata dalla cancelleria andava ben oltre la stessa posizione di Giuliano che aveva considerato *vi deiectus* anche chi avesse abbandonato il fondo per aver solo creduto che vi fossero uomini che stessero sopraggiungendo in armi, cfr. D. 41, 3, 33, 2 (Iul. 44 dig.): *Si dominus fundi homines armatos venientes existimaverit atque ita profugerit, quamvis nemo eorum fundum ingressus fuerit, vi deiectus videtur...* Su questa parte del testo giuliano v. E. STOLFI, *Studi sui 'Libri ad edictum' di Pomponio*, I, *Trasmissione e fonti*, cit., in specie p. 355. A ragione L. SOLIDORO MARUOTTI, *Studi sull'abbandono degli immobili nel diritto romano. Storici giuristi imperatori*, cit., p. 335, evidenzia come nella costruzione giustiniana si configurasse una «abnorme estensione della teoria della conservazione *animo* del possesso» e – aggiungo io – un'altrettanto abnorme estensione della concezione della *deiectio vi*.

⁴⁰ Sul passo di Modestino v. recentemente U. BABUSIAUX, *Il valore della terra e il fideicommissum familiae relictum. Una configurazione giuridica motivata da fattori economici*, cit., p. 416 e s. Una dettagliata esposizione del contenuto e dei dubbi interpretativi suscitati dal testo è anche in L. DESANTI, *Restitutionis post mortem onus*, cit., in specie p. 299 ss. Nella letteratura più risalente v. in particolare J. DECLAREUIL, *Quelques notes sur certains types de*

questi dovevano anzitutto annoverarsi quelli indicati nominativamente (*qui nominati sunt*) o, se tutti premorti, coloro che fossero qualificati *ex nomine defuncti* (che avessero dunque lo stesso *nomen*) al momento della morte del testatore, nonché coloro che ne fossero i discendenti in primo grado (*aut post omnes eos extinctos qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo testator moreretur, et qui ex his primo gradu procreati sint*), salvo che il *de cuius* non avesse espressamente esteso la sua volontà ricomprendendo altri beneficiari (*nisi specialiter defunctus ad ulteriores voluntatem suam extenderit*). Indipendentemente dai dubbi di rimaneggiamento che ha suscitato la precisazione conclusiva⁴¹, il testo di Modestino era dunque chiaro nell'individuare come destinatari del *fideicommissum familiae* i figli (o eventualmente alcuni di essi specificamente indicati) e in subordine i loro discendenti in primo grado, va-

fidéicommis, in *Mélanges Gérardin*, Paris, 1907, p. 154; successivamente di D. 31, 32, 6 si sono occupati altresì A. TORRENT, *Fideicommissum familiae relictum*, cit., p. 27 e s., p. 124, p. 126 e p. 131; D. JOHNSTON, *Prohibitions and perpetuities: family settlements in Roman law*, cit., p. 245 e s.; ID., *The Roman Law of Trusts*, cit., p. 80 e s. e p. 111.

⁴¹ Sul punto v. E. LEVY, E. RABEL, *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, II, Weimar, 1931, c. 249. L'interpolazione è genericamente ammessa e sarebbe riconducibile all'eliminazione del divieto di disporre fedecommissi *ad incertas personas* (v. *infra*, nt. successiva), cfr. in specie VOGLI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., p. 942 e s.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II, *Die nachklassischen Entwicklungen*, München, 1975², p. 554 n. 44; L. DESANTI, *Restitutionis post mortem onus*, cit., p. 304 e nt. 392. Dubbi sono peraltro espressi da D. JOHNSTON, *The Roman Law of Trusts*, cit., p. 87 e p. 111, la cui interpretazione limita il riferimento di Modestino agli ulteriori discendenti che fossero comunque già nati alla morte del disponente. Beneficiari del lascito avrebbero potuto dunque essere tutti i soggetti già venuti alla luce al momento della morte del *de cuius*, indipendentemente dal grado di parentela che li avesse legati a quest'ultimo. Diversamente L. DESANTI, *op. cit.*, p. 303, ritiene piuttosto che l'attuale testo di Modestino annoverasse fra i potenziali beneficiari anche i discendenti non ancora venuti alla luce. Peraltro la lettura di Johnston, come osserva U. BABUSIAUX, *Il valore della terra e il fideicommissum familiae relictum. Una configurazione giuridica motivata da fattori economici*, cit., p. 417, permette di escludere che il passo faccia riferimento alla possibilità di un vincolo plurigenerazionale, che cioè riguardasse, lungo le generazioni, eredi successivi al primo.

le a dire i nipoti del disponente⁴². Sembra cioè potersi ritenere che, con riferimento a questi ultimi, si individuassero quelli che la costituzione giustiniana del 532 qualifica genericamente come *propinqui*, cui peraltro la cancelleria, attraverso la definizione dell'ampiezza semantica del termine *familia*, affiancava nuove categorie di soggetti che non dividevano il *nomen defuncti*, prevedendo appunto che beneficiari del lascito potessero essere anche il genero e la nuora, e in loro assenza, addirittura i liberti del disponente⁴³.

La relazione fra C. 6, 38, 5 e il testo di D. 31, 32, 6 è dunque evidente, ma nella sua evidenza genera un dubbio. Siamo cioè di fronte a una questione che si poneva in rapporto con un te-

⁴² Il testo nel richiedere che i beneficiari del lascito fossero individuati o quantomeno individuabili in via interpretativa rispecchia il quadro normativo risalente alla giurisprudenza dell'epoca del Principato: sul punto v. U. BABUSIAUX, *Il valore della terra e il fideicommissum familiae relictum. Una configurazione giuridica motivata da fattori economici*, cit., p. 416. Tale quadro si era peraltro modificato con l'emanazione di C. 6, 48, 1 (v. *supra*, nt. 33) con cui si era in larga misura eliminato il divieto di onorare *incertae personae* e, per quanto qui interessa, anche con riferimento al caso dei nostri fedecommissi (par. 9): sul testo v. per tutti L. DESANTI, *Restitutionis post mortem onus*, cit., p. 307 ss. Secondo l'opinione prevalente il diritto giustiniano avrebbe successivamente modificato l'istituto permettendo che il vincolo fosse imposto nel limite di quattro generazioni: cfr. la già citata Nov. 159, 2 (a. 555), sul punto v. tuttavia L. DESANTI, *op. cit.*, p. 331 ss., che attribuisce alla Novella una portata più circoscritta, relativa al caso concreto in essa affrontato e ai casi futuri che a quello fossero del tutto corrispondenti.

⁴³ La costituzione giustiniana estendeva dunque anche agli affini (nonché ai liberti) la possibilità di ricevere il fedecommesso qualora non vi fossero superstiti riconducibili alle categorie di discendenti indicate in D. 31, 32, 6. Peraltro la questione prospettata dalla cancelleria risultava non perfettamente inquadrabile anche per un altro aspetto nella prospettiva dei classici (e di Modestino in particolare). Mi riferisco al fatto che il lascito era stato disposto *nulla speciali adiectione super quibusdam certis personis facta*. Sotto questo profilo l'individuabilità dei soggetti beneficiari richiesta nel testo di Modestino si riduceva, nella lettura giustiniana, legittimata dalla riforma di C. 6, 48, 1, a ritenere tutti i soggetti indicati dal legislatore come potenziali destinatari del *fideicommissum familiae relictum*, partendo dal presupposto che tutti rientrassero tra le categorie di soggetti che potessero essere ricondotte al significato del termine *familia*. Sotto questo profilo non era insomma più richiesto che i beneficiari fossero individuati anche solo in via interpretativa, ma era sufficiente che fossero individuabili in relazione all'estensione della *familia*, come fissata dalla cancelleria.

sto che non proviene dai grandi commentari edittali o al *ius civile*, circostanza che, soprattutto nella fase avanzata dello spoglio, sembra invece caratterizzare, se forse non in via esclusiva in forma largamente prevalente, le *constitutiones ad commodum*. Qui la circostanza si potrebbe giustificare con l'osservazione che appunto C. 6, 38, 5 non è una delle *constitutiones ad commodum* e che, non essendo qualificabile come tale, non può essere ricondotta al rapporto tipico di queste con lo spoglio dei grandi commentari all'editto e al *ius civile*. Sarebbe una conclusione ragionevole, ma affrettata, considerato che comunque i *libri regularum* di Modestino facevano pur sempre parte della *pars edictalis* in cui sono inseriti fra le opere che seguono nell'ordine bluhmiano proprio i grandi commentari all'editto⁴⁴. La circostanza non mi pare di poco conto perché evidenzia che il testo di Modestino cui si ricollegavano la *suggestio* dell'*advocatio* e la risposta della cancelleria rientra pur sempre fra quelli oggetto di lettura di una delle sottocommissioni maggiormente impegnate nel dialogo con la cancelleria testimoniato dalle *constitutiones ad commodum*⁴⁵.

⁴⁴ Tutte le opere di Modestino, compresi i nostri *libri regularum*, sono infatti inserite nella *pars edictalis* e si collocano, con l'unica eccezione dei *libri de poenis* (che si pongono in una posizione più avanzata), dopo i blocchi dei *libri ad Plautium* e dei *digesta* di Celso e Marcello: cfr. F. BLUHME, *Die Ordnung der Fragmente in den Pandectentiteln. Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte der Pandecten*, in *ZGR*, 1820, 4, Übersicht a p. 266 e p. 453 (= Labeo, 1960, 6, p. 94 e p. 375), nonché P. KRÜGER, *Additamenta I, Ordo librorum iuris veteris in compilandis Digestis observatus*, in *Corpus iuris civilis. Editio stereotypa decima. Volumen primum. Digesta recognovit Th. Mommsen*, Berolini, 1905, p. 876. Sul punto v. anche il prospetto analitico fornito da D. MANTOVANI, *Digesto e masse bluhmiane*, Milano, 1987, p. 95 e s.

⁴⁵ Sulla questione v. quanto già osservato *supra*, nt. 3. Quanto qui rilevato non contraddice lo schema delineato da S. DI MARIA, *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: 'reverentia antiquitatis' e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del Codice*, cit., p. 181 ss., ma semmai lo amplia e contribuisce a meglio definirlo. Ribadito che comunque la costituzione conservata in C. 6, 38, 5 non rientra fra le *constitutiones ad commodum*, rimane infatti vero che l'intervento della cancelleria anche in questo caso si collega pur sempre a un testo che si inquadra nella *pars edictalis*, mentre si conferma, sia pure nei limiti ristretti dei testi qui considerati e con riferimento esclusivo alla loro collocazione temporale, che la commissione della *pars Papiniana* manteneva, almeno nella fase avanzata dello spoglio, una posizione più defilata nel dialogo con la cancelleria (v. S. DI MARIA, *op. cit.*, p. 184).

La relazione fra la nostra costituzione del 532 e il testo di Modestino segue dunque, pur nella sua specificità, il rapporto frequenzialmente tipico delle *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes* (o quantomeno di quelle di emanazione più recente) con il lavoro di spoglio delle masse, circostanza che, come abbiamo visto, vale – e in forma più lineare – anche per C. 8, 4, 11, in cui il testo su cui si interviene per fare chiarezza è appunto un passo tratto dal sessantanovesimo libro del commentario edittale di Ulpiano. Il quadro che sembra delinearsi, al di là della conferma che ci troviamo in presenza di due costituzioni che non rientrano fra quelle *ad commodum propositi operis pertinentes*, appare dunque piuttosto suggestivo. Benché quanto qui emerso vada messo a confronto e collaudato con un’analisi analoga cui sottoporre i quesiti posti in precedenza dall’*advocatio* di Cesarea, sembrerebbe cioè potersi ritenere che anche le costituzioni emanate su sollecitazione degli organi forensi locali seguano in qualche modo lo spoglio dei materiali utilizzati per la raccolta di *iura*⁴⁶. L’aspetto appena sottolineato, unitamente al fatto che le costituzioni sollecitate dalle *advocationes* risultano tutte datate

⁴⁶ Per quanto riguarda le nostre costituzioni è fra l’altro assai significativo il ripetuto richiamo alle *veteres leges* nel testo di C. 8, 4, 11 pr.: *...veteres leges... veteribus declarata est legibus...*; par. 1: *...veteribus legibus definita...* La circostanza dimostra una singolare analogia con le altre costituzioni certamente databili al 18 ottobre 532, da considerarsi con ogni probabilità *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*: cfr. C. 6, 21, 18: *...antiquis legibus...*; C. 6, 31, 6 pr.: *...quod et antiquitas observabat*; C. 6, 35, 12 pr.: *Talis de antiquo iure dubietas...*; *...Veteres enim certum non faciunt...*; C. 6, 37, 26 pr.: *Illud, quod... a legum conditoribus definitum est...*; C. 6, 50, 19: *... quod veteribus legibus in ambiguitatem deductum est...*; C. 7, 72, 10 pr.: *Cum apud veteres quaestionem ortam invenimus...*; C. 8, 10, 14 (11,1) pr.: *De operis novi nuntiatione quandam antiquis ortam fuisse dubitationem nostra cognovit tranquillitas...*; C. 8, 25 (26), 11, 1: *In hoc etenim casu diversae sententiae legum prudentibus habitae sunt...*; C. 8, 37 (38), 15 pr.: *...impossibilis veteribus videbatur huiusmodi stipulatio. sed nobis... veri simile esse videtur...*; C. 9, 9, 35 (36) pr.: *...legum conditores...*; par. 2: *Nobis vero...*; par. 3: *Sancimus itaque...* Il linguaggio utilizzato in C. 8, 4, 11 presuppone evidentemente un rapporto dialettico con il diritto antico, circostanza che contribuisce ad avvalorare l’idea che anche le costituzioni emanate su sollecitazione di organismi forensi locali fossero in qualche modo a loro volta connesse con la redazione della raccolta di *iura*.

in momenti corrispondenti a quelli dell'emanazione di alcuni dei blocchi delle *constitutiones ad commodum*, non può essere senza significato⁴⁷. Intendo dire che dall'analisi qui condotta sembra potersi avanzare l'idea che lo spoglio dei materiali messi a profitto per la redazione della raccolta di *iura* non solo sia andato di pari passo con l'emanazione delle *constitutiones ad commodum* in un serrato dialogo fra compilatori e cancelleria, ma anche che, nello stesso arco di tempo fra il 531 e il 532, vi sia stato un confronto, sia pur meno intenso, più diluito e certamente più circoscritto, con il mondo della pratica, il cui coinvolgimento, fosse o no conseguenza di una precisa volontà dei compilatori e del legislatore, risulta un momento significativo, benché meno noto, del lavoro che condusse alla redazione del *Sanctissimum templum iustitiae*.

⁴⁷ In questo senso, a ulteriore conferma del quadro che qui si è cercato di delineare, è altresì interessante la testimonianza di I. 2, 8, 2 con riferimento a C. 5, 37, 25. In questo caso, come sappiamo (v. *supra*, nt. 10), che la costituzione fosse stata emanata per rispondere a un quesito posto dall'*advocatio* di Cesarea è testimoniato dal solo testo istituzionale: *...sed etiam hoc evidentissima ratione statutum est in constitutione, quam ad Caesarienses advocatos ex suggestione Triboniani, viri eminentissimi, quaestoris sacri palatii nostri, promulgavimus...* Il fatto che la costituzione si dica emanata *ex suggestione Triboniani* dimostra il coinvolgimento diretto del *quaestor sacri palatii*, se non con riferimento all'intero gruppo di costituzioni emanate su sollecitazione di organi forensi locali quantomeno – ma la circostanza non può non essere considerata ai nostri fini rilevante – con riferimento a una di esse. Del resto viene in mente l'analoga espressione con cui in I. 1, 5, 3 si attribuisce allo stesso Triboniano il progetto delle *quinquaginta decisiones*: *...et dediticos quidem per constitutionem expulimus, quam promulgavimus inter nostras decisiones, per quas, suggerente nobis Triboniano, viro excelso, quaestore, antiqui iuris altercationes placavimus...*

FABIANA MATTIOLI, La legislazione giustiniana del 18 ottobre 532. I rapporti fra la cancelleria e il mondo della pratica: i quesiti delle *advocationes* e la compilazione del Digesto

Il contributo mira a contestualizzare il dialogo fra la cancelleria e gli organismi forensi locali nell'ambito del lavoro di spoglio compiuto dai compilatori della raccolta di *iura* con particolare riferimento a due costituzioni emanate il 18 ottobre del 532 in risposta a quesiti posti dall'*advocatio Illyriciana*. Ne risulta un quadro in cui, a fianco del dialogo serrato fra cancelleria e compilatori testimoniato dalle *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*, si colloca un confronto, sia pur meno intenso e più circoscritto, con il mondo della pratica (e particolarmente con gli organi forensi periferici), il cui coinvolgimento sembra costituire un momento significativo, benché meno noto, del lavoro che condusse alla redazione del *Sanctissimum templum iustitiae*.

Parole chiave: Giustiniano, *advocatio Illyriciana*, legislazione del 18 ottobre 532, *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*, compilazione del Digesto.

FABIANA MATTIOLI, The Justinian legislation of 18th October 532. The relationship between the chancellery and the world of practice: the questions of the *advocationes* and the drafting of the Digest

This contribution aims to contextualize the dialogue between the chancellery and the local forensic bodies in the context of the perusal work done by the compilers of the *iura* collection with particular reference to two constitutions issued on 18th October 532 in response to questions posed by the *advocatio Illyriciana*. The result is a draft in which, alongside the close dialogue between the chancellery and the compilers witnessed by the *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*, there is a comparison, although less intense and more circumscribed, with the world of practice (and particularly with the peripherals forensic bodies), whose involvement seems to constitute, although less well known, a significant moment of the work that led to the drafting of the *Sanctissimum templum iustitiae*.

Key words: Justinian, *advocatio Illyriciana*, legislation of 18th October 532, *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*, drafting of the Digest.