

IL BREVIARIUM NOVELLARUM DI TEODORO DI ERMOPOLI

1.

Tra i giuristi che lavorarono nel corso del VI secolo sui testi giustiniani e le cui opere hanno goduto di singolare fortuna nel corso della lunga storia del diritto bizantino forse nessuno ha dato luogo a giudizi così contrastanti come Teodoro di Ermopoli. Già nel corso dell'XI secolo, nel nuovo clima culturale creato dalla rinascita dello studio del diritto in seguito alle riforme di Costantino Monomaco, la *reverentia* nei confronti del nostro *scholastikòs* non impedì infatti ai giuristi bizantini di esprimere giudizi anche fortemente critici nei confronti di alcune interpretazioni dei testi giustiniani proposte da Teodoro.¹

Almeno in una certa misura, questa ambivalenza di giudizio è rimasta anche nelle valutazioni dei moderni storici del diritto. Basti qui ricordare le considerazioni espresse su Teodoro da un bizantinista del calibro di Dieter Simon, il quale, ad esempio, nell'introduzione al I volume di *Fontes Minores*, da un lato non esita a definire il nostro *scholastikòs* 'ein Epitomator vom Rang', dall'altro non manca però di osservare che egli fu 'in seinen dogmatischen Erläuterungen häufig glücklos',² impiegando, invero, un'espressione assai più edulcorata di quelle di gran lunga più severe da lui stesso utilizzate, alcuni anni prima, nella fondamentale ricerca sul processo civile giustiniano.³

Più di recente la figura di Teodoro ha attirato l'interesse di studiosi che hanno dedicato una particolare attenzione alle problematiche più squisitamente letterarie poste dalle opere del nostro *scholastikòs*, pur senza tralasciare l'esame dei profili giuridici.

1 Sul problema mi sia consentito richiamare F. Sitzia, 'Theodorus e l'insegnamento degli σχολαστικοί nella storia del diritto bizantino', in: J.H.A. Lokin/B.H. Stolte, [eds.], *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, Pavia 2011, 189ss., e bibliografia ivi citata.

2 *FM I* (1976), IX.

3 Mi limito a riportare soltanto alcune delle considerazioni finali di D. Simon, *Untersuchungen zum justinianischen Zivilprozess*, München 1969, 366, sul nostro *scholastikòs*: '(...) Seine Ergebnisse wirken auf weite Strecken wie eine Karikatur der Methoden des Stephanos. (...) Krasse Missverständnisse eines Textes tauchen in Bemerkungen zu anderen Stellen als Ausnahme auf (...). Seine Inhaltsangaben von Kodexkonstitutionen oder Novellen sind voll von Irrtümern und unbewussten Gewichtsverschiebungen. (...)'. Come ho, peraltro, posto già in evidenza (Sitzia, 'Theodorus' (*supra* nota 1), 236, nt. 136), il Simon 'estende il suo giudizio negativo anche al *Breviarium Novellarum*, senza, peraltro, riportare nell'indice delle fonti alcuna citazione di questa opera di Teodoro'.

Intendo in particolare riferirmi alle ricerche della Martino,⁴ ad avviso della quale Teodoro riuscì pienamente nel suo intento di adeguarsi alle esigenze della prassi, ‘confezionando operette dal dettato semplice ed intenzionalmente prive di orpelli retorici che rendessero agevole, a discapito della forma esteriore, non del contenuto, le grandi opere della legislazione’.⁵ Un giudizio del tutto positivo, che sottolinea l’‘indubbia utilità’⁶ che le opere del nostro *scholastikòs* presentavano per la pratica forense e che non può non evocare le conclusioni assai differenti cui giunge, in materia di processo, il Simon, il quale rileva, in rapporto alla giurisprudenza bizantina del VI secolo nel suo complesso,⁷ un estremo ‘Desinteresse an der Sachfrage’, osservando che ‘diese Indolenz, ja Verständnislosigkeit gegenüber den praktischen Regelungszwecken des Rechts ist eine Folge der völligen Abkehr der Theorie von der Praxis’.⁸

Una tale varietà di giudizi aveva già attirato la mia attenzione in una ricerca che aveva preso le mosse dalla richiesta rivoltami dall’amico Dario Mantovani di presentare agli allievi del ‘Collegio di diritto romano 2009’ organizzato dal CEDANT proprio la figura di Teodoro, nell’ambito delle più generali problematiche poste dalle opere degli *scholastikoi* e dalla loro secolare fortuna nella storia del diritto bizantino.⁹ In quella sede, dopo aver valutato la reale consistenza delle critiche mosse a Teodoro dai giuristi dell’XI secolo, mi era sembrato di poter giungere alla conclusione che i problemi di maggiore rilievo emergessero¹⁰ in particolare, per quanto riguarda il *Breviarium Codicis*, in relazione ai pochi casi di ἐρωταποκρίσεις a noi pervenuti tramite gli scolii ai Basilici. Mi era quindi sembrato opportuno vagliare se ed in che misura fraintendimenti ed

4 G. Martino, ‘Lingua e letteratura nella produzione giuridica bizantina’, in: A. Garzya, [ed.], *Spirito e forme nella letteratura bizantina*, Napoli 2006, 65ss., in particolare 83ss.; Id., ‘Due commenti alle Novelle di Giustiniano’, in: R. Grisolia/G. Martino, [eds.], *Forme e modi delle lingue e dei testi tecnici antichi*, Napoli 2012, 225ss.; Id., ‘Teodoro di Ermopoli ed il commento alle Novelle di Giustiniano’, in: A. Rigo/A. Babuin/M. Trizio, [eds.], *Vie per Bisanzio. VII Congresso nazionale dell’Associazione italiana di Studi Bizantini, Venezia 25-28 novembre 2009*, Bari 2013, 441ss.

5 Martino, ‘Teodoro’ (*supra* nota 4), 453.

6 Martino, ‘Teodoro’ (*supra* nota 4), 453: ‘Un’operetta di giurisprudenza ragionata di indubbia utilità, la quale metteva in grado gli utenti non solo di reperire immediatamente la normativa, ma anche di meditare su di essa grazie al preciso e ampio riscontro con le leggi emanate in merito ai diversi argomenti’.

7 Se è vero che le considerazioni del Simon si riferiscono alla giurisprudenza bizantina nel suo complesso e non a Teodoro in particolare, è altresì vero che il nostro *scholastikòs* (come abbiamo già osservato alla nt. 3) è il giurista nei cui confronti il Simon rivolge le critiche più severe.

8 Simon, *Untersuchungen* (*supra* nota 3), 367.

9 Sitzia, ‘Theodorus’ (*supra* nota 1), 189ss.

10 Sitzia, ‘Theodorus’ (*supra* nota 1), 216, 230s.: ‘La ricerca fin qui svolta ha offerto un quadro della personalità di Teodoro assai complesso ed articolato. In particolare, specie nelle ἐρωταποκρίσεις, sono emersi fraintendimenti ed incomprensioni anche gravi del testo legislativo, nonché contraddizioni ed evidenti incongruenze’.

incomprensioni del testo legislativo potessero rilevarsi anche in relazione al *Breviarium Novellarum*; a tal fine mi ero limitato a prendere in considerazione i pochi casi in cui il Van der Wal aveva ritenuto di dover segnalare nel *Manuale Novellarum*¹¹ che Teodoro aveva ‘frinteso o comunque riportato non correttamente il testo della Novella giustiniana da lui epitomata’.¹² L’esame di questi casi aveva portato a concludere che nelle Epitomi delle *Novellae* il nostro *scholastikòs* non sembra incorrere in errori particolarmente gravi ed evidenti, con una conseguente rivalutazione della personalità di Teodoro come giurista.

Appare, peraltro, evidente che una conclusione basata sui soli rilievi del Van der Wal presenta un carattere provvisorio e necessita di un ulteriore approfondimento che può realizzarsi soltanto attraverso un esame analitico delle singole epitomi, il solo in grado di far emergere se e in che misura il nostro *scholastikòs* sia realmente riuscito nell’intento di offrire al lettore un testo che riporta correttamente, senza fraintendimenti ed in modo esaustivo, i precetti giuridici contenuti nelle singole *Novellae*, precetti non sempre facilmente individuabili, specie se si considera il linguaggio aulico, prolisso e sovente non ineccepibile sotto il profilo tecnico utilizzato dalla cancelleria imperiale.¹³ In questa ottica prenderò in considerazione alcuni testi novellari in rapporto ai quali la dottrina (specie quella più recente) ha evidenziato particolari problematicità, al fine di valutare come queste siano state affrontate e risolte da Teodoro nella sua opera di massimazione del testo ufficiale.

2.

Possiamo prendere le mosse della nostra analisi dall’esame dei singoli *capita* della Nov. 136, un testo assai noto in tema di *argentarii*.¹⁴

11 N. van der Wal, *Manuale Novellarum Justiniani. Aperçu systématique du contenu des Nouvelles de Justinien*, Groningen 1998².

12 Sitzia, ‘Theodorus’ (*supra* nota 1), 231.

13 Sulle caratteristiche del linguaggio delle Novelle vedi, da ultimi, gli studi della Martino, ricordati *supra*, alla nt. 4 e la bibliografia ivi citata. Una ricerca che confronti i testi della raccolta delle 168 Novelle con quelli di Teodoro (e di Atanasio) è oggi più agevole anche grazie all’esistenza di una pubblicazione informatica contenente i nostri testi nonché una tavola di concordanze che il lettore può agevolmente consultare nel sito www.edizioniav.it (sulla quale vedi F. Sitzia, ‘Il syntagma Novellarum di Atanasio ed il Breviarum Novellarum di Teodoro’, in: *Studi in Onore di R. Martini*, III, Milano 2009, 593ss.). Di recente (2013) i nostri testi sono stati inseriti anche in appendice ad un CD, sempre edito da Edizioniav, sugli *Edicta praefectorum praetorio*.

14 Su Nov. 136 e, più in generale, sulla politica giustiniana nei confronti degli *argentarii*, oltre alla bibliografia che avremo occasione di ricordare nelle note seguenti, vedi A. Diaz Bautista, *Estudios sobre la banca bizantina (Negocios bancarios en la legislación de Justiniano)*, Universidad de Murcia 1987; M. Bianchini, ‘La disciplina degli interessi convenzionali nella legislazione

a) Prendiamo in considerazione in primo luogo il *caput* 1. Può, invero, subito rilevarsi che il testo della Novella offre, come spesso accade,¹⁵ una giustificazione della norma che può far insorgere qualche dubbio in ordine all'ampiezza del campo di applicazione del principio affermato dal legislatore. Nel momento in cui, infatti, si osserva che la *ratio* della validità dei patti conclusi dagli *argentarii* va ricercata nel principio per cui *unicuique licet ea quae ipsi a lege data sunt contemnere*,¹⁶ appare evidente che si offre un criterio di giustificazione valido per tutti i soggetti e non soltanto per i banchieri. Teodoro adotta, invece, uno schema espositivo che separa nettamente la disposizione relativa agli *argentarii* dalla sua *ratio*: egli, infatti, dopo aver riferito il principio giuridico ai soli banchieri, inserisce il discorso relativo alle sanzioni, che ricava dall'*epilogus* della Novella,¹⁷ nonché l'indicazione di passi paralleli che il lettore dovrà considerare.¹⁸

Il riferimento al principio per cui chiunque tramite *pactum* può rinunciare ai suoi diritti viene quindi riportato successivamente, come principio di carattere generale¹⁹ che non sembra incidere sulla possibile estensione al di là dei banchieri del *privilegium* accordato a questi ultimi da Nov. 136.

TheodBrev. 136,1-2: Ἐὰν ἀργυροπράτης ἐγγρητήν τινα λάβῃ ἢ μανδάτορα ἢ ἀντιφωνητήν, εἰ μὲν μηδὲν συμφωνηθῆ, χώραν ἔχει ἢ διάταξις ἢ λέγουσα, ὥστε τοὺς πρωτοτύπους παρόντας καὶ εὐποροῦντας ἐνέχεσθαι· ἐὰν δὲ συμφωνηθῆ ὥστε χωρεῖν αὐτὸν κατὰ τοῦ ἐγγρητοῦ πρώτον, ἔρρωται τὸ πάκτον, καὶ εἴ τις παρὰ τὰ εἰρημένα ποιήσει, προστιμᾶται ἰ χρυσίου λίτρας κινδυνεύων καὶ εἰς τὴν σωτηρίαν αὐτοῦ. μέμνησο τῆς δ' νεαρᾶς καὶ

giustiniana', in: *Studi in Onore di A. Biscardi*, II, Milano 1982, 389ss., ora in Id., *Temi e tecniche della legislazione tardoimperiale*, Torino 2008, 123ss. (in particolare 149ss.), e bibliografia ivi citata.

- 15 Sul punto mi sia consentito richiamare le considerazioni svolte in F. Sitzia, 'Norme imperiali e interpretazioni della prassi', in: M.G. di Renzo Villata, [ed.], *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile*, Napoli 2003, 285ss., 313ss.
- 16 Riporto la trad. latina dell'edizione SK. Il patto di cui si discute è quello in forza del quale *licet a creditoribus tam principalem debitorem quam mandatorem et fideiussorem convenire, non expectatis constitutionis gradibus*.
- 17 In realtà il riferimento alla sanzione all'interno del *cap.* 1 non appare felice, oltre che inesatto. Può, infatti, in primo luogo rilevarsi che Nov. 136 ep. prevedeva la pena di 10 libbre d'oro per i magistrati che non ottemperassero a tutte le disposizioni contenute nel testo (e non solo a quelle contenute nel *cap.* 1). Può, inoltre, osservarsi che Teodoro aggiunge alla pena pecuniaria quella personale non prevista nel testo di legge.
- 18 La prima citazione è quella di Nov. 4 che, com'è noto, ha stabilito il principio generale rispetto al quale la Nov. 136 prevede l'eccezione a favore degli *argentarii*, in presenza di un patto specifico. Meno perspicui appaiono i riferimenti alle costituzioni del Codice, che presuppongono un regime nel quale ancora non vige il principio stabilito dalla Nov. 4.
- 19 Non a caso Teodoro richiama in proposito la testimonianza di C. 2,3,29, cioè una costituzione riguardante una materia completamente diversa dalla *fideiussio*.

IL BREVIARIUM NOVELLARUM DI TEODORO DI ERMOPOLI

ἀνάγνωθι βι. η' τοῦ κώδ. τί. μ' διάτ. κγ' καὶ κη'. 2. Ἐξεστὶν ἐκάστῳ καταφρονεῖν τῶν ἰδίων δικαίων. ἀνάγνωθι βι. β' τοῦ κώδ. τί. γ' διάτ. κθ'.

Un analogo ordine d'idee ritroviamo anche in Athan. 15,3,1, il quale, nella prima parte del suo discorso, riferisce espressamente ai banchieri la deroga contenuta in Nov. 136,1.²⁰ Nell'edizione Simon/Troianos a questa prima parte ne segue una seconda, introdotta da *σημείωσαι*, che gli editori hanno ritenuto di dover attribuire allo *scholastikòs* di Emesa;²¹ in essa, pur ricordandosi in termini generici la regola in materia di *pactum*, si osserva espressamente, utilizzando la tecnica dell'*argumentum a contrariis*, che la deroga introdotta da Nov. 136 riguarda soltanto gli *argentarii*. L'attribuzione ad Atanasio della seconda parte del testo può, peraltro, ingenerare alcuni dubbi. Tra gli scolii ad Bas. 23,4,1 ne ritroviamo, infatti, uno²² che presenta il medesimo contenuto²³ e che il Paris. gr. 1348 riferisce al Nomofilace;²⁴ la testimonianza di altri 3 scolii mostra, inoltre, che le problematiche poste dalla non felice formulazione di Nov. 136 erano ancora dibattute nel tardo diritto bizantino:

sch. 6 ad Bas. 23,4,1:²⁵ Τοῦτο δὲ τὸ σύμφωνον εἰ γένηται ἐπὶ τοῖς μὴ οὖσιν ἀργυροπράταις, κρατήσῃ πάντως, [ὥς] οἶμαι.

sch. 7 ad Bas. 23,4,1:²⁶ Ζήτει βιβ. κς' τιτ. α' κεφ. α' καὶ β' ὅλον, μᾶλλον δὲ τὸ τέλος, καὶ κεφ. γ'. Καὶ ἔστιν ἀληθὲς τοῦτο, καὶ οὐχ ἡ τοῦ Νομοφύλακος γνώμη.

-
- 20 Athan. 15,3,1: Οἱ ἀργυροπράται ἐξ ἰδικοῦ συμφώνου δύνανται χωρεῖν κατὰ τῶν ἐγγυητῶν καὶ μανδατόρων τοῦ πρωτοτύπου πρὸ τῆς κατ' αὐτοῦ μεθοδείας. Σημείωσαι, ὅτι ἔξεστιν ἐκάστῳ τῶν δεδομένων αὐτῷ προνομίῳ παρὰ τοῦ νόμου περιφρονεῖν. Καὶ τοῦτο δὲ σημείωσαι ἐκ τῆς ἀντιδιαστολῆς, ὅτι οἱ λοιποὶ πάντες παρὰ τοὺς ἀργυροπράτας οὐ δύνανται ΠΑΚΤΕΥΕΙΝ, ὥστε τοὺς ἐγγυητὰς καὶ μανδάτορας κρατεῖσθαι τε καὶ ἀποκρίνεσθαι πρὸ τῆς μεθοδείας τῆς κατὰ τοῦ πρωτοτύπου. Ἴδου γὰρ ἐνταῦθα ὡς ἐξείρετον προνόμιον δέδωκε τοῦτο τοῖς ἀργυροπράταις ἡ διάταξις.
- 21 D. Simon/S. Troianos, *Das Novellensyntaxma des Athanasios von Emesa*, Frankfurt a.M. 1989, XXIII: 'Leseaufforderungen (ἀνάγνωθι) und Nota-Vermerke (σημείωσαι) waren nach ihrer Herkunft nicht immer mit Sicherheit zu bestimmen. Wo sie im Text stehen, heisst dies, dass wir uns dafür entschieden haben, sie für athanasianisch zu halten. Stehen sie am Rand, dann bedeutet dies, dass wir meinen, sie seien vielleicht oder sicher von einem späteren Benutzer'.
- 22 Trattasi dello sch. 5 ad Bas. 23,4,1 (BS 1709/29-1710/3).
- 23 Il realtà lo sch. 5 ad Bas. 23,4,1 aggiunge una parte finale non particolarmente perspicua in quanto potrebbe essere intesa nel senso che l'autore sembra riferire il *privilegium* concesso agli *argentarii* non alla Nov. 136 ma alla Nov. 4.
- 24 L'attribuzione del nostro scolio era data per sicura, come tra breve avremo occasione di rilevare, dal più tardo scoliaste che (vedi sch. 7 ad Bas. 23,4,1, riportato *infra* in testo) afferma di non condividere la tesi del Nomofilace.
- 25 BS 1710/4-5.

sch. 8 ad Bas. 23,4,1:²⁷ Εἰ γὰρ τοῖς ἄλλοις ἐναυθεντήσασα ἢ ἐν τῷ β' τιτ. τοῦ κς' βιβ. κειμένη νεαρὰ οὐκ ἐφῆκεν ἐπὶ τούτου τοῦ θέματος τῶν <παρ> αὐτῆς δεδομένων καταφρονεῖν, ὥσπερ ἡ παρούσα ἐξ ἀντιδιαστολῆς.

Come può agevolmente osservarsi, la questione relativa alla possibile estensione al di là dei banchieri delle disposizioni di Nov. 136,1 doveva apparire talmente attuale da ingenerare delle brevi annotazioni con cui gli ignoti scolasti segnalano la loro adesione all'una o all'altra tesi.²⁸

Ritornando, al termine del nostro discorso, al problema che più da vicino ci interessa, si può riconoscere che Teodoro, al pari di Atanasio, con la sua opera di massimazione, offre al lettore una sintesi delle disposizioni normative priva di quelle ambiguità che sarebbero sorte, invece, nel corso del diritto bizantino dalla lettura diretta del testo di Nov. 136.²⁹

b) Per ciò che riguarda Nov. 136,2 = Theod. 136,3, può preliminarmente osservarsi che lo sch. 1 ad Bas. 23,4,2 viene attribuito al nostro *scholastikòs*, la cui *summa* è, invece, riportata come sch. 2. La non riferibilità del nostro scolio a Teodoro è stata da tempo riconosciuta,³⁰ il rilievo ha quindi il solo scopo di richiamare l'attenzione del lettore sulla circostanza che nel corso della tradizione manoscritta errori di attribuzione di testi a Teodoro possono ben essere avvenuti e che essi sono facilmente riconoscibili quando riguardano il *Breviarum Novellarum*, il cui testo ci è pervenuto direttamente, mentre diventano assai più difficili da individuare qualora riguardino il commento al Codice. Sul

26 BS 1710/6-7.

27 BS 1710/8-10.

28 Si consideri, tra l'altro, che i nostri scoli non sono contraddistinti nella edizione Scheltema dal simbolo * con il quale vengono indicati gli scoli che nel Paris. gr. 1348 'in marginibus manu recentiore scripta sunt' (BS IV, uncini, signa).

29 Anche se non possiamo dimenticare le inesattezze in tema di sanzione ricordate *supra*, alla nt. 17.

30 Heimbach, *Prolegomena*, 432 nt. I: 'Hoc scholium Theodori nomine inscriptum non reperitur in Theodori Breviario Novellarum, quum ob rem Theodori nomen spurium esse suspicatur Zachariae Anecd. p. 150, not. 12, qui hoc scholium Philoxeno tribuit. Facile potuit nomen Theodori ex scholio sequenti 'Εάν τις ἀργυροπράτης II. 737., quod Theodori est, a librario ad scholium precedens transferri'. Le osservazioni dello Heimbach sono condivise dallo Scheltema (BS 1710 app. crit. ad l. 12). Su Philoxenus vedi Heimbach, *Prolegomena*, 89s.; Pieler, *Rechtswissenschaft*, 437 e nt. 81. Se si considera, peraltro, che, ad avviso dell'Heimbach, le *summae* di Philoxenus sarebbero state più brevi di quelle di Teodoro, la considerevole ampiezza del nostro scolio deve indurci a ritenere che ci troviamo dinanzi ad una delle *adnotationes* che, sempre ad avviso dell'Heimbach, il nostro giurista avrebbe unito alle epitomi 'uno contextu'. Per le problematiche più generali relative alla possibilità che all'origine il testo del *Breviarum Novellarum* contenesse alcune note marginali, che sarebbero scomparse nel corso della tradizione manoscritta, vedi *infra*, § 15 e nt. 158.

problema torneremo però in sede di conclusioni; in questa sede appare, invece, opportuno riportare in primo luogo il testo della *summa Theodori*:

TheodBrev. 136,3: Ἐάν τις τῶν ἀργυροπρατῶν στρατεύσῃται ἢ τοὺς παῖδας αὐτοῦ στρατεύσῃ, δοκεῖ κατὰ πρόληψιν ἐξ ἄλλοτριῶν ποιεῖσθαι τὰς στατείας· ὅθεν ὑπόκεινται σιωπηρῶς εἰς ἃ χρεωστοῦσιν, εἰ μὴ ἄρα δειχθῶσιν ὅτι ἐκ τῶν οὐσιῶν αὐτῶν ἢ ἀπὸ τῆς μητρῴας οὐσίας τῶν παίδων ἢ ἀπὸ βασιλικῆς φιλοτιμίας εἰσὶν αὐταὶ αἱ στρατεῖαι. ἰστέον γάρ, ὅτι ἐάν τινες χρεωστοῦσιν τοῖς ἀργυροπράταις, ἀναγκάζονται ἀποροῦντες περὶ τοῦ πληρῶσαι τὸ χρέος τὰς ἰδίας στρατείας δοῦναι καὶ συναγαγεῖν. μέμησο τῆς νγ' καὶ ρζ' νεαρῶς.

Il nostro *scholastikòs* sembra, a prima vista, riassumere in modo corretto il nuovo quadro normativo creato dalle disposizioni di Nov. 136. Non può, peraltro, non rilevarsi che il lettore che avesse a disposizione soltanto il testo di Teodoro sarebbe indotto a ritenere che la *presumptio* a danno degli *argentarii* sia stata introdotta, e non semplicemente riaffermata da Nov. 136,³¹ tanto più che tra i passi paralleli non si ricorda C. 8,13(14),27,³² la costituzione giustiniana con la quale l'imperatore aveva stabilito la 'presunción *iuris tantum* de que el dinero empleado por los banqueros y comerciantes en general en la adquisición de los puestos militares procedía de los caudales prestados por sus clientes, cargando sobre aquellos la prueba para destruir tal presunción'.³³ L'estensione della stessa *praesumptio* anche a vantaggio degli *argentarii*,³⁴ che costituisce la reale innovazione normativa di Nov. 136, non assume, infatti, nella *summa* di Teodoro un particolare rilievo, essendo ricordata soltanto nell'ultima parte del testo, quasi come un corollario dell'analogia presunzione a vantaggio dei clienti,³⁵ che viene, invece, presentata all'inizio come la disposizione fondamentale introdotta dalla Novella.

31 Come appare dal testo di Nov. 136,2, gli *argentarii* avevano, infatti, richiesto a Giustiniano che la *praesumptio* nei loro confronti fosse abolita o, almeno, che essa potesse giocare anche a loro favore. L'imperatore si rifiuta di abrogare le disposizioni di C. 8,13(14),27, ma stabilisce che la *praesumptio* operi anche a favore degli *argentarii*.

32 Si tratta della costituzione con la quale Giustiniano ha introdotto la *praesumptio* a danno degli *argentarii* e degli altri commercianti.

33 Diaz Bautista, *Estudios* (supra nota 14), 94.

34 Una tale estensione viene giustificata da Giustiniano col rilievo che gli *argentarii* esercitano un'attività particolarmente utile per il benessere dell'intera società. Non a caso l'imperatore non estende, infatti, il *privilegium* alle altre categorie di commercianti.

35 Il rilievo appare ancora più evidente se si considera la versione del testo di Teodoro che ci è pervenuta tramite lo sch. 2 ad Bas. 23,4,2: mentre, infatti, nel testo pervenutoci attraverso il Cod. Athon. Μεγίστης Λαύρας Θ 65, come abbiamo visto, si afferma esplicitamente che la *praesumptio* stabilita dalla costituzione si applica anche nei confronti dei debitori degli *argentarii* che non siano in grado di soddisfare i loro debiti, nello sch. 2 ci si limita a segnalare al lettore che la stessa

Si potrebbe, invero, osservare che la mancanza di una prospettiva storica nella presentazione delle norme non dovrebbe determinare nel nostro caso particolari inconvenienti in ordine all'applicazione pratica delle stesse. Per quanto il rilievo appaia, in linea di massima, condivisibile, val forse la pena di sottolineare che l'ignoto autore dello sch. 1 ad Bas. 23,4,2³⁶ risolve un problema interpretativo posto dal testo di Nov. 136,2 proprio facendo riferimento alla risalenza ad una precedente costituzione³⁷ del principio per cui la *praesumptio* opera soltanto a favore dei clienti dell'*argentarius*. Il problema che si pone il nostro scoliaste (*Philoxenus?*) riguarda il carattere tassativo o semplicemente esemplificativo delle due ipotesi espressamente previste in Nov. 136,2 (acquisto della *militia ex maternis filiorum bonis aut ex imperiali liberalitate*), provando le quali il cliente è in grado di superare vittoriosamente la *praesumptio* a vantaggio del banchiere. La sua argomentazione può essere così riassunta: a) la *praesumptio* è stata introdotta in un primo tempo a vantaggio dei soli clienti ed ai figli degli *argentarii* è stato concesso di superarla provando in generale che la *militia* non è stata acquistata *pecunia patris*; b) solo in seguito alle *preces* dei banchieri essa, con Nov. 136,2, è stata estesa μόλις (a stento) anche a loro vantaggio; c) sarebbe, pertanto, assurdo sostenere che in seguito a questa estensione essa opera in modo più cogente per i clienti e che questi sono stati posti dal legislatore nella condizione di superarla solo provando che il denaro con cui è stata acquistata la *militia* proviene *ex maternis filiorum bonis aut ex imperiali largitate*.

Per concludere il discorso su TheodBrev. 136,3 = Nov. 136,2, può affermarsi che la *summa* del nostro *scholastikòs*, se da un lato non sembra contenere errori o inesattezze sotto il profilo giuridico, dall'altro sembra però formulata in modo tale da non consentire al lettore d'individuare la reale portata innovativa di Nov. 136,2 rispetto all'ordinamento precedente. Come abbiamo osservato, si tratta, peraltro, di un limite che, a ben vedere, pur non essendo del tutto irrilevante, non dovrebbe dar luogo a significativi inconvenienti in un'opera dedicata alla pratica forense degli ultimi decenni del VI secolo.³⁸

praesumptio non si applica qualora i debitori siano solvibili. Il raffronto tra le due versioni ci induce a riflettere sui mutamenti che i testi attribuiti a Teodoro possono aver subito nel corso della tradizione manoscritta: tra le due versioni la seconda appare meno felice, in quanto il principio dell'estensione della *praesumptio* a carico dei debitori non solvibili non viene affermato espressamente ma si desume soltanto tramite un *argumentum e contrariis*, il che, ancora una volta, non chiarisce al lettore che la reale innovazione introdotta da Nov. 136,2 consiste proprio nell'aver esteso a favore degli *argentarii* le norme che erano state introdotte da C. 8,13(14),27 esclusivamente a favore dei creditori degli stessi banchieri.

36 Come abbiamo osservato, vedi *supra*, nt. 30, si tratta verosimilmente di Philoxenus.

37 Come abbiamo visto, si tratta di C. 8,13(14),27.

38 Un rilievo analogo è stato formulato da A. Trisciunglio, "...perché gli attori imparino a non giocare con la vita altrui...". A proposito di Nov. Iust. 53.1-4', in: S. Puliaatti/U. Agnati, [eds.], *Principi generali e tecniche operative del processo civile romano nei secoli IV-VI d. C.*, Parma 2010, 177, nt. 41, con riferimento a TheodBrev. 53,2: 'Ben più sommaria si rivela l'epitome di Teodoro, *brev. nov.*

e) Problemi giuridici più complessi suscita indubbiamente la testimonianza di Nov. 136,3 = TheodBrev. 136,4.

TheodBrev. 136,4: Ἐὰν ἀργυροπράτης δανείσῃ ἐπὶ ἀγορασίᾳ πράγματος, ἔχει προγενεσίαν ὑποθήκης ἐπὶ τῷ ἀγορασθέντι, δεικνύων μέντοιγε ὅτι ἐκ τῶν χρημάτων αὐτοῦ ἠγοράσθη, εἴπερ μνήμη γένηται ὑποθήκης ἐν τῷ συναλλάγματι· εἰ δὲ ἀγράφως δόσῃ ἐν δανείῳ δηλονότι κόσμα ἢ ἄργυρον ἢ ἄλλα τινὰ τοιοῦτω τρόπῳ πράγματα, ἐκδικεῖ αὐτά, κἂν ὑποθήκην οὐκ ἔχη ἐπ' αὐτοῖς, προτιμώμενος ὄλων τῶν ἐχόντων ὑποθήκην. ἀνάγνωθι βι. η' τοῦ κώδ. τί. ιγ' διατ. ιζ' καὶ κζ'.³⁹

Il testo di Nov. 136,3 non può certo essere considerato un modello di chiarezza e di precisione sotto il profilo normativo. La parte dedicata all'esposizione della petizione dei banchieri, che Giustiniano dichiara di accogliere, andando anche al di là di quanto richiesto, appare ridondante e non collegata in modo perspicuo alle innovazioni normative introdotte con la costituzione. L'emersione di principi ellenistici in contrasto con quelli della tradizione romana recepiti in altri testi del *Corpus Iuris*, più volte sottolineata in dottrina,⁴⁰ appare in modo evidente senza che il legislatore mostri piena consapevolezza delle complesse problematiche che potevano collegarsi alle soluzioni adottate. Ovviamente in questa sede ci soffermeremo soltanto su alcuni profili che ci consentono

53.2 (Zach., p. 61): in essa, in particolare, non è dato di apprezzare l'intendimento imperiale di equiparare le citazioni *a provincia in urbem imperialem* a quelle *ab alia in aliam provinciam*, ma si dà conto solamente di una disciplina, relativa alle autorizzazioni a *vocare in ius*, oramai uniformata; invero una simile scelta dell'autore si spiega bene con le finalità eminentemente pratiche che la sua opera perseguiva'.

39 Mi sembra utile sottolineare, sotto il profilo che qui ci interessa, come Atanasio (15,3,3) imposti in modo completamente diverso da Teodoro il suo discorso, affermando in modo chiaro la possibilità di rivendicare τὰ εἶδη acquistati dai clienti che non abbiano corrisposto quanto dovuto all'*argentarius*.

40 Il Diaz Bautista, *Estudios (supra nota 14)*, 60ss., considera la testimonianza di Nov. 136,3 'un ejemplo paradigmático del influjo griego en la legislación justiniana'. J.H.A. Lokin, 'Revendication, propriété et sûreté dans le droit justinien', *SG VII* (2001), 27s. (rist.: Id., *Analecta Groningana ad ius graeco-romanum pertinentia*, (ed. Th.E. van Bochove), Groningen 2010, 41s.), rileva l'ambiguità del nostro testo, in particolare in relazione al problema se l'*argentarius* sia considerato dalla nostra Novella come proprietario o come titolare di un diritto di ipoteca. Sotto questo profilo il testo di Teodoro appare forse più lineare, affermando nella prima parte che l'*argentarius*, qualora l'ipoteca sia menzionata nel contratto, diviene titolare di un'ipoteca poziore rispetto a quella degli altri creditori. Nel caso di *res* prestate *sine scripto*, il nostro *scholastikós* concede, invece, al banchiere la rivendica, osservando che essa spetta nonostante l'*argentarius* ὑποθήκην οὐκ ἔχη ἐπ' αὐτοῖς, e che il diritto del banchiere prevale su quello di eventuali creditori ipotecari. Per la bibliografia anteriore vedi, per tutti, F. Sitzia, 'L'azione nelle Novelle di Giustiniano', *BIDR* 98-99 (1995-1996), 185 e bibliografia ivi citata.

d'instaurare un rapporto dialettico tra il testo ufficiale e l'epitome di Teodoro, profili che riguardano, in particolare, l'ultima parte del nostro testo.

Un primo problema riguarda la possibilità di rivendicare non soltanto gli oggetti preziosi consegnati dagli *argentarii* ai loro clienti, ma altresì le cose acquistate da questi ultimi con le *res* trasferite dai banchieri anche in assenza di un contratto scritto e di apposita ipoteca. Il testo di Nov. 136,3 sembra in proposito sufficientemente chiaro quando afferma che anche l'erede del cliente sarà tenuto a restituire τὰ ὑπὲρ αὐτῶν ἢ αὐτὰ τὰ δεδομένα. Il testo di Teodoro sembra, invece, limitare la rivendica ai soli oggetti preziosi consegnati dagli *argentarii* (ἐκδικεῖ αὐτά), restringendo così in modo significativo la portata del *privilegium* concesso dall'imperatore.⁴¹ Appare, peraltro, assai difficile comprendere se la limitazione che sembra risultare dal testo di Teodoro sia frutto di una lettura non corretta di Nov. 136,3⁴² o, più semplicemente, di un difetto di formulazione del testo della *summa*.

Più complesso appare il discorso relativo alla configurazione giuridica del negozio posto in essere dall'*argentarius* col cliente. Il testo di Nov. 136,3, anche se in modo implicito, sembra suggerire che il legislatore presupponga l'esistenza di un contratto di compravendita tra *argentarius* e cliente: in questo senso il testo verrà, infatti, letto nel tardo diritto bizantino, come appare da due scolii tardi ai Basilici, i quali richiamano l'attenzione del lettore sulle problematiche nascenti da una simile impostazione. Particolarmente significativa mi sembra, a questo proposito, la testimonianza dello sch. 6 ad Bas. 23,4,3,⁴³ il quale pone in evidenza che Nov. 136,3 introduce un *privilegium* a favore degli *argentarii*, non applicando nei loro confronti il principio generale in forza del quale, nell'ipotesi di compravendita seguita dalla *traditio*, il venditore non potrà rivendicare la *res* alienata ma potrà soltanto richiedere il prezzo.⁴⁴ Se la lettura del nostro scoliaste coglie nel segno, ci troviamo dinnanzi ad un legislatore che appare chiaramente ispirato ai principi ellenistici in tema di compravendita⁴⁵ e ad un tardo commentatore che si rende pienamente conto della rottura di alcuni fondamentali principi provenienti dal diritto romano (ed ancora contenuti nella compilazione) e li giustifica solo attraverso il ricorso al *privilegium* concesso alla corporazione.

41 Ciò appare ancor più significativo se si considera che, invece, Atanasio (vedi *supra*, nt. 39) estende in modo esplicito la rivendica anche alle *res* acquistate dai clienti.

42 Mi sembra, infatti, meno verosimile di quelle prospettate nel testo l'ipotesi che Teodoro abbia volontariamente limitato il *privilegium* concesso agli *argentarii*.

43 BS 1712/26-31.

44 Di un qualche rilievo anche la testimonianza dello sch. 5, nel quale si osserva che il termine χρήματα non può essere nel nostro caso inteso nel senso di denaro ma deve essere riferito ad *aliae res*. Ovviamente un tale rilievo appare in linea con una configurazione del contratto come una compravendita nella quale l'*argentarius*, in quanto venditore, non può essere colui che dà il denaro.

45 Sul punto vedi Diaz Bautista, *Estudios (supra* nota 14), 60ss.

Torniamo ora alla *summa* di Teodoro per osservare che il nostro *scholastikòs*, non sappiamo con quanta consapevolezza, utilizzando l'espressione εἰ δὲ ἀγράφως δώσει ἐν δαπέτῳ sembra invece configurare il nostro contratto come un mutuo. Una tale configurazione, riferita agli oggetti preziosi di cui Nov. 136,3 consente la *reivindicatio*, crea indubbiamente problemi di notevole rilievo alla luce della configurazione del mutuo nel diritto romano. Per quanto, infatti, già in epoca classica fossero state affrontate le problematiche poste dal *contractus mohatrae*,⁴⁶ non può non rilevarsi che l'impostazione di Teodoro appare del tutto incompatibile con quella tradizionale.⁴⁷ Non sembra, peraltro, che il nostro *scholastikòs* si preoccupi più di tanto delle implicazioni dogmatiche del suo discorso, il quale riporta correttamente, in termini pratici, il precetto normativo della costituzione, salvo che per quanto riguarda la mancata estensione della *reivindicatio* alle *res* acquistate dai clienti dell'*argentarius*.

d) L'analisi di Nov. 136,4 = TheodBrev. 136,5 non sembra far nascere particolari problemi.⁴⁸ Il nostro *scholastikòs* sembra, infatti, riassumere in modo corretto ed efficace la disposizione normativa, la cui formulazione non appariva, invero, particolarmente perspicua.⁴⁹

46 Si veda, in proposito, Ulp. 26 ad ed. D. 12,1,11pr., in cui il mutuante, in mancanza di denaro, consegna al richiedente *lancem vel massam auream* perché questi le venda e tenga il prezzo a titolo di mutuo; si veda altresì C. 4,2,8 (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Proculo), in cui, *pro mutua pecunia*, vengono consegnate altre *res* di cui si compie l'*aestimatio*, con l'obbligo per il mutuatario di restituire la *sors* più le usure lecite. Sui due testi vedi, da ultima, A. Cherchi, *Ricerche sulle "usurae" convenzionali nel diritto romano classico*, Napoli 2012, 125s.

47 In D. 12,1,11pr. Ulpiano afferma, infatti, che si considera data a mutuo la *pecunia* ricavata dalla vendita degli oggetti consegnati. In C. 4,2,8 l'*aestimatio* delle cose consegnate fa sorgere l'obbligazione di restituire una somma di denaro pari al valore stimato (e agli interessi). In Nov. 136,3, invece, l'*argentarius* può tentare la *reivindicatio* degli oggetti preziosi consegnati (Teodoro) ed altresì degli oggetti con questi acquistati. In realtà, in relazione a quest'ultimo punto il testo di Nov. 136,3 non appare particolarmente perspicuo, in quanto non chiarisce se la rivendica possa estendersi, oltre che alle *res* che i clienti hanno acquistato offrendo come corrispettivo gli oggetti preziosi avuti dagli *argentarii*, anche alle *res* acquistate col denaro ricavato dalla vendita degli oggetti preziosi consegnati loro dai banchieri.

48 Mi limito solo a segnalare l'errato inserimento della particella negativa οὐκ, che compare sia nel testo dell'edizione Zachariae, sia in quello dello sch. 1 ad Bas. 23,4,4 (BS 1713/6-9) e che potremmo quindi collocare in uno stadio risalente della tradizione manoscritta. L'errore era, peraltro, già stato rilevato dal Faber (vedi Heimbach, Vol. III, 739, nt. n). In senso contrario C.E. Zachariae, *Ἀνέκδοτα*. III: *Theodori scholastici Breviarium Novellarum ...*, Lipsiae 1843 (rist. Aalen 1969), 150 nt. 19: 'Negationem eiciendam esse censuit *Fabrotus*. Male'. Non riterrei, peraltro, di poter condividere l'opinione dello Zachariae, il quale, non a caso, al fine di supportare la sua lettura, si vede costretto a tradurre ἔστιν col latino *dantur*.

49 Si consideri, ad esempio, la contrapposizione che appare in Nov. 136,4 tra interessi promessi con *stipulatio* ed interessi ἐξ ἀγράφων, che non può essere considerata dogmaticamente corretta, anche se

e) Maggiori spunti di riflessione vengono, invece, offerti dall'analisi di Nov. 136,5 = TheodBrev. 136,6.⁵⁰

TheodBrev. 136,6: Ἐὰν ἐν ἀγοραίῳ συμβολαίῳ ἢ ἐν ἰδιοχείρῳ ἢ ἐν ὑπογραφῇ ἀργυροπρατικῶν λογοθεσίῳ καταθῆται τις χρεωστῆν, ἐνέχεται καὶ αὐτὸς καὶ οἱ κληρονόμοι αὐτοῦ ταῖς PERSONALÍαις ἀγωγαῖς· ταῖς γὰρ ὑποθηκαρίαις οὐ κατέχεται, εἰ μὴ ἄρα καὶ τοῦτο ἔδοξεν. πλὴν δῖμοιρον τόκον ἀπαιτεῖται, κὰν μὴ ὥρισε τὸ ποσόν, μνήμη μόνον ἐνθεῖς ἐν τῷ ἐγγράφῳ περὶ τόκων.

La prima osservazione che possiamo formulare riguarda la circostanza che la *summa* di Teodoro non riporta l'ultima disposizione contenuta in Nov. 136,5 relativa ai contratti conclusi anteriormente all'entrata in vigore della norma.⁵¹ Riterrei che l'omissione possa essere considerata volontaria e che possa ben essere giustificata col carattere pratico dell'opera: a distanza di diversi decenni dall'emanazione di Nov. 136 la norma non doveva, infatti, più essere avvertita come attuale e tale quindi da dover essere ricordata.

Si può, inoltre, richiamare l'attenzione del lettore su come Teodoro sintetizza, in modo che mi sembra del tutto adeguato, tramite la frase εἰ μὴ ἄρα καὶ τοῦτο ἔδοξεν, la parte del testo di Nov. 136 in cui vengono riportate in modo analitico le varie clausole contrattuali in presenza delle quali il legislatore concede l'ipoteca a favore degli *argentarii*.⁵²

può essere vista come il portato di un ambiente nel quale la *stipulatio* viene ormai fusa con la clausola stipulatoria contenuta nel documento. In proposito, si può forse sottolineare che la *summa* di Teodoro presenta, sotto questo profilo, un testo assai più lineare e corretto. Sulla circostanza che nel nostro caso Teodoro sottolinei il carattere singolare della norma vedi *infra*, nt. 192.

50 Mi sembra opportuno segnalare che la versione della *summa* di Teodoro che appare nello sch. 1 ad Bas. 23,4,5 (BS 1713/26-29) non riporta l'ultima parte del testo (da πλὴν δῖμοιρον) il che, ancora una volta, ci ammonisce su mutamenti, tagli ed omissioni che possono essere avvenuti nel corso della tradizione manoscritta ed in relazione ai quali non possediamo per il commento al Codice la possibilità di riscontro che ci viene, invece, offerta dal Cod. Athon. Μεγίστης Λαύρας Θ 65 (vedi anche *supra*, nt. 35).

51 Si tratta di una norma di particolare favore per gli *argentarii* in quanto consente a questi di esigere le *usurae*, in relazione ai contratti conclusi anteriormente all'emanazione di Nov. 136, anche nell'ipotesi in cui il contratto stesso non contenga alcun riferimento agli interessi.

52 Giustiniano ricorda, infatti, oltre all'ipotesi in cui dallo scritto risulti espressamente la menzione dei beni, anche le ipotesi in cui i debitori υπόθουντο τὰ ἑαυτῶν ἢ τοῦτο γοῦν τὸ ἀπλοῦν προσθεῖεν κινδύνῳ τῶν ὑπαρχόντων αὐτοῖς, ἢ ὅλως τι φθέγγονται ἢ γράμμαιν τοιοῦτον ὅποιον εἰς ὑποθήκης ἔννοίαν φέρει (SK 694/2-4). La nostra testimonianza potrebbe quindi ben essere annoverata tra quelle che, come osserva correttamente D. Simon, 'Einführung in die justinianischen Novellen', *RJ* 4 (1985), 127, dimostrano che 'Justinian hatte eine Schwäche für die *enumeratio*'. Sui rischi che l'imperatore corre allorché fa ricorso ad una legislazione troppo puntuale ed analitica, vedi Sitzia, 'Norme imperiali' (*supra* nota 15), 295ss. Occorre, peraltro, rilevare come nel caso in esame il

Per quanto riguarda la concessione dell'*actio in personam*, TheodBrev. 136,6 si limita ad affermare che essa spetta al creditore nei confronti del debitore e dei suoi eredi senza attribuire particolare rilievo all'espressione contenuta in Nov. 136,5 secondo cui essa viene concessa *πάντι τρόποις*, espressione che ha indotto un tardo scoliaste dei Basilici nonché, di recente, il Diaz Bautista,⁵³ ad affermare che nel nostro caso Giustiniano intende sottrarre al debitore la facoltà di opporre l'*exceptio non numeratae pecuniae*.⁵⁴ Il raffronto con il successivo *cap.* 6, che esamineremo tra breve, e nel quale l'imperatore adotta un regime di particolare favore per gli *argentarii* soltanto in relazione ai documenti in cui sia espressamente indicata la causa del credito, sembra, peraltro, deporre nel senso che in Nov. 136,5 egli intenda soltanto affermare che viene concessa l'*actio in personam* (e non l'azione ipotecaria), senza particolari privilegi di carattere probatorio a favore dei banchieri. Se così è, la *summa* di Teodoro ci offre una versione immune da quelle ambiguità che potevano sorgere dalla formulazione ridondante del testo ufficiale.

f) Concludendo la lunga analisi di Nov. 136, passiamo ora all'esame del *cap.* 6 = TheodBrev. 136,7, in cui il legislatore, venendo incontro alle richieste dei banchieri, stabilisce che il cliente non potrà richiedere all'*argentarius* la prova delle *causae* dei singoli crediti nell'ipotesi in cui vengano esibiti *λογοθέσια* (*ratiocinia*) sottoscritti dallo stesso cliente e nei quali le singole *causae* siano indicate, anche se non sottoscritte singolarmente; il cliente potrà solo deferire al banchiere il giuramento entro il biennio stabilito per l'*exceptio non numeratae pecuniae*.⁵⁵ La *summa* di Teodoro sintetizza correttamente il contenuto della disposizione normativa, ma niente dice in ordine ad un problema interpretativo che, ancora una volta, verrà sollevato da un tardo scoliaste dei Basilici, il quale intenderà la nostra costituzione nel senso che essa non ha stabilito una presunzione assoluta di esistenza della causa ma semplicemente un'inversione dell'onere della prova, in quanto il debitore potrà pur sempre provare *se, cum nihil deberet*,

legislatore si esponga assai meno ai cavilli della prassi, nel momento in cui fa seguire alle tre ipotesi menzionate in modo analitico una clausola di carattere generale che manifesta chiaramente la sua volontà di concedere l'ipoteca anche in presenza di clausole contrattuali diverse da quelle ricordate.

53 Diaz Bautista, *Estudios* (*supra* nota 14), 46s. Anche il Van der Wal, *Manuale* (*supra* nota 11), 109, n. 765, legge la nostra costituzione nello stesso senso.

54 Vedi lo sch. 4 ad Bas. 23,4,5 (BS 1714/6-8). Athan. 15,3,5 impiega, invece, l'avverbio *ἀδιαστίκτως*, che non sembra essere decisivo in un senso o nell'altro in ordine alla soluzione del nostro problema.

55 Teodoro richiama l'attenzione del lettore sulla circostanza che in C. 4,30,14,3 si afferma che nei casi in cui non è opponibile l'*exceptio non numeratae pecuniae* non è altresì consentito deferire il giuramento, sottolineando il carattere eccezionale della disposizione di Nov. 136,6.

cautionem emisisse.⁵⁶ TheodBrev. 136,7 non ci può quindi essere di aiuto per ricostruire le idee del nostro *scholastikòs* in tema di *exceptio non numeratae pecuniae*, idee che, alla luce di alcuni frammenti della *summa Codicis*, sui quali ho avuto occasione di soffermarmi di recente,⁵⁷ appaiono quanto meno assai singolari.

3.

Terminata l'analisi, in verità assai ampia e complessa, della Nov. 136, è forse opportuno soffermare la nostra attenzione su alcuni testi novellari la cui formulazione, non particolarmente perspicua, ha sollevato già tra i giuristi bizantini e continua a sollevare presso gli studiosi moderni rilevanti dubbi di carattere interpretativo.

Possiamo prendere le mosse della nostra indagine dall'analisi del testo di Nov. 155, con la quale Giustiniano, in relazione alle problematiche inerenti all'azione di rendiconto di un'amministrazione tutelare, concede alla figlia *Marta* contro la madre *Auxentia* la *restitutio in integrum* in relazione a 'un accordo con il quale la figlia stessa si era impegnata a non intentare alcuna azione'.⁵⁸ L'imperatore giustifica la sua concessione osservando che il divieto generale di *restitutio in integrum* nei confronti dei genitori e dei patroni (contenuto in C. 2,41,2) non può applicarsi al caso di una madre che ha assunto la tutela della figlia e ha 'in seguito violato il giuramento di non passare a nuove nozze', adottando così una giustificazione in grado d'ingenerare dubbi più che fondati in ordine all'ampiezza della deroga da lui introdotta. Come ho, infatti, posto in evidenza in altra sede,⁵⁹ la non felice formulazione del testo normativo poteva indurre la prassi a chiedersi se il divieto di richiedere la *restitutio in integrum* non si applicasse nei confronti di tutte le madri che avessero assunto la tutela o solo nei confronti di quelle che fossero passate a seconde nozze. La *summa* di Teodoro è, in relazione al punto in esame, assai chiara nel senso dell'estensione della deroga a tutte le madri che avessero assunto la tutela:

TheodBrev. 155,1: Καλῶς οἱ ἐπιτροπευθέντες παῖδες ὑπὸ τῆς ἰδίας μητρὸς αἰτοῦσι παρ' αὐτῆς ἀποκατάστασιν, ἐμπροθέσμῳ μέντοιγε. σημείωσαι οὖν αὐτὸ ἰδικόν, ἵνα μὴ ἐναντιωθῆ σοι ἢ β' διάτ. τοῦ μ' τί. τοῦ β' βι. τοῦ κώδικος, κελεύουσα μὴ αἰτεῖν ἀποκατάστασιν ἀπὸ γονέων τοῦς παῖδας.

56 Sch. 2 ad Bas. 23,4,6 (BS 1715/3-5). La frase latina riportata nel testo è tratta dalla trad. Heimbach, Vol. III, 741. In proposito anche Athan. 15,3,7 è formulato in modo tale da non darci alcuna indicazione in ordine al problema sollevato dal nostro scoliaste.

57 Vedi Sitzia, 'Theodorus' (*supra* nota 1), 200 e bibliografia ivi citata.

58 Sitzia, 'Norme imperiali' (*supra* nota 15), 304, al quale richiamo per ulteriore bibliografia.

59 Sitzia, 'Norme imperiali' (*supra* nota 15), 314.

Ovviamente non possiamo stabilire con certezza se ci troviamo dinnanzi ad una consapevole opzione interpretativa operata da Teodoro o, più semplicemente, alla circostanza che il nostro *scholastikòs*, come di norma accade, tralascia alcuni degli elementi attinenti al caso concreto che ha dato origine alla risposta imperiale.

Mi sembra però significativo osservare che nel senso dell'estensione della deroga sembra porsi anche Athan. 13,3, nonostante la puntuale ricostruzione del caso che si ritrova nella sua versione della Novella. In questo senso può, infatti, addursi il significativo mutamento del titolo della Novella che ritroviamo nell'opera dello *scholastikòs* di Emesa:

Nov. 155 rubr. (SK 731/2-3): ΠΕΡΙ ΤΟΥ ΔΕΙΝ ΤΑΣ ΜΗΤΕΡΑΣ ΥΠΟΚΕΙΣΘΑΙ ΕΠΙΤΡΟΠΙΚΟΙΣ ΛΟΓΙΣΜΟΙΣ.

Athan. 13,3: Περὶ τοῦ δύνασθαι τοὺς παῖδας κατὰ τῶν ἐπιτροπευόντων αὐτῶν γονέων ἀποκαθίστασθαι.

Atanasio sembra quindi estendere il principio, stabilito dalla costituzione solo in relazione alla madre, ad entrambi i genitori, ponendo in evidenza che l'innovazione introdotta dalla Novella riguarda la concessione della *in integrum restitutio*. Può anzi osservarsi che all'interno del suo discorso Atanasio estende il principio in esame anche ai *patroni* che abbiano assunto la tutela dei loro liberti.⁶⁰

4.

Un caso in cui, invece, la *summa Theodori* non sembra riportare pienamente il contenuto delle innovazioni normative introdotte dalla costituzione imperiale ci è offerto dalla Nov. 159. Esaminiamo quindi il testo di Teodoro che mi sembra opportuno riportare integralmente:

TheodBrev. 159: Περὶ ὑποκαταστάσεως γενομένης εἰς τὴν φαμίλιαν τοῦ τελευτήσαντος, καὶ περὶ τοῦ μέχρι πόστου βαθμοῦ δεῖ κρατεῖν.

Τοσοῦτον ἡμῖν φυλανθρωπίας.

1. Ἐὰν ὁ ΤΕΣΤΑΤΩρ ἀφορίσας ἐκάστῳ τῶν ἑαυτοῦ κληρονόμων τινὰ πράγματα κελεύσῃ, μὴ δύνασθαι αὐτοὺς καθ' οἰονδήποτε τρόπον ἐκποιεῖν τι τῶν ἐαθέντων αὐτοῖς παρ' αὐτοῦ,

⁶⁰ In questo senso anche il n° 27 dei *Fragmenta Novellarum Iustiniani e variorum commentariis excerpta ex Codice Bodleiano 3399*, editi dallo Zachariae, Ἀνέκδοτα, III (*supra* nota 48), 222, che presenta un testo quasi identico a quello di Atanasio.

ἀλλ' εἰ μὲν ἐπὶ κατιούσι γνησίους τε καὶ φυσικοῖς τελευτήσωσιν, αὐτοῖς καταλιμπάνειν αὐτά, εἰ δὲ μὴ σχῶσι κατιόντας, ἵνα τοῖς περιλειφθεῖσιν ἢ τῷ περιλειφθέντι ἐξ αὐτῶν τῶν κληρονόμων ἀποκαταστήσωσιν· εἴτα μετὰ ταῦτα ἐπάγει, ὥστε ἐαθῆναι ἐνὶ τῶν παίδων ἐνὸς τῶν κληρονόμων αὐτοῦ τινά, ὃν ἀφήκεν τῷ τούτου πατρί, ἐπὶ τῷ πάλιν μὴ ἐκποιηθῆναι αὐτὰ μήτε ἐξ αὐτοῦ τοῦ παιδὸς μήτε ἐκ τῶν κληρονόμων αὐτοῦ· δοκεῖ ὁ οὕτως διαθέμενος θέλων χώραν ἔχειν τὴν ὑποκατάστασιν ἐκ παντελοῦς ἀπαιδίας τῶν κληρονόμων, οὐκέτι μὴν, καὶ [εἰ] προσάπας παῖδες αὐτοὺς διεδέξαντο, ἤθελε κρατεῖν τὴν ὑποκατάστασιν, ἀλλὰ λελύσθαι αὐτήν. ὅθεν ἐάν τινες ἐξ αὐτῶν τελευτήσωσιν ἐπὶ παισίν, ἔτεροι δὲ ἀποθάνωσιν ἄπαιδες, οὐδὲ τότε χώραν ἔχει ἡ ὑποκατάστασις, ὡς μὴ ὑπὸ πάντων περαιωθεῖσα. εἶγε ὅλοι τελευτήσωσιν δὲ ἄπαιδες, τότε ὁ κληρὸς τοῦ διατιθεμένου οὕτως εἰς τοὺς ἐξωτικούς περιελεύσεται ὡς χώραν λοιπὸν τῆς ὑποκαταστάσεως [ἐχούσης]. ἀνάγνωθι βι. β' τοῦ κώδ. τί. γ' διατ. ις' καὶ τί. μβ' διατ. κα' καὶ λ', καὶ μέμνησο τῆς λθ' νεαρᾶς καὶ τῆς ρη' ὁμοίως νεαρᾶς.

2. Δύναται ἕκαστος καὶ μετὰ διατύπωσιν τῆς ἰδίας διαθήκης καὶ μετὰ τὴν ἔνστασιν τῶν αὐτοῦ κληρονόμων CODICELLON ποιῆσαι, καὶ ἀφαιρεῖσθαί τινα ἐξ ὧν ἑάσαι τοῖς κληρονόμοις, καὶ λεγατέυειν αὐτά, καὶ ὑποκαθιστᾶν οὐ μόνον ἐξωτικούς ἀλλὰ καὶ πᾶσι τῶν ἐαθέντων ὑπ' αὐτοῦ κληρονόμων. σημείωσαι ὅτι καὶ ἐν CODICELLOΙΣ δίδονται ὑποκατάστασις· ἀνήρηται γὰρ ἡ ζ' διατ. τοῦ λς' τί. τοῦ ζ' βι. τοῦ κώδικος. σημείωσαι, ὅτι δύναται ὁ τεστάτωρ συγχωρεῖν τοῖς ἰδίοις κληρονόμοις τὴν περὶ τοῦ FIDEICOMMISSOU ἀσφάλειαν, ὡς ἔγνωσ ἐν τῇ ρη' νεαρᾶ. ἐξεφωνήθη μὴν ἰουνίῳ ἔτει κθ' τῆς βασιλείας ἰνδ. γ'.

Fin da una prima lettura appare evidente che Teodoro non fa alcun accenno al limite di quattro generazioni (o successioni)⁶¹ fissato in Nov. 159 per il fedecommesso di famiglia, limite la cui formulazione, indubbiamente non del tutto felice, ha ingenerato nel corso dei secoli un acceso dibattito dottrinale.⁶² Non a caso la Desanti, che ha studiato in modo approfondito le problematiche connesse alla portata del nostro provvedimento ed al suo ambito di applicazione, esamina puntualmente le testimonianze dell'*Authenticum*,

61 L. Desanti, *Restitutionis post mortem onus. I fedecommessi da restituirsi dopo la morte dell'onerato*, Milano 2003, 346s., osserva che Giustiniano, mentre nella decisione del singolo caso a lui sottoposto parla di quattro generazioni, nell'estendere il principio ai casi simili fa riferimento a quattro successioni. Ad avviso dell'A. si tratterebbe di una scelta consapevole, tesa ad estendere il principio anche ad ipotesi in cui alcune delle successioni si fossero aperte a favore di parenti collaterali. In senso contrario vedi, peraltro, la testimonianza di Atanasio 9,11 ricordata *infra*, alla nt. 63.

62 Sulle problematiche poste dalla non felice formulazione del principio in esame mi limito a segnalare J.H.A. Lokin, 'Ad Novellam 159', *SG IV* (1990), 131ss. (rist.: Id., *Analecta Groningana (supra nota 40)*, 243ss.); Desanti, *Restitutionis (supra nota 61)*, 348ss.; Sitzia, 'Norme imperiali' (*supra nota 15*), 314ss.

dell'*Epitome Iuliani* e di Atanasio,⁶³ ma omette qualsiasi riferimento alla *summa* di Teodoro. La stessa Desanti,⁶⁴ peraltro, osserva, riprendendo le conclusioni di una dottrina secolare,⁶⁵ che la portata di Nov. 159 sarebbe stata in origine assai più ristretta e che il legislatore non avrebbe inteso porre il limite generale di quattro generazioni al fedecommissario di famiglia, ma esclusivamente 'estendere la decisione adottata, riguardo alla controversia sottoposta alla sua attenzione, ai soli casi futuri corrispondenti'.⁶⁶ Se così fosse, l'omissione di Teodoro apparirebbe indubbiamente assai meno significativa, potendosi ben ipotizzare che il nostro *scholastikòs* abbia tralasciato di ricordare il limite di quattro generazioni proprio perché lo riteneva strettamente legato alle caratteristiche del caso risolto da Giustiniano e quindi da non riportare nella sua sintesi dei principi giuridici di carattere generale affermati nella Nov. 159.⁶⁷

Un'attenta analisi del testo di Teodoro sembra però dimostrare che il problema è forse più complesso. Il nostro *scholastikòs* riporta, infatti, separatamente le disposizioni contenute nel testamento e quella contenuta nel codicillo: con le prime l'ero il vecchio aveva stabilito che i figli che avessero lasciato discendenti, legittimi o naturali, avrebbero dovuto trasmettere loro i beni ricevuti per testamento, prescrivendo altresì che, in assenza di discendenti, detti beni dovessero, invece, essere restituiti ai fratelli (o al fratello

63 Atanasio 9,11, sopprimendo il riferimento contenuto in Nov. 159 alla circostanza che l'ultimo degli eredi abbia acquistato da un impubere, afferma in termini generali che il limite non opera al di là delle quattro generazioni di discendenti. Il frammento 29 edito dallo Zachariae, *Fragmenta Novellarum* (*supra* nota 60), 223, invece, da un lato ricorda che l'ultimo degli eredi deve aver acquistato da un impubere, dall'altro non specifica il numero di quattro generazioni ma afferma del tutto genericamente che il limite non opera ὅτε πολλῶν παρελθουσῶν διαδοχῶν, αὐτὸς δὲ διὰ μέσου ἀνήβου γίνεται κληρονόμος.

64 Desanti, *Restitutionis* (*supra* nota 61), 348ss.

65 La Desanti, *Restitutionis* (*supra* nota 61), 350, nt. 532, ricorda il pensiero di studiosi del calibro di Cujacius, Faber, Gothofredus, Puchta.

66 In particolare, si può ricordare che nel caso sottoposto all'imperatore l'ultimo degli eredi aveva acquistato da un impubere e che quindi, ritenendo che il principio della limitazione alle quattro generazioni fosse applicabile soltanto ai casi assolutamente identici a quello risolto, esso ben difficilmente avrebbe trovato applicazione. Per una sintetica esposizione del caso che ha dato origine alla controversia, mi sia consentito richiamare Sitzia, 'Norme imperiali' (*supra* nota 15), 314, nt. 68.

67 La Desanti, *Restitutionis* (*supra* nota 61), 350, nt. 534, osserva che un indizio a favore dell'ipotesi che all'origine Nov. 159 fosse soprattutto ricordata per via della distinzione, di cui al Cap. I, tra disposizioni che originavano un solo grado di sostituzione fedecommissaria e disposizioni che si traducevano in un fedecommissario di famiglia perpetuo potrebbe trarsi dalla rubrica della nostra novella: ΩΣΤΕ ΤΑΣ ΥΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΕΙΣ ΜΕΧΡΙ ΕΝΟΣ ΒΑΘΜΟΥ ΙΣΤΑΣΘΑΙ (SK 736/2-3). In relazione al problema che ci interessa occorre, peraltro, osservare che la rubrica di Teodoro appare più articolata e vicina a quella dell'*Authenticum*, segnalando che la costituzione stabilisce μέχρι πόστου βαθμοῦ il fedecommissario di famiglia δεῖ κρατεῖν. Indubbiamente una rubrica così formulata potrebbe indurci a ipotizzare che Teodoro abbia riguardo anche al limite delle quattro generazioni che, invece, come abbiamo visto, viene da lui completamente ignorato.

superstite); con la seconda, contenuta in un codicillo redatto in un momento successivo,⁶⁸ aveva lasciato al nipote Ierio il giovane, figlio di Costantino,⁶⁹ un fondo suburbano, prescrivendogli di non alienarlo e di ‘conservarlo nella *familia* e nel *nomen defuncti*’.⁷⁰ Mentre però Giustiniano, nel decidere la controversia, aveva distinto nettamente tra le disposizioni contenute nel testamento e quelle contenute nel codicillo, ponendo in evidenza che soltanto per queste ultime si poneva il problema di una sostituzione fedecommissaria che andasse al di là di un solo grado,⁷¹ Teodoro tratta, invece, unitariamente le due disposizioni, affermando genericamente che la volontà del *de cuius* sembra essere nel senso di prescrivere un solo grado di sostituzione fedecommissaria. In questa ottica, appare del tutto coerente che il nostro *scholastikòs* non si ponga neanche il problema del limite di quattro generazioni previsto per il fedecommissario di famiglia, anche se il suo discorso fa emergere in modo assai netto problematiche di notevole rilievo in ordine all’opera di massimazione di principi giuridici formulati in relazione ad un caso concreto, specie alla luce del titolo della novella Περὶ ὑποκαταστάσεως γενομένης εἰς τὴν φαμίλιαν τοῦ τελευτήσαντος, καὶ περὶ τοῦ μέχρι πύστου βαθμοῦ δεῖ κρατεῖν. Il nostro titolo potrebbe indurre, infatti, a ritenere che nella costituzione sia fissato un limite di carattere generale al fedecommissario di famiglia,⁷² laddove, invece, lo specifico riferimento operato da Teodoro all’interpretazione della volontà del testatore sembra dimostrare che la non operatività della sostituzione fedecommissaria al di là di un grado era legata alla particolare formulazione delle disposizioni *mortis causa*. In altri termini, il principio affermato da Teodoro nella sua *summa* sarebbe stato applicabile solo nelle ipotesi in cui il testatore si fosse espresso in termini analoghi e Nov. 159 non avrebbe posto alcun limite di carattere generale al fedecommissario di famiglia.

Ma vi è di più. Nel nostro caso Teodoro non sembra esprimersi in modo corretto nell’individuare il campo di operatività delle stesse disposizioni *mortis causa*. Egli osserva, infatti, che se alcuni eredi dovessero morire con figli, altri senza figli, la sostituzione fedecommissaria non avrebbe luogo, così come non avrebbe luogo

68 Correttamente TheodBrev. 159,2 fa presente che un codicillo può contenere disposizioni *mortis causa* quali quelle di cui si discute.

69 Si trattava di un fondo che nel testamento era stato attribuito a Costantino.

70 Così Desanti, *Restitutionis* (*supra* nota 61), 334, alla quale rimando per un’analisi dettagliata della fattispecie.

71 E’ proprio, infatti, in relazione al lascito del fondo suburbano a favore di Ierio il giovane (contenuto nel codicillo) che l’imperatore si pone il problema di porre il limite di quattro generazioni al fedecommissario di famiglia. Per le disposizioni testamentarie, Giustiniano afferma che esse riguardavano, invece, ‘i soli figli di Ierio deceduti *sine liberis*, nei confronti dei fratelli superstiti, e non gli eventuali discendenti che fossero nati da loro’ (Desanti, *Restitutionis* (*supra* nota 61), 336s.).

72 A voler seguire una simile impostazione, che non appare condivisibile, il fedecommissario di famiglia, nell’ottica di Teodoro, dovrebbe essere limitato ad una sola generazione.

nell'ipotesi in cui tutti morissero senza figli. Una tale affermazione, se riferita, come sembra, ai figli di Ierio,⁷³ nominati eredi nel testamento, appare indubbiamente scorretta: agli eredi che dovessero morire senza figli in presenza di fratelli (anche senza figli) la disposizione fedecommissaria sarebbe, infatti, applicabile.⁷⁴

L'analisi di TheodBrev. 159 sembra quindi, da un lato mostrare una certa difficoltà nell'opera di massimazione di costituzioni in cui il principio giuridico affermato è strettamente connesso all'analisi del caso concreto sottoposto all'imperatore, dall'altro evidenziare una certa difficoltà interpretativa del nostro *scholastikòs* in campo successorio.

5.

Le considerazioni formulate a proposito di TheodBrev. 159 ci inducono a prendere in considerazione un altro caso in cui la soluzione dettata da Giustiniano appare strettamente legata alle caratteristiche peculiari della controversia concreta sottoposta al giudizio dell'imperatore. Intendo riferirmi a Nov. 158 = TheodBrev. 158.

TheodBrev. 158: Μητρός τελευτησάσης ἐπὶ ἀνήβῳ θυγατρὶ εἰ ἀποθάνῃ μετὰ ἰς ἡμέρας ἡ κόρη, παραπέμπεται ἐπὶ τοὺς κληρονόμους αὐτῆς τὸ τῆς διασκέψεως δίκαιον. σημείωσαι δέ, ὅτι ἡ μὲν θεοδοσίου διάταξις ἐπὶ παρελθούσης διασκέψεως διελέγετο, ἡ δὲ παρούσα διάταξις περὶ μελλούσας διαλαλεῖ. ἀνάγνωθι βι. ζ' τί. α' διάτ. ζ' καὶ ζ' καὶ τί. να' διάτ. α'. ἐξεφωνήθη [μηνί] ἰουλίῳ ἔτει ἡ μετὰ ὑπατεῖαν βασιλείου.

Anche nella nostra testimonianza, come in quella di Nov. 159, ci troviamo dinnanzi ad una disposizione emanata da Giustiniano per risolvere un caso, alquanto complesso, sottoposto

73 Essa sarebbe, invece, corretta, se riferita ai nipoti di Ierio, ma una tale lettura del testo di Teodoro non sembra ammissibile.

74 A meno che non si pensi che, essendo in un primo momento morti gli eredi con figli, si abbia commorienza degli eredi senza figli, ipotesi che non sembra però essere quella prospettata da Teodoro. Le disposizioni della nostra costituzione vengono, invece, riportate correttamente nel frammento 29 edito dallo Zachariae, *Fragmenta Novellarum* (*supra* nota 60), 223, il quale osserva che, qualora alcuni eredi siano morti in presenza di figli, in caso di morte di questi ultimi *sine liberis*, la sostituzione fedecommissaria non si applicherà a favore degli zii superstiti. Come abbiamo osservato (vedi *supra*, nt. 63), lo stesso frammento 29, nel caso di fedecommissario di famiglia, afferma, invece, che esso si estingue solo qualora siano intervenute *complures successiones* e l'ultimo erede abbia acquistato da un impubere. Non del tutto corretta appare anche la ricostruzione proposta da Athan 9,11, il quale opera una sorta di sintesi delle disposizioni contenute nel testamento e nel codicillo, ponendosi unicamente il problema del fedecommissario di famiglia e risolvendolo nel senso che esso non opera al di là delle quattro generazioni (senza alcun accenno alla circostanza che l'ultimo erede abbia acquistato da un impubere).

alla sua attenzione. Tralasciando i profili della fattispecie che non interessano in questa sede,⁷⁵ può rilevarsi che la sintesi proposta da Teodoro, per quanto non scorretta, non appare particolarmente felice. Può, infatti, osservarsi che il nostro *scholastikòs* ricorda che la madre era morta sedici giorni dopo la figlia, mostrando così di rimanere ancorato al caso concreto, mentre sarebbe stato forse più utile offrire al lettore una massima che facesse riferimento in termini generali alla durata dello *spatium deliberandi* (un anno). Questo legame col caso concreto sembra, peraltro, attenuarsi nel momento in cui Teodoro definisce la figlia morta come impubere, mentre nel caso sottoposto all'imperatore si trattava di una fanciulla *pubertati proxima*, deceduta poco prima del compimento del settimo anno.

Si può, inoltre, sottolineare che il generico riferimento alla costituzione di Teodosio, tratto anch'esso dal testo della Novella, non appare particolarmente perspicuo e tale da dare un'indicazione precisa al lettore, tanto più che le citazioni delle costituzioni del Codice riportate alle fine del frammento, forse a causa dei problemi legati alla tradizione manoscritta, sono completamente errate.⁷⁶ Comunque, anche a volerle correggere e a ritenere che il richiamo alla *lex* di Teodosio si riferisse, come in Nov. 158, a C. 6,30,18,3 (di Teodosio II e Valentiniano III), in cui si stabiliva che, ove il pupillo fosse morto prima del compimento di qualsiasi atto di acquisto, non vi sarebbe stata trasmissione della delazione, la sintesi operata dal nostro *scholastikòs* creerebbe più di un problema: Teodoro contrapporrebbe, infatti, C. 6,30,18 a Nov. 158, mentre Giustiniano esplicitamente afferma che la decisione da lui adottata è il frutto di una lettura congiunta delle disposizioni contenute in C. 6,30,18 e C. 6,30,19. Nell'ottica dell'imperatore, quindi, Nov. 158 non presenterebbe alcun carattere innovativo in quanto già dalle costituzioni contenute nel *Codex* si evincerebbe che nel caso proposto la trasmissione della delazione ha luogo qualora non sia trascorso l'anno (C. 6,30,19), mentre sarebbe esclusa in un momento successivo (C. 6,30,18).

Già in altra sede abbiamo, peraltro, osservato come l'orgoglio del legislatore che rivendica l'assenza di contraddizioni nei testi della compilazione non possa, in questa come in altre ipotesi, essere assolutamente condiviso. Mi sembra, infatti, che si possa concordare con le osservazioni della Galgano,⁷⁷ la quale ritiene che Giustiniano fosse consapevole che la fattispecie esaminata in Nov. 158 non rientrasse '*sic et simpliciter* nella

75 E che vengono correttamente tralasciati anche da Teodoro nella sua opera di massimazione. Per un esame più approfondito del caso vedi, da ultima, F. Galgano, *Transmissio delationis. Vicende di una pratica successoria*, Città del Vaticano 2007, 123ss., e bibliografia ivi citata. Mi sia consentito altresì di ricordare Sitzia, 'Norme imperiali' (*supra* nota 15), 318, nt. 70.

76 Le citazioni si riferiscono, infatti, a C. 6,1,6 e 7 e a C. 6,51,1, cioè a costituzioni che non riguardano le nostre problematiche.

77 Galgano, *Transmissio delationis* (*supra* nota 75), 129.

previsione di C. 6.30.9⁷⁸. Anche un tale rilievo non appare comunque tale da giustificare la scarsa chiarezza del testo di Teodoro in ordine ai rapporti tra Nov. 158 e la legislazione precedente.⁷⁸

Al termine del nostro discorso su TheodBrev. 158, potremmo chiederci se il testo ci offra un qualche indizio in ordine al problema forse maggiormente dibattuto in dottrina in relazione alla nostra Novella, se cioè essa costituisca un rilevante indizio del definitivo superamento, ad opera di Giustiniano, del principio della intrasmissibilità della delazione, superamento che sarebbe stato già affermato in C. 6.30.19 anche nelle ipotesi di *inscientia delationis* da parte del chiamato. Le osservazioni che abbiamo appena svolto in ordine alla non felice formulazione della *summa* del nostro *scholastikòs* ci impediscono di trarre conclusioni pienamente affidabili, anche se può rilevarsi che lo stretto legame con le peculiarità del caso concreto⁷⁹ nonché l'affermazione che il minore trasmette al suo erede τὸ τῆς διασκέψεως δίκαιον, cioè l'*ius deliberandi*, inducono a ritenere che Teodoro nel redigere il testo non si ponesse il problema di un'estensione del principio in esso contenuto a qualsiasi chiamato *insciens*.⁸⁰

6.

Proseguendo nella nostra analisi delle Novelle che riguardano temi in cui la prassi aveva posto all'imperatore dubbi interpretativi legati ai testi contenuti nel *Codex*, possiamo esaminare alcune problematiche relative alla materia della legittimazione dei figli naturali ed ai requisiti del matrimonio.

Possiamo prendere le mosse dalle testimonianze di

TheodBrev. 12,6 (= Nov. 12,4 (a. 535)): Οἱ ἐξ ἀπρόικου νομίμου γυναικὸς τικτόμενοι παῖδες τῆ ποιήσει τῶν προικῶν γνήσιοι γίνονται. ὁμοίως βι. ε' τοῦ κῶδ. τί. κζ' διάτ. ε' καὶ ζ' καὶ ζ' καὶ ι' καὶ νεαρά ιθ' καὶ οδ' καὶ πθ'. ἐξεφωνήθη μὴν ἰουνίῳ ὑπατεία βελισαρίου.

78 Sul punto appare invece assai chiara la testimonianza di Athan. 9,13.

79 Nonostante, come abbiamo osservato, Teodoro estenda il principio a tutti gli impuberi.

80 In questo senso la *summa* di Teodoro sembra offrire un sostegno alle tesi di A. Masi, "Note sulla *transmissio iustiniana*", in: *Syntelexis Arangio-Ruiz*, Napoli 1964, 1034ss., riprese dalla Galgano, *Transmissio delationis* (*supra* nota 75), 125ss. (alla quale rimando per ulteriore bibliografia), ad avviso del quale (p. 1036) *la transmissio del ius deliberandi* introdotta a favore dei successori del chiamato da C.I. 6.30.19 è pur sempre una eccezione, magari molto ampia, rispetto al principio della intrasmissibilità della delazione. Non è dunque possibile affermare senz'altro che C.I. 6.30.19 (o magari la Nov. 158) abbiano portato a un'abrogazione della regola indicata, colla sola aggiunta di una limitazione di tempo'. Il Masi (l. c.), rileva, fra l'altro, che le conclusioni alle quali giunge trovano una conferma in un passo della *Epitome legum* (Epit. 33,5) *'che secondo lo Zachariae sarebbe stato tratto dal commento di Teodoro al Codice'*.

TheodBrev. 19,1 (= Nov. 19 (a. 536)): Ἡ ποιήσις τῶν προικῶν γνησίους ποιεῖ οὐ μόνον τοὺς τεχθέντας παῖδας, ἀλλὰ καὶ τοὺς ἐπιτικομένους, καὶ γνησίων παίδων ὑπόντων ἐκ τοῦ λυθέντος πρώτου γάμου. ἀνάγνωθι βι. ε' τοῦ κώδ. τί. κζ' διάτ. ια'. μέμνησο τῆς ιβ' καὶ τῆς ιγ' νεαρᾶς, καὶ ἀνάγνωθι τὴν οδ' νεαρᾶν, καὶ τὴν οη' καὶ τὴν πθ' ὁμοίως νεαρᾶν. ἐξεφωνήθη μὴνὶ ἀπριλίῳ μετὰ ὑπατεῖαν βελισαρίου.

TheodBrev. 74,3 (= Nov. 74praef. (a. 538)): Γνησίων παίδων μὴ ὑπόντων ἢ ποιήσις μὲν τῶν προικῶν τοὺς νόθους ποιεῖ γνησίους· ἴστέον δέ, ὅτι φησὶν ἢ πθ' νεαρά, ὡς καὶ ἡ τῆς βουλῆς ἐπίδοσις τοῦτο ποιεῖ. ἀνάγνωθι δὲ καὶ ε' βι. τοῦ κώδ. τί. κζ' διάτ. ι' καὶ ια'.

TheodBrev. 89,16 (= Nov. 89,8 (a. 539)): Ἡ τῶν προικῶν ποιήσις γνησίους ποιεῖ οὐ μόνον τοὺς ὄντας παῖδας, ἀλλὰ καὶ τοὺς τεχθισομένους. ὁμοίως φησὶν ἢ ιθ' καὶ ἡ οδ' νεαρά. ἀνάγνωθι βι. ε' τοῦ κώδ. τί. κζ' διάτ. ε' καὶ ζ' καὶ ζ' καὶ ι'.

Ho ritenuto opportuno riportare in sequenza i quattro testi in quanto dalla loro lettura appare subito evidente che nel terzo Teodoro entra in contraddizione con quanto affermato nei due precedenti (in particolare nel secondo), affermando che la legittimazione dei figli naturali mediante confezione dei *dotalia instrumenta* è possibile solo in assenza di figli legittimi. In verità la contraddizione sembrerebbe derivare, almeno a prima vista, da un fraintendimento da parte del nostro *scholastikòs* delle disposizioni di Nov. 74: questa, infatti, nel reintrodurre la *legitimatio per rescriptum principis*, aveva limitato tale forma di legittimazione alle sole ipotesi in cui non esistessero figli legittimi (Nov. 74,1),⁸¹ ma non aveva certo esteso questa limitazione alle ipotesi di *legitimatio* per susseguente matrimonio.

Mi sembra, peraltro, ingeneroso nei confronti di Teodoro chiudere l'analisi dei nostri testi limitandosi a segnalare un errore evidente. Riterrei, infatti, che l'estrema sinteticità delle 'massime' che Teodoro estrae dai testi novellari possa consentirci qualche ulteriore considerazione non esclusivamente negativa sull'opera del nostro autore. Certo, non si può negare che le *summae* del nostro *scholastikòs* non ci consentano di avere neanche una vaga idea dei cavilli escogitati dalla prassi al fine di non applicare le riforme giustiniane in materia di legittimazione dei figli naturali e del perché il legislatore sia stato quindi costretto ad intervenire più volte sull'argomento, precisando ed integrando il

81 Sul punto vedi, per tutti, G. Luchetti, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustiniane*, Milano 1990, 296. L'assenza di figli legittimi è richiesta come requisito per conseguire la *legitimatio* anche nell'ipotesi in cui i figli naturali si offrano spontaneamente alla curia dopo la morte del padre (Nov. 89,2,1 (= TheodBrev. 89,4)) (Luchetti, *La legittimazione*, 159).

suo pensiero.⁸² Se ciò è vero, è però altresì vero che, come ho avuto modo di porre in evidenza in altra sede, gran parte di quei cavilli derivavano proprio dalla non felice formulazione del dettato normativo che, facendo riferimento al caso concreto che aveva dato origine all'intervento imperiale o motivando l'innovazione con considerazioni non adeguate a tutte le ipotesi in cui i nuovi principi avrebbero trovato applicazione, poteva offrire più di uno spunto alle interpretazioni capziose della prassi. Sotto questo profilo la sintesi operata da Teodoro si presta indubbiamente assai meno ai cavilli degli avvocati interessati a piegare le riforme giustiniane agli interessi dei loro clienti.

Il rilievo mi sembra ancor più significativo se si considera che il testo che aveva dato origine ad una serie di dubbi interpretativi era una costituzione di Giustiniano, riportata in C. 5,27,10 (a. 529), cioè un testo che aveva comunque subito un'opera di massimazione nel momento in cui era stato inserito nel *Codex*. Nonostante l'intervento dei compilatori il testo continuava, peraltro, a presentarsi troppo analitico, mantenendo uno stretto legame col caso che era stato risolto da Giustiniano, in cui, da un lato non si prospettavano problemi legati all'esistenza di figli legittimi nati da nozze precedenti, dall'altro dopo il matrimonio con la concubina erano nati altri figli. Nel testo di C. 5,27,10 detto legame aveva anche determinato il permanere di una giustificazione che, a ben vedere, poteva fuorviare l'interprete in quanto configurabile soltanto in presenza di figli nati posteriormente al matrimonio con la concubina: Giustiniano, infatti, nel presentare la riforma, sottolinea che i figli nati dopo il matrimonio hanno un debito di gratitudine nei confronti dei fratelli nati prima, la cui esistenza ha indotto i genitori a rendere legittima l'unione. Per quanto lo stesso legislatore adottò poi un'ulteriore giustificazione valida anche in assenza di figli nati dopo il matrimonio,⁸³ non vi è dubbio che la prima

82 Si considerino, ad esempio, le disposizioni contenute in Nov. 12,4 (vedi F. Sitzia, 'Novella 19: fra problemi di tecnica legislativa e cavilli della prassi', in: *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al prof. Filippo Gallo*, II, Napoli 1997, 323; Luchetti, *La legittimazione* (supra nota 81), 248ss., e bibliografia ivi citata). Con esse Giustiniano chiarisce un dubbio interpretativo che era sorto in relazione alle disposizioni contenute in C. 5,27,10 (e C. 5,27,11), stabilendo che la legittimazione per susseguente matrimonio dei figli nati da concubina si applica anche nell'ipotesi in cui esistano figli legittimi nati da un precedente matrimonio poi sciolto (per morte o per divorzio) e manchino, invece, figli nati posteriormente al matrimonio con la concubina 'o perché non procreati o perché premorti' (Luchetti, *l.c.*). Nel testo di Teodoro, come abbiamo, visto, non emerge alcun indizio in ordine alla problematica in esame. Sulle problematiche che stavano alla base dell'emanazione della Nov. 19, mi sia consentito di richiamare Sitzia, 'Novella 19', 319ss.

83 In C. 5,27,10,2, l'imperatore afferma, infatti, enfaticamente: *Neque enim verisimile est eum, qui postea vel donationem vel dotem conscripsit, et ab initio talem adfectionem circa mulierem non habuisse, quae eam dignam esse uxoris nomine faciebat*. Proprio la presenza di una tale giustificazione mi ha indotto a ritenere (Sitzia, 'Norme imperiali' (supra nota 15), 285) che l'intendimento del legislatore, pur non formulato in modo limpido, fosse già abbastanza chiaro e che i cavilli escogitati dalla prassi per tentare di limitare la portata della riforma in materia di

giustificazione poteva costituire un appiglio per gli avvocati che intendessero limitare la portata dell'intervento giustiniano al solo caso espressamente preso in esame, escludendo quindi la legittimazione nell'ipotesi in cui posteriormente al matrimonio non fossero nati (o sopravvissuti) altri figli (o esistessero figli legittimi nati da un precedente matrimonio).⁸⁴ In questa ottica, l'opera di massimazione compiuta da Teodoro appare indubbiamente assai più adeguata a prevenire i cavilli della prassi: nei casi da noi esaminati, il nostro *scholastikòs* giunge, infatti, alla formulazione di testi in cui emerge, in termini generali ed astratti, il principio giuridico introdotto dal legislatore, escludendo qualsiasi improprio riferimento all'*occasio legis* nonché alle peculiarità del caso pratico esaminato da Giustiniano.⁸⁵

7.

Sempre in tema di legittimazione di figli naturali, possiamo ricordare due testi che presentano un certo interesse ai fini della nostra ricerca:

TheodBrev. 38,2 (= Nov. 38,1 (a. 536)): 'Ο βουλευτής, εἰ μὲν ἄπαις ἐστίν, εἰς τὸ δ' μέρος τῆς ἑαυτοῦ οὐσίας δύναται διατίθεσθαι· εἰ δὲ νόθους μόνον παῖδας ἔχη, καλῶς καταλιμπάνει αὐτοῖς πᾶσαν τὴν οὐσίαν αὐτοῦ, ἢ, ἐὰν τοῦτο οὐ θέλει, ἔστω αὐτοῖς ἐνναούγκιον, εἰ βούλεται, ἵνα μέντοιγε βουλεύσωσιν. εἰ γάρ τινες ἐξ αὐτῶν μὴ θελήσωσι βουλεῦσαι, προστίθεται τὸ μέρος αὐτῶν τοῖς βουλεύουσιν· ἐὰν δὲ πάντες μὴ ἀνάσχωται βουλεῦσαι, λαμβάνουσι γ' οὐγκίας μόνον. ἀνάγνωθι βι. ι' τοῦ κώδ. τί. λβ' α' καὶ β' διάτ. ζ' καὶ τί. λε' διάτ. β' καὶ γ' καὶ δ' καὶ νεαρὰν η' καὶ πθ'.

legittimazione dei figli naturali fossero il frutto di interpretazioni avvochesche, più o meno capziose, determinate dalla necessità di elaborare (con riferimento alla lettera della legge) delle linee di difesa di clienti le cui aspettative ereditarie erano state vanificate dagli interventi di Giustiniano. Sul punto vedi anche Sitzia, 'Novella 19' (*supra* nota 82), 330ss, e bibliografia ivi citata.

84 Tanto più che, come osserva il Luchetti, *La legittimazione* (*supra* nota 81), 253s., 'poteva ben giocare a favore di una interpretazione restrittiva dell'ambito di applicazione dell'istituto il fatto che ancora nella legge anastasiana (contenuta com'è noto nel Codice Giustiniano, nonostante l'abrogazione fattane da Giustino) l'efficacia legittimante del susseguente matrimonio era appunto ancora subordinata, sulla scia della legislazione precedente, all'assenza di prole legittima'. Su C. 5,27,6 (Imp. Anastasius A. Sergio pp.) vedi, per tutti, Luchetti, *La legittimazione*, 203ss, e bibliografia ivi citata.

85 Indubbiamente il più sintetico dei quattro testi è TheodBrev. 12,6, mentre TheodBrev. 19,1 sottolinea che la legittimazione si produce anche in presenza di figli legittimi nati da una precedente unione ed in assenza di figli nati dall'ex concubina posteriormente al matrimonio. Per quanto riguarda il testo di TheodBrev. 74,3, esso, come abbiamo visto, è frutto di un errore.

TheodBrev. 89,13 (= Nov. 89,6 (a. 539)): Ὁ βουλευτῆς νόθους παῖδας ἔχων, γνήσιων αὐτῶ μὴ ὑπόντων, δύναται αὐτοὺς ἐπιδοῦναι τῇ βουλῇ· καὶ τότε γὰρ καλῶς γράφει αὐτοὺς κληρονόμους εἰς τὸ πᾶν ἢ εἰς τὰς θ' οὐγκίας ὡς βουλευτάς. ἐὰν δέ τινες ἐξ αὐτῶν μὴ θελήσωσι βουλεύειν, προσαύξεται τὸ μέρος αὐτῶν τοῖς μὴ παραιτουμένοις· καὶ εἰ πάντες παραιτήσονται, τότε ἡ βουλή καὶ τὸ δημόσιον τὰς θ' οὐγκίας λαμβάνει, τὰς δὲ ἄλλας γ' οὐγκίας αὐτοὶ λήψονται, ἐπειδὴ γνήσιοι ὤφθησαν τῇ ἐπιδόσει ἢ τῇ γραφῇ. ἀνάγνωθι βι. ε' τοῦ κώδ. τί. κζ' διάτ. β' καὶ η', καὶ μέμνησο τῆς λη' νεαρᾶς.

La formulazione dei testi delle due *Novellae* giustiniane ha determinato numerose ipotesi interpretative in dottrina, alcune delle quali saranno esaminate tra breve. A me sembra però in primo luogo opportuno sottolineare che in entrambi i testi Teodoro, nell'ipotesi in cui tutti i figli naturali manifestino la volontà di *onus curiae recusare*, attribuisce loro i 3/12 del patrimonio paterno, specificando, tra l'altro, in TheodBrev. 89,13, che esso spetta ἐπειδὴ γνήσιοι ὤφθησαν τῇ ἐπιδόσει ἢ τῇ γραφῇ. Per quanto le disposizioni di Nov. 38,1 e Nov. 89,6 non appaiano sul punto particolarmente chiare,⁸⁶ mi sembra che la soluzione prospettata dal nostro *scholastikòs* non corrisponda alla volontà del legislatore, il quale, in Nov. 38,1 afferma espressamente che se i figli naturali desiderano ottenere qualcosa del patrimonio paterno (τι τῆς οὐσίας) dovranno divenire curiali (καὶ βουλευτὰ γενέσθωσαν),⁸⁷ dal che sembra doversi ragionevolmente desumere che, in caso di rifiuto di assumere la gravosa condizione personale, ad essi non sarebbe spettato alcunché del patrimonio paterno.⁸⁸

86 Possono ricordarsi in proposito anche le testimonianze di Athan. 8,1,2 e 11,4,10. Da esse appare che, nell'ipotesi in cui i figli naturali *recusent onus curiae*, 1/4 dell'eredità sarà devoluto agli eredi legittimi che non sembrano identificarsi con i figli naturali.

87 Teodoro (38,3), invece, ritiene che nulla spetti ai figli naturali nell'ipotesi in cui, in caso di successione *ab intestato*, non si offrano alla curia: Ἐὰν βουλευτῆς ἀδιάθετος τελευτήσῃ ἐπὶ νόθοις μόνον παισὶ, λαμβάνει ἡ βουλή ἐκ τῆς οὐσίας αὐτοῦ θ' οὐγκίας, τὰς δὲ ἄλλας οἱ ἐξ ἀδιαθέτου αὐτοῦ κληρονομοῦσιν. Ἰστέον γάρ, ὅτι οἱ τοῦ βουλευτοῦ νόθοι παῖδες, εἰ μὴ βουλεύσωσιν, οὐ κληρονομοῦσιν αὐτὸν κατ' οὐδὲν ἐξ ἀδιαθέτου.

88 In questo senso, giustamente, Van der Wal, *Manuale* (*supra* nota 11), no. 973, il quale sottolinea che se i figli naturali 'ne s'offrent pas à la curie, ils n'obtiennent rien'. Anche Nov. 89, al termine del *cap.* 6, presenta un'affermazione la quale induce a ritenere che niente spettasse ai figli naturali nel caso in cui ricusassero la condizione di curiali: il legislatore afferma, infatti, che se nessuno dei figli naturali ἢ βουλευθεῖ ἢ ἐπιδοθεῖ, la curia riceverà i 9/12 del patrimonio paterno e che il fisco in ogni caso parteciperà alla successione (συμπαρakoλουθήσει πανταχοῦ τὸ δημόσιον) in forza di quanto stabilito da un'altra costituzione dell'imperatore. Per quanto la disposizione non appaia del tutto chiara, si può ritenere che essa si applichi anche ai casi in cui vi sia stata un'istituzione testamentaria da parte del *pater* ed il *filius naturalis* abbia ricusato la condizione di curiale (e non solo alle ipotesi in cui il *pater* nulla abbia disposto ed i figli naturali non si siano spontaneamente offerti come *curiales*).

Se in ordine ai rilievi che abbiamo appena formulato i due frammenti appaiono offrire una soluzione coerente, non può però non sottolinearsi che essi divergono, anche se solo parzialmente, in ordine alla configurazione della fattispecie contemplata dal legislatore. In TheodBrev. 38,2 il nostro *scholastikòs* sembra, infatti, riferirsi esclusivamente ad una disposizione testamentaria con la quale il padre abbia istituito eredi i figli naturali; in TheodBrev. 89,13 sembra, invece, che il riferimento sia in primo luogo all'*oblatio curiae* e solo in via conseguente all'istituzione di erede (*δύναται αὐτοῦς ἐπιδοῦναι τῇ βουλῇ· καὶ τότε γὰρ καλῶς γράφει αὐτοῦς κληρονόμους*).

L'osservazione non appare priva di rilievo se pensiamo che le disposizioni, per la verità assai poco chiare, di Nov. 38,1 hanno indotto il Luchetti ad affermare che con la costituzione in esame il legislatore avrebbe inteso 'disporre l'immediata efficacia oblativa della scrittura in sé considerata e quindi a rendere l'*oblatio curiae* compiuta mediante testamento, purché riguardante i figli naturali di appartenenti all'*ordo decurionum*, indipendente dal requisito, precedentemente richiesto per regola generale per la sua efficacia, della morte del padre naturale'.⁸⁹

Non è questa certo la sede più opportuna per riflettere sui rilievi critici cui l'ipotesi prospettata dal Luchetti va incontro.⁹⁰ In questa sede mi preme solo porre in evidenza che

89 Luchetti, *La legittimazione* (supra nota 81), 146s. Come avremo modo di osservare nelle note seguenti, il Luchetti può a buon diritto essere annoverato tra i pochi autori che utilizzano in modo puntuale e rigoroso non soltanto la *summa Theodori*, ma anche l'opera di Atanasio e quella di Giuliano per una migliore comprensione dei testi novellari e di come essi furono intesi nel corso del VI secolo.

90 Occorre, peraltro, correttamente rilevare che lo stesso Luchetti, *La legittimazione* (supra nota 81), 148, nt. 143, pone in evidenza che, a suo avviso, 'non si tratta certo di riconoscere al testamento una pur parziale efficacia anticipata, ma soltanto di ammettere che una volontà manifestata in occasione della redazione del testamento potesse produrre con riguardo all'entrata nella curia del figlio naturale un effetto prodromico rispetto ad esso'. Il nostro Autore è, fra l'altro ben consapevole delle problematiche connesse alla stessa 'conoscibilità della volontà paterna di offerta alla curia' contenuta nel testamento già durante la vita del testatore, problematiche che mi sembrano, inverò, difficilmente superabili facendo riferimento (come, invece, ritiene, l'A.) alla 'tendenza della legislazione giustiniana che pare rivolta a garantire almeno la sicura conoscibilità del nome dell'erede o degli eredi' da parte dei testimoni. Al di là del problema appena evidenziato, l'ipotesi prospettata dal Luchetti appare difficilmente conciliabile con i principi generali in tema di revoca del testamento. Vi è poi da considerare che solo al momento della morte del *pater* si avrà la certezza che egli sia morto in assenza di figli legittimi, in quanto questi potrebbero ben nascere dopo la perfezione del testamento. A mio avviso, le disposizioni di Nov. 38,1, pur nella loro scarsa chiarezza (sulla quale non può non concordarsi col Luchetti), possono intendersi nel senso che il legislatore non introduce alcuna deroga ai principi generali in materia ma si limita ad affermare che i *naturales scripti heredes* (in assenza di figli legittimi) al momento della morte del *pater* divengono curiali ed acquistano il patrimonio paterno (9/12 o l'intero asse), a meno che non intendano *onus curiae recusare*, senza che sia necessaria alcuna ulteriore manifestazione di volontà del *pater* (all'interno o al di fuori del testamento) relativa alla *oblatio curiae*.

l'impostazione di Teodoro appare sostanzialmente differente. Nell'ottica di TheodBrev. 38,2 l'istituzione del *filius naturalis* contenuta nel testamento non sembra, infatti, produttiva di alcun effetto anteriormente alla morte del testatore. Ad avviso del nostro *scholastikòs*, infatti, è solo con l'apertura della successione che i *filii naturales*, manifestando la loro disponibilità ad assumere la condizione di curiali,⁹¹ vengono iscritti alla curia ed ottengono i 9/12 del patrimonio paterno (o l'intero patrimonio).

Più complesso appare indubbiamente il discorso per i *filii naturales* i quali non intendano assumere l'*onus curiae*. In relazione ad essi Teodoro sembra presupporre che l'istituzione di erede debba comunque essere considerata come espressione della volontà del testatore di renderli legittimi e che l'effetto della legittimazione si produca indipendentemente dall'adesione dei figli alla curia.⁹² Ciò appare già evidente nell'affermazione di TheodBrev. 38,2, per cui i *filii naturales*, in caso di mancata adesione alla curia, succedono nei 3/12, ma risulta in modo esplicito in TheodBrev. 89,13 in cui i *filii* che si trovino in tale condizione vengono qualificati esplicitamente come legittimi (ἐπειδὴ γνήσιοι ὄφθησαν τῇ ἐπιδόσει ἢ τῇ γραφῇ).

La ricostruzione complessiva del pensiero di Teodoro sembra quindi offrirci un quadro assai favorevole ai figli naturali: essi sarebbero da considerare legittimi sia

91 Si noti l'uso in TheodBrev. 38,2 del futuro (... βουλεύσονται. εἰ γὰρ τινες ἐξ αὐτῶν μὴ θελήσωσι βουλεύσασθαι...), nonché l'impiego di un verbo (θέλω) che mi sembra porre in evidenza come il figlio naturale, nell'ottica di Teodoro, sia posto dal legislatore dinanzi all'alternativa di accettare la condizione di curiale, succedendo così nei 3/4 (o nell'intero) del patrimonio paterno, o di non accettare tale condizione, non potendo così succedere nei 3/4, ma mantenendo, comunque, diritti successori.

92 In questo senso non mi sembra di poter condividere l'affermazione del Luchetti, *La legittimazione* (supra nota 81), 147, nt. 141, ad avviso del quale TheodBrev. 38,3 nella parte finale affermerebbe 'esplicitamente che la sola confezione del testamento produce di per se stessa la legittimità dei figli': εἰ γὰρ διάθεται εἰς αὐτοὺς ὁ πατήρ αὐτῶν, οὐδὲ ἐπιδόσεως δεόνται, ἀλλὰ γνήσιοι γίνονται ἐκ τῆς γραφῆς τῆς διαθήκης. A mio avviso, infatti, Teodoro si limita ad affermare che la disposizione testamentaria con la quale il *pater* istituisce eredi i figli naturali fa sì che essi possano essere considerati al momento della morte del *pater* figli legittimi, indipendentemente dall'esistenza di qualsiasi disposizione relativa all'*oblatio curiae* (ed anche in caso di rifiuto di assunzione dei *munera curialia*): come osservo nel testo e nella nota seguente, il rifiuto da parte dei legittimati di assumere i *munera curialia*, infatti, limita (ma non esclude) nel nostro caso (ad avviso di Teodoro) le loro aspettative successorie. L'interpretazione del pensiero del nostro *scholastikòs* che abbiamo proposto mi sembra confermata dalla circostanza che TheodBrev. 38,3, nella parte finale, contrappone proprio l'ipotesi dei figli naturali nominati eredi nel testamento (vedi testo riportato all'inizio della nota) a quella dei figli naturali che, in assenza di testamento, divengono legittimi e succedono al *pater* solo nel caso in cui si offrano alla curia: σημείωσαι, ὅτι ἀδιαθέτου τελευτῶντος τοῦ πατρὸς οἱ νόθοι, εἰ ἐπιδοῦσιν ἑαυτοὺς τῇ βουλῇ, γνήσιοι γίνονται. A mio avviso, infatti, Teodoro esamina insieme le due ipotesi (evidenziandone il diverso regime) proprio perché in entrambe vengono in considerazione figli naturali per i quali un problema di legittimazione (e di aspettative ereditarie) si pone soltanto al momento della morte del *pater* (e non, come propone il Luchetti, già al momento della confezione del testamento).

nell'ipotesi di *oblatio curiae* compiuta in vita dal padre, sia nell'ipotesi in cui siano istituiti eredi, indipendentemente da una loro adesione alla curia. Tale mancata adesione determinerebbe soltanto la limitazione dei loro diritti successori ai 3/12 del patrimonio paterno.⁹³

Concludendo il nostro discorso su TheodBrev. 38,2⁹⁴ e 89,13, può forse osservarsi che il nostro *scholastikòs*, dinnanzi a testi legislativi assai confusi e di difficile lettura, che non a caso hanno determinato un ampio dibattito nella dottrina moderna, sembra scegliere una linea interpretativa che, se da un lato mostra alcune forzature rispetto al dato normativo, dall'altro appare orientata ad una intrinseca coerenza ed ispirata ad uno spiccato favore per i figli naturali.

8.

Ancora in tema di riforme giustiniane in campo matrimoniale, qualche spunto di riflessione di un certo interesse sembra potersi trarre dalla testimonianza di:

TheodBrev. 74,5 e 6 (= Nov. 74,4,1-2 (a. 538)): 5. Οἱ μέχρι ἰλλουστρίων συγκλητικοὶ μὴ γαμείτωσαν ἀγράφως, ἀλλ' ἐπὶ προκώοις συμβολαίοις. ὁμοίως φησὶν ἢ ριζ' νεαρά. ἀνάγνωθι δὲ βι. ε' τοῦ κώδ. τί. δ' διάτ. θ' καὶ ιγ' καὶ κβ', καὶ νόει αὐτάς προβαίνουσας κατὰ τὴν κειμένην ἐνταῦθα διάταξιν ἐπὶ τῶν ἀξιωματῶν.

6. Οἱ ἐν στρατείαις ἢ σεμοῖς ἐπιτηδεύμασιν ὄντες ἢ ἐγγράφως γαμείτωσαν ἢ συνιόντες παρὰ τοῖς ἐκκλησιαεκδίκοις καὶ ἄλλοις γ' κληρικοῖς γραφέτωσαν τὴν γαμικὴν αὐτῶν

93 In questa ottica, Teodoro finisce per attribuire ai figli naturali una posizione privilegiata rispetto agli stessi figli legittimi. Mentre, infatti, questi ultimi, ove ne esistano i presupposti, sarebbero comunque obbligati a subire i *munera curialia*, i primi potrebbero optare tra due ipotesi: entrare a far parte della curia, ottenendo così almeno i 9/12 del patrimonio paterno; non entrare a far parte della curia, ottenendo comunque 3/12 del patrimonio paterno. Un certo favore per la posizione dei figli naturali sembra emergere anche dalla testimonianza di TheodBrev. 89,10 (= Nov. 89,4), in cui viene qualificata ξένον νόμιμον la norma novellare in forza della quale il figlio legittimato tramite *oblatio curiae* non acquista alcun diritto di successione dei confronti degli *adgnati* e dei *cognati* paterni. La testimonianza di TheodBrev. 89,10 è tra quelle riportate da F. Goria, 'Il giurista nell'impero romano d'Oriente (da Giustiniano agli inizi del secolo XI)', *FM XI* (2005), 161s. e nt. 41, come indizi 'di una certa sensibilità per la coerenza della costruzione giuridica degli istituti, che induce talvolta a rilevare gli scostamenti da essa della normativa'. Sul problema, in generale, vedi *infra*, § 15, in sede di conclusioni.

94 In sede di conclusioni vale forse la pena di segnalare col Luchetti, *La legittimazione* (*supra* nota 81), 170, nt. 182, che la *παραπομπή* con la quale si chiude il testo di TheodBrev. 38,2 ricorda C. 10,35 (34),4, una costituzione giustiniana che non ci è pervenuta e con la quale sarebbero stati introdotti i diritti del fisco nelle successioni dei curiali.

IL BREVIARIUM NOVELLARUM DI TEODORO DI ERMOPOLI

συνάφειαν καὶ οὕτως συναπτέσθωσαν· ἐπεὶ οὐ νοεῖται νόμιμος ὁ αὐτῶν γάμος, εἰ μὴ ἄρα δευχθῆ προφανῶς ἢ τούτων συναίνεσις. ἀνάγνωθι τὴν πθ' νεαράν· καὶ πλὴν ἴσθι, ὅτι φησὶν ἢ ριζ' νεαρά, μὴ χρειάν εἶναι τῶν λεχθέντων, ἀλλὰ μετὰ συναινέσεως ἐπὶ τὸν γάμον... μὴ ὄντων δηλονότι συγκλητικῶν. μέμνησο δὲ τῆς ιγ' διάτ. τοῦ δ' τί. τοῦ ε' βι. τοῦ κώδικος.

TheodBrev. 117,5-6-8 (= Nov. 117,4-5-6 (a. 542)): 5. Οἱ ἀξιοματικοὶ μέχρι τῶν ἰλλουστρίων οὐ δύνανται γαμετὰς ἀπρόικους λαμβάνειν, εἰ μὴ ἄρα πρὸ τῆς ἀξίας ἡγάγοντο· οἱ δὲ μὴ ὄντες ἀξιοματικοὶ ῥωμαῖοι, καὶ ὑποτελεῖς βάρβαροι κὰν ἀξιοματικοὶ εἰσιν, ὡς θέλωσιν ἀγάγονται ἀπρόικους γυναικάς, μὴδὲ χρειάν ἔχοντες τῆς παρὰ τοῖς ἐκκλησιαστικαῖς γενομένης παρατηρήσεως. μέμνησο τῆς οδ' νεαράς.

6. Οἱ ἐξ ἐλευθέρως τεχθέντες παῖδες, πρὸς ἦν γαμικὴν διάθεσιν εἶχεν ὁ πατήρ αὐτῶν χωρὶς προικῶν, ὡς γνήσιοι κληρονομοῦσιν αὐτὸν τὸν πατέρα. μέμνησο τοῦ πρὸ ἐνδὸς θέματος εἰρημένου, καὶ σημείωσαι, ὅτι ἐλευθέραν εἶπεν καὶ οὐκ ἀπελευθέραν, διὰ τὴν οἱ νεαράν εἶποῦσαν· δεῖ γενέσθαι ἐπὶ τῆς ἀπελευθέρως προικῶα πάντως συμβόλαια.

8. Οἱ ἀξιοματικοὶ δύνανται ἀγάγεσθαι καὶ τὰς εὐτελεῖς, μετὰ προικῶν μένοιγε· οἱ δὲ ὑπόλοιποι καὶ χωρὶς προικῶν ταῖς τοιαύταις συνάπτονται, ἐὰν δηλονότι ἐλεύθερα εἰσιν καὶ οὐ κωλύονται νόμῳ τισὶν ἐκδίδοσθαι. ἀνάγνωθι βι. α' τοῦ κώδ. τί. δ' διάτ. λγ' καὶ βι. ε' τί. δ' διάτ. κη', καὶ μὴ λάθῃ σὲ τὰ εἰρημένα περὶ προικῶν ἐν τῇ ε' καὶ ιγ' καὶ κβ' διατάξει τοῦ αὐτοῦ δ' τί. τοῦ λεχθέντος ε' βιβλίου· μέμνησο δὲ καὶ τῆς οδ' νεαράς.

Ho ritenuto opportuno riportare in sequenza i nostri passi in quanto essi ci consentono di comprendere come Teodoro affronta le problematiche relative alle modifiche normative introdotte da riforme giustiniane che si sono susseguite nel breve volgere di alcuni anni.

In particolare, appare di un certo interesse il riferimento contenuto in Nov. 74,2 alle nozze di colui che *in militiis honestioribus et negotiis et omnino professionibus dignioribus est*,⁹⁵ per il quale il legislatore prevedeva, in alternativa alla redazione degli strumenti dotali, una forma particolare consistente nella ‘redazione ad opera del *defensor*

95 Ho riportato il testo di Nov. 74,4,1 trasmesso dall'*Authenticum*. In relazione alle problematiche riguardanti l'ampiezza della categoria di soggetti individuata dal legislatore, in particolare se essa si riferisca all'intero ceto medio o soltanto 'alle classi più elevate del ceto burocratico, mercantile e delle libere professioni', vedi, per tutti, G. Luchetti, 'Il matrimonio cum scriptis e sine scriptis nelle fonti giuridiche giustiniane', *BIDR* 92-93 (ter. s. 31-32) (1989-1990), 325ss., ora in Id., *Contributi di diritto giustiniano*, Milano 2004, 75, nt. 55, e bibliografia ivi citata. Non ritengo, peraltro, opportuno soffermarmi sul problema in esame in quanto, come tra breve vedremo, Teodoro segnala che la disposizione in esame è stata abrogata dalla Nov. 117 e non riporta il riferimento alle disposizioni di Nov. 74,4,1 contenuto in Nov. 89 che ha indotto una parte della dottrina ad ipotizzare che Giustiniano intendesse riferire le prescrizioni in esame all'intero ceto medio.

*ecclesiae*⁹⁶ ed alla presenza di almeno tre chierici, di un'apposita *testatio*, in cui si dichiarasse, secondo le disposizioni di legge, la data in cui le parti erano convenute presso il *defensor* per unirsi in matrimonio'.⁹⁷ TheodBrev. 74,6 riporta, in termini generici ma sostanzialmente corretti, la disposizione in esame,⁹⁸ pur nella consapevolezza che essa è stata abrogata dalle disposizioni di Nov. 117, alle quali fa esplicito riferimento nella parte finale del nostro testo, in cui ricorda altresì la testimonianza di C. 5,4,13.⁹⁹ Il nostro *scholastikòs* dà quindi al lettore un'informazione corretta ed esaustiva, che, se da un lato non fa scomparire il ricordo del particolare regime giuridico creato da Giustiniano tra il 538 e il 542, dall'altro lo informa sul fatto che ormai l'ordinamento prevede la redazione degli *instrumenta dotalia*¹⁰⁰ per gli ἀξιώματικοὶ μέχρι τῶν ἰλλουστρίων,¹⁰¹ mentre per tutti gli altri matrimoni non richiede che il consenso debba essere manifestato in forme particolari.

Si potrebbe a prima vista obiettare che il riferimento che compare in TheodBrev. 74,6 alla Nov. 89 in realtà potrebbe essere fuorviante per il lettore, dal momento che in Nov. 89,1,1, per quanto incidentalmente, sono ricordate come vigenti le disposizioni di Nov. 74. Un tale rilievo avrebbe però senso solo ove si ritenesse che il richiamo di

96 Per la figura del *defensor ecclesiae* vedi la bibliografia citata in Luchetti, 'Il matrimonio' (*supra* nota 95), 76, nt. 57.

97 Ho riportato le parole del Luchetti, 'Il matrimonio' (*supra* nota 95), 76s.

98 Il Luchetti, 'Il matrimonio' (*supra* nota 95), 77, nt. 59, osserva puntualmente che le disposizioni relative alla data del documento redatto dal *defensor ecclesiae* vengono omesse da TheodBrev. 74,6. Una tale omissione appare, peraltro, ampiamente giustificabile se consideriamo che si tratta, come abbiamo visto, di disposizioni rimaste in vigore solo pochi anni ed ormai abrogate da alcuni decenni nel momento in cui Teodoro scrive la sua opera. Parimenti non sembra possa essere considerata un'imprecisione di Teodoro la circostanza che egli ricordi la presenza di 3 chierici (nello stesso senso Athan. 11,3,4), mentre il testo della Novella faceva riferimento a 3 o 4 chierici: come ha giustamente osservato il Luchetti, 'Il matrimonio' (*supra* nota 95), 77, nt. 58, dal testo della stessa costituzione appare in modo assai chiaro che 'la presenza dell'eventuale quarto è comunque evidentemente richiesta *ad abundantiam*'.

99 C. 5,4,13 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Onesimo): *Neque sine nuptiis instrumenta facta matrimonii ad probationem sunt idonea diversum veritate continente, neque non interpositis instrumentis iure contractum matrimonium irritum est, cum omnia quoque scriptura nuptiarum indicia non sunt irrita*. Il principio enunciato in C. 5,4,13 è ancora riportato in Bas. 28,4,31, anche se lo sch. 6 (BS 1836/1-2) segnala che esso non si applica ai συγκλητικοί.

100 In realtà TheodBrev. 117,5 richiede espressamente la costituzione della dote senza operare un esplicito riferimento agli *instrumenta dotalia*, previsto invece in Nov. 117,4. Non sembra, peraltro, dubbio, sulla base del raffronto con TheodBrev. 74,5, che il nostro *scholastikòs* intenda contrapporre anche in TheodBrev. 117,5 'matrimonio contratto mediante la redazione degli strumenti dotali e matrimonio contratto invece *sine instrumentis*'. Sul problema vedi Luchetti, 'Il matrimonio' (*supra* nota 95), 49, nt. 6 e 56, nt. 17, il quale ricorda 'che ancora nel diritto giustiniano era possibile, e forse non del tutto infrequente, una costituzione di dote anche senza la confezione del relativo documento'.

101 Sull'ampiezza di tale categoria di soggetti vedi Luchetti, 'Il matrimonio' (*supra* nota 95), 74, nt. 53.

Teodoro si riferisca al testo ufficiale della Novella, mentre perde di significato qualora lo si riferisca, come mi sembra opportuno, al testo di TheodBrev. 89,1, nel quale il nostro *scholastikòs* si limita a ricordare che, qualora l'unione tra un uomo e una donna sia fondata sull'*affectio maritalis*, i figli sono da considerare legittimi, sia in presenza che in assenza di *instrumenta dotalia*. Può anzi osservarsi che TheodBrev. 89,1, in modo significativo, non richiama l'attenzione del lettore sulle disposizioni di Nov. 74, bensì su quelle di Nov. 117, richiamo necessario in quanto la generica affermazione di TheodBrev. 89,1, ove non letta alla luce delle disposizioni di Nov. 117, avrebbe potuto indurre il lettore a ritenere che la redazione degli *instrumenta dotalia* non fosse più necessaria neanche per gli ἀξιώματικοί.¹⁰²

Anche i principi cui Teodoro s'ispira per quanto riguarda la configurazione giuridica del matrimonio appaiono sostanzialmente chiari. Le *summae* del nostro *scholastikòs* continuano, infatti, ad ispirarsi all'idea tradizionale che l'*affectio maritalis* costituisce il requisito essenziale del matrimonio e che anche quando il legislatore prevede una forma tassativa 'di obbiettivazione del consenso matrimoniale' questa sia richiesta *ad probationem*.¹⁰³ In questo senso appare particolarmente significativa l'affermazione, contenuta nella parte centrale di TheodBrev. 74,6, ἐπεὶ οὐ νοεῖται νόμιμος ὁ αὐτῶν γάμος, εἰ μὴ ἄρα δευθῆ προφανῶς ἢ τούτων συναίνεσις: ciò che rende legittimo il matrimonio è l'*affectio maritalis* che, in relazione a particolari categorie di soggetti, il legislatore vuole sia provata con riferimento a forme che ne facciano apparire in modo evidente la presenza.¹⁰⁴

9.

In relazione ad un altro problema sollevato dalla moderna dottrina Teodoro non sembra, invece, offrirci una testimonianza del tutto sicura del suo pensiero. Intendo riferirmi alle problematiche riguardanti il matrimonio della liberta, in relazione al quale una parte della dottrina ha ritenuto che la richiesta degli *instrumenta dotalia* prevista da Nov. 78,3

102 Teodoro, tra l'altro, in TheodBrev. 74,5, informa il lettore che la particolare forma prevista per il matrimonio degli ἀξιώματικοί è stata introdotta proprio da Nov. 74, ricordando che il principio contrasta con le disposizioni del *Codex* (C. 5,4,9; 5,4,13; 5,4,22) nelle quali nessun requisito formale viene richiesto.

103 Luchetti, *La legittimazione* (*supra* nota 81), 217, nt. 73, al quale rimando per una puntuale analisi dell'ampia bibliografia sul nostro tema (vedi anche Luchetti, 'Il matrimonio' (*supra* nota 95), 76, nt. 56).

104 In questa ottica la *summa Theodori* sembra confermare le considerazioni svolte sulla legislazione novellare in tema di forma del matrimonio dal Luchetti, 'Il matrimonio' (*supra* nota 95), 75ss., al quale rimando per una puntuale discussione dell'ampia bibliografia in argomento.

riguardasse soltanto il matrimonio con il proprio *patronus*.¹⁰⁵ Se si dovesse avere riguardo alla sola testimonianza di TheodBrev. 117,6, penso non si potrebbe avanzare alcun dubbio in ordine alla necessità della confezione degli *instrumenta dotalia* per tutti i matrimoni della liberta: il nostro *scholastikòs*, nel ricordare le disposizioni di Nov. 78,3, afferma, infatti, che esse hanno previsto il requisito formale in esame *πάντως*.¹⁰⁶ Qualche dubbio potrebbe, invece, ingenerare la lettura di TheodBrev. 78,3 (= Nov. 78,3 (anno 539)).

TheodBrev. 78,3: Ὁ ἀπελευθέραν γαμῶν ποιεῖτω αὐτῇ προικῶα. ἀνάγνωθι βι. ε' τοῦ κώδ. τί. δ' διατ. ιε' καὶ ις' καὶ κς', ἔνθα φησίν, ὅτι καλῶς τις τὴν ἰδίαν ἀπελευθέραν γαμῆι, κὰν συγκλητικός ἐστιν, κατὰ τὴν κη' διατ. τοῦ αὐτοῦ τίτλου καὶ βιβλίου.

Se non appare forse pienamente condivisibile l'osservazione del Luchetti¹⁰⁷ per cui il nostro frammento deporrebbe a favore della tesi di chi afferma che il requisito formale sarebbe richiesto soltanto per il matrimonio col *patronus*, non si può però disconoscere che il riferimento a C. 5,4,26 e C. 5,4,28,¹⁰⁸ che riguardano proprio questa specifica ipotesi, potrebbe indurre il lettore a ritenere che la disposizione in esame, ad avviso di Teodoro, non dovesse riguardare tutte le ipotesi di *nuptiae* contratte dalla liberta¹⁰⁹ ma solo quelle col proprio patrono.

105 Sul problema in esame vedi la bibliografia citata dal Luchetti, 'Il matrimonio' (*supra* nota 95), 86, nt. 82; Id., *La legittimazione* (*supra* nota 81), 276, nt. 184. Ad avviso del Van der Wal, *Manuale* (*supra* nota 11), 69, nt. 3, 'a première vue, la Nov. 78,3 semble exiger la confection d'*instrumenta dotalia* pour tout mariage d'une affranchie; cependant, je crois qu'il s'agit là aussi du mariage du patron avec sa propre affranchie'.

106 Sembra testimoniare a favore di un'estensione dell'obbligo della confezione di *instrumenta dotalia* a tutti i matrimoni con una liberta (e non soltanto a quelli col proprio patrono) anche la testimonianza di TheodBrev. 74,7: Οἱ εὐτελεῖς καὶ οἱ ἔνοπλοι στρατιῶται καὶ οἱ γεωργοὶ κὰν ἐγγράφως κὰν ἀγράφως γαμήσωσιν, ἔρρωται ἢ αὐτῶν συνάφεια· εἰ μὴ ἄρα πρὸς ἀπελευθέραν συναλλάξωσι, κατὰ τὴν οἷ' νεαράν, ἧτις κελεύει τὸν ἀγαγόμενον ἀπελευθέραν προικῶον πάντως ποιεῖν. ἰστέον δέ, ὅτι φησὶν ἢ κα' διατ. τοῦ δ' τί. τοῦ ε' βι. τοῦ κώδ. γαμῆιν τοὺς στρατιώτας καὶ παρὰ τὴν συνήθειαν τῶν γάμων. La prescrizione sembra, infatti, formulata in termini generali e nello stesso senso sembra deporre anche il richiamo alla testimonianza di C. 5,4,21, in cui si ricorda che *a caligato milite usque ad protectoris personam* si concede la facoltà di contrarre matrimonio anche senza alcuna *sollemnitatis* "cum ingenuis dumtaxat".

107 Luchetti, 'Il matrimonio' (*supra* nota 95), 86, nt. 82. Come osserva giustamente il Luchetti, l'Epitome di Atanasio (Athanas. 18,2,4 e 10 parat. 14,1), è, invece, assai chiara nel restringere la portata della disposizione normativa alle sole ipotesi di matrimonio della liberta col proprio *patronus*.

108 Anche C. 5,4,15, ricordata da Teodoro, riguarda l'unione del *patronus* con la liberta. Sul rapporto tra le disposizioni di C. 5,4,28 e Nov. 78,3 vedi Luchetti, 'Il matrimonio' (*supra* nota 95), 86, nt. 80.

109 Un'interpretazione in senso restrittivo della norma potrebbe essere suggerita anche dalla frase in cui Teodoro ricorda che ormai chiunque, compreso un senatore, può sposare la 'propria' (τὴν ἰδίαν) liberta.

Qualche problema nasce anche dalla sintesi operata da Teodoro delle disposizioni contenute in Nov. 78,4pr.

TheodBrev. 78,4: Ὁ γαμῶν δούλην ἰδίαν εἰ ἐκθῆται πρὸς αὐτὴν προικῶα, ἐλευθέραν αὐτὴν ποεῖ καὶ νόμιμον γαμετὴν καὶ τοὺς προτεχθέντας αὐτῷ ἐξ αὐτῆς παῖδας. ἀνάγνωθι βι. ζ' τοῦ κώδ. τί. ιε' διάτ. γ' καὶ τί. ις' διάτ. κθ'.

Come osserva il Luchetti,¹¹⁰ in Nov. 78.4 'si prevede, innovando rispetto a quanto disposto in Nov. 18.11, che ai figli nati da una schiava poi manomessa competesse all'atto della redazione degli strumenti dotali...*tam libertatis quam legitimorum ius* e ciò senza che fosse per loro necessario un atto specifico di manomissione contemporaneo o successivo a quello della madre'. Teodoro sembra, invece, porsi in un'ottica non del tutto coincidente, riconducendo anche la libertà della madre, oltre la libertà e la legittimazione dei figli, alla sola redazione degli strumenti dotali, e un punto di vista analogo sembra emergere anche dalle testimonianze di

Athan. 10 P. 14,2: Ὁ προῖκα ποιήσας τῇ ἰδίᾳ δούλῃ ἐλευθέραν καὶ νόμιμον αὐτὴν ἀποδείκνυσι γαμετῆν.

Athan. 18,2,5: Ὁ προῖκα ποιήσας τῇ ἰδίᾳ δούλῃ, ἐλευθέραν αὐτὴν καὶ νόμιμον παρασκευάζει γενέσθαι γαμετὴν καὶ τοὺς παῖδας ἐλευθέρους τε καὶ γνησίους.

Per quanto il testo di Nov. 78,4 faccia riferimento sia alla *manumissio* che alla redazione degli strumenti dotali (...τὴν γαμετὴν ἐλευθερῶσαι καὶ προικῶα συντάξει συμβόλαια...), non sembra che la versione offerta da Teodoro e da Atanasio possa considerarsi scorretta.

110 Luchetti, *La legittimazione* (supra nota 81), 278s. Nello stesso senso del Luchetti anche Van der Wal, *Manuale* (supra nota 11), 52, n. 391; M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, II, München 1975², 133, nt. 18: 'Nach Nov. 78,4 (539) werden auch die schon früher geborenen Kinder der Sklavin frei, wenn sie nach Freilassung den gewesenen Herrn heiratet'. L'impostazione del Luchetti si ritrova in un frammento edito da D. Simon/S. Troianos/G. Weiss, 'Zum griechischen Novellenindex des Antecessor Iulian', *FM II* (1977), 20, n. 31: 'Ἐάν τις ἐκ δούλης παιδοποίησιν καὶ ἐλευθέρωσιν αὐτὴν καὶ προικῶα πρὸς αὐτὴν γράψῃ, γίνονται ἐλεύθεροι καὶ γνήσιοι οἱ παῖδες μὴ δεόμενοι ἰδικῆς ἐλευθερίας. Nella stessa ottica di Teodoro, che riconduce la libertà della madre e dei figli alla sola redazione degli strumenti dotali, senza accennare ad una precedente *manumissio*, sembra, invece porsi il frammento edito da A. Schminck/D. Simon, 'Eine Synopsis der Novellen Justinians', *FM IV* (1981), 171: Εἰ δὲ καὶ δούλη ἔσθι καὶ μετὰ ταῦτα γαμετὴ κληθεῖ τῇ τῶν προικῶων συνταγῇ. (...). Può osservarsi che Teodoro considera la norma in esame coerente alla logica del sistema, mentre segnala (TheodBrev. 78,5) come anomala la disposizione, anch'essa ricordata in Nov. 74,4pr., in forza della quale il *miles* che lascia qualcosa a titolo di legato al proprio schiavo, gli attribuisce altresì la libertà (C. 6,21,7).

Si può, infatti, certamente ipotizzare che tra *manumissio* e confezione degli strumenti dotali intercorra un certo lasso di tempo all'interno del quale la madre acquisterebbe la libertà ma i figli permarrebbero in schiavitù. Mi sembra però che si possa altresì ragionevolmente ritenere che le disposizioni contenute in Nov. 78,4 trovassero applicazione anche nelle ipotesi in cui la volontà del *dominus* di rendere libera e di sposare la propria schiava si fosse manifestata solo attraverso la redazione degli strumenti dotali non preceduta da alcuna *manumissio*.

10.

In relazione ad un ulteriore problema individuato dalla dottrina moderna in tema di forme matrimoniali, la posizione di Teodoro mi sembra, invece, sostanzialmente chiara. Intendo riferirmi alle problematiche poste dalle disposizioni di Nov. 74,5 con la quale Giustiniano 'stabiliva che fosse sufficiente, per riconoscere ad un'unione il carattere matrimoniale, il semplice fatto da provarsi *τρόποις νομίμοις* (*modis legitimis*), che, al momento dell'ingresso nella casa coniugale, fossero stati toccati i libri sacri (...) oppure, in alternativa, che *ἐν εὐκτηρίοις* (*in oratoriis*) fosse stato prestato giuramento di reciproca fedeltà'.¹¹¹ Il problema centrale posto dall'interpretazione della norma in esame è, infatti, quello di comprendere se essa si applicasse a tutte le ipotesi di matrimonio o soltanto ai matrimoni delle 'persone di più bassa condizione sociale, per le quali era stata appunto concessa da Nov. 74,4,3 la possibilità di unirsi in matrimonio anche *sine scriptis*'.¹¹² In proposito mi sembra in primo luogo opportuno riportare integralmente il testo di

TheodBrev. 74,8 (= Nov. 74,5): 'Ὁ ἐν τάξει γαμετῆς ἀγαγόμενος γυναικα μετὰ ὄρκου δόσεως, προικὸς μὴ παρακολουθησάσης, ἐὰν ἀλόγως αὐτὴν ἐξωθήσῃ, διδότης αὐτῇ τὸ τέταρτον τῆς ἰδίας περιουσίας, οἷα δὴ αἰτίαν REPUDIΟΥ διδοῦς· ὃν τρόπον καὶ τελευτῶν ἀναγκάζεται αὐτῇ καταλιπεῖν τὸ αὐτὸ τέταρτον, πρὸς τὸ καὶ ἔχειν γνησίους παῖδας τοὺς ἐξ αὐτῆς τεχθέντας. τοῦτο δὲ νόει, ἐὰν γ' παῖδας μόνον ἔχει ὁ ἀνὴρ εἴτε ἐξ αὐτῆς τεχθέντας εἴτε ἐξ ἄλλης γυναικός· ἀνάγνωθι γὰρ τὴν ριζ' καὶ μέμνησο τῆς κβ' καὶ νγ' νεαρᾶς. ἀνάγνωθι καὶ βι. ε' τοῦ κώδ. τί. ιζ' διατ. ια', καὶ ἴσθι, ὅτι τὰ εἰρημένα οὐ κρατεῖ ἐπὶ συγκλητικῶν.

Al fine d'inquadrare correttamente la testimonianza di Teodoro occorre ricordare che egli scrive dopo che, come abbiamo già osservato,¹¹³ la Nov. 117 ha ormai parzialmente

111 Luchetti, 'Il matrimonio' (*supra* nota 95), 83.

112 Luchetti, 'Il matrimonio' (*supra* nota 95), 84, nt. 75. Il nostro A. (p. 84) propende per l'estensione delle disposizioni in esame a tutti i matrimoni.

113 Vedi *supra*, § 8.

abrogato le disposizioni di Nov. 74,5, richiedendo la forma scritta (nel senso della redazione degli *instrumenta dotalia*) solo per gli ἀξιώματικοί. Come abbiamo visto, il nostro *scholastikòs*, nel riportare il testo di Nov. 117,4, non fa alcun accenno al giuramento di fedeltà, che pure era ricordato nel testo ufficiale,¹¹⁴ il che potrebbe indurre a ritenere che egli consideri ormai abrogate le disposizioni in esame.¹¹⁵ Non sembra però essere questo il pensiero di Teodoro: egli, infatti, in TheodBrev. 74,8 ricorda espressamente la normativa in tema di giuramento di fedeltà,¹¹⁶ richiama le disposizioni di Nov. 117 e chiude il suo discorso osservando che quanto detto non si applica¹¹⁷ ai συγκαλητικοί.¹¹⁸ Il nostro *scholastikòs* sembra quindi ritenere che le disposizioni di Nov. 74,5 non siano state abrogate da Nov. 117 ma riguardino solo i matrimoni per i quali è prevista una libertà di forma.¹¹⁹

11.

Sempre in tema di legislazione matrimoniale può essere di un qualche interesse la testimonianza di:

TheodBrev. 12,4 (= Nov. 12,3,1 (a. 535)): Ἐὰν δέ, ὡς διέστιξα, ἔχωσιν οἱ οὕτως ἀθεμιτογαμεῖν ἐμμεΐναντες νομίμους παῖδας, τότε αὐτοὶ οἱ ὄντες υἱοὶ λαμβάνουσι τρία μέρη ἐκ τῆς οὐσίας τοῦ ἰδίου πατρὸς, καὶ τὸ ἄλλο μέρος δημεύεται σὺν τῇ πάσῃ προικὶ τῆς

-
- 114 Anche se il richiamo al giuramento è inserito nella parte di Nov. 117,4 nella quale il legislatore si limita a ricordare sommariamente il quadro normativo preesistente.
- 115 Ad avviso del Van der Wal, *Manuale* (*supra* nota 11), 70, nt. 6, ricordato da Luchetti, 'Il matrimonio' (*supra* nota 95), 92, nt. 96, 'dans la Nov. 74, ce serment était un moyen de preuve; la Nov. 117 en parle comme d'une autre forme de conclusion du mariage'.
- 116 Può forse rilevarsi che Teodoro parla genericamente di prestazione del giuramento, mentre, come abbiamo osservato nel testo, le disposizioni di Nov. 74,5 erano più articolate, prevedendo anche l'ipotesi di *divinis scripturis tactis* (trad. edd.). Occorre però segnalare che lo stesso Giustiniano, in Nov. 117,4, nel ricordare la legislazione precedente, fa riferimento alla sola prestazione del giuramento (*aut certe sacramenta praeberi* - Auth.).
- 117 Sarei propenso, infatti, a ritenere che il richiamo finale di TheodBrev. 74,8 (da καὶ ἴσθι) si riferisca complessivamente a quanto detto (τὰ εἰρημένα) in tema di giuramento di fedeltà e non soltanto al principio della libertà di forma nel matrimonio affermato nelle costituzioni del *Codex* ricordate poco prima.
- 118 Si può osservare che TheodBrev. 74,8 (al pari di Nov. 78,3) impiega il termine συγκαλητικός, mentre TheodBrev. 117,5 utilizza gli stessi termini del testo ufficiale ἀξιώματικοὶ μέχρι τῶν ἰλλουστρίων. Mi sembra, peraltro, che, nell'ottica del nostro *scholastikòs*, si tratti di sinonimi.
- 119 In questo senso sarei portato a ritenere che la testimonianza di Teodoro non confermi la tesi del Luchetti, 'Il matrimonio' (*supra* nota 95), 84, ad avviso del quale, come abbiamo visto (vedi *supra*, nt. 112), le disposizioni di Nov. 74,5 riguarderebbero anche i matrimoni *cum scriptis* (cioè, dopo l'emanazione di Nov. 117, i matrimoni dei titolari di una *dignitas usque ad illustres*).

μητρὸς αὐτῶν. τοῦτο δὲ νόησον, ἐὰν μετὰ τὸν ἀθέμιτον γάμον ἐτέχθησαν οἱ νόμιμοι παῖδες· εἰ γὰρ προεγεννήθησαν τοῦ τοιοῦτου γάμου, τότε τὸ πᾶν λαμβάνουσιν κατὰ τὴν ἀρχὴν τῆς παρουσίας διατάξεως. ἀνάγνωθι δὲ βι. ε' τοῦ κώδ. τί. ε' διάτ. δ' καὶ ζ', οὐ μὴν ἀλλὰ καὶ τὸ τέλος οὐδ' νεαρᾶς.

Il problema che Teodoro affronta è quello relativo alla quota del patrimonio paterno spettante ad eventuali figli legittimi nell'ipotesi in cui il genitore che avesse contratto delle nozze incestuose non avesse sciolto le stesse entro il biennio previsto dalla Novella. Il legislatore aveva preso in considerazione soltanto l'ipotesi di presenza di figli legittimi nati da un matrimonio precedente in quanto il mancato rispetto della norma avrebbe determinato l'immediata devoluzione al fisco, in assenza di figli legittimi, dell'intero patrimonio del *pater*,¹²⁰ rendendo così priva di pratica rilevanza una disposizione riguardante l'ipotesi di figli legittimi nati da un matrimonio posteriore alle nozze incestuose. Come può osservarsi, il nostro *scholastikòs* distingue, invece, a seconda che i figli siano nati anteriormente all'unione incestuosa (nel qual caso spetterà loro l'intero patrimonio) o posteriormente alla stessa (nel qual caso spetteranno loro i $\frac{3}{4}$). La distinzione appare subito in evidente contrasto con le disposizioni di Nov. 12,3,1, nella quale espressamente si afferma che ai figli nati da precedenti matrimoni (ἐκ προτέρων γάμων), divenuti immediatamente *sui iuris*, spetteranno solo i $\frac{3}{4}$ del patrimonio, in quanto il quarto rimanente dovrà essere devoluto al fisco.¹²¹ L'interpretazione proposta da Teodoro non appare, peraltro, frutto di un semplice fraintendimento del testo della costituzione quanto, piuttosto, del tentativo operato dal nostro *scolastikòs* di raccordare le disposizioni di Nov. 12,3,1 con quelle, immediatamente precedenti, contenute in Nov. 12,2, in forza delle quali (anche se in relazione a nozze incestuose non ancora contratte al momento di emanazione della legge) l'intero patrimonio paterno doveva essere immediatamente devoluto ai figli legittimi o agli ulteriori discendenti nati da un precedente matrimonio.¹²²

Il tentativo non appare, invero, del tutto felice: Teodoro non sembra, infatti, rendersi conto che le disposizioni di Nov. 12,2 (correttamente riportate in TheodBrev. 12,2) si

120 Per le ulteriori pene vedi Luchetti, *La legittimazione* (supra nota 81), 247, nt. 128 e bibliografia ivi citata.

121 Anche Athan. 11,1,3, seguendo le disposizioni di Nov. 12,3,1, attribuisce ai figli legittimi, in caso di mancato scioglimento dell'unione incestuosa entro il biennio, i $\frac{3}{4}$ del patrimonio paterno senza, peraltro, rilevare espressamente che si tratta di figli nati da un precedente matrimonio.

122 In Nov. 12,2 il legislatore, infatti, non accenna assolutamente ad una eventuale quota spettante al fisco. Si può, inoltre, segnalare che i figli ai quali viene devoluto immediatamente il patrimonio paterno, in forza delle disposizioni sia di Nov. 12,2, sia di Nov. 12,3,1, dovranno provvedere ad alimentare il genitore e a fornirgli *alia necessaria* (Auth.) al suo sostentamento.

riferiscono a coloro che daranno vita in futuro a un'unione incestuosa, mentre le disposizioni di Nov. 12,3,1 si riferiscono alle unioni già esistenti e che non saranno sciolte entro il termine biennale previsto dal legislatore. Si può forse ipotizzare che egli non riuscisse a cogliere pienamente le ragioni di un diverso trattamento dei figli legittimi nelle due ipotesi in un momento in cui (a distanza di diversi decenni) il problema non doveva essere più attuale e non avrebbe avuto alcun significato pratico distinguere tra unioni incestuose anteriori o posteriori alla legge.¹²³

Quest'ultimo rilievo ci aiuta forse a meglio comprendere le ragioni dell'impostazione di Teodoro. Come abbiamo già rilevato, il legislatore in Nov. 12,3,1 non aveva previsto alcuna norma per i figli legittimi nati da un successivo matrimonio nell'ipotesi in cui il *pater* non avesse sciolto l'unione incestuosa entro il biennio, dando per scontato che in questo caso l'immediata devoluzione al fisco dell'intero patrimonio (in assenza di figli legittimi) avrebbe reso priva di significato pratico una tale disposizione. Nel momento in cui il nostro *scholastikòs* redige la sua opera non appare, invece, del tutto anomalo che egli pensi all'ipotesi di un *pater* che, essendo a suo tempo riuscito ad eludere le sanzioni (immediate) previste per non aver ottemperato all'ordine di porre termine all'unione incestuosa entro il biennio, abbia in seguito contratto un matrimonio dal quale siano nati dei figli legittimi.¹²⁴ Da qui la necessità che Teodoro sembra avvertire d'individuare una norma in grado di attribuire anche a questi ultimi dei diritti successori, norma che egli ritiene di poter ravvisare in Nov. 12,3,1 che, invece, come abbiamo visto, riguardava espressamente solo i figli legittimi nati ἐκ προτέρων γάμων.

12.

Se nei testi da noi esaminati in tema di matrimonio e di filiazione, come abbiamo osservato, pur potendosi evidenziare alcune imprecisioni o tentativi d'interpretazione non del tutto perspicui, le *summae* di Teodoro offrono un quadro sostanzialmente corretto delle riforme operate da Giustiniano, non possono non segnalarsi alcuni altri casi in cui, per

123 Non è forse un caso che ancora negli scolii 1, 2, 3 e 4 ad Bas. 28,6,1 (BS 1865/7-1866/17) sia riportato, con minime varianti, il testo di Teodoro, compresa la parte che più da vicino c'interessa (sch. 3 *in fine*), nonostante che il testo di Bas. 28,6,1 (BT 1356) coincida con quello della *Collectio 168 Novellarum*, riferendosi espressamente solo ai figli nati da nozze precedenti.

124 Le osservazioni formulate nel testo inducono a chiederci se l'attenzione riservata da Teodoro ai figli legittimi nati dopo l'unione incestuosa alla quale non si era posto fine all'interno del biennio derivi dalla constatazione che di fatto non sempre le pene previste erano state applicate o se le considerazioni del nostro *scholastikòs* siano semplicemente il frutto di una riflessione teorica compiuta a distanza di diversi decenni dall'emanazione della Novella 12. Sul punto vedi, comunque, *infra*, § 15.

ragioni che cercheremo di individuare, il nostro *scholastikòs* incorre in fraintendimenti od omissioni di maggiore rilievo.

Possiamo prendere le mosse dalla testimonianza di

TheodBrev. 36,1 (= Nov. 36 (a. 535)): Οἱ ἄφροι ἐκδικεῖτοσαν τὰ ἀφαιρεθέντα ἐξ αὐτῶν ἐν τοῖς βανδῆλων καιροῖς εἰσω εἴ ενιαυτῶν, ἔτε αὐτῶν εἴησαν εἴτε τῶν ἰδίων γονέων ἢ πάππων ἑκατέρως φύσεως, εἴτε τῶν ἐκ πλαγίων ὧσιν ἄχρι γ' βαθμοῦ, εἰ μὴ ἄρα νομίμοις παραγραφαῖς ἀποκλείονται.

Il punto sul quale intendo richiamare in primo luogo l'attenzione del lettore è costituito dalla parte finale, nella quale Teodoro ricorda che l'imperatore ha concesso ai sudditi africani di esercitare le azioni relative alla rivendica dei beni sottratti nel periodo della dominazione dei Vandali entro cinque anni εἰ μὴ ἄρα νομίμοις παραγραφαῖς ἀποκλείονται. Questa ultima osservazione sembra, invero, riferirsi a quella parte del testo di Nov. 36,5 in cui Giustiniano afferma che l'attore avrà a disposizione un quinquennio¹²⁵ *scilicet si temporis computatio legitimas exceptiones excedit*. La disposizione del legislatore appare sufficientemente chiara: qualora le azioni, sulla base delle norme generali, possano essere paralizzate dall'opposizione di una *exceptio* (παραγραφή) già all'interno del quinquennio, esse potranno ancora essere esercitate per il periodo rimanente dello stesso quinquennio; in caso contrario la norma non troverà applicazione e l'*actio*, sulla base dei principi generali, potrà essere intentata anche al di là del quinquennio.¹²⁶ L'intento di Giustiniano appare quindi in modo evidente quello di favorire coloro che durante la dominazione vandalica non erano stati in grado di far valere i loro diritti ed avevano visto spirare i termini al di là dei quali poteva essere opposta una *exceptio* (παραγραφή).

Se leggiamo, invece, il testo di Teodoro, ci rendiamo subito conto che la sua formulazione tradisce completamente lo spirito della disposizione giustiniana: il nostro *scholastikòs*, infatti, affermando che le azioni potranno essere intentate solo entro un quinquennio purché non sia opponibile una παραγραφή, sembra porre un limite invalicabile, prospettandoci così una norma che non solo non attribuisce alcun vantaggio ai sudditi che avevano subito le spoliazioni sotto il dominio dei Vandali, ma addirittura si caratterizza come un'evidente limitazione dei loro diritti.¹²⁷

125 In realtà il legislatore fissa il limite di un quadriennio dall'emanazione della costituzione, in quanto un anno è già trascorso. Sul problema vedi *infra*, in questo stesso §.

126 Con l'ovvio limite che continueranno ad applicarsi in questo caso le regole generali relative alla prescrizione dell'*actio* ed alla possibilità di opporre eccezioni.

127 Le disposizioni contenute in Nov. 36, così come riportate da Teodoro, funzionerebbero, infatti, nel senso che per le spoliazioni compiute durante il dominio dei Vandali le relative azioni dovrebbero

Anche sotto un altro profilo la *summa Theodori* non riporta con precisione le disposizioni di Nov. 36. Intendo riferirmi alla circostanza che la nostra costituzione ricorda quanto stabilito dalla *pragmatica sanctio*, emanata l'anno precedente in occasione della riconquista dell'Africa, ponendo in evidenza che il termine quinquennale era in essa contenuto e che ormai, trascorso un anno, l'attore ha a sua disposizione soltanto un quadriennio. La *summa Theodori* invece, come abbiamo visto, sembra far decorrere il quinquennio dalla data di emanazione della Nov. 36, data che è riportata correttamente in TheodBrev. 36,3.

Il giudizio complessivo su come Teodoro sintetizza le disposizioni di Nov. 36 non può quindi essere positivo. Occorre peraltro sottolineare che in realtà ci troviamo dinnanzi ad una costituzione in lingua latina, relativa ad una determinata provincia e che aveva ormai esaurito i suoi effetti diversi decenni prima che Teodoro scrivesse la sua opera.¹²⁸ Il fraintendimento in cui incorre il nostro *scholastikòs* nonché una certa approssimazione nel riportare il contenuto della Novella potrebbero quindi spiegarsi con l'assoluta irrilevanza pratica delle disposizioni in essa contenute nel momento in cui la *summa* veniva redatta.

13.

Un'omissione alquanto significativa rispetto ai precetti normativi contenuti nella costituzione si ritrova anche nella testimonianza di:

TheodBrev. 123,71 (= Nov. 123,36 (a. 546)): Πάντες οἱ μοναχοὶ ἐν τοῖς κοινοβίοις καθεδέτωσαν ἐν τόπω κεχωρισμένως, ἐκτὸς τῶν ἀναχωρητῶν καὶ ἀσθενῶν. μέμνησο τῆς εἴ νεαρᾶς καὶ ἀνάγνωθι τὴν ρλγ' νεαράν.

comunque essere intentate entro un quinquennio anche in quei casi in cui, applicando i principi generali, la prescrizione (e la possibilità di opporre un'*exceptio*) si compirebbe ben al di là del quinquennio. La *ratio* della norma sarebbe quindi quella di porre un termine tassativo alla situazione d'incertezza, anche a discapito di chi aveva subito le spoliazioni, non quella di rimettere in termini coloro che non avevano potuto esercitare i loro diritti. Si consideri, tra l'altro, che la norma di favore introdotta da Giustiniano riguarda soltanto i beni sottratti ingiustamente agli ascendenti fino al secondo grado ed ai collaterali fino al terzo grado; come osserva il Van der Wal, *Manuale* (*supra* nota 11), n° 917, si può quindi ritenere che Giustiniano intenda escludere dal campo di applicazione della nostra Novella le 'réclamations sur les prétendues pertes de parents plus éloignés'. L'affermazione del Van der Wal appare corretta ma deve essere intesa nel senso che alle azioni nascenti dalle sottrazioni subite dai parenti più lontani sarebbero stati applicati i normali termini di prescrizione, non nel senso che esse sarebbero rimaste prive di qualsiasi tutela.

128 Non a caso Athan. 19,2 ricorda espressamente che la nostra costituzione è τοπική καὶ χρονική, riportandone il contenuto in modo del tutto generico e senza nessun accenno alle problematiche di cui abbiamo discusso nel testo.

Nella *summa Theodori* non compare, infatti, alcun accenno al divieto, contenuto in Nov. 123,36, riguardante i monasteri in cui convivano monaci di entrambi i sessi (quelli che il legislatore chiama διπλᾶ μοναστήρια),¹²⁹ divieto che, invece, viene correttamente ricordato in Athan. 1,2,54 e Julian. 115,483. Considerato l'indubbio rilievo che il divieto ebbe per la storia del monachesimo, sia in occidente che in oriente, la circostanza che Teodoro abbia tralasciato di menzionarlo potrebbe trovare la sua giustificazione nello scarso interesse, posto in evidenza dalla Martino,¹³⁰ per i temi che non riguardavano il diritto privato. Potrebbe però anche essere espressione del fatto che la Novella di Giustiniano aveva trovato applicazione,¹³¹ i monaci e le monache erano stati separati in monasteri diversi e quindi il problema del Doppelklöster non rivestiva più pratica rilevanza.

14.

Di un certo interesse può essere anche la testimonianza di

TheodBrev. 162,1 (= Nov. 162,1): Ἐὰν ἐΤΡΑΔΙτεύθῃ τῇ γυναικὶ τὰ δωρηθέντα αὐτῇ παρὰ τοῦ ἰδίου ἀνδρός, καλῶς αὐτὰ παρακρατεῖ· εἰ δὲ μόνον ἐπερωτηθῇ ἢ ἐπαγγελθῇ αὐτῇ, τότε διὰ τῆς EX LEGE CONΔICTΙΚίου, ἐὰν δηλονότι τῇ αὐτῇ βουλῆσει ἐπιμείνας ὁ ἀνὴρ ἐτελεύτησεν. σημειῶσαι δέ, ὅτι ἢ ἐπὶ πράξεως ὑπομνημάτων γενομένη δωρεὰ παρὰ τοῦ ἀνδρός πρὸς τὴν γυναῖκα βεβαιοῦται τῇ σιωπῇ αὐτοῦ. ἀνάγνωθι β. ε' τοῦ κῶδ. τί. ις' διατ. κέ'.

Come ha bene posto in evidenza il Lambertini,¹³² Teodoro riprende in modo conciso le disposizioni contenute nel testo novellare in tema di donazione tra coniugi, ponendo in evidenza: 'la *perseverantia voluntatis* fino alla morte del coniuge donante ai fini della convalida dell'atto di liberalità (...); la possibilità per il donatario che abbia ottenuto per *traditio* le cose donate di trattenere le medesime, evidentemente respingendo con l'*exceptio* l'azione degli eredi del donante; la possibilità, infine, di convenire con la

129 Sul problema vedi J.M. Konidaris, 'Die Novelle 123 Justinians und das Problem der Doppelklöster', *SG IV* (1990), 105ss.

130 Martino, 'Teodoro' (*supra* nota 4), 447: 'Gli interessi dei destinatari dell'opera dovevano essere orientati soprattutto al diritto privato, come dimostra l'estrema concisione delle novelle non inerenti a tale materia'.

131 Almeno per ciò che concerne le conoscenze di Teodoro. Si consideri che il nostro *scholastikòs* studiò e svolse la sua attività professionale a Costantinopoli (vedi, da ultima, Martino, 'Teodoro' (*supra* nota 4), 443) e che verosimilmente il divieto era stato applicato quanto meno nella Capitale e nei luoghi vicini.

132 R. Lambertini, 'Sugli effetti della donazione nell'ottica giustiniana e dei primi interpreti bizantini', *Diritto@Storia* 6 (2007), § 5.

condictio ex lege gli eredi del donante nel caso che quest'ultimo abbia espresso, e per tutta la vita mantenuto, una seria volontà negoziale in tal senso senza tuttavia effettuare la *traditio*'.

La sintesi operata da Teodoro sembra, peraltro, omettere alcune disposizioni non prive di rilievo contenute in Nov. 162. In particolare, il nostro *scholastikòs* non pone in evidenza che per le donazioni *ultra legitimum modum* è richiesta l'*insinuatio* e che, in assenza di questa, Giustiniano stabilisce che le stesse donazioni *usque ad eam dumtaxat quantitatem valeant, quatenus etiam non insinuatæ donationes firmas esse a nobis sancitum est*.¹³³ Specie in rapporto a quest'ultima disposizione il riferimento operato dal nostro *scholastikòs* al contenuto di C. 5,16,25 potrebbe essere fuorviante per il lettore in quanto in C. 5,16,25pr. l'imperatore afferma, invece, espressamente che *amplioris quantitatis donationem minime intimatam nec per silentium eius qui donavit confirmari concedimus*.¹³⁴

Si può, inoltre, osservare che Teodoro non pone in evidenza, al contrario di quanto fa Athan. 18,4,1,¹³⁵ che, per espressa disposizione del legislatore, il diritto del donatario prevale su quello di eventuali creditori pignoratizi o ipotecari il cui diritto sia stato costituito dal coniuge posteriormente all'*insinuatio* della donazione. L'omissione non appare, invero, irrilevante, specie se si considera che il nostro *scholastikòs* ricorda che, in caso di mancata *traditio*, il donatario ha a sua disposizione soltanto un'*actio in personam*,¹³⁶ la *condictio ex lege*: il mancato richiamo potrebbe, infatti, indurre il lettore ad ipotizzare che la costituzione di un diritto reale possa essere considerata come prova del venir meno della *perseverantia voluntatis*, o, quanto meno, che il donatario, al quale il

133 Trad. edd.

134 Il rilievo nei confronti di Teodoro appare anche più significativo se consideriamo che il nostro *scholastikòs* avrebbe ben potuto richiamare il principio affermato da Giustiniano in Nov. 162 per le donazioni tra coniugi ricordando le disposizioni di C. 8,53,34,1: *Si quid autem supra legitimam definitionem fuerit donatum, hoc quod superfluum est tantummodo non valere, reliquam vero quantitatem quae intra legis terminos constituta est in suo robore perdurare, quasi nullo penitus alio adiecto, sed hoc pro non scripto vel intellectu esse credatur* (o anche le disposizioni di C. 8,53,36,3, in cui il legislatore estende da 300 a 500 *solidi* il limite di validità delle donazioni non insinuate).

135 Si può, peraltro, osservare che l'affermazione esplicita della prevalenza della moglie donataria sugli eventuali creditori pignoratizi o ipotecari il cui diritto sia stato costituito dal coniuge posteriormente all'*insinuatio* della donazione è contenuta nella seconda parte del testo di Atanasio (Simon/Troianos, *Das Novellensyntagma* (supra nota 21), 438), che inizia con Σημεῖωσαι e la cui attribuzione al nostro *scholastikòs* potrebbe essere dubbia. Per un caso, analogo al nostro, in cui abbiamo ritenuto di non condividere l'attribuzione ad Atanasio della parte del testo introdotta da Σημεῖωσαι, vedi supra, § 2a e nt. 21 e 24.

136 Come osserva il Lambertini, 'Sugli effetti' (supra nota 132), § 6, del tutto diversa appare la ricostruzione di Atanasio, che sembra concedere al coniuge donatario, anche in caso di mancata *traditio*, una tutela reale.

legislatore concede una mera tutela obbligatoria, non prevalga nei confronti del creditore titolare del diritto reale di garanzia.

Un'ultima osservazione riguarda l'*actio* che viene concessa al donatario in caso di mancata *traditio*. Come ha bene posto in evidenza il Lambertini,¹³⁷ mentre il testo giustiniano concede al donatario la *condictio ex lege* o l'*actio ex stipulatu* (quest'ultima ovviamente 'se sia stato concluso con il donante il relativo contratto verbale'),¹³⁸ Teodoro menziona solo la prima azione, pur avendo presente anche l'ipotesi che le parti abbiano posto in essere una *stipulatio* (ἐπερωτηθῆ). Il rilievo non appare, peraltro, particolarmente significativo in termini sostanziali in quanto, come è stato ben posto in evidenza,¹³⁹ in seguito alle disposizioni contenute in C. 7,40,3 (a. 531), 'anche un libello redatto genericamente o contenente l'indicazione di una sola *actio* consente la deduzione in giudizio di tutte le azioni previste dalla legge per raggiungere lo scopo pratico enunciato dall'attore'.¹⁴⁰ Nel nostro caso, tra l'altro, entrambe le azioni previste dal legislatore in Nov. 162,1 sono *actiones in personam* che non sembrano presentare differenze di regime: la mancata menzione di una delle due sembra quindi essere del tutto irrilevante sotto il profilo pratico.¹⁴¹

15.

Se alle riflessioni sulle testimonianze esaminate nel corso della presente ricerca sommiamo quelle relative alle *Novellae* già prese in considerazione in precedenti lavori,¹⁴² mi sembra che il materiale a disposizione sia tale da consentirci, in sede di conclusioni, una messa a fuoco più precisa delle caratteristiche dell'opera di Teodoro.

137 Lambertini, 'Sugli effetti' (*supra* nota 132), § 5.

138 Lo stesso Lambertini, 'Sugli effetti' (*supra* nota 132), § 5, nt. 17, osserva che, come appare dall'apparato critico dell'edizione SK, 747/20, il *Cod. Laurent.* LXXX, 4 omette il riferimento alla *condictio ex lege*.

139 F. Gorla, 'Azioni reali per la restituzione della dote in età giustiniana: profili processuali e sostanziali', in: AA.VV., *Diritto e processo nell'esperienza romana*, Napoli 1994, 300.

140 La citazione è tratta da Sitzia, 'L'azione' (*supra* nota 40), 178.

141 Come abbiamo appena osservato in testo, Teodoro si limita infatti ad offrire al coniuge donatario, in caso di mancata *traditio*, una tutela obbligatoria, senza porre in evidenza che il testo della costituzione afferma la prevalenza del diritto del donatario su quello di eventuali creditori pignorati o ipotecari.

142 Alcune delle ricerche sono già state ricordate nel corso del presente lavoro: Sitzia, 'Theodorus' (*supra* nota 1), 189ss.; Id., 'Il syntagma' (*supra* nota 13), 603ss.; Id., 'Novella 19' (*supra* nota 82), 319ss. Si possono, inoltre, ricordare: F. Sitzia, 'Teodoro e l'interpretazione di Nov. 125', in: *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari* 60 II (2003-2004), Torino 2004, 1221ss.; Id., 'Giudici e legislatori. Il divieto stabilito da Nov. 125 nella storia del diritto bizantino', in: *Tradizione romanistica e Costituzione*, diretto da L. Labruna, a cura di M.P. Baccari e C. Cascione, II, Napoli 2006, 1403ss.

Una valutazione complessiva non appare certo semplice in considerazione del fatto che l'analisi approfondita delle fonti ha fatto emergere profili talvolta contraddittori o, comunque, non tali da consentirci d'individuare in modo univoco le caratteristiche di maggior rilievo del *Breviarum Novellarum*.

Cionostante, riterrei che alcune riflessioni possano comunque essere formulate, in primo luogo in relazione alla qualità dell'opera di massimazione del testo delle Novelle compiuta dal nostro *scholastikòs*. Come abbiamo osservato, questa può essere considerata, nel complesso, più che accettabile, e le osservazioni che abbiamo avuto occasione di formulare hanno talvolta trovato la loro motivazione nello scarso interesse pratico che la norma poteva rivestire per i lettori di Teodoro.

Tale mancanza d'interesse, in alcuni casi, poteva trovare la sua giustificazione nella circostanza che la norma novellare, riferibile ad un ben preciso contesto temporale, a distanza di diversi decenni, non veniva più avvertita come applicabile in relazione a controversie presenti o future. In particolare, può qui ricordarsi il fraintendimento delle disposizioni contenute in Nov. 36, strettamente collegate alla recente liberazione dell'Africa dalla dominazione vandalica. Abbiamo, peraltro, avuto occasione di segnalare almeno un caso in cui proprio la distanza in termini temporali dall'emanazione di una Novella destinata ad avere immediata applicazione può aver determinato un tentativo d'integrare le disposizioni del legislatore: si tratta delle disposizioni contenute in Nov. 12,4, relative ai figli legittimi del padre che entro il biennio non avesse sciolto l'unione incestuosa esistente al momento dell'emanazione della norma. Come abbiamo osservato,¹⁴³ Teodoro opera una distinzione a seconda che i figli legittimi siano nati prima o dopo l'unione incestuosa, mentre il legislatore non aveva preso in considerazione la seconda ipotesi in quanto il *pater* che avesse violato la norma in assenza di figli legittimi avrebbe dovuto subire l'immediata devoluzione al fisco dell'intero patrimonio. Per quanto il tentativo operato dal nostro *scholastikòs* non possa essere considerato particolarmente felice, in quanto in evidente contrasto con le disposizioni di Nov. 12,4, appare spontaneo chiedersi se esso derivi dalla constatazione che in concreto alcuni *patres* fossero riusciti ad evitare le sanzioni previste dal legislatore, avessero conservato il loro patrimonio ed avessero quindi contratto un matrimonio legittimo, o se esso rappresenti invece il frutto di una mera riflessione teorica di Teodoro che ipotizza una tale possibilità. Ovviamente non abbiamo elementi che ci consentano di optare per l'una o per l'altra ipotesi, anche se i numerosi interventi di Giustiniano in tema di nozze incestuose¹⁴⁴ potrebbero far

143 Vedi *supra*, § 11.

144 In relazione al problema in esame mi limito a ricordare i numerosi riferimenti contenuti in Van der Wal, *Manuale* (*supra* nota 11), p. 209, sotto la voce *'inceste'*. Lo stesso Van der Wal, n. 536, nel ricordare le disposizioni di Nov. 154, che avevano previsto la legalizzazione dei matrimoni incestuosi esistenti nelle province dell'Osroene e della Mesopotamia, ma avevano altresì stabilito pene

propendere per la prima piuttosto che per la seconda; se così fosse, emergerebbe ancora una volta la particolare attenzione che il nostro *scholastikòs* mostra verso i problemi che nascevano concretamente a livello della prassi, anche a costo di forzare, talvolta, il dettato normativo.

Anche in un altro caso ci siamo posti il quesito se le peculiarità della *summa Theodori* potessero derivare da considerazioni attinenti al concreto atteggiarsi della prassi nei confronti del principio normativo stabilito dal legislatore ormai da diversi decenni. Intendo riferirmi all'ordine di separare monaci e monache viventi nei διπλῶ μοναστήρια che, contenuto in Nov. 123,36, non appare nella corrispondente *summa Theodori* (TheodBrev. 123,71).¹⁴⁵ Anche in questo caso, peraltro, se da un lato non appare inverosimile ritenere che l'omissione possa essere ricondotta alla circostanza che l'ordine di Giustiniano, almeno a quanto risultava a Teodoro, aveva trovato applicazione, dall'altro non si possono certo escludere motivazioni diverse. Come abbiamo osservato, il silenzio del nostro *scholastikòs* potrebbe, infatti, derivare dallo scarso interesse che, ad avviso della Martino,¹⁴⁶ Teodoro mostrerebbe nei confronti degli argomenti estranei al diritto privato.¹⁴⁷ Sul punto in esame l'analisi da noi condotta pressoché esclusivamente su Novelle di contenuto privatistico non sembra possa esserci di aiuto per una valutazione complessiva dell'ipotesi prospettata dalla Martino, valutazione che potrebbe essere formulata soltanto al termine di un'apposita ricerca che esula dalle finalità del presente lavoro.¹⁴⁸

Limitando quindi la nostra analisi al diritto privato, forse l'incomprensione più grave che abbiamo avuto occasione di rilevare è quella relativa alle disposizioni di Nov. 159,¹⁴⁹ in un contesto alquanto anomalo in quanto Teodoro, contrariamente al solito, non si limita a riportare il principio giuridico stabilito nella Novella, ma si sofferma ad individuare le ipotesi concrete in cui le disposizioni contenute nel testamento che ha determinato l'intervento imperiale potrebbero o meno trovare applicazione. Indubbiamente le

severissime per i matrimoni futuri, osserva (nt. 12) che 'Malgré cette interdiction, l'empereur Justin II a légalisé encore une fois les mariages incestueux conclus après la Nov. 154 par une loi de l'an 566 (Coll. I, Nov. 3)'.

145 Vedi *supra*, § 13.

146 Vedi *supra*, nt. 130.

147 Nel testo abbiamo tentato d'individuare le possibili motivazioni del silenzio di Teodoro. Non si può, peraltro, escludere che ci troviamo dinanzi ad una semplice dimenticanza o ad una lacuna nella tradizione manoscritta.

148 Pur riconoscendo, infatti, in termini generali, la correttezza delle affermazioni della Martino sulla 'estrema concisione' delle *summae* di Teodoro relative a *Novellae* non riguardanti il diritto privato, riterrei che solo un'indagine puntuale ed analitica su un numero adeguato di queste *Novellae* sia in grado di farci comprendere se ed in che misura i testi del nostro *scolastikòs* siano semplicemente più sintetici o anche lacunosi ed imprecisi.

149 Vedi *supra*, § 4.

considerazioni a suo tempo formulate inducono a ritenere che nel caso in esame il nostro *scholastikòs*, oltre a sintetizzare in modo lacunoso il contenuto della Novella, incorra in un errore evidente proprio nel presentare ai lettori le ricadute pratiche del principio affermato, il che potrebbe lasciare perplessi sulle effettive capacità di Teodoro nel momento in cui il suo discorso si allontana dallo schema espositivo a lui consueto (estrazione del principio giuridico contenuto nel testo novellare).¹⁵⁰

Ovviamente, anche in questo caso, ci troviamo dinnanzi ad una suggestione che avrebbe necessità di ulteriori e più precisi riscontri. Non può peraltro, non segnalarsi che, anche in relazione al commento al Codice, come ho avuto occasione di rilevare in altra sede,¹⁵¹ Teodoro sembra incorrere in fraintendimenti ed errori non tanto quando espone la massima estratta dalla singola costituzione, bensì quando il suo discorso diviene più analitico ed, in particolare, tende a soffermarsi sulle problematiche poste dalle applicazioni concrete del principio enunciato.¹⁵²

Se le osservazioni formulate colgono nel segno, ne emergerebbe la personalità di un giurista per il quale sarebbe appropriato il giudizio, a prima vista tendenzialmente contraddittorio, proposto dal Simon che, come abbiamo osservato all'inizio della ricerca, da un lato non esita a definire il nostro *scholastikòs* 'ein Epitomator vom Rang', dall'altro non manca però di osservare che egli fu 'in seinen dogmatischen Erläuterungen häufig glücklich'.¹⁵³

In realtà anche dall'analisi da noi condotta su testi novellari che ingeneravano più di un dubbio interpretativo sembra emergere che l'opera di massimazione compiuta da Teodoro si mantenga su livelli più che accettabili e che anzi, spesso, la sintesi del nostro *scholastikòs*, tralasciando i riferimenti all'*occasio legis* ed alle giustificazioni addotte dal legislatore, offra un testo più chiaro e che si presta assai meno ai cavilli interpretativi della prassi rispetto al testo ufficiale che ci è pervenuto tramite la *Collectio 168 Novellarum*.

Certo, se esaminiamo i testi di Teodoro con la prospettiva degli storici del diritto, ci rendiamo subito conto del fatto che essi ci fanno perdere numerose informazioni ricavabili dai testi ufficiali, specie nei casi, alcuni dei quali da noi esaminati, in cui, talvolta nel breve volgere di alcuni anni, Giustiniano emana una pluralità di costituzioni che

150 Ovviamente, per un giudizio più puntuale sarebbe necessaria una ricerca che individuasse e valutasse all'interno dell'opera di Teodoro tutte le osservazioni che con L. Wenger, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien 1953 (rist. Goldbach 2000), 672, potremmo definire 'kurze erklärende Bemerkungen'.

151 Sitzia, 'Theodorus' (*supra* nota 1), 217ss., 236s.

152 In particolare, fraintendimenti ed incomprensioni del testo legislativo sono emersi nell'esame delle ἐρωταποκρίσεις, in relazione alle quali la gravità di alcuni errori mi ha indotto a ritenere verosimile l'ipotesi 'che il Commento al *Codex* ci sia pervenuto attraverso un quaderno di appunti di un ignoto allievo'. Sul punto vedi *infra*, in questo stesso §.

153 *FM I* (1976), IX. Vedi *supra*, § 1.

riformano lo stesso istituto. Anche in questi casi, peraltro, il nostro *scholastikòs* si mostra, di norma, capace di offrire al lettore un testo che gli consente di avere una visione chiara del quadro legislativo vigente e delle norme che sono state abrogate,¹⁵⁴ anche grazie alle indicazioni contenute nelle *παραπομπάι*.¹⁵⁵

Una valutazione dell'opera di Teodoro che abbia riguardo allo scopo perseguito dal nostro autore non può quindi che essere positiva. Certo, ciò non significa che il giudizio positivo debba essere esteso alla valutazione complessiva di Teodoro come giurista: una buona capacità di estrarre da un testo ampolloso e prolisso la massima giuridica non necessariamente si accompagna ad una particolare raffinatezza sotto il profilo delle tecniche argomentative e del bagaglio concettuale posseduto.

Le considerazioni esposte ci possono forse aiutare a meglio comprendere le ragioni, da un lato della grande fortuna di cui le opere di Teodoro godettero nel mondo bizantino, dall'altro delle critiche, anche particolarmente severe, a lui rivolte nel corso dei secoli.¹⁵⁶ Ora, proprio la circostanza che il nostro *scholastikòs* dia indubbiamente il meglio di sé quando si limita ad estrarre la massima ricavabile dal testo legislativo giustifica la

154 Vedi, ad esempio, le considerazioni svolte al § 7. Ovviamente non sempre il coordinamento tra i testi delle varie costituzioni si presenta privo di mende: vedi, ad esempio, le considerazioni svolte al § 6 in relazione al testo di TheodBrev. 74,3, nel quale la legittimazione dei figli naturali in seguito alla confezione degli strumenti dotali viene erroneamente limitata alle ipotesi di assenza di figli legittimi. Un problema di coordinamento tra i testi di TheodBrev. 18,1 e TheodBrev. 1,1, da tempo rilevato in dottrina, è stato di recente ripreso da F. Gorla, 'Critiche alla legislazione successoria giustiniana in uno scolio dell'Eisagoge e vicende della legittima', in: E. Chevreau/D. Kremer/A. Laquerrière-Lacroix, [eds.], *Carmina iuris: Mélanges en l'honneur de Michel Humbert*, Paris 2012, 348 e nt. 14, il quale ha posto in evidenza che, mentre TheodBrev. 18,1, nel riassumere le norme che hanno esteso la quota di legittima, 'parla solo dei figli', TheodBrev. 1,1 'dà chiaramente ad intendere che l'aumento della quota di legittima vada applicato a tutti gli eredi necessari, cioè discendenti, ascendenti, eventualmente anche fratelli'. Ad avviso del Gorla, il pensiero del nostro *scholastikòs* (nonostante il tenore letterale di TheodBrev. 18,1) sarebbe comunque chiaro nel senso che la Nov. 18 avrebbe accresciuto 'la quota di legittima tanto per i figli e i genitori, quanto per i fratelli' (nello stesso senso anche Athan. 9,2,2, mentre Julian. 34,114 estende le disposizioni di Nov. 18 soltanto agli ulteriori discendenti).

155 Come abbiamo visto, i riferimenti contenuti nelle *παραπομπάι* si presentano, di norma, corretti ed esaustivi (vedi anche Van der Wal/Lokin, *Delineatio*, 58, i quali osservano che si tratta di 'notes (...) très complètes et précises'). In alcuni casi ciò non avviene (vedi, ad esempio, le considerazioni contenute nel § 5), anche se si tratta di ipotesi in cui sembra verosimile che ci troviamo dinanzi ad errori ricollegabili a problematiche legate alla tradizione manoscritta. Si può, inoltre, segnalare che l'indicazione della data di emanazione della Novella poteva consentire al lettore di avere un punto di riferimento in ordine al problema della successione delle leggi nel tempo.

156 Vedi *supra*, § 1.

particolare fortuna del *Breviarium Novellarum* in cui, come è emerso nel corso della ricerca, Teodoro compie pressoché esclusivamente un'opera di massimazione.¹⁵⁷

Indubbiamente più complessa appare l'indagine sulla ricostruzione della personalità di Teodoro se la nostra riflessione si allarga dalle considerazioni tratte dal *Breviarium Novellarum* a quelle che possono formularsi sulla base dei frammenti a noi pervenuti del Commentario al *Codex*, un'opera che presenta, tra l'altro, problematiche relative alla tradizione manoscritta¹⁵⁸ di difficile se non impossibile soluzione.¹⁵⁹ Il giudizio complessivo su Teodoro non può, infatti, in questo caso prescindere dall'attribuzione al nostro *scholastikòs* o a un suo allievo dei fraintendimenti e delle imprecisioni che si ritrovano, in particolare, nelle ἐρωταποκρίσεις che ci sono pervenute attraverso gli scolii dei Basilici¹⁶⁰ e che ho sottoposto ad esame in un precedente lavoro. In quella sede, richiamando le considerazioni dello Scheltema,¹⁶¹ il quale aveva osservato che il Commentario al *Codex*, per la 'magna elocutionis neglegentia' e per i frequenti 'anacoluthi', si presenta come un'opera che 'e viva voce magistri originem duxit', avevo,

157 Opera di massimazione accompagnata, come abbiamo visto, da numerose παραπομπάι che consentono al lettore di avere un quadro complessivo della normativa in materia. Sulle caratteristiche delle epitomi di Teodoro vedi Sitzia, 'Il syntagma' (*supra* nota 13), 605, e la bibliografia citata alla nt. 41, nonché le ricerche della Matino citate alla nt. 4.

158 Ovviamente anche per il *Breviarium Novellarum* si pongono problemi di tradizione manoscritta, pur se non così rilevanti come quelli posti dal *Breviarium Codicis*. Un problema relativo alle vicende della tradizione manoscritta del *Breviarium Novellarum* potrebbe, ad esempio, porsi se accogliessimo l'ipotesi prospettata da H.J. Scheltema, 'Fragmenta Breviarii Codicis a Theodoro Hermopolitano confecti e Synopsi Erotematica collecta', in: *Studia Byzantina et Neohellenica Neerlandica*, Leiden 1972, 11, ora in: Id., *Opera minora ad iuris historiam pertinentia*, Groningen 2004, 372, ad avviso del quale all'origine l'opera di Teodoro doveva contenere anche alcune glosse marginali che scomparvero nel corso della tradizione manoscritta. Lo Scheltema ritiene che la sua ipotesi sia dimostrata dalla presenza in alcuni luoghi di entrambi i Commentari di Teodoro dell'avverbio ἔξωθεν. L'indizio addotto dall'autore olandese appare, invero, assai labile (vedi *infra*, in questo stesso § e nt. 166).

159 Alcune di queste problematiche emergono anche dalle considerazioni di H.R. Lug, 'Ein Bruchstück des Codex-Kommentars des Theodoros', *FM I* (1976), 2, il quale pone in evidenza, in relazione alla raccolta di frammenti da lui edita, che annotazioni marginali sono state inserite all'interno del testo.

160 Lo Zachariae, *De Breviario Codicis, quod Theodorum Scholasticum Hermopolitanum auctorem habet*, in: Ἀνέκδοτα, III (*supra* nota 48), XXXVI, oltre alle ἐρωταποκρίσεις a noi pervenute tramite gli scolii dei Basilici, ricorda anche quella contenuta nel Cod. Bodl. 3399 fol. 114. (oggi Bodl. Selden *supra* 11, cfr. RHBR, I, n. 153). Lo stesso Zachariae (p. XXXVII) ritiene di poter affermare in modo deciso che le 'ἐρωταποκρίσεις ab ipso autore adiectae esse videntur'. L'attribuzione a Teodoro (piuttosto che ad altri giuristi o ad inserimenti intervenuti in un secondo momento nel corso della tradizione manoscritta) delle nostre ἐρωταποκρίσεις non esclude, peraltro, che esse ci siano pervenute attraverso un quaderno redatto da un allievo del nostro *scholastikòs*. Per un esame delle problematiche poste dalle ἐρωταποκρίσεις, vedi Sitzia, 'Theodoros' (*supra* nota 1), 217ss.

161 Scheltema, 'Fragmenta' (*supra* nota 158), 372.

infatti, avanzato l'ipotesi che il *Breviarium Codicis* (o quanto meno le ἐρωταποκρίσεις¹⁶²) fosse stato tradito attraverso un quaderno di appunti di un ignoto allievo il quale aveva talvolta frainteso o non riportato correttamente il pensiero del maestro.¹⁶³

Sui complessi problemi legati alla tradizione manoscritta del *Breviarium Codicis* avremo modo di tornare tra breve. Per il momento possiamo limitarci ad osservare che l'analisi da noi condotta su alcuni testi del *Breviarium Novellarum* ci consente comunque di ribadire che ci troviamo dinnanzi ad un giurista in grado di svolgere in modo più che adeguato la sua attività di epitomatore di testi normativi aulici, ridondanti e spesso di non facile comprensione. Più difficile, invece, formulare delle ipotesi sulle caratteristiche dell'insegnamento impartito da Teodoro. Le numerose esortazioni di tipo scolastico¹⁶⁴ confermano la funzione didattica del *Breviarium Novellarum*, ma la circostanza che questo si limiti a delle brevi sintesi dei testi delle costituzioni accompagnate dalle παραπομπαι non ci consente di comprendere come si articolasse l'insegnamento. In particolare, non possiamo sapere se dopo la citazione dei passi paralleli si aprisse la discussione con gli allievi e se un qualche ricordo di questa fosse stato fissato per iscritto, quanto meno agli inizi della tradizione manoscritta. Come abbiamo già osservato,¹⁶⁵ uno spunto in questo senso potrebbe essere offerto dall'ipotesi dello Scheltema, ad avviso del quale alle origini anche il Commentario alle *Novellae* avrebbe contenuto delle glosse marginali, scomparse in un momento successivo: si potrebbe, infatti, pensare che queste glosse marginali

162 L'esame del contenuto dei singoli frammenti contenenti ἐρωταποκρίσεις (Sitzia, 'Theodorus' (*supra* nota 1), 217 ss.) mi aveva, infatti, indotto a ritenere che non ci trovassimo dinnanzi ad un espediente retorico di Teodoro ma a domande concretamente rivolte al nostro *scholastikòs* da uditori che, talvolta, mostrano di non aver compreso appieno il significato della sintesi operata dal maestro del testo della costituzione.

163 Sitzia, 'Theodorus' (*supra* nota 1), 237. L'ipotesi che tutto il commentario di Teodoro (e non solo le ἐρωταποκρίσεις) ci sia pervenuto tramite i quaderni di un allievo sarebbe in grado di spiegare, da un lato, la 'magna elocutionis negligentia' rilevata dallo Scheltema, dall'altro le gravi imprecisioni in cui l'ignoto estensore incorre allorché l'esposizione del maestro viene interrotta da domande mal formulate. Come abbiamo, infatti, già rilevato (vedi *supra*, nt. 162), nelle ἐρωταποκρίσεις l'andamento non particolarmente perspicuo dell'intero discorso sembra talvolta determinato da un fraintendimento da parte dell'autore della domanda di quanto affermato da Teodoro nella sua opera di massimazione. Per le *summae* può, invece, presumersi che, anche ipotizzando una loro provenienza dal quaderno di un uditore, questi abbia di norma riportato in modo sostanzialmente corretto, seppur in forma non elegante, l'insegnamento del maestro. Sulla possibile esistenza di due distinti quaderni di 'Summen' ed 'Erläuterungen' vedi *infra*, in questo stesso § e nt. 183.

164 Per le quali vedi Scheltema, 'Fragmenta' (*supra* nota 158), 371s. Anche D. Simon/A. Siphoniou-Karapa, 'Eine Fragmentensammlung aus dem Barocceanum 173', *FM* III (1979), 14, rilevano che 'die zahlreichen Adhortationes an Schüler' ben difficilmente potrebbero essere considerate come un mero abbellimento retorico. *Contra* Wenger, *Die Quellen* (*supra* nota 150), 672, ad avviso del quale 'das Werk war für die Praxis, nicht für den Unterricht bestimmt'.

165 Vedi *supra*, nt. 158.

contenessero il ricordo di discussioni intervenute durante l'insegnamento. Occorre, peraltro, osservare che l'ipotesi dello Scheltema, come è stato posto in evidenza,¹⁶⁶ si basa su indizi assai labili e che, in ogni caso, anche ammettendo l'esistenza di queste glosse marginali, il discorso sul contenuto delle stesse sarebbe del tutto congetturale. Forse potrebbe essere utile un'indagine mirata all'individuazione e all'analisi dei frammenti di commento di testi novellari attribuiti a Teodoro a noi pervenuti e il cui contenuto coincide con quello tradito dal Ms. Athon. Μεγίστης Λαύρας Θ 65.¹⁶⁷ Come abbiamo visto,¹⁶⁸ nel corso della nostra ricerca il problema si è posto in particolare in relazione alla testimonianza dello sch. 1 ad Bas 23,4,2, che il Cod. Paris. gr. 1348 riferisce a Teodoro, ma che la moderna dottrina ha, in modo convincente, attribuito ad un altro giurista.¹⁶⁹ Almeno sulla base della ricerca da noi condotta, non sembra quindi si possa avanzare alcuna congettura sull'esistenza o meno delle glosse marginali ipotizzate dallo Scheltema e quindi sulla loro rilevanza per una migliore comprensione dei metodi d'insegnamento del nostro *scholastikòs*.

In realtà, l'individuazione delle caratteristiche essenziali del metodo d'insegnamento di Teodoro è resa particolarmente complessa non soltanto dai problemi della tradizione manoscritta del Commentario al *Codex* ma altresì dalla circostanza che, a ben vedere, il nostro *scholastikòs*, nell'impostazione del corso sulle *Novellae*, si trovava dinnanzi a problemi profondamente diversi rispetto a quelli che aveva dovuto di affrontare nel corso

166 Simon/Siphoniou-Karapa, 'Eine Fragmentesammlung' (*supra* nota 164), 14: 'ob die Hinweise von der Art ἔξωθεν γνώση wirklich auf räumlich ausserhalb des Haupttextes stehende Glossen deuten, ist zweifelhaft'.

167 Si tratterebbe di valutare se, come afferma lo Scheltema ('Fragmenta' (*supra* nota 158), 372), queste note marginali 'omnino perierunt' o se alcune di esse, trascritte da uno scriba che aveva a disposizione il testo originario di Teodoro, siano a noi pervenute attraverso una tradizione manoscritta autonoma.

168 Vedi *supra*, § 2b.

169 Per una possibile attribuzione a Philoxenus vedi *supra*, nt. 30. In altri casi (vedi, ad esempio, le considerazioni esposte nella nt. 35) abbiamo rilevato alcune minime (anche se non del tutto irrilevanti) differenze tra il testo tradito dal Cod. Athon. Μεγίστης Λαύρας Θ 65 e quello a noi pervenuto tramite gli scolii dei Basilici. Si tratta però di ipotesi in cui le minime varianti possono essere spiegate con le vicende della tradizione manoscritta del medesimo testo. Allo stesso modo possono ben spiegarsi con le vicende della tradizione manoscritta le differenze che si ritrovano nelle παραπομπαί. Sempre in tema di tradizione manoscritta, se confrontiamo i testi del *Breviarum Novellarum* a noi pervenuti tramite il Ms. Athon. Μεγίστης Λαύρας Θ 65 e quelli riportati nell'opera edita da L. Burgmann/D. Simon, 'Ein unbekanntes Rechtsbuch', *FM I* (1976), 73ss., sulla base del Cod. Zaborda 121 (che, tra l'altro, ci hanno consentito di conoscere le *summae* di Novv. 166, 167 e 168), possiamo rilevare una corrispondenza quasi perfetta. Si può solo segnalare che i testi del Cod. Zaborda 121 sono privi di παραπομπαί e che talvolta non riportano la parte finale del testo (vedi, ad esempio, Zab. 1,42 = TheodBrev. 128,16). Può, comunque, essere utile rilevare che in almeno un caso (Zab. 1,48 = TheodBrev. 135) il testo offerto dal Cod. Zaborda sembra essere più completo (τις ἐξίστασθαι τῆς περιουσίας) del testo del Cod. Athon. (τις ἐξίστασθαι).

sul Codice.¹⁷⁰ Per gran parte delle *Novellae* non si poneva, infatti, per una platea di uditori grecolatini, il problema della lingua nella quale era stato redatto il testo legislativo (e quindi di una sua diretta comprensione), problema che, invece, presentava non scarso rilievo in un corso d'insegnamento dedicato ad un'opera scritta in latino, come il Codice. Ma vi è di più: mentre, infatti, nel *Breviarium Novellarum* Teodoro si trovava ad estrarre la massima dai testi integrali delle costituzioni, nel Commento al *Codex* egli aveva come punto di riferimento dei testi che rappresentavano già un'epitome di quelli originali. L'approccio non poteva, a mio avviso, non risentirne: nelle Novelle il problema centrale doveva essere proprio quello di chiarire agli uditori il principio giuridico che il legislatore aveva introdotto con un testo ampolloso, ridondante e, talvolta, di non facile lettura, nonché quello di raccordare la nuova norma, attraverso le *παραπομπαί*, al quadro complessivo della normativa in materia. Ovviamente non possiamo sapere con certezza se Teodoro proponesse ai suoi uditori un testo destinato a sostituire o semplicemente a facilitare la lettura del testo integrale delle Novelle; la circostanza che egli riportasse, insieme alla rubrica (spesso ridotta rispetto all'originale)¹⁷¹ ed alla data,¹⁷² anche le parole iniziali del testo,¹⁷³ sembrerebbe deporre nel senso che egli intendesse porre il lettore nella condizione d'individuare speditamente il testo originale anche nell'ipotesi in cui questi disponesse di una raccolta i cui numeri non coincidessero con quelli della *Collectio 168 Novellarum*¹⁷⁴ da lui utilizzata come base del *Breviarium*. Possiamo quindi ipotizzare che

170 Come pone in evidenza lo Scheltema, 'Fragmenta' (*supra* nota 158), 372, 'Codicis interpretatio Novellarum tractationi antecedit'.

171 Anche se abbiamo avuto occasione di segnalare un caso (vedi *supra*, § 4), quello di Nov. 159, in cui il titolo riportato da Teodoro risulta più ampio del corrispondente titolo greco pervenutoci attraverso la *Collectio 168 Novellarum* (anche se non di quello latino dell'*Authenticum*).

172 In realtà l'indicazione della data appariva necessaria in quanto consentiva una corretta applicazione del principio della successione delle leggi nel tempo. Nel Cod. Athon. non sono, invece, riportate le *inscriptions*. Sul punto vedi però P. Noailles, *Les collections de Novelles de l'empereur Justinien*, I, Paris 1912, 182, il quale osserva che 'il y a quelques vestiges qui peuvent provenir de ces inscriptions supprimées (Nov. 22, nt. 1; Nov 159, 1)'.

173 Sul punto mi sia consentito di rinviare a Sitzia, 'Il syntagma' (*supra* nota 13), 605 nt. 38: 'Come osserva lo Zachariae, *Anecdota*, III, p. XXIX, l'*incipit* delle Novelle latine, che Teodoro aveva riportato in lingua latina, nel corso della traduzione manoscritta fu tradotto in lingua greca da un autore ignoto che commise non pochi errori e inesattezze. Problema analogo si pone per le *subscriptions*, che nel manoscritto sono tutte riportate in greco, ma in relazione alle quali si può discutere se per le costituzioni latine la traduzione risalga allo stesso Teodoro o sia stata effettuata in un momento successivo'. Anche L. Burgmann, 'Αθανάσιος δὲ γλωσσος. Latina in der Novellenbearbeitung des Athanasios von Emesa', *SG IV* (1990), 66, nt. 22, afferma con sicurezza che Teodoro all'origine avrebbe 'die lateinischen Initia angeführt'.

174 Come sappiamo, Teodoro segue, infatti, la numerazione della *Collectio 168 Novellarum*, ma scrive in un periodo storico nel quale questa raccolta non si è imposta ancora in modo generalizzato e, comunque, circolano manoscritti in cui l'ordine numerico non coincide con quello che sarà l'ordine definitivo. In questa ottica il riferimento alle parole iniziali della Novella assume in Teodoro una

egli si rivolgesse ad un pubblico che (almeno in parte) attraverso la sua opera sarebbe stato in grado di meglio comprendere, e magari utilizzare in giudizio, i testi originali delle Costituzioni, anche se si può ragionevolmente ritenere che, in progresso di tempo e col decadere della scienza giuridica, la gran parte degli utilizzatori il *Breviarium* abbia finito per prendere in considerazione soltanto la sintesi di Teodoro¹⁷⁵ e non più il testo originale della Novella.¹⁷⁶

Nel commento al Codice, invece, dinnanzi a testi in lingua latina che costituivano essi stessi il risultato di un'opera di massimazione, le problematiche legate all'approccio didattico dovevano apparire diverse e più articolate. Nel *Codex* ritroviamo, infatti, sia testi estremamente sintetici sia testi che, per quanto certamente più brevi di quelli originali, contengono assai più del semplice principio giuridico enunciato dal legislatore.¹⁷⁷ Per la prima categoria di testi, in particolare, mentre il problema di una corretta traduzione in lingua greca doveva comunque apparire assai rilevante, in pratica non si poneva quello di procedere ad una ulteriore sintesi di un testo che era già sostanzialmente stato ridotto ad una massima. Poteva, invece, apparire utile soffermarsi sulle problematiche poste dal principio giuridico affermato dal legislatore, proponendo agli allievi alcune riflessioni che consentissero un migliore comprensione del testo.

Come sappiamo, le vicende della tradizione manoscritta ci hanno conservato, accanto ad un numero rilevante di frammenti e di relative *παραπομπαί*, alcune delle quali contengono non soltanto l'indicazione dei passi paralleli ma anche considerazioni più o meno ampie formulate da Teodoro,¹⁷⁸ un numero assai ridotto di *ἔρωτακρίσεις*.¹⁷⁹ I

valenza diversa rispetto a quella che l'*incipit* poteva avere nell'opera di Atanasio, in cui appariva certamente assai più utile, anche per il lettore che disponesse della *Collectio 168 Novellarum*, considerata l'autonoma numerazione adottata dallo *scholastikòs* di Emesa.

175 In questa prospettiva mi sembra possano essere condivise le considerazioni di Van der Wal/Lokin, *Delineatio*, 55, i quali osservano che le opere degli *scholastikoi* 'n'étaient pas des commentaires ou des moyens d'étude du texte original du Code et des Nouvelles, mais bien des livres destinés à les remplacer: on étudiait le droit dans ces résumés, sans consulter les lois et les codes dont ils dériveraient'. Opportunamente i nostri autori pongono, infatti, in evidenza che, in linea teorica, giudici ed avvocati avrebbero dovuto utilizzare in giudizio i testi originali delle costituzioni ma che si può ragionevolmente dubitare che ciò avvenisse, in particolare allorquando si trattava di citare costituzioni latine.

176 Anche se la circostanza che la gran parte delle *Novellae* fosse scritta in greco può certamente aver facilitato un uso diretto del testo integrale, tranne che, ovviamente, per le Costituzioni che nella *Collectio 168 Novellarum* erano state tradite esclusivamente in lingua latina.

177 A questa seconda categoria di testi appartengono, di norma, le Costituzioni emanate da Giustiniano, dalle quali, comunque, i compilatori avevano eliminato, sulla base delle indicazioni impartite dallo stesso imperatore, le parti non rilevanti sotto il profilo normativo. Sul punto vedi, per tutti, Simon, 'Einführung' (*supra* nota 52), 127.

178 Si vedano, a mero titolo di esempio, le *παραπομπαί* dello sch. 3 ad Bas. 11,1,85 (= C. 2,3,24) (su cui vedi Sitzia, 'Theodoros' (*supra* nota 1), 212s.) e dello sch. 1 ad Bas. 45,4,9 (= C. 6,61,6).

frammenti a noi pervenuti ci offrono, peraltro, ‘ein sehr uneinheitliches Bild’, dal momento che ‘teils haben sie den Charakter mittelgrosser Traktate (...), teils handelt es sich um kurzen Notizen, die die Bezeichnung “Summe” nicht wirklich verdienen’.¹⁸⁰

Proprio quest’ultima considerazione ci induce a ritenere eccessivamente ottimistica l’affermazione dello Zachariae,¹⁸¹ ad avviso del quale una ricognizione dei frammenti di Teodoro a noi pervenuti consentirebbe di individuare con certezza e di illustrare ‘optime’ l’‘indoles’ e la ‘natura’ del *Breviarium Codicis*. In particolare non sembra che possa essere condivisa l’affermazione dell’illustre studioso tedesco,¹⁸² ad avviso del quale il commentario di Teodoro si sarebbe caratterizzato per l’assenza di *παραγραφαί* limitandosi a ‘epitomis sive summaris constitutionum Codicis cum *παραπομπαίς*’. In alcuni casi, infatti, come abbiamo osservato, ci sono pervenuti commenti di una certa ampiezza in cui la breve sintesi del principio giuridico enunciato dalla costituzione è seguita da considerazioni ampie ed articolate che il nostro *scholastikòs* propone ai suoi uditori.

Per impiegare una terminologia autorevolmente proposta in dottrina, accanto alle ‘Summen’ ritroviamo quindi un certo numero di ‘Erläuterungen’, anche se appare, allo stato delle nostre conoscenze, del tutto congetturale l’ipotesi, che ‘Summen und Erläuterungen getrennt tradiert wurden, wie da beim Digestenkommentar des Stephanos der Fall war’.¹⁸³

179 Vedi *supra*, nt. 160.

180 La citazione testuale è tratta da Simon/Siphoniu-Karapa, ‘Eine Fragmentesammlung’ (*supra* nota 164), 14, i quali ricordano, per la prima categoria di frammenti, la testimonianza dello sch. 1 ad Bas. 42,3,80 (= C. 3,36,25) (errata, invece, la citazione BS 2713/5-31, che potrebbe forse riferirsi a BS 2713/26 – 2714/18 = sch.1 ad Bas. 45,4,9 = C. 6,61,6), per la seconda categoria, le testimonianze dello sch. 1 ad Bas. 45,1,48 (= C. 6,58,12) e dello sch. 1 ad Bas. 45,4,10 (= C. 6,61,7).

181 Zachariae, *De Breviario Codicis* (*supra* nota 160), XXXII. Parimenti non mi sembra di poter condividere l’affermazione di Van der Wal/Lokin, *Delineatio*, 58, ad avviso dei quali i Commentari al *Codex* ed alle *Novellae* sarebbero stati concepiti esattamente allo stesso modo.

182 Zachariae, *De Breviario Codicis* (*supra* nota 160), XXXIII.

183 L’ipotesi è prospettata da Simon/Siphoniu-Karapa, ‘Eine Fragmentesammlung’ (*supra* nota 164), 14. Si potrebbe, in proposito, rilevare che Teodoro si era formato alla scuola degli *antecessores* ed aveva verosimilmente seguito i corsi di Stefano (dubbiosi sul punto Van der Wal/Lokin, *Delineatio*, 58, i quali osservano che in un caso Teodoro qualifica Stefano come suo maestro, ma che ‘il est très douteux s’il faut interpréter ce terme dans le sens littéral’). Si può, peraltro, porre in evidenza che appare assai difficile ipotizzare che Teodoro adottasse un metodo d’insegnamento analogo a quello di Stefano che, come sappiamo, aveva articolato il suo corso in due momenti successivi, anche se non sappiamo a quale distanza di tempo il corso relativo alle *παραγραφαί* seguisse quello relativo all’*index*. Sembra quindi più ragionevole ritenere che il corso del nostro *scholastikòs* fosse organizzato in modo unitario, che i commenti seguissero le ‘Summen’ e che l’insieme dell’insegnamento del maestro fosse riportato in un unico quaderno, anche se non siamo in grado di stabilire se *παραπομπαί*, *ἐρωταποκρίσεις* e, ‘in generale Erläuterungen’, siano state inserite dall’ignoto estensore all’interno del testo (dopo le singole ‘Summen’) o in margine.

Si tratta di un quadro che, come appare evidente, lascia aperti numerosi interrogativi, specie alla luce dell'ipotesi, da noi ritenuta assai verosimile, che i frammenti dell'opera del nostro *scholastikòs*¹⁸⁴ ci siano pervenuti attraverso una tradizione manoscritta che aveva attinto ai quaderni di un suo allievo. Non siamo, infatti, in grado di sapere con quale frequenza nel corso del suo insegnamento Teodoro abbia fatto ricorso ad una tecnica didattica basata su domande e risposte, sia perché l'estensore dei quaderni potrebbe essersi limitato a riportare solo le ἐρωταποκρίσεις che a lui fossero apparse particolarmente rilevanti, sia anche perché non sappiamo in quale percentuale le ἐρωταποκρίσεις effettivamente contenute nei quaderni ci siano poi pervenute attraverso gli scolii dei Basilici.¹⁸⁵ Ovviamente una prudenza anche maggiore non può che adottarsi in relazione alla frequenza ed all'ampiezza di ulteriori 'Erläuterungen' che seguissero le 'Summen',¹⁸⁶ non si limitassero a brevi osservazioni all'interno delle παραπομπάι e non assumessero la forma delle ἐρωταποκρίσεις.¹⁸⁷ Certo, un significativo passo in avanti nelle nostre conoscenze potrebbe derivare, come è stato autorevolmente sostenuto, da 'eine gründliche Prüfung der Gesamtüberlieferung des Theodorosopus, welche aufgrund der neuen Basilikenausgabe prinzipiell möglich ist',¹⁸⁸ pur nella consapevolezza che rimarrebbero comunque aperti numerosi interrogativi derivanti, in particolare, dall'impossibilità di conoscere in che misura l'ignoto allievo abbia riportato un quadro completo dell'insegnamento impartito dal maestro ed in che misura il contenuto dei quaderni ci sia poi pervenuto attraverso le vicende della tradizione manoscritta.¹⁸⁹

184 Sul problema della tradizione manoscritta vedi *supra*, in questo stesso §, e nt. 152 e 159.

185 Si consideri, tra l'altro, che una delle ἐρωταποκρίσεις ci è pervenuta al di fuori degli scolii dei Basilici. Vedi *supra*, nt. 160.

186 Occorre ricordare che, come ha rilevato lo Zachariae, *De Breviario Codicis* (*supra* nota 160), XXXV, Teodoro, per quanto riguarda i libri ed i titoli, segue l'ordine del *Codex repetitae praelectionis*, mentre, all'interno del singolo titolo, talvolta scinde una singola costituzione in 'plura themata', talvolta contrae 'plures constitutiones in unum thema'.

187 Intendo riferirmi a testimonianze come quella dello sch. 1 ad Bas. 42,3,80 (= C. 3,36,25) (vedi *supra*, nt. 180), in cui l'ampio commento di Teodoro segue l'epitome del testo della costituzione. Si tratta indubbiamente di un frammento di grande interesse in quanto, tra l'altro, il nostro *scholastikòs* si riferisce espressamente all'opera di Taleleo (Θαλέλειος ὁ τῆς νομικῆς ὀφθαλμῶς) che, ad avviso del Wenger, *Die Quellen* (*supra* nota 150), 691, e del Pieler, *Rechtswissenschaft*, 436, avrebbe costituito la base del commento di Teodoro. Anche in relazione a questo problema significativi avanzamenti delle nostre conoscenze potrebbero derivare da una puntuale ricerca, auspicata in testo, su tutti i frammenti di Teodoro a noi pervenuti.

188 Simon/Siphoniu-Karapa, 'Eine Fragmentesammlung' (*supra* nota 164), 14. Pur riconoscendo l'indubbia utilità di una tale ricerca per una migliore ricostruzione della personalità di Teodoro, non saprei in che misura essa possa offrirci indizi significativi a favore dell'ipotesi prospettata dai due autori relativa all'esistenza di due quaderni ('Summen und Erläuterungen') traditi separatamente. Sul problema vedi *supra*, nt. 183.

Se sulle caratteristiche dell'insegnamento di Teodoro, specie in relazione al *Codex*, molti interrogativi continuano a rimanere aperti, mi sembra, invece, che la ricerca che abbiamo condotto sul *Breviarium Novellarum* ci consenta di considerare forse eccessivamente severo il giudizio del Simon,¹⁹⁰ ad avviso del quale 'im Verständnis und in der Präzision des Ausdrucks steht Theodoros weit hinter Athanasios zurück'.¹⁹¹ Più in generale, non mi sembra di poter condividere l'affermazione per cui, mentre Atanasio avrebbe 'nicht exzerpiert, sondern tatsächlich epitomiert', il *Breviarium Novellarum* di Teodoro dovrebbe essere considerato 'nichts anderes als ein Exzerpt aus der Collectio der 168 Novellarum'. Molti dei testi dai noi esaminati, in questa come nelle precedenti ricerche, mi sembra si presentino, infatti, come delle vere epitomi in cui il nostro *scholastikòs* dimostra di saper estrarre il principio giuridico stabilito dal legislatore, non limitandosi a semplici tagli e sfrondamenti di un testo ufficiale ampolloso e prolisso.¹⁹²

In relazione, infine, ai destinatari del *Breviarium Novellarum* di Teodoro, non mi sembra si possano compiere sostanziali progressi rispetto alle considerazioni formulate dal Simon¹⁹³ in relazione al *Syntagma* di Atanasio. Anche nel nostro caso, infatti, come osserva l'illustre autore tedesco, appare ragionevole ritenere che lo scopo dell'autore non fosse quello di introdurre i lettori alla conoscenza del diritto, ma che l'opera fosse indirizzata a soggetti, almeno in una certa misura, già esperti nelle scienze giuridiche e

189 Il problema riguarda non soltanto i frammenti che non ci sono pervenuti ma altresì il contenuto di quelli che sono a noi giunti. Non a caso Simon/Siphoniu-Karapa, 'Eine Fragmentesammlung' (*supra* nota 164), 14, in relazione ai frammenti particolarmente brevi e concisi (vedi *supra*, in questo stesso § e nt. 180), ipotizzano la possibilità che ci si trovi dinnanzi ad una 'Teilüberlieferung'. Si può, inoltre, ricordare l'ammonimento dello Zachariae, *De Breviario Codicis* (*supra* nota 160), XXXIII, il quale aveva definito 'subtile et spinosum' il lavoro dello studioso che, volendo procedere ad una ricostruzione palinogenetica del *Breviarium Codicis* di Teodoro, avrebbe dovuto 'purgare' i frammenti a noi pervenuti 'ab interpolationibus et additionibus, quibus turpiter deformata sunt.'

190 Simon, 'Einführung' (*supra* nota 52), 129.

191 Anche se si può essere d'accordo col Simon, 'Einführung' (*supra* nota 52), 129, quando osserva che una presunta superiorità di Teodoro nei confronti di Atanasio si basa su un pregiudizio risalente allo Zachariae. In realtà, come abbiamo visto (vedi *supra*, in questo stesso §), le affermazioni del Simon potrebbero essere condivise ove riferite non alle capacità di epitomatore ma, più in generale, alle complessive capacità di Teodoro come giurista.

192 In questo senso possono segnalarsi anche i testi in cui, come ha posto bene in evidenza il Gorla, 'Il giurista' (*supra* nota 93), 162, nt. 41, Teodoro sottolinea il carattere singolare o anomalo di alcune disposizioni novellari. Oltre alla testimonianza di TheodBrev. 136,5, già da noi esaminata (vedi *supra*, nt. 49), possono segnalarsi col Gorla le testimonianze di TheodBrev. 78,5; 81,4; 89,10; 97,3; 115,6. Si può altresì ricordare col Burgmann, 'Αθανάσιος' (*supra* nota 173), 59ss., che Teodoro (al pari di Atanasio) utilizza talvolta i termini tecnici latini, anche là dove il testo della *Collectio 168 Novellarum* utilizzava termini greci o faceva ricorso ad una perifrasi.

193 Simon, 'Einführung' (*supra* nota 52), 131. Nello stesso senso Burgmann, 'Αθανάσιος' (*supra* nota 173), 63.

IL BREVIARIUM NOVELLARUM DI TEODORO DI ERMOPOLI

forse anche 'an praktisch tätige Anwälte und Notare, schliesslich noch an Rechtsunterricht erteilende Rhetoriklehrer'.

Università di Cagliari

Francesco Sitzia

