



Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza  
dell'Università di Torino

*nuova serie*

28



LINGUAGGIO E SISTEMATICA  
NELLA PROSPETTIVA  
DI UN ROMANISTA

Atti della Giornata di Studi in onore  
del Professor Lelio Lantella  
(Torino, 22 marzo 2013)

*a cura di*

SAVERIO MASUELLI e LUCIA ZANDRINO



**Edizioni Scientifiche Italiane**

*Il volume è stato pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino.*

*Il presente volume è stato sottoposto ad un Comitato scientifico nominato dal Consiglio del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino e formato da qualificati rappresentanti delle discipline corrispondenti o affini a quelle oggetto del lavoro. Il Comitato ne ha approvato la pubblicazione all'interno della presente collana all'esito di una procedura tale da garantire trasparenza di criteri e autonomia di giudizio.*

MASUELLI, Saverio; ZANDRINO Lucia (*a cura di*)  
Linguaggio e sistematica nella prospettiva di un romanista.  
Atti della Giornata di Studi in onore del Professor Lelio Lantella (Torino, 22 marzo 2013)  
Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino  
*nuova serie*, 28  
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014  
pp. XII+292; 24 cm  
ISBN 978-88-495-2887-9

---

© 2014 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.  
80121 Napoli, via Chiatamone 7

**Internet:** [www.edizioniesi.it](http://www.edizioniesi.it)  
**E-mail:** [info@edizioniesi.it](mailto:info@edizioniesi.it)

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

## Indice

BIBLIOGRAFIA del Professor Lelio LANTELLA	VII
FILIPPO GALLO, <i>Presentazione</i>	XI
ANTONIO PALMA, <i>Note in tema di cittadinanza romana e sovranità</i>	1
ANDREA TRISCIUOGGIO, <i>Percorsi semantici antichi e dogmatica giuspubblicistica moderna. Da 'officium' a 'ufficio'</i>	29
RAFFAELE CATERINA, <i>La ridondanza nel linguaggio del legislatore</i>	55
MARIO DEGANELLO, <i>La dimensione cronologica dell'accertamento di responsabilità: per una tassonomia dei termini processuali penali</i>	71
PIERLUIGI ZANNINI, <i>Ancora sul danno non patrimoniale</i>	113
SANDRO SCHIPANI, <i>Obligationes e sistematica: cenni sul ruolo ordinante della categoria</i>	123
SAVERIO MASUELLI, <i>Vindicta e ultio: per un lessico del sistema vendicatorio nella cultura giuridica romana</i>	197
LUCIA ZANDRINO, <i>Linguaggio giuridico e linguaggio amicale: Cicerone, Ep. ad Att. 15.20</i>	219
PAOLO GARBARINO, <i>Sistema e sequenza: esempi giustiniane</i>	241
FAUSTO GORIA, <i>Impostazioni sistematiche nelle compilazioni giuridiche postgiustiniane dell'Impero d'Oriente (secoli VIII-X)</i>	263



FAUSTO GORIA

*Impostazioni sistematiche nelle compilazioni minori postgiustinianee dell'Impero d'Oriente*

(secoli VIII-X)

1. – Mentre è attualmente discusso – molto più che qualche tempo fa, in cui la risposta positiva era data per scontata – se e in qual senso si possa parlare del diritto come di un “sistema”<sup>1</sup>, è noto che tale problema non era oggetto di particolare attenzione da parte dei magistrati o dei giuristi romani, dei quali non ci sono pervenute trattazioni o discussioni sul punto<sup>2</sup>. In questa sede, però, non vogliamo soffermarci sui vari significati che i termini “sistema, sistematica” possono assumere con riferimento al diritto, né approfondire il contributo che l’attività dei giuristi romani può aver fornito in tal senso<sup>3</sup>,

<sup>1</sup> Ad esempio, molti saggi in proposito sono raccolti, sotto il titolo *Le système juridique* nel volume 31(1986) della rivista *Archives de philosophie du droit*, ma il problema è trattato ancora da R.J. VERNENGO, *Le droit est-il un système?*, *ibid.*, 36 (1991), p. 253 ss. (come presentazione e discussione di M. VAN DE KERCHOVE e F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, 1988) e da C. SAMPER, *Argumentaire pour l'application de la systématique au droit*, *ibid.*, 43 (1999), p. 327 ss.; allo stesso tema è dedicato, in Italia, il volume *La sistematica giuridica. Storia, teoria, problemi attuali*, Roma 1991, che raccoglie gli atti di un convegno internazionale tenutosi presso l'Accademia Nazionale dei Lincei dal 1° al 5 aprile 1986. Successivamente, cfr., ad esempio F. RITTNER, *Über die Notwendigkeit des Rechtssystematischen Denkens*, in «*Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert*». *Festschrift für Knut Wolfgang Nörr*, Köln.-Weimar-Wien, 2003, p. 805 ss.; M. CUMYN, *Les catégories, la classification et la qualification juridiques: réflexions sur la systématique du droit*, in *Les Cahiers de Droit* 52 (2011) p. 351 ss.

Un’opera in cui la trattazione del problema generale è seguita da una disamina storica della tematica nell’ambito del diritto romano tardo repubblicano e classico, accompagnata da abbondante bibliografia, è quella di F. CUENA BOY, *La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana*, Santander, 1998.

<sup>2</sup> Degno di nota è però il fatto che Hermogen. *libro primo iuris epitomarum* D. 1.5.2 senta il bisogno di giustificare l’ordine espositivo da lui adottato: *Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu ac post de ceteris, ordinem edicti perpetui secuti et his proximos atque coniunctos applicantes titulos ut res patitur, dicemus*. Per alcune considerazioni e indicazioni bibliografiche, cfr. recentemente E. DOVERE, *De iure. L'esordio delle epitomi di Ermogeniano*<sup>2</sup>, Napoli 2005, p. 75 ss.

<sup>3</sup> L’amico e collega che onoriamo in questa giornata ebbe a occuparsi di queste

ma prendere in considerazione le modalità e l'ordine con cui singoli istituti giuridici o gruppi di essi sono trattati, per esporre la normativa che li riguarda, nelle raccolte giuridiche di minore ampiezza – rispetto alla Compilazione giustiniana e poi ai “60 libri” o Basilici – emanate (o almeno predisposte) dai successori di Giustiniano nel periodo che va dal secolo VIII alla fine del secolo IX o agli inizi del X.

All'epoca di Giustiniano il problema del raggruppamento degli argomenti e del connesso ordine espositivo non fu esplicitamente affrontato in occasione della progettazione del Codice, dato che la costituzione *Haec, quae necessario* (anno 528) si limita ad ordinare ai commissari di *leges componere et congruis subdere titulis* (§ 2), mentre la successiva const. *Summa rei publicae* (anno 529) non si sofferma ulteriormente sul punto. Di fatto, i compilatori del *Codex* si ispirarono largamente all'ordine dei Codici Gregoriano e Teodosiano (i quali a loro volta per il diritto privato adottavano in generale la sequenza dell'editto pretorio), anticipando però al libro I (titoli 1-13)<sup>4</sup> la trattazione delle questioni religiose e del diritto ecclesiastico (che nel Teodosiano erano poste nel libro XVI) e collocando nei libri X-XII molte tematiche di diritto pubblico che nel Teodosiano occupavano i libri VI-VIII e X-XV. In entrambi i codici nel libro I si trattava delle fonti del diritto e di una lunga serie di funzionari, mentre al diritto penale era dedicato il libro IX<sup>5</sup>.

tematiche soprattutto in un ampio saggio del 1976: L. LANTELLA, *Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano*, in F. BONA, F. GALLO, F. GORLA, L. LANTELLA, M. SARGENTI, N. SCAPINI e P.L. ZANNINI, *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino 1976, 13 ss.

<sup>4</sup> La tesi di Laurens Waelkens secondo cui gli attuali titoli 1-13 del Codice Giustiniano non avrebbero fatto parte del testo originario è stata efficacemente combattuta da B.H. STOLTE, *A heretical hypothesis on the beginning of the Codex Justinianus*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Revue d'Histoire du Droit* 81 (2013), p. 109 ss.

<sup>5</sup> La distribuzione delle materie nel Codice Gregoriano è difficile da ricostruire con precisione, ma pare fuor di dubbio che per il diritto privato si ispirasse in linea generale alla sequenza dell'editto perpetuo: cfr. M.U. SPERANDIO, *Codex Gregorianus. Origine e vicende* (Università di Roma 'La Sapienza'. Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto romano e dei diritti dell'Oriente mediterraneo, LXXX), Napoli 2005, p. 307 ss.; 323 ss.; 331 ss.; 342 ss.; 384 s.; 389 ss. Sull'ordine espositivo del *Codex Justinianus* in confronto con quello del *Codex Theodosianus* e con quello del Digesto si veda ampiamente A.M. GIOMARO, *Il Codex repetitae praelectionis. Contributi allo studio dello schema delle raccolte normative da Teodosio a Giustiniano* (Studia et Documenta. Sectio iuris Romani et Historiae iuris - 5), Roma 2001, p. 70 ss.; 77 ss.; 95 ss.; 235 ss.; 245 ss.; 248 ss.; 261 ss.; 273 ss.; 286 ss. Ovviamente, i confronti con i Codici Gregoriano e Teodosiano devono tener conto del fatto che del primo e della prima parte del secondo non conosciamo l'elenco completo dei titoli.



Alla commissione preposta alla compilazione del Digesto venne invece impartita la precisa istruzione di ... *in libros quinquaginta et certos titulos totum ius digerere tam secundum nostri constitutionum Codicis, quam edicti perpetui imitationem, prout hoc vobis commodius esse patuerit...*<sup>6</sup>; il problema dell'ordine espositivo fu quindi programmaticamente posto, e difatti anche la successiva const. *Tanta* si fa premura di giustificare alcuni scostamenti dalle sequenze dell'editto sostenendo che ... *oportuerat ea quae de eodem paene loquuntur in confinio ponere*<sup>7</sup>. Dall'ordine edittole esulano D.1,1-8 (ove si parla del diritto in generale, delle sue fonti, degli status personali e della distinzione fra le cose) nonché i libri 48-50, dedicati ai crimini e ad altre materie prevalentemente pubblicistiche che non avevano posto nell'editto.

L'ordine espositivo preferito da Giustiniano per le compilazioni maggiori<sup>8</sup> era quindi quello dell'editto, che, com'è noto, nella sua composizione assestata in età adrianea e oggetto dei grandi commentari e di altre opere di giuristi classici, in una prima parte (titoli 1-13) conteneva tematiche relative alla giurisdizione e alle diverse eventualità che potevano verificarsi davanti a un magistrato nell'impostazione di un processo di tipo formulare; in una seconda parte (titoli 14-24) elencava i mezzi giudiziari regolari; in una terza (titoli 25-35) poneva quelli sommari o implicanti il giudizio di particolari collegi di *recuperatores*; nella quarta (titoli 26-42), trattava della *res iudicata* e delle sue conseguenze, per concludere, nella quinta parte (titoli 43-45), con gli *interdicta*, le *exceptiones* e le *stipulationes prae-*

<sup>6</sup> C. 1.17.1.5 = const. *Deo auctore* § 5 (anno 530); su questa frase cfr. ad esempio M. CAMPOLUNGI, *Potere imperiale e giurisprudenza in Pomponio e in Giustiniano*, II.1, Perugia 2001, 168 ss. Da sottolineare è il fatto che il criterio indicato dall'imperatore è quello della comodità, evidentemente per coloro che avessero consultato la compilazione.

<sup>7</sup> C. 1.17.2.5 = const. *Tanta* § 5 (anno 533): si allude rispettivamente a pegno e ipoteca, collocati nel libro 20 e quindi subito dopo la parte *de rebus creditis*, nonché a temi connessi con la compravendita (editto edilizio, azione redibitoria, *stipulatio duplae*), posti all'inizio del libro 21 e quindi non troppo distanti da tale contratto, che occupava l'intero libro 18 e il titolo 1° del libro 19. La cost. Δέδωκεν, a quanto pare non recepita nel Codice, non offre significative variazioni in proposito. Per un raffronto tra lo schema dell'editto pretorio, quello del Codice e quello del Digesto, cfr. ad esempio GIOMARO, *op. cit.*, 77 ss.; 258 ss.; 264 ss.; 295 ss.; 507 ss. con bibliografia precedente.

<sup>8</sup> Ciò è confermato anche da un passo della const. *Omnem*, (§ 1), in cui l'imperatore critica il precedente modello di insegnamento in quanto ... *primi anni hoc opus* (solo i quattro *libri singulares*, o anche le Istituzioni da Gaio ?) *legentibus trahebatur non secundum edicti perpetui ordinationem, sed passim et quasi per saturam collectum ....*

*toriae*. Un'appendice conteneva l'editto degli edili curuli, articolato in quattro titoli<sup>9</sup>.

Benché la logica che reggeva l'editto fosse eminentemente processuale, nell'indicazione dei mezzi di tutela vi erano dei nuclei più o meno compatti che potevano essere presi in considerazione anche sotto differenti punti di vista: ad esempio, le azioni *in rem* erano quasi integralmente collocate nel titolo II,15, e conseguentemente nei libri 5-8 del Digesto (sia pure mescolate con altri mezzi di diversa natura); così le azioni a tutela di obbligazioni da atto lecito si susseguivano in gran parte nei titoli II,17-20, corrispondenti per lo più ai libri 12-19 del Digesto e cioè all'intera *pars de rebus (creditis)*; anche gran parte della materia delle successioni (tranne la *petitio hereditatis*, che stava insieme con le azioni reali) era rinvenibile nei titoli III,25-27 e, con una ripartizione interna un po' diversa e con l'inserimento di qualche tematica non presa in considerazione dall'editto, nei libri 28-38 del Digesto. La maggior parte dei delitti privati (tranne, ad esempio, il *damnum iniuria datum* e l'*effusum et deiectum*, collocati in D. 9.2-3, nonché le fattispecie di *servus corruptus* e del *mentor, qui falsum modum dixerit*, che avevano sede in D. 11.3 e 5; nell'editto tali delitti non avevano una sede unitaria) e i crimini furono raggruppati nei libri 47-48 del Digesto e formarono i cosiddetti *libri terribiles* (*Tanta*, § 8a = C. 1.17.2.8a).

Senz'altro più ordinata e compatta è l'esposizione della materia nelle Istituzioni, che, com'è noto, seguono la tecnica espositiva e l'ordine di quelle di Gaio. Come queste ultime, quindi, esse collocano nel libro 4° (titoli 6-17; poi ce n'è ancora uno, assente in Gaio, dedicato al diritto penale) la tematica processuale (*actiones*) e quindi possono ordinare gli argomenti restanti senza necessariamente occuparsi dell'illustrazione dei mezzi di tutela. Come in Gaio, i concetti più generali ordinanti sono quelli di *personae* e di *res*: alle prime è dedicato tutto il primo libro (tranne i titoli 1-2, che trattano del *ius* e delle sue fonti); le seconde occupano i libri 2 - 3 e 4,1-5 ed ab-

<sup>9</sup> Quanto detto si basa sulla ricostruzione più recente dell'ordine edittole effettuata da Otto Lenel (non esente peraltro da problemi: cfr. ad esempio E. STOLFI, *Studi sui «Libri ad edictum» di Pomponio*, I, Napoli 2002, 210 s. e nt. 10); in particolare, i criteri che avrebbero determinato le sequenze rinvenibili in quest'ultimo sono illustrate in O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*<sup>3</sup>, Leipzig 1927 (rist. Aalen 1974), 31 ss.; per un elenco dei titoli edittole (in parte ricostruiti), cfr. *ibid.*, p. XVI ss. e S. RICCOBONO, in *Fontes iuris Romani anteiustiniani*<sup>2</sup>, I, Firenze 1941 (rist. 1968), p. 335 ss., con introduzione e note del curatore. Per una presentazione sintetica, cfr. ad esempio F. SCHULZ, *Geschichte der Römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, p. 174 ss. = traduz. ital., *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze 1968, p. 262 ss.; A. GUARINO, *Storia del diritto romano*<sup>12</sup>, Napoli 1998, p. 454 ss. (n. 206).

bracciano tutto il diritto patrimoniale. Però, a differenza che in Gaio, qui la materia è articolata per titoli muniti di rubriche<sup>10</sup>; sono inoltre molto più frequenti che in Gaio le definizioni di concetti o di istituti<sup>11</sup>: tutto ciò contribuisce a concentrare l'attenzione su questi ultimi piuttosto che sullo sviluppo del discorso che ne giustifica la collocazione in un certo ordine. Almeno per certe materie, quindi (ad es.: matrimonio, tutela, contratti consensuali, eredità e legati), gli studenti non avrebbero avuto difficoltà a reperire nel Digesto e nel Codice i libri e titoli che permettevano loro di completare quanto appreso al primo anno nel corso di Istituzioni<sup>12</sup>.

2. – Dell'uso delle varie parti della Compilazione giustiniana (o piuttosto delle traduzioni ed epitomi in lingua greca delle varie componenti di essa) nel secolo VII sappiamo poco. Due dati sono però relativamente sicuri: da un lato il fatto che al tempo dell'imperatore Eraclio (anni 610-641) l'autore noto come Anonimo/Enantiofane ne fece uso (avvalendosi anche di una precedente raccolta – nota come *Collectio tripartita* – di passi d'interesse religioso tratti separatamente da epitomi greche del Digesto, del Codice e delle Novelle) per inserire anche le corrispondenti norme civili in una collezione di canoni di concilii e Padri della Chiesa articolata per argomenti in 14 titoli e relativi capitoli, componendo così il cosiddetto Nomocanone in XIV titoli<sup>13</sup>, che ebbe poi ulteriori edizioni e molta fortuna nell'Impero d'Oriente. Dall'altro sta il fatto che ancora alla fine del secolo VII

<sup>10</sup> Esse a volte spezzano la continuità del discorso: ad es. i titoli 1.7 (*De lege Fufia Caninia sublata*); 1.16 (*De capitis deminutione*).

<sup>11</sup> Ad es. in I. 1.3.1-2 vengono definite *libertas* e *servitus*; in I. 1.9.1 le *nuptiae*; in I. 1.13.1 la *tutela*; in I. 2.4 pr. l'usufrutto; in I. 2.7.1 la *donatio mortis causa*; in I. 2.10 pr. il *testamentum*; in I. 2.20.1 il *legatum*; in I. 3.13 pr. l'*obligatio*; in I. 4.1.1 il *furtum*; in I. 4.4 pr. l'*iniuria*; in I. 4.6 pr. l'*actio*; in I. 4.15 pr. gli *interdicta*. Nessuna di queste definizioni è presente nelle Istituzioni di Gaio.

<sup>12</sup> Cfr. del resto const. *Tanta* §§ 5-6 = C. 1.17.2.5-6: ... *Post hos* (cioè i libri 20-22 del Digesto) *si qua de sponsalibus vel nuptiis vel dotibus legibus dicta sunt reposuimus, tribus librorum voluminibus ea concludentes. De tutelis autem et curationibus geminos libros conscripsimus. ... 6. Quintus autem exoritur nobis digestorum articulus, in quo de testamentis et codicillis tam privatorum quam militum omne, quidquid antiquis dictum est, inveniat quis depositum: qui de testamentis appellatur. De legatis autem et fideicommissis quinque librorum numerus adgregatus est.* Nel Codice, nozze e tutela/curatela sono concentrate nel libro 5<sup>o</sup>; eredità, legati e fedecommissi nel libro 6,11-62.

<sup>13</sup> Sulle problematiche a causa delle quali è estremamente arduo ricostruire la storia e la forma primitiva di tale Nomocanone, cfr. recentemente B. STOLTE, *In search of the origins of the Nomocanon of the Fourteen Titles*, in CH. PAPASTATHIS (ed.), *Byzantine Law. Proceedings of the International Symposium of Jurists, Thessaloniki, 10-13 December 1998*, Thessaloniki 2001, 183 ss.

era attiva a Costantinopoli una qualche forma di insegnamento giuridico, che vedeva gli studenti protagonisti di cortei e feste di stampo paganeggiante<sup>14</sup>, ma di cui non siamo in grado di precisare modalità, durata e contenuti.

Certo è che qualche decennio dopo questa testimonianza, l'imperatore Leone III, salito al trono nel 717, dopo avere organizzato un'efficace difesa contro gli attacchi degli Arabi anche con la riorganizzazione dell'esercito, intervenne nell'amministrazione della giustizia, emanando una breve raccolta legislativa, presentata semplicemente come scelta (Ἐκλογή, Ecloga), eseguita in modo sintetico, di norme tratte dalle Istituzioni, dal Digesto, dal Codice e dalle Novelle di Giustiniano, corrette in senso di maggiore umanità. L'opera contiene 18 titoli comprendenti uno o più capi; la data più probabile pare essere il marzo del 741<sup>15</sup>; le fonti sono tanto versioni greche delle varie parti della Compilazione (a quanto pare però non riportate letteralmente<sup>16</sup>) quanto disposizioni dello stesso Leone III<sup>17</sup>.

Nuova e di notevole interesse è la disposizione degli argomenti, che in una visione d'insieme può essere così rappresentata:

Titoli 1-3: sponsali e loro dissoluzione, matrimonio e suo scioglimento, dote;

Titolo 4: donazioni, sia semplici sia *mortis causa*, e loro revoca;

“ 5: successione testamentaria:

“ 6: successione intestata e legati;

“ 7: orfani e tutela/curatela:

“ 8: manomissioni e ricaduta in schiavitù;

Titoli 9-13: compravendita, mutuo e pegno (con la società), deposito, enfiteusi, locazione;

Titolo 14: testimoni;

<sup>14</sup> Esse furono oggetto delle censure dal can. 71 del Concilio di Trullo del 691-692.

<sup>15</sup> Così il più recente editore dell'opera: L. BURGMANN, *Ecloga. Das Gesetzbuch Leons III. und Konstantinos V.* (Forschungen zur byzantinischen Rechtsgeschichte, 10), Frankfurt am Main 1983, p. 12; in seguito i passi dell'Ecloga saranno citati con la numerazione data da lui, che è spesso differente da quella delle edizioni precedenti.

<sup>16</sup> Solo per Ecl. 17.41 si è potuto riconoscere che corrisponde almeno parzialmente con l'*index* di Doroteo a D. 9.2.30.3; cfr. L. BURGMANN, *op. cit.*, p. 5 e nt. 1. Per alcune norme tratte dalle Novelle resta il dubbio se la loro formulazione nell'Ecloga sia dovuta agli autori di quest'ultima o riproduca passi di un'epitome greca di autore ignoto: cfr. D. SIMON, SP. TROIANOS e G. WEISS, *Zum griechischen Novellenindex des Antecessors Iulian*, in *Fontes minores II*, Frankfurt/Main 1977, p. 3 nt. 4.

<sup>17</sup> Cfr. la linea 45 del proemio ed Ecl. 2.3 (così si legga il rinvio in L. BURGMANN, *cit.*, p. 6, invece che 2.8.1), linee 155 s.

Tit. 15: transazioni:

“ 16: peculii delle persone *in militia*;

“ 17: diritto penale:

“ 18: suddivisione del bottino di guerra.

I 18 titoli sono preceduti da un proemio<sup>18</sup>: questo costituisce già una novità rispetto alla tradizione giustiniana o precedente, perché non si tratta di una costituzione autonoma, indirizzata a un organo politico oppure al popolo, con lo scopo di mettere in vigore la compilazione, ma di una vera e propria premessa a quest'ultima, pronunciata nel nome della Trinità divina, e articolata secondo una ben congegnata sequenza di considerazioni, fra le quali abbondano le citazioni della Scrittura e ad ogni modo i richiami religiosi. Non vi compare invece una motivazione dell'ordine seguito, ma in realtà non manca qualche notizia utile per interpretare il materiale raccolto: quest'ultimo intende esprimere in modo più chiaro e sintetico (di quanto fosse nei libri più antichi) il giudizio da dare sulle faccende (πράγματα) e sui rapporti (συναλλάγματα) frequenti, nonché le pene corrispondenti ai crimini. Al problema della *dispositio* si può intravedere un cenno, là dove si dice che l'inserimento della normativa deve permettere l'agevole conoscenza complessiva (πρὸς εὐσύνοπτον ... εἶδησιν) di tali pie leggi. Se combiniamo questo dato con il fatto che nel proemio vi sono molte esortazioni e direttive, di carattere etico e deontologico, rivolte a coloro che hanno il compito di giudicare, risulta abbastanza chiaramente che l'Ecloga è rivolta in primo luogo ad essi, che a quanto pare in generale non sono forniti né di preparazione giuridica, né di assessori in grado di coadiuvarli con le opportune conoscenze tecniche, ma dovrebbero invece essere dotati tanto di sensibilità per la giustizia quanto di capacità di discernimento per rispettare l'eguaglianza secondo il merito. Tutto ciò suggerisce di intendere gli argomenti contenuti nei singoli titoli come indicativi di realtà umane e sociali di esperienza comune<sup>19</sup>, che si susseguono se-

<sup>18</sup> La premessa di un proemio alle leggi era fortemente consigliata da Platone: cfr. Plato, *Leg.* IV, 722d-723d e H. HUNGER, *Prooimion. Elemente der byzantinischen Kaiseridee in den Arengen der Urkunden* (Wiener Byzantinistische Studien, 1), Wien 1964, p. 29 ss.; G. RIES, *Prolog und Epilog in Gesetzen des Altertums* (Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte, 76), München 1983, p. 83 ss.; 104 ss.; 212.

<sup>19</sup> Questa è anche l'opinione del più recente editore dell'Ecloga: cfr. L. BURGMANN, *cit.*, p. 7; nello stesso senso, ad esempio, D. SIMON, *Legislation as Both a World Order and a Legal Order*, in A.E. LAIOU e D. SIMON (edd.), *Law and Society in Byzantium: Ninth – Twelfth Centuries*, Washington D.C., 1994, 14 = ID., *Gesetzgebung als Weltordnung und Rechtsordnung. Die Auffassungen der byzantinischen Kaiser von Justinian I. bis zum Leon VI. vom Zweck der Gesetze*, in Επετηρίς

condo nessi associativi che permettano anche a un non esperto di reperire facilmente indicazioni per risolvere le problematiche giudiziarie di cui veniva investito. Un'analisi un po' più approfondita di temi e sequenze non fa che confermare questa ipotesi.

3. – Anzitutto colpisce l'assoluta preminenza attribuita alla realtà matrimoniale. Per quanto ne sappiamo, nella tradizione romana nessuna opera giuridica, nemmeno a carattere isagogico, prendeva inizio dalle nozze, le quali anzi, quanto più indietro risaliamo rispetto all'epoca di Giustiniano, tanto più appaiono entrare nel diritto in via in certo modo indiretta, in funzione dei figli (come nei *conmmmentarij* gaiani e in fondo anche nelle Istituzioni giustinianee) o della dote (come nelle opere che si ispiravano all'editto pretorio). Certo, l'Ecloga presenta la sequenza sponsali/matrimonio/dote, che di per sé è tradizionale<sup>20</sup> e che del resto risponde a una logica abbastanza evidente, tuttavia, mentre agli sponsali ed ancor più alla dote sono riservate relativamente poche norme, l'assetto matrimoniale è oggetto di una disciplina abbastanza articolata e minuziosa – è il settore più esteso dell'opera dopo quello del diritto penale –, in gran parte elaborata proprio sotto Leone III. Invece, nel Digesto di Giustiniano l'argomento su cui vertevano le maggiori problematiche giuridiche (alla luce appunto della tradizione edittale) era quello della dote (D. 23.3-5; 24.3), mentre nelle Istituzioni imperiali di quest'ultima si faceva menzione solo di sfuggita, trattando delle donazioni nuziali e delle azioni (I. 2.7.3; 4.6.29), e per converso nel titolo *De nuptiis* (I. 1.10) l'accento era posto sui presupposti del matrimonio e sulle situazioni che, impedendone la validità, rendevano illegittimi gli eventuali figli. In queste due compilazioni la collocazione sistematica condizionava quindi fortemente le informazioni comunicate, mentre dal Codice non si poteva ricavare altro che più o meno episodici interventi imperiali, oppure la normativa riguardante istituti ignoti o poco rilevanti per i giuristi classici, quali le donazioni nuziali e le seconde nozze. Nell'Ecloga, la collocazione iniziale delle tematiche indicate porta con sé la trattazione del nucleo familiare costituito con il matrimonio (non quindi quella della *familia* della tradizione romana,

του Κέντρου της Ιστορίας του Ελληνικού Δικαίου της Ακαδημίας Αθηνών, 31 (1995), 39. Egli però non mette in rilievo le differenze rispetto alla tradizione romana. Tale orientamento non pare invece essere stato tenuto presente da C.E. ZACHARIAE, *Imperatorum Basilii, Constantini et Leonis Prochiron*, Heidelbergae 1837, p. XLIV s., che ragiona in termini un po' troppo dogmatici.

<sup>20</sup> Cfr. infatti D. 23.1-5; C. 5, tit.1-2 e 4-24; const. *Tanta* § 5 = C. 1.17.2.5, citata *supra*, nt. 12.

sottoposta alla potestà dell'ascendente maschio più anziano), che può eventualmente disporre di un patrimonio fornito dagli apporti matrimoniali dei coniugi e che permane in caso di morte di uno di questi, salvo che la vedova voglia contrarre una nuova unione. In quest'ottica, risulta abbastanza comprensibile che nel titolo che tratta del matrimonio siano comprese tanto le conseguenze per la famiglia della morte di un coniuge quanto le poche cause che consentono lo scioglimento volontario dell'unione matrimoniale; a queste ultime non si riteneva evidentemente necessario attribuire troppo rilievo.

I tre titoli successivi riguardano le donazioni e le successioni, con priorità di quelle testamentarie su quelle *ab intestato*. Poiché il titolo 7° riguarda gli orfani e la loro tutela, e il titolo 8° la manomissione degli schiavi, non è da pensare che la collocazione dei titoli 4-6 sia stata disposta nell'ottica delle cause di acquisto della proprietà, secondo la tradizione didattica di stampo gaiano, conservata in I. 2.7. Benché infatti anche nelle Istituzioni imperiali il titolo sulle donazioni precedesse di poco quelli sulla successione testamentaria (I. 2.10-18), essendo intervallato da essi solo tramite due temi che potevano agevolmente essere trascurati dai redattori dell'Ecloga<sup>21</sup>, pare più probabile che questi ultimi considerassero le donazioni, anche se non necessariamente formulate come *mortis causa*, come una sorta di anticipo della successione, e quindi abitualmente disposte a favore di persone della cerchia familiare. Ciò pare confermato dal rilievo attribuito alle donazioni con riserva di usufrutto, che anche nella rubrica vengono considerate separatamente rispetto alle vere e proprie donazioni *mortis causa*, mentre per altro verso da Ecl. 4.2.2 risulta chiaro che tale riserva non costituiva una sorta di *constitutum possessorium* inserito per evitare la consegna materiale<sup>22</sup>, ma intendeva attribuire al disponente l'effettivo uso della cosa fino alla morte.

La precedenza delle successioni testamentarie rispetto a quelle *ab intestato* era ben ancorata nella tradizione romana<sup>23</sup>, mentre può stupire il fatto che proprio nel titolo 6°, dedicato a quelle senza testamento, sia collocata la normativa sui legati<sup>24</sup>. Per verità, nello stesso

<sup>21</sup> I. 2.8 porta infatti la rubrica: *Quibus alienare licet vel non*, e I. 2.9 quella: *Per quas personas nobis acquiritur*; nel Digesto invece le donazioni sono collocate in D. 39.5-6. poco dopo le successioni, che occupano i libri 28-38; molto lontane da queste ultime (C. 6.11-62) si trovano invece nel Codice: C. 8.53-56, un gruppo di titoli non distante da quelli sulla patria potestà (C. 8.46-51).

<sup>22</sup> In tale ottica invece sembra considerarla Giustiniano in C. 8.53.35 5, dell'anno 530.

<sup>23</sup> Cfr., ripetitivamente, I. 2.9-16 e 3.1-6; D. 28-29 e D. 38.6-11 e 15-17; diversamente C. 6.14-18 e 22-26, ma con una ripresa delle successioni intestate in C. 6.55-58.

<sup>24</sup> Nella compilazione giustiniana essi erano considerati autonomamente, ma venivano dopo le successioni testamentarie: I. 2.20-21; D. 30 - 34.4; C. 6.37 e 42-47.

titolo compaiono disposizioni sul beneficio d'inventario e altre che concernono anche la successione testamentaria (come quella di Ecl. 6.5, che prevede l'eventualità che il testamento sia stato tenuto nascosto dalla persona a cui era stato affidato), talché si può pensare o che il titolo 6° sia stato pensato anche in funzione di chiusura delle tematiche successorie, oppure che, per effetto della equiparazione giustiniana di legati e fedecommessi, nell'Ecloga la menzione dei primi comprenda anche i secondi (mai ricordati separatamente come tali) e si dia quindi per scontato che entrambi possano essere disposti anche fuori del testamento<sup>25</sup>.

La trattazione di tutela e curatela, che nelle Istituzioni imperiali concludeva il libro sulle persone secondo il modello gaiano, nel Digesto precedeva quella della successione testamentaria<sup>26</sup>, mentre nell'Ecloga il titolo 7° segue la materia ereditaria; anche qui l'opera di Leone III mostra quindi maggiore affinità con il secondo che con le prime. Ciò è confermato dall'inserimento, come titolo 8°, della parte relativa alla liberazione degli schiavi e alla eventuale successiva revocazione in servitù: nel Digesto essa occupava il libro 40, subito dopo la parte delle successioni e delle donazioni, mentre nelle Istituzioni, anche qui conformemente a Gaio, essa trovava luogo nella prima parte del libro primo (I. 1.5-7). Se la scelta degli autori dell'Ecloga di collocare tutti e due questi titoli dopo la materia ereditaria dipenda dal fatto che in entrambi i casi era possibile e forse frequente una disposizione *mortis causa*, oppure se la posizione attribuita a tali istituti sia dovuta all'opportunità di tenere queste tematiche in qualche modo collegate con l'istituto familiare può restare dubbio; non è neanche escluso che entrambe queste considerazioni abbiano avuto il loro peso.

4. – Conclusa la parte su famiglia e donazioni/successioni, l'Ecloga prosegue con alcuni titoli sui contratti, nei quali consiste tutta la trattazione delle obbligazioni: infatti, gli unici atti obbliganti non contrattuali menzionati (oltre alla tutela) sono i legati, inseriti nelle successioni, mentre gli antichi delitti privati sono stati attratti nel diritto criminale. Ai redattori dell'Ecloga era quindi estranea l'idea di con-

<sup>25</sup> A favore di questa tesi potrebbe citarsi il fatto che un accenno ai fedecommessi è nella rubrica del titolo 6° dell'Eklogadion, o Ecloga aucta (edd. D. SIMON e Sp. TROIANOS, *Eklogadion und Ecloga privata aucta*, in *Fontes minores II*, Frankfurt/Main 1977, 59) che corrisponde al titolo 7° dell'Ecloga privata aucta (in J. ZEPOS e P. ZEPOS, *Jus Graecoromanum*, Atene 1931 - rist. Aalen 1962 - VI p. 25), senza che nel testo compaiano disposizioni specifiche su di essi.

<sup>26</sup> Cfr. rispettivamente I. 1.13-23 e D. 26-27; anche nel Codice la materia non è lontana dalle successioni (C. 6.9-62), ma è collocata nella seconda parte del libro 5° (titoli 28-75), a seguito della disciplina matrimoniale.



siderare unitariamente la tematica delle obbligazioni e delle loro varie cause; anche qui, occupano la scena le figure dei contratti che sono considerati più frequenti o più importanti dal punto di vista socioeconomico.

Com'è noto, la materia contrattuale aveva una trattazione unitaria nelle Istituzioni imperiali (I. 3.14-26), ma anche nel Digesto (libri 12-13; 16.3-20.2; 21-22.2; solo la *stipulatio* sta a parte, occupando i libri 45-46) vi era un nucleo largamente compatto, perché anche le interruzioni concernevano aspetti facilmente riconducibili alla disciplina contrattuale<sup>27</sup>. Fra queste due compilazioni l'ordine delle singole figure non è identico (giacché ad esempio la *stipulatio* nel Digesto sta altrove rispetto alle altre, a differenza che nelle Istituzioni), ma vi è conformità nell'iniziare con i contratti reali (in particolare, con il mutuo) e nel concludere con quelli consensuali. L'Ecloga invece segue un ordine tutto suo, che mette in primo piano la compravendita (titolo 9), a cui seguono mutuo e pegno (titolo 10, che comprende anche l'appendice della società), poi viene il deposito (titolo 11), ed infine il contratto enfiteutico e la locazione (titoli 12-13). Tale sequenza, in cui si nota l'assenza di un titolo dedicato alla *stipulatio*, non è facile da interpretare ed è forse almeno in parte casuale, tuttavia mostra se non altro che i redattori dell'Ecloga prescindevano dalle categorie dei contratti reali o consensuali.

La precedenza della compravendita sarà dovuta alla sua ampia diffusione, e questo stesso motivo potrebbe spiegare il fatto che subito dopo venga il mutuo, con cui nella prassi è strettamente connesso il pegno. A chiusura del titolo dedicato al prestito di consumo si trova però anche la società, e questo è molto meno facile da giustificare. Lo Zachariae von Lingenthal propose una possibile spiegazione, presupposto della quale è il dato di fatto per cui l'Ecloga non fa parola di interessi sui prestiti; se ciò volesse dire che essi erano vietati (come prevedeva una lunga tradizione canonistica, che peraltro il can. 10 del concilio in Trullo del 691-92 riaffermò solo per gli ecclesiastici, mentre più tardi si adegueranno ad essa sia Proch. 16.14 sia Eisag. 28.4), potrebbe darsi che spesso il mutuante, per ricavare dall'operazione un utile economico, entrasse in società con il mutuatario, fornendo il capitale per l'iniziativa di quest'ultimo e dividendone poi i profitti<sup>28</sup>. L'ipotesi è certo acuta, ma non è esente da possibili critiche:

<sup>27</sup> Anche qui il Codice segue un indirizzo parzialmente differente, concentrando bensì nel libro 4° la disciplina dei contratti reali e consensuali, ma mescolandola con titoli dedicati ad altri aspetti del regime obbligatorio e con la disciplina delle prove. La *stipulatio* si trova nel libro 8°, subito dopo la trattazione di pegno e ipoteca.

<sup>28</sup> Cfr. K.E. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Geschichte des Griechisch-Römischen*

da un lato non è sicuro che nel secolo VIII gli interessi sui prestiti fossero effettivamente vietati dal diritto civile; dall'altro l'ingresso in società del mutuante avrebbe avuto senso se il prestito fosse finalizzato ad avviare o a sviluppare un'attività economica, ma non se doveva servire a far fronte a una perdita temporanea (ad esempio, un'annata infelice nella produzione agricola o a un'epidemia che avesse colpito gli animali allevati); infine, il mutuante che fosse entrato in società con il mutuatario avrebbe evidentemente corso il rischio di dover condividere pure le perdite<sup>29</sup>. D'altra parte, nella disciplina dell'Ecloga in materia non vi è nulla che sostenga una tale interpretazione.

Altre ipotesi sono possibili, ma egualmente difficili da dimostrare: si potrebbe pensare che chi prestava professionalmente denaro preferisse farlo, al fine di ridurre il rischio, a un gruppo di soggetti associati; oppure semplicemente si può supporre che, poiché il capo dell'Ecloga che immediatamente precede quello sulla società afferma che la moglie non risponde del mutuo fatto al marito, salvo che vi abbia espressamente acconsentito, i redattori dell'opera abbiano visto un'analogia, sotto il profilo dei prestiti, tra vita matrimoniale e società, facendo in modo che implicitamente si potesse desumere che anche il socio che non avesse acconsentito al prestito non avrebbe potuto essere chiamato a risponderne. In conclusione, allo stato attuale delle ricerche si attende ancora una giustificazione del tutto convincente.

L'immediata sequenza del deposito rispetto al mutuo non si rinveniva né nelle Istituzioni (I. 3.14.3, rispetto al principio dello stesso titolo) né nel Digesto (D. 16.3 rispetto a D. 12.1 e 13.3), ma poteva essere suggerita dal Codice, dove C. 4.34 (*Depositi*) segue immedia-

*Rechts*<sup>3</sup>, Berlin 1892 (rist. Aalen 1955), p. 301 e nt. 1011. Un'ipotesi di società di questo genere era già prospettata in C. 4.37.1 (anno 293); cfr. anche già Ulp. D. 17.2.5.1; *eod. tit.* 52.7. In merito a quest'ultimo passo uno scolio dell'Anonimo apposto poi a Bas. 12.1.50 (BS 484,10-11, n. 31) osservava già che con simili patti si potevano eludere le leggi sulla limitazione del tasso d'interesse. L'ipotesi dello Zachariae è seguita con qualche ampliamento da F. DUPOUY, *Le Droit civil Romain d'après l'Ecloga*, Thèse Bordeaux 1902, p. 125 ss., nonché da L. BURGMANN, *Ecloga*, cit., p. 8; da quest'ultimo autore (p. 53) si apprende che il capo relativo alla società è stato eliminato dal relativo titolo nella versione dell'Ecloga (privata), peraltro anche altrove abbreviata, che compare nel Cod. Crypt. Z g VII; resta dubbio, se il fatto possa ricondursi a una sensibilità sistematica o ad altre motivazioni.

<sup>29</sup> Infatti, Ecl. 10.4, sulla società, prevede che la partecipazione alle perdite avvenga nella stessa percentuale secondo cui sono ripartiti gli utili. Se tale disposizione, che non si allineava alla normativa di I. 3.25.1-3, fosse stata disposta proprio per evitare l'uso del contratto sospettato dallo studioso tedesco, verrebbe meno la motivazione per giustificare proprio con esso la trattazione della società nell'ambito del mutuo.

tamente il titolo sul *fenus nauticum*, che a sua volta viene dopo quello sulle usure. Anche se quest'ultima ipotesi presenta un elevato grado di incertezza, sta di fatto che la sequenza dei due contratti non si distacca dalla tradizione.

La stretta connessione tra enfiteusi e locazione (di immobili) non era certo una novità<sup>30</sup>, dato che nella fondamentale costituzione di Zenone (C. 4.66.1, di data incerta fra il 476 e il 484) la prima era considerata dal punto di vista contrattuale, anziché sotto il profilo di diritto reale. Piuttosto, ci si sarebbe potuti aspettare che, conformandosi alla sequenza storica, la prima venisse dopo la seconda<sup>31</sup>; l'ordine adottato dall'Ecloga lascia invece l'impressione che la locazione semplice fosse considerata, almeno per i terreni, un istituto residuale, per l'eventualità in cui non si potesse o non si volesse concludere un contratto enfiteutico.

5. – L'ultima parte dell'Ecloga (titoli 14-18) presenta qualche maggiore sconnessione nell'ordine degli argomenti, rispetto a quelle precedenti, ma tre tematiche sono nettamente individuabili: qualche aspetto del processo, il diritto penale e in particolare l'elenco dei crimini, pochi temi del diritto militare. Se non fosse per quest'ultimo, si potrebbe pensare che l'Ecloga trovasse il proprio modello nel libro IV delle Istituzioni di Giustiniano, ma, se queste possono avere ispirato i compilatori della prima quanto alla collocazione di tali argomenti verso la fine dell'opera, i contenuti sono diversi: il processo non compare infatti sotto la forma dei mezzi di tutela, ma è considerato esclusivamente dal punto di vista dei testimoni e delle transazioni (temi entrambi assenti dalle Istituzioni imperiali), mentre il *ποινόλιος* è assai più ampio ed articolato rispetto all'elenco di *leges publicae* contenuto in I. 4,18. Delitti e crimini erano trattati anche verso la fine del Digesto (libri 47-48), ma qui mancava una sezione specifica sul processo ed i due argomenti prescelti dall'Ecloga erano collocati a grande distanza l'uno dall'altro (D. 2.15 per le transazioni; 22.5 per i testimoni). A sua volta, il Codice raggruppava nel libro 3° molti titoli di argomento processuale (C. 3.1-26), ma le transazioni, conformemente alla tradizione editale, figuravano in C. 2.4, all'interno di una serie di titoli (C. 2.1-6) dedicati all'apertura di un giudizio civile, mentre dei testimoni si parlava in C. 4.20. Il diritto penale era distante (nel libro 9°) e più in là ancora (C.12.33-47) si trovavano una serie di temi riguardanti i militari.

<sup>30</sup> Cfr., ad esempio, I. 3.24.3, in cui l'enfiteusi viene trattata nel titolo dedicato alla locazione.

<sup>31</sup> Così in effetti avveniva nel Codice: cfr. C. 4.65-66.

Anche qui dunque i redattori dell'Ecloga, forse traendo qualche spunto dalla tradizione, hanno operato in modo originale.

La precedenza del titolo dedicato ai testimoni rispetto a quello sulle transazioni è forse dovuta al fatto che nel processo civile i primi intervenivano in quanto normalmente avevano assistito all'atto negoziale e questo creava un collegamento con la parte dedicata ai contratti; il fatto poi che l'ultimo capo del titolo non riguardi direttamente i testimoni, ma colui che nega l'autenticità della propria scrittura in un documento di debito, o contesta la ricezione della somma di cui ha promesso la restituzione, può confermare quanto appena detto e non sorprende più di tanto, dato che ci troviamo sempre in materia di prove.

Quanto alla transazione, la sua collocazione sistematica mostra che, benché la disciplina contenuta nel titolo riguardi soprattutto l'impugnativa per ragioni di età o di vizi della volontà, essa viene considerata nella sua funzione di porre fine a controversie, piuttosto che in quella contrattuale.

Gli ultimi tre titoli sono, come generalmente si ritiene, unificati dal forte profilo pubblicistico; da un lato riguardano infatti persone (titolo 16) che esercitano funzioni pubbliche, dall'altro alcune delle attività da esse svolte: la repressione penale nel titolo 17 (vista quindi sotto il profilo di lotta alla delinquenza) e la guerra ai nemici nel titolo 18. Si noti che quest'ultimo si occupa bensì della divisione del bottino, ma si apre con una disposizione di carattere generale: l' ammonimento ai soldati a comportarsi correttamente e a confidare nell'aiuto di Dio. Sotto il profilo di cui sopra va considerato il titolo 16, come del resto si desume abbastanza chiaramente dalla rubrica: si tratta qui – anche in modo innovativo rispetto al passato – dei beni e guadagni propri dei soldati *alieni iuris* in servizio, o dei chierici, *chartularii* o altri che ricoprono una *στρατεία* di carattere civile; il fatto che l'ultimo capo del titolo (Ecl. 16.5.1-2) si occupi del *peculium profectivum* e dei *bona adventicia*, riproponendo sostanzialmente l'ultima disciplina giustiniana in materia, non è sufficiente a modificare il profilo che al legislatore interessava. Merita ancora osservare che troviamo qui per la prima volta una trattazione unitaria dei beni dei figli in potestà, che nelle Istituzioni imperiali era incompleta e suddivisa fra il tit. 2.9.1 (*Per quas personas nobis adquiruntur*) e quello 2.12 pr. (*Quibus non est permissum testamenta facere*), mentre ancor più distanti erano le due tematiche nel Digesto (D. 15.1-2 sul peculio in generale; D. 49.17 su quello castrense) e nel Codice (C. 6.60: *De bonis matris et materni generis*; 6.61: *De bonis, quae liberis in potestate constitutis ex matrimonio vel aliter adquiruntur, et eorum administratione*; 12.36: *De castrensi peculio militum et praefectianorum*).

6. – Il fatto che la distribuzione dei titoli dell'Ecloga non segua prospettive di carattere dogmatico non significa che i suoi redattori fossero insensibili al problema dell'esposizione ordinata dei singoli argomenti. Per intanto, va osservato che ogni titolo, tranne l'ultimo, è dedicato a un preciso istituto giuridico ben radicato nella tradizione: sponsali, matrimonio, dote, donazioni, testamento, successione intestata, curatela, manomissioni, compravendita, mutuo/pegno, deposito, enfiteusi, locazione, testimonianza, transazione, (peculii), sanzioni penali. Resta a parte solo il titolo 18°, sulla divisione del bottino, che tratta di materia non disciplinata nella Compilazione giustiniana. È peraltro vero che in qualche rubrica, accanto o in sostituzione della denominazione dell'istituto, viene in rilievo una condizione o qualità personale: così nella rubrica del tit. 7° si parla degli orfani e in quella del tit. 16° emergono i soldati, i chierici e gli altri *in militia*, piuttosto che il peculio; anche la rubrica del tit. 14° porta l'attenzione sulla qualità dei testimoni, benché il contenuto del titolo sia più ampio. Emerge quindi qua e là l'indirizzo pratico, che si adegua a una sensibilità diffusa e che costituisce un nuovo indizio dell'atteggiamento dei redattori della compilazione, che, anziché articolare le sequenze in ragione di un'analisi della struttura dei fenomeni giuridici, hanno preferito orientarsi piuttosto a seguire le connessioni funzionali dei singoli istituti, il che spiega ovviamente il distacco dalle Istituzioni imperiali, sia quanto alla scelta degli argomenti trattati, sia quanto alla loro sequenza.

A parte ciò, l'esposizione all'interno dei singoli titoli, come ha già osservato il Burgmann<sup>32</sup>, muove di solito dal generale al particolare; inoltre, anche nelle rubriche non si rinuncia a presentare la materia sotto la forma di schemi diairetici, le cui figure più frequenti sono quelle che richiamano le vicende dell'istituto in questione (costituzione/scioglimento di un rapporto)<sup>33</sup>, nonché quelle che ne indicano la forma (scritta/non scritta)<sup>34</sup>. Altre distinzioni più specifiche dell'argomento, sono nella rubrica del tit. 2°, sul matrimonio; del 4°, sulle donazioni; del 12°, sull'enfiteusi; del 14°, sui testimoni.

Il fatto che nei secoli VIII-IX a Costantinopoli fosse avvertito il problema della sistematica nell'esposizione del diritto è attestato da

<sup>32</sup> Cfr. L. BURGMANN, *Ecloga*, cit., p. 8.

<sup>33</sup> Così ad esempio la rubrica del tit. 1°, relativo al fidanzamento, quella del tit. 2°, sul matrimonio, e sostanzialmente, con riferimento alla revoca, anche quelle del tit. 4°, sulle donazioni, del tit. 8°, sulle manomissioni, e del tit. 15°, sulle transazioni.

<sup>34</sup> Così le rubriche del tit. 2°, sul matrimonio, del tit. 5°, sul testamento, del tit. 9°, sulla compravendita, del tit. 10°, sul mutuo.

un fenomeno curioso, che ha affaticato gli studiosi<sup>35</sup>. Infatti, non pochi manoscritti dell'*Ecloga*, o di compilazioni più ricche che l'hanno presa a fondamento, presentano sotto questo profilo due caratteristiche interessanti: da un lato, l'individuazione di un titolo specifico sullo scioglimento del matrimonio, che comprende le disposizioni di E. 2.9 e diventa così il titolo 3°, con scorrimento corrispondente della numerazione degli altri ed aumento a 19 della consistenza totale; dall'altro, l'anticipazione del titolo sui peculii (cioè del 16°), che viene collocato, come titolo 7°, fra quello dedicato alla successione testamentaria e quello in cui si tratta dell'eredità deferita *ab intestato*.

Questo ramo della tradizione dell'*Ecloga* fu denominato dallo Zachariä come *Ecloga privata*<sup>36</sup>. Anche se le ricerche più recenti hanno dimostrato che esso non possiede quella completezza e unitarietà di caratteri che l'illustre studioso gli attribuiva<sup>37</sup>, e se per altro verso la creazione di un titolo specifico sul divorzio compare anche in manoscritti che non appartengono al gruppo di quelli qualificabili come *Ecloga privata* e può essere dovuta semplicemente all'esigenza di rendere più agevole l'individuazione della materia, la collocazione del titolo sui peculii ne costituisce un elemento qualificante e pare essere frutto di una riflessione sistematica. Mentre infatti la sua disposizione come titolo 16° pone l'accento (come mostra la rubrica) sulla personalità dei titolari di peculii speciali, ai quali sono attribuite funzioni pubbliche, e in definitiva su queste ultime, la collocazione, come titolo 7°, direttamente a seguito della successione testamentaria rileva, in un'ottica nettamente privatistica, che il peculio dei soldati (e altresì quello dei dignitari e degli altri funzionari che ricevono una retribuzione direttamente dall'imperatore o dal fisco) può essere oggetto di disposizione testamentaria da parte dei loro titolari. Quanto meno per i soldati, il collegamento con il capo 8° del titolo 6° (il 5° dell'*Ecloga*), dedicato al testamento militare, risulta abbastanza evidente. Entrambe le prospettive potevano trovare appiglio nella tradizione: quella dell'*Ecloga privata* si poteva riallacciare alle Istituzioni imperiali (I. 2.12 pr.), quella dell'*Ecloga*, come si è accennato, a D. 49.17 e a C. 12.36. Nell'impossibilità, al momento, di approfondire ulteriormente il problema, resta il fatto che la collocazione dei peculii

<sup>35</sup> Una sintetica esposizione della questione è in L. BURGMANN, *Ecloga*, cit, p. 108 ss.; per l'elenco dei manoscritti, cfr. *ibid.*, p. 51 s.

<sup>36</sup> Cfr. C.E. ZACHARIAE, *Prochiron*, cit, p. XLVII s.

<sup>37</sup> Vedi la nota 35. Il Burgmann (p. 109 nt. 1; 110) prende in considerazione anche l'eventualità secondo cui le due opzioni sulla collocazione del titolo sui peculii risalirebbe già all'epoca della composizione dell'opera, ma giustamente ritiene di attribuire alla compilazione ufficiale la scelta del titolo 16° e di considerare come derivata l'anticipazione al titolo 7°.

sollevò evidentemente discussioni e prese di posizioni differenti. Ciò aiuta a confermare che la sistematica dell'Ecloga non doveva essere stata lasciata in gran parte al caso, ma era piuttosto frutto di un disegno preciso.

7. – Con l'ascesa al trono di Basilio I nell'anno 867 ebbe inizio la dinastia macedone, che governò l'impero per oltre un secolo e mezzo, sia pure con degli intervalli. Sotto Basilio I e poi sotto il figlio e successore Leone VI, nell'intento di riappropriarsi completamente della compilazione giustiniana, si procedette alla redazione e pubblicazione, in lingua greca, della monumentale opera in 60 libri, chiamata poi "Basilici", che riuniva in sé – usando traduzioni greche dei testi latini più o meno fedeli e sintetiche, ma composte già nel secolo VI – quanto ritenuto utile del Digesto, del Codice e delle Novelle di Giustiniano. L'ordine espositivo rispecchia nelle linee generali, sia pure con interessanti deviazioni, quello del Codice, e in misura minore del Digesto<sup>38</sup>.

Intorno allo stesso periodo furono altresì predisposte due compilazioni minori, il Prochiron e l'Eisagoge (nota un tempo come "Epanagoge"), destinate a sostituire l'Ecloga come manuali di prima e più frequente consultazione e utili anche come testi di studio. Il rapporto fra le due è assai discusso: tradizionalmente, sulla base delle rispettive *intitulationes*, il Prochiron veniva datato negli anni 870-879 e l'Eisagoge in quelli 879-886, ma, parendo strana l'emanazione di due diversi "prontuari" normativi a così breve distanza di tempo, l'ultima venne considerata come un semplice progetto, che sarebbe restato privo di promulgazione ufficiale. Nel 1986 Andreas Schminck rivoluzionò completamente la prospettiva, affermando che l'Eisagoge sarebbe stata la prima compilazione, elaborata per ispirazione del patriarca Fozio e promulgata ufficialmente ancora da Basilio I nell'anno 886, mentre il Prochiron sarebbe opera di Leone VI e sarebbe stato pubblicato nel 907 o 908<sup>39</sup>. Mentre qualche anno dopo Thomas Ernst van Bochove aveva riaffermato le datazioni tradizionali, senza peraltro demolire tutti gli argomenti dello Schminck<sup>40</sup>, da ultimo Juan Si-

<sup>38</sup> Per un'analisi di esso, cfr. C.G.E. HEIMBACH, *Basilicorum libri LX*. VI, *Prolegomena*, Leipzig 1870 (rist. Amsterdam 1962), p. 118 ss.

<sup>39</sup> Cfr. A. SCHMINCK, *Studien zu mittelbyzantinischen Rechtsbüchern* (Forschungen zur byzantinischen Rechtsgeschichte, 13), Frankfurt/M. 1986, p. 12 ss.; 62 ss. Per una mia presa di posizione su tale problema, si veda la recensione all'opera dello Schminck in *SDHI* 55 (1989), p. 529 ss. e specificamente p. 542 ss.

<sup>40</sup> Cfr. TH. E. VAN BOCHOVE, *To Date and Not To Date. On the Date and Status of Byzantine Law Books*, Diss. Groningen, 1996; una mia recensione al volume è in *ZSS-RA* 116 (1999), p. 411 ss.

gnes Codoñer, riprendendo la tesi dello Zachariä, ha ritenuto che l'Eisagoge fosse un semplice progetto non emanato come legge; quanto al Prochiron, esso sarebbe stato bensì promulgato ufficialmente da Basilio I, ma poi rivisto e ripubblicato con poche aggiunte sotto Alessandros, fratello e successore di Leone VI (maggio 912 – giugno 913)<sup>41</sup>. Poiché su tali assai complesse questioni non è qui possibile soffermarsi e poiché una parola definitiva su di esse è lungi dall'essere stata pronunciata, tratteremo il nostro tema esaminando contemporaneamente entrambe le compilazioni, che d'altra parte presentano numerosi punti in comune. I più evidenti di questi sono il fatto che esse sono entrambe articolate in 40 titoli, che inoltre nel contenuto normativo appaiono molto più aderenti al diritto giustiniano di quanto non fosse l'Ecloga; ancora, che entrambe le opere mostrano qualche attenzione per giustificare almeno in parte, nel proemio, l'ordine espositivo adottato<sup>42</sup>.

La differenza più evidente sta nel fatto che l'Eisagoge, pur mantenendo alla fine il settore relativo alla sanzioni penali, si apre con una serie di titoli dedicati al diritto pubblico, diversi da quelli dell'Ecloga e in gran parte assenti nel Prochiron, che si possono così riassumere:

- 1) legge e giustizia;
- 2-3) imperatore/patriarca;
- 4-6) eparca, questore, governatori provinciali:

<sup>41</sup> Cfr. J. SIGNES CODOÑER e F.X. ANDRÉS SANTOS, *La introducción al derecho (Eisagoge) del patriarca Focio* (Nueva Roma, 28), Madrid 2007, rispettivamente p. 165 ss.; 240 ss.

<sup>42</sup> Entrambi i proemi furono criticamente riediti, con traduzione tedesca a fronte, da A. SCHMINCK, *Studien*, cit., p. 4 ss. (Eisagoge: il passo che c'interessa è alle linee 87-113 di p. 10); 56 ss. (Prochiron: il passo che c'interessa è alle linee 82-83 di p. 60); il testo del proemio dell'Eisagoge costituito dallo Schminck fu ripubblicato, con traduzione inglese e con una serie di commenti dovuti a differenti autori, da B.H. STOLTE e R. MEIJERING, *The Prooimion of the Eisagoge*, in *Subseciva Groningana*, VII, Groningae 2001, p. 96 ss.; la sola traduzione spagnola di esso è in J. SIGNES CODOÑER – F.X. ANDRÉS SANTOS, *La introducción al derecho (Eisagoge)*, cit., p. 281 ss. Tutto il Prochiron fu edito per la prima volta nel 1837 da C.E. ZACHARIAE, *Prochiron*, cit. (*supra*, nt. 19), con traduzione latina; ivi, p. LXVII ss. è una prima edizione del proemio dell'Eisagoge (chiamata allora Epanagoge), sempre con traduzione latina. Il testo greco integrale dell'Epanagoge/Eisagoge, privo però di traduzioni, fu edito per la prima volta da K. E. Zachariä von Lingenthal, *Collectio librorum iuris Graeco-Romani ineditorum. Ecloga Leonis et Constantini. Epanagoge Basili, Leonis et Alexandri*, Leipzig 1852; le edizioni dello Zachariä tanto del Prochiron quanto dell'Eisagoge furono riprodotte (senza l'ampia introduzione e la traduzione latina del primo) in J. ZEPOS e P. ZEPOS, *Jus Graecoromanum*, cit. (*supra*, nt. 25), II, rispettivamente p. 110 ss. e 232 ss.



- 7) esclusione di compensi a terzi o da terzi per la nomina o l'esercizio delle magistrature;
- 8) ordinazione di vescovi e di altri chierici;
- 9) disposizioni sui vescovi e sugli altri ecclesiastici;
- 10) enfiteusi e locazioni ecclesiastiche;
- 11) ordine dei tribunali;
- 12) testimoni;
- 13) documenti scritti.

Come si nota facilmente, il complesso consta di tre gruppi, considerando il titolo primo come isolato e a sé stante: da un lato, l'imperatore e le principali magistrature, dall'altro il patriarca e l'ordine ecclesiastico<sup>43</sup>; infine, l'organizzazione processuale con i tribunali (civili ed ecclesiastici) e – a quanto pare – la disciplina delle prove orali e scritte (disposizioni presumibilmente vevoli per entrambi i sistemi giudiziari)<sup>44</sup>.

Se il titolo primo può richiamare l'inizio tanto del Digesto (D. 1.1) quanto delle Istituzioni (I. 1.1), gli altri non hanno precedenti

<sup>43</sup> Questo gruppo comprende anche il titolo sull'enfiteusi e le locazioni ecclesiastiche, che ci si aspetterebbe piuttosto di trovare – come era nell'Ecloga e come è nel Prochiron (tit. 15) – inserite fra i contratti. Ritengo che la sua collocazione in questa sede sia dovuta a ragioni di euritmia, al fine di assegnare al ramo civile e a quello ecclesiastico dell'amministrazione un egual numero di titoli per ciascuno: infatti, tolti il titolo primo, generale, gli ultimi tre (che concernono tanto la giurisdizione civile quanto quella ecclesiastica) ed anche il titolo 7° (in cui sono coinvolti anche i vescovi, come controllori dei governatori), restano quattro titoli dedicati all'imperatore e ai suoi funzionari, ed altri quattro concernenti il patriarca e l'organizzazione ecclesiastica.

<sup>44</sup> Rispetto all'Ecloga, che trattava solo dei testimoni, qui al processo sono dedicati anche il titolo sui documenti scritti (ai quali peraltro si riferiva già l'ultimo capo di Ecl. 14) e quello sull'organizzazione giudiziaria; mancano invece le transazioni, che sono collocate fra i contratti (tit. 27°, tra la società e il mutuo/pegno). È peraltro da rilevare che il proemio dell'Eisagoge (linee 106-108 Schminck) considera i testimoni e i documenti in funzione strumentale rispetto a stipulazioni, patti e contratti; pare quindi giustificare la loro trattazione in questa sede non come la conclusione della parte di "diritto pubblico" (che terminerebbe quindi con il titolo 11° il quale, trattando anche dei tribunali ecclesiastici, non spezzerebbe l'euritmia di cui alla nota precedente), ma come una sorta di "parte generale" rispetto ai titoli 14-28, che comprendono anche gli sponsali, le nozze e la donazione nuziale. In realtà, il contenuto dei due titoli 12-13 è largamente finalizzato ai processi; del resto, il tipo di spiegazione proposto nel proemio, pur se retoricamente abile, stona alle orecchie di un giurista e non è da escludere che sia stato immaginato dal suo autore per evitare che nell'ordine espositivo si percepisse un'influenza dell'Ecloga. Vi si può forse vedere un indizio del fatto che il proemio sia stato redatto prima della composizione dell'opera, eventualità non considerata da F.J. Andrés Santos, in J. SIGNES CODONER e F.X. ANDRÉS SANTOS, *La introducción al derecho (Eisagoge)*, cit., p. 70 e nt. 236. Cfr. anche, *infra*, le note 56 e 66.

diretti nella Compilazione giustiniana, ma in qualche modo ricordano l'impostazione del Codice Giustiniano, che in tutto il primo libro trattava della religione e dell'ordinamento ecclesiastico, dell'imperatore come fonte di diritto e come vertice dell'organizzazione giudiziaria, nonché delle varie magistrature centrali e locali. Il proemio dell'Eisagoge non si richiama però specificamente a questo precedente storico, ma, dopo avere esaltato il νόμος – con argomentazioni filosofico-teologiche, in espressa polemica antimanichea – come legame necessario per tenere unite nell'uomo capacità intellettiva e percezione sensoriale, propone l'Eisagoge stessa da un lato come sostitutiva delle “sciocchezze” contenute nell'Ecloga, dall'altro come introduttiva alla più ampia raccolta normativa, in 40 libri, che sarebbe stata nel frattempo predisposta dopo una revisione della massa delle antiche leggi<sup>45</sup>. Dopo altre considerazioni sulla capacità e funzione della legge di realizzare la giustizia, che giustificano il titolo primo, e dopo aver accennato alla preminente regalità di Cristo, l'autore da un lato spiega la sequenza dei titoli sull'imperatore, il patriarca e i dignitari civili, con la necessità di rappresentare plasticamente – attraverso le persone che lo compongono e che si presuppongono dotate di virtù corrispondenti alle loro funzioni – l'ordinata disposizione di un organismo politico fondato su Dio; dall'altro giustifica l'inserimento della disciplina dell'ordinamento ecclesiastico come l'espressione della forma che, dando un'anima alla materia di tale organismo, permette ai suoi componenti di raggiungere la salvezza, la perfezione e l'ascesa a Dio.

Non sappiamo se il proemio sia stato scritto prima del completamento dell'opera o dopo di esso; certo, al di là del suo linguaggio retoricamente evocativo<sup>46</sup>, esso mostra l'importanza che gli autori attribuiscono a una rappresentazione razionale dell'organismo politico (πολιτεία). Anche se non sempre il contenuto dei primi 13 titoli si conforma all'elevato livello a cui li colloca il proemio, nondimeno il fatto di averli posti in apertura dell'opera – e il primo è quello su legge e giustizia – sembra esprimere per un verso la preminenza delle caratteristiche strutturali dell'organizzazione politica (di tipo “costituzionale”, potremmo dire<sup>47</sup>) sui contenuti concreti del diritto privato e penale, dall'altro il fatto che la legge è strumento pro-

<sup>45</sup> Eisag., *prooem.*, linee 1-40.

<sup>46</sup> Per alcuni spunti si veda il commento, in *Subseciva Groningana*, VII, cit., p. 102 ss.

<sup>47</sup> Per qualche considerazione sul punto, soprattutto con riferimento ai titoli 2-3, cfr. F. GORLA, *Lineamenti 'costituzionali' dell'impero assoluto in una compilazione giuridica costantinopolitana del tardo secolo IX*, in M.P. BACCARI e C. CASCIONE (a cura di), *Tradizione romanistica e costituzione*, Napoli 2006, II, p. 1433 ss.

prio della πολιτεία e dovrebbe ispirarsi a quella divina (mentre nel funzionamento concreto dell'organizzazione politica è importante che le persone che ne ricoprono i vertici siano dotate delle virtù necessarie per la loro carica). Anche l'imperatore, non meno del patriarca, viene dunque visto come elemento costitutivo della πολιτεία e non come un potere che sta al di sopra di essa.

8. – Nulla di tutto ciò è nel Prochiron; in quest'ultimo, infatti, gli argomenti dei primi 13 titoli dell'Eisagoge sono in gran parte assenti, e i pochi che vi compaiono sono posti in una posizione che risponde ad altre logiche<sup>48</sup>.

I primi 11 titoli del Prochiron sono dedicati alla vita matrimoniale e richiamano alla mente l'inizio dell'Ecloga, anche se nulla da questa è stato tratto nella disciplina concreta; i titoli 1-3 trattano degli sponsali (rispettivamente: consenso, arre, donazioni sponsalizie); vengono poi 2 titoli sul matrimonio (rispettivamente: definizione e volontà; aspetti della disciplina), ma prima di affrontare i divieti di nozze (titolo 7°) viene inserita come titolo 6° la trattazione della donazione nuziale (in realtà, la disciplina dei lucri nuziali, anche nell'eventualità di seconde nozze). A loro volta, i titoli 8-9 riguardano la dote, e ad essi fanno seguito il tema delle donazioni tra coniugi (ovviamente, vietate) ed infine quello dello scioglimento del matrimonio e delle sue cause (titolo 11°). A differenza dell'Ecloga, però, gli autori del Prochiron hanno sentito il bisogno di giustificare il punto di partenza dell'opera e hanno affermato che questo “è stato posto là, dove anche la nostra natura prese inizio”<sup>49</sup>. Poiché non si può pensare che si voglia alludere alla natura umana in generale – il cui inizio, secondo il racconto biblico certamente noto agli autori dell'opera, coinciderebbe con la creazione dell'uomo e della donna – bisogna intendere che ci si riferisca alla natura di ogni singolo essere umano, nato da quell'unione di un uomo e di una donna che nella forma riconosciuta dal diritto è appunto il matrimonio. L'affermazione secondo cui le leggi dovrebbero incominciare con la disciplina delle nozze aveva una buona tradizione nella cultura greca<sup>50</sup> e può darsi che an-

<sup>48</sup> Si tratta di Proch. 15, sulle enfiteusi (cfr. Eis. 10), collocato fra i contratti; Proch. 27, sui testimoni (cfr. Eis. 12), posto in un contesto in cui abbondano tematiche successorie, ma frammiste ad argomenti diversi; Proch. 28, sull'ordinazione dei vescovi e dei sacerdoti (cfr. Eis. 8-9), collocato dopo il titolo sui testimoni e forse da collegare con il tit. 24, che parla del testamento dei vescovi e dei monaci.

<sup>49</sup> Proch. *prooem.*, linee 82-83, p. 80 Schminck: ὀπόθεν ἢ καθ' ἡμῶς φύσις τὴν ἀρχὴν εἴληφεν...

<sup>50</sup> Cfr., ad es. Plato, *Leg.* IV, 720e-721a (nell'ottica per cui la famiglia sta all'origine della città), ma anche Dion. Hal. 2.24.4.

che gli autori dell'Ecloga la conoscessero, ma, mentre questi ultimi avevano guardato, anche nell'ordinare i titoli, ad una prospettiva comunitaria e complessiva della famiglia, coloro che redassero il Prochiron paiono aver considerato il matrimonio, non diversamente dalle Istituzioni di Giustiniano, soprattutto come fonte di figli legittimi<sup>51</sup>.

Tutta questa materia è trattata anche nell'Eisagoge a partire dal titolo 14°, ovviamente in maniera più compressa, dato che essa contiene in 30 titoli quello che nel Prochiron si diluisce in 40<sup>52</sup>. Essa in effetti, una volta racchiusa nei titoli 14-15 la disciplina degli sponsali e delle rispettive arre o donazioni, passa poi al matrimonio e ai divieti che lo riguardano (titoli 16-17), per continuare – in ordine inverso rispetto a quello del Prochiron – con la dote e la donazione nuziale (titoli 18-19). Seguono poi, come nel Prochiron, il tema delle donazioni fra coniugi e quello dello scioglimento del matrimonio (Titoli 20-21): in tutto sono 8 titoli anziché 11, e la tematica delle relazioni patrimoniali fra i coniugi non è interrotta dall'inserimento degli impedimenti matrimoniali. Merita però attenzione il fatto che nel proemio dell'Eisagoge non si trova la giustificazione, di origine platonica, secondo cui il matrimonio rappresenta l'inizio della nostra natura; esso pare invece considerare quest'ultimo, in una prospettiva e con un linguaggio di stampo aristotelico<sup>53</sup>, come uno degli atti (il primo dopo il fidanzamento ?) attraverso i quali l'essere umano conduce alla sua completa realizzazione la propria vita. Sponsali e matrimonio non sono quindi presentati come l'originario contesto grazie al quale è nato e cresciuto l'Ego (cioè il lettore o fruitore della compilazione), ma come i primi atti, accompagnati e seguiti da altri, che segnano la dinamica della sua vita<sup>54</sup>. Parrebbe dunque che l'autore del proemio considerasse il matrimonio come inizio di una vita autonoma della persona, concezione che starebbe alla base della cosiddetta emancipazione *per separatam oeconomiam* di cui alla Nov. 25 di Leone VI.

<sup>51</sup> Sul piano sistematico questa concezione ha per conseguenza lo spostamento, rispetto all'Ecloga, della materia delle successioni, manomissioni, tutele, come si vedrà più avanti.

<sup>52</sup> Si noti che l'ultimo titolo del Prochiron, sulla divisione del bottino (come nell'Ecloga, da cui in effetti anche questa normativa sostanzialmente dipende) manca nell'Eisagoge, che riporta la relativa disciplina come ultimo capo (93) del titolo 40, dedicato di per sé al diritto penale. Questa anomalia sistematica sarà dovuta alla volontà di occultare la derivazione dall'Ecloga ?

<sup>53</sup> Cfr. le linee 103-106 Schminck del proemio e il commento in *Subseciva Groningana*, VII, cit. p. 132 s.

<sup>54</sup> Ciò è confermato dalla concezione di testimoni e documenti come strumentali ai diversi atti giuridici: cfr. *supra*, la nt. 44.

I Titoli 12-13 del Prochiron si occupano rispettivamente delle donazioni e della loro revoca; anche qui l'Eisagoge racchiude la stessa materia in un unico titolo (il 22°). In entrambe le compilazioni la sequenza di questi argomenti ricalca quella dell'Ecloga, ma la giustificazione per collocare le donazioni subito dopo la materia matrimoniale non può essere la stessa che si è immaginata sopra (donazioni come anticipo di successione), perché tanto nel Prochiron quanto nell'Eisagoge la materia ereditaria è considerata più avanti, mentre la disciplina delle donazioni precede immediatamente quella sui contratti. La sequenza: matrimonio – donazioni – contratti non ha appigli nella tradizione e quindi ci si può chiedere quale sia la logica che abbiano seguito gli autori delle due compilazioni macedoni per collocare le donazioni. Vi sono almeno due possibili ordini di spiegazioni: da un lato, si può pensare che, seguendo la sistematica dell'Ecloga, le donazioni siano state lasciate vicine agli istituti giuridici riguardanti la famiglia perché già in questi ultimi se ne parlava (donazioni sponsalizio, nuziali, fra coniugi), mentre l'innovazione di posticipare le successioni sarebbe dovuta al fatto che avvengono alla fine della vita. D'altro canto, si potrebbe immaginare che le donazioni fossero avvicinate al sistema contrattuale, e in particolare alla compravendita, in quanto anch'esse erano cause di acquisto della proprietà. Per quanto può valere, il proemio dell'Eisagoge parrebbe a favore della prima prospettiva, sia perché – pur senza alludere alle donazioni in generale – presenta donazione e dote fra i primi atti, come sponsali e matrimonio, che conducono al perfezionamento della vita, sia perché giustifica la collocazione successiva dei testamenti, con gli atti e vicende ad essi collegati, come dovuta al fatto che sono fenomeni che hanno luogo alla fine della vita<sup>55</sup>.

Il sistema contrattuale del Prochiron occupa i titoli 14-20 e presenta gli stessi istituti già disciplinati nell'Ecloga, ma con alcune differenze: enfiteusi e locazione sono trattati in titoli distanti; la società non è più collocata insieme con il mutuo, ma è addirittura articolata in due titoli (uno per la costituzione e uno per lo scioglimento e l'azione); infine, l'ordine di esposizione è diverso: alla compravendita fanno seguito enfiteusi, mutuo e pegno, locazione, deposito e i due titoli sulla società. Quale sia il ragionamento che sta alla base di tale sequenza è difficile immaginare, né aiuta il confronto con l'Eisagoge: qui i contratti occupano i titoli 23-28 (uno in meno che nel Prochiron, perché la società dispone di una sola sezione), ma è assente l'enfiteusi – trattata per gli enti ecclesiastici al titolo 10° – e compare per

<sup>55</sup> Cfr. del proemio dell'Eisagoge, rispettivamente le linee 104-105 e 109-110 Schminck.

contro la transazione, ignorata invece dal Prochiron. Rispetto a quest'ultimo, poi, anche l'ordine è diverso: alla compravendita seguono locazione, deposito, società, transazione, mutuo e pegno. Stupisce l'assenza di una sezione dedicata alla *stipulatio*, che pure è l'unico contratto specificamente indicato nel proemio, come esempio di atto a cui sono funzionali testimoni e documenti<sup>56</sup>. Stupisce altresì, anche parlando del Prochiron, che la scelta di essere, quanto ai contenuti normativi, più aderenti che in passato alla Compilazione giustiniana non abbia consigliato di adottare anche un ordine di esposizione dei contratti più conforme ad essa. In mancanza di indizi per maggiori approfondimenti, limitiamoci dunque a riconoscere che il modello dell'Ecloga è rimasto determinante quanto all'individuazione delle figura contrattuali e quanto alla scelta di mettere in primo piano la compravendita.

9. – Tanto nel Prochiron quanto nell'Eisagoge dopo i contratti viene la parte sulle successioni. L'Eisagoge la presenta in maniera certo più compatta, dedicando i titoli 29-32 ai testamenti<sup>57</sup>, il tit. 33 alle sostituzioni e ad altri problemi relativi all'istituzione di erede, nonché alla successione intestata, mentre il tit. 34 parla della *Falcidia* e dei casi di diseredazione, il titolo 35 del comportamento dei creditori del defunto e solo il tit. 36 dei legati (i codicilli sono compresi invece in calce al tit. 29, insieme con il testamento). È singolare che ai legati faccia seguito la trattazione delle manomissioni e dello status di libertinità (tit. 37), e poi quella dei tutori, curatori e della *restitutio in integrum* (tit. 38). Stando al proemio<sup>58</sup>, si dovrebbe trattare di istituti connessi con il testamento, ed in effetti può anche darsi che all'epoca la manomissione testamentaria degli schiavi fosse molto diffusa; difficilmente però si potrà dire lo stesso per la nomina di un tutore o curatore, prevista ancora da Ecl. 7.1 fra le disposizioni di ultima volontà, ma non più espressamente menzionata come tale dall'Eisagoge nel rispettivo titolo.

La possibilità di testare da parte di persone *alieni iuris*, nel tit. 31, comporta altresì la trattazione dei *peculia* e delle cause di estinzione della patria potestà, ma questo è l'unico caso di attrazione di argo-

<sup>56</sup> Cfr. le linee 106-107 Schminck del proemio. Questa discrepanza può costituire un indizio, insieme con quello indicato *supra*, nt. 44, del fatto che il proemio fosse stato redatto prima della composizione dell'opera, anche se parrebbe strano che non ci fosse già almeno un elenco dei titoli.

<sup>57</sup> Tit 29: testamento e codicillo; tit. 30: divieti di testare; tit.31: testamento degli *alieni iuris* e cause di uscita da tale condizione; invalidità del testamento.

<sup>58</sup> Linee 109-110 Schminck.

menti connessi, dovuto forse all'influenza dell' Ecloga privata o del Prochiron, se lo si ritiene precedente; dello stesso genere non possono invece considerarsi, a mio parere, né le disposizioni sui liberti inserite nel titolo sulle manomissioni, né quelle sulla *restitutio in integrum* collocate insieme con tutela e curatela perché entrambe sono strettamente connesse con l'argomento principale.

Più complessa da spiegare è la sistematica del Prochiron<sup>59</sup>. I titoli 21-24 trattano rispettivamente del testamento dei *sui iuris*, di quello degli *alieni iuris* (e quindi dei peculii), di quello dei liberti e di quello dei vescovi e monaci; segue, come tit. 25, la questione dell'invalidità del testamento. A questo punto si collocano tre titoli che vanno verosimilmente intesi come appendici della problematica testamentaria, e cioè: il tit. 26, sulle cause di uscita dallo status di *alieni iuris*; il tit. 27, sui testimoni, e il tit. 28, sull'ordinazione di vescovi e sacerdoti. Quest'ultimo è evidentemente da ricollegare al tit. 24, così come il tit. 26 costituisce un'appendice del tit. 22 (e difatti nell'Eisagoge viene inglobato nella sezione corrispondente). L'unico argomento il cui nesso con la materia testamentaria pare un po' labile (anche per il contenuto, orientato ai processi<sup>60</sup> più che agli atti giuridici), è il tit. 27, sui testimoni. A parte questo (per cui dobbiamo forse pensare che molte controversie riguardassero tematiche ereditarie e coinvolgessero quindi i testimoni di un atto di ultima volontà), la scelta di classificare i testamenti in base alle diverse categorie di persone che li redigono si ispirava evidentemente a una precisa sensibilità sistematica, tanto da consigliare di non interromperne la sequenza con l'inserimento di argomenti connessi.

Dopo le appendici, la tematica successoria riprende con il tit. 29, sul codicillo (che l'Eisagoge, come si è visto, ingloba nella sezione sui testamenti), a cui segue un titolo "Sugli eredi", che tratta fra l'altro delle sostituzioni e della successione intestata, come il tit. 33 dell'Eisagoge (la cui rubrica è però un po' più chiara). Mentre la collocazione del tit. 31, dedicato alla *restitutio in integrum*, non è facile da giustificare, il tit. 32 tratta della *Falcidia* (intesa sia come quota di legittima, sia come quota del patrimonio riservata agli eredi, con eventuale riduzione dei legati), e quello successivo è dedicato alle diseredazioni. A questo punto, a mio parere, si apre una nuova appendice, che comprende 4 titoli: quello sulle manomissioni (tit. 34); quello sui legati (tit. 35); quello sui tutori (tit. 36; anche qui della tutela testa-

<sup>59</sup> Cenni sul punto sono in C.E. ZACHARIAE, *Prochiron*, cit. (*supra*, nt. 17), p. LX s.

<sup>60</sup> Proch. 29.14 riproduce addirittura il passo di Theoph. 4.6.2 sul modo di impostare un'azione di rivendica, in cui non vi è nessun accenno a testimoni.

mentaria non si parla, però nemmeno del *curator minoris*, il che giustifica la distanza dalla *restitutio*) e quello sull'azione dei creditori del defunto contro i suoi eredi (tit. 37).

Si potrebbe pensare che l'appendice si apra con il titolo 31, ma resterebbe in ogni caso da spiegare quale sia il legame, sia pure indiretto, fra *restitutio* e testamento. Un'acuta quanto disarmante ipotesi fu formulata dallo Zachariä<sup>61</sup>: poiché Proch. 30.1 fa riferimento alla ὑποκατάστασις (cioè alla *substitutio* nell'eredità), si pensò di inserire subito dopo un titolo dedicato a un istituto foneticamente simile: ἀποκατάστασις (cioè *restitutio*). Se si ritiene tale ipotesi come incompatibile con il modo di ragionare di un giurista, si può pensare che – poiché la *restitutio* di questo titolo riguarda esclusivamente i minori di 25 anni – il caso più frequente in cui ne avevano bisogno fosse quello per cui, diventati *sui iuris* ed eredi a seguito della morte del padre, si trovavano improvvisamente a dover amministrare un patrimonio senza avere la necessaria competenza e senza chiedere la nomina di un curatore. Si tratterebbe quindi di un effetto di una vicenda successoria e pertanto il tit.31 andrebbe considerato come una piccola appendice del tit. 30, una sorta di breve digressione sopra una tematica particolare che frequentemente interessava gli eredi.

In definitiva: pur con forti analogie di fondo, nell'ordine dato alle singole materie Prochiron ed Eisagoge seguono talvolta logiche diverse, e se l'ultima appare più vicina alle nostre concezioni in tema di sistematica giuridica<sup>62</sup>, gli autori del primo potrebbero aver maggiormente privilegiato il punto di vista di un operatore fornito di esperienza pratica ma con scarse conoscenze di diritto e desideroso di trovare rapidamente la norma che poteva risolvere il suo problema.

10. – Tanto il Prochiron quanto l'Eisagoge, prima di trattare del diritto penale, collocano una sezione che nel primo porta la semplice rubrica Πεπὶ καινοτομιῶν (Tit. 38) e nella seconda quella di poco più esauriente di Πεπὶ καινοτομιῶν καὶ ὄρων (Tit. 39). Mentre quest'ultimo vocabolo si riferisce evidentemente ai (pochi) passi che trattano problematiche relative ai confini<sup>63</sup>, il primo alluderebbe di per

<sup>61</sup> C.E. ZACHARIAE, *Prochiron*, cit. (*supra*, nt. 19), p. LX; egli (nt. 26) richiama a titolo di esempio il diverso uso del termine *recepta* nelle rubriche di D. 4.8 e 4.9, tuttavia, se può essere vero che lì i compilatori si sono permessi un gioco di parole, questo non ha inciso sull'ordine dell'esposizione.

<sup>62</sup> Non dimentichiamo però la forte disarmonia causata in essa dal fatto di avere inserito il tema della ripartizione del bottino a conclusione di un lungo titolo dedicato al diritto penale !

<sup>63</sup> Se ben vedo, si tratta solo di Eis. 39.49-50 (quest'ultimo riguarda propriamente



sé al *novum opus* di cui si può chiedere l'interruzione mediante *nuntiatio*<sup>64</sup>, ma è possibile che comprenda qualsiasi innovazione, anche casuale, che modifichi lo stato di una cosa o di un luogo o di un diritto, con effettivo o prevedibile danno altrui<sup>65</sup>. Se considerato dal punto di vista dogmatico, il titolo – largamente sovrapponibile tra Prochiron ed Eisagoge, salvo che nell'ordine di certi testi – si occupa di istituti fra loro differenti: non solo di *operis novi nuntiatio* e in generale di tutela dei rapporti di vicinato, ma anche di normativa urbanistica, di rapporti fra condomini, di servitù prediali, di incrementi fluviali e di *inaedificatio*, di termini per l'usucapione (Proch. 38.43 = Eis. 39.42) o per la prescrizione estintiva; addirittura di patti *contra legem* (Proch. 38.26 = Eis. 39.25), o di lesioni al corpo di persona libera (Proch. 38.61 = Eis. 39.60). Se considerato invece dal punto di vista della persona che, in una serie di situazioni non previste dai titoli precedenti né da quello successivo (sul diritto penale) subisce un danno o rischia di esserne vittima, le varie disposizioni, collocate in un ordine un po' caotico anche se non mancano gruppi più omogenei, si ritrovano quasi tutte sotto tale profilo unificante.

Se poi il termine *καينوτομία* avesse effettivamente all'epoca un significato così vasto o se sia stato usato in senso più ristretto, salvo comprendere sotto la stessa rubrica una serie di figure nelle quali si poteva rinvenire la stessa *ratio* sanzionatoria è un punto che qui possiamo lasciare in sospeso. Merita però ricordare che il proemio dell'Eisagoge accomuna questo titolo a quello successivo sul diritto penale – gli ultimi due di quella compilazione – affermando che essi stanno al di fuori rispetto agli altri, in quanto sono “alieni dalla vita e da pratica di libertà pacifiche” e conseguenza del peccato. È probabile che, secondo un suggerimento di A. Schminck<sup>66</sup>, il proemio fosse stato scritto prima che questo titolo venisse composto e che quindi il suo autore non avesse potuto rendersi conto che non tutto quello che vi sta dentro (ad es. la disciplina degli incrementi fluviali o dell'acquisto per usucapione) può essere considerato come conse-

le distanze) = Proch. 38.50-51; Eis. 39.54-55 = Proch. 38.55-56. Eis. 39.8 e 29 e 37 = Proch., rispettivamente, 38.11 e 30 e 37 concernono il caso di parete comune.

<sup>64</sup> Si veda N. VAN DER WAL, *Les termes techniques grecs dans la langue des juristes byzantins*, in *Subseciva Groningana*, VI, Groningae 1999, p. 135 ss. Su questo tema è in corso di stampa in *Fontes minores XII* un saggio di Andreas Schminck.

<sup>65</sup> Un po' più ristretta è la definizione di *novum opus* espressa in Proch. 38.1 = Eisag. 39.1 e tratta da D. 39.1.1.11, ma il titolo contiene anche passi che esulano da quest'ultima.

<sup>66</sup> Nel saggio in corso di pubblicazione citato *supra*, nt. 64, del cui testo provvisorio ho potuto prender visione grazie alla cortesia dell'autore. Per altri indizi che potrebbero confermare questa tesi, cfr. *supra* le note 44 e 56.

guenza del peccato, ma un orientamento teologico che facesse risalire al peccato originale ogni elemento di disordine nella natura o nei rapporti fra le persone poteva anche trascurare singole situazioni particolari.

Sui titoli dedicati al diritto penale (Proch. 39 = Eis. 40) non vi è molto da osservare, se non che essi sono quasi del tutto sovrapponibili (non sempre però nell'ordine delle fattispecie), salvo che quello dell'Eisagoge è leggermente più ricco (93 capi a fronte di 86), anche perché, come si è già accennato, inserisce qui il tema della divisione del bottino.

11. – In conclusione, l'ordine espositivo dei “manuali” ufficiali di questi secoli si distacca nettamente da quelli delle varie parti della Compilazione giustiniana<sup>67</sup>, anche se già in queste esso poteva trovare nettamente individuati gli istituti, o i gruppi di essi, che interessavano ai loro autori. Da questo punto di vista, determinante è stato il lavoro fatto dai compilatori dell'Ecloga, a cui i due proutuari di età macedone si sono largamente ispirati<sup>68</sup>, anche se a volte (e specialmente nell'Eisagoge) hanno cercato di occultare tale dipendenza. In effetti, a parte i primi 11 titoli dell'Eisagoge e qualche ulteriore inserimento di materia, come quello concernente l'*opus novum*, la principale differenza nell'esposizione è stata quella di spostare le tematiche successive e quelle con queste connesse in una collocazione successiva alla parte sui contratti.

Emerge altresì, più nettamente nel Prochiron che nell'Eisagoge, l'esigenza di collocare i diversi argomenti in un ordine, o per gruppi di istituti, che rendessero agevole il reperimento della normativa anche a persone del tutto, o pressoché interamente, prive di formazione giuridica. La fortuna della sistematica dell'Ecloga sembra pertanto dovuta essenzialmente a due fenomeni: da un lato il lungo uso di tale compilazione nella pratica, dall'altro la perdurante assenza di forme “culte” di insegnamento giuridico.

<sup>67</sup> In proposito, un dato può essere significativo: la classificazione degli status personali, che tanto in Gaio quanto nelle Istituzioni imperiali determinava tutta l'esposizione del libro primo, non è del tutto assente nel Prochiron e nell'Eisagoge, ma in entrambe le compilazioni introduce il titolo sulle manomissioni (Proch. 34.1-4 = Eisag. 37.1-5).

<sup>68</sup> Questo fatto è generalmente riconosciuto; cfr. da ultimo, con esaurienti confronti, F.X. ANDRÉS SANTOS, in J. SIGNES CODONER e F.X. ANDRÉS SANTOS, *La introducción al derecho (Eisagoge)*, cit. (*supra*, nt. 44), p. 74 ss.