

Cultura giuridica e diritto vivente

Rivista on line del Dipartimento di Giurisprudenza

Università di Urbino Carlo Bo

Saggi



I COMPILATORI GIUSTINIANEI E I *LIBRI AD VITELLIIUM* DI PAOLO

Sabrina Di Maria

Abstract

[Justinian's compilers and Paul's books *ad Vitellium*] This research is dedicated to the treatment of Paul's books *ad Vitellium* by Justinian's compilers. After a brief introduction, the Author analyzes two (within the legacy of usufruct) of the five *decisiones* placed in the title C. 3.33 "*De usu fructu et habitatione et ministerio servorum*", in order to demonstrate that during the drafting of the so-called *quingenta decisiones*, Justinian's compilers read, among the other materials of the classical jurists, also the books *ad Vitellium*, as a "monograph" on the matter of the testaments and in particular of the legacies. Then, the research focuses on a *constitutio* (again on the subject of usufruct) - which can be counted among the *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes* and also included in the aforementioned title of the Code - to emphasize that, during the work of the Digest, Paul's books *ad Vitellium* often constituted the object of consultation by the commissioners, also at the instigation of the *libri ad Sabinum*.

Key Words:

Constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes, legacy, *Libri ad Vitellium*, *Quingenta decisiones*, *Sabinus*, Usufruct.

Vol. 6 (2019)





I compilatori giustinianeî e i *libri ad Vitellium* di Paolo

Sabrina Di Maria*

1. Introduzione

Le fonti testimoniano l'esistenza di due opere giuridiche denominate *libri ad Vitellium*: una attribuita a Sabino e l'altra a Paolo¹.

L'opera *ad Vitellium* del giurista dell'epoca di Tiberio - di cui non conosciamo l'esatta estensione - ci è nota solamente attraverso le citazioni contenute in brani tratti dall'*ad Sabinum* di Ulpiano, dall'omonima opera di Paolo e dai *libri disputationum* di Trifonino². Fatta eccezione per due frammenti paolini³ e uno ulpiano⁴, in cui sono trascritti passaggi dell'opera in questione, in tutti gli altri casi è dato riscontrare solamente citazioni indirette⁵.

* Sabrina Di Maria è Ricercatrice in Diritto romano presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento.

Indirizzo mail: sabrina.dimaria@unitn.it

¹ Sul significato, contenuto e struttura dei *libri ad Vitellium* sono state avanzate numerose e diverse ipotesi, tra gli altri, da F.P. BREMER, *Iurisprudentiae antehadrianæ quæ supersunt*, II.1, Lipsiae 1898 (rist. Roma 1964), pp. 313-582; S. DI MARZO, *Di una recente congettura sull'indole dei libri ad Vitellium di Masurio Sabino*, Palermo 1899, in specie pp. 4 ss.; G. BAVIERA, *Di una congettura sull'indole dei "libri ad Vitellium" di Masurio Sabino*, in *Scritti giuridici*, I, Palermo 1909, pp. 123 ss.; F. SCHULZ, *Überlieferungsgeschichte der Responsa des Cereidius Scaevola*, in *Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel*, Leipzig 1935, pp. 218 ss. e dello stesso autore *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, pp. 261 ss. (trad. it. G. NOCERA [a cura di] *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze 1968, pp. 375 ss.); R. ASTOLFI, *Et Cassius apud Vitellium notat*, in *Iura*, XVI, 1964, in specie pp. 117 ss.; A. GUARINO, "Ad Vitellium", in *BIDR*, LXVI, 1963, pp. 1 ss. (= *Studi in onore di G. Zingali*, III, Milano 1965, pp. 392 ss. e *Pagine di diritto romano*, V, Napoli 1994, pp. 338 ss. [d'ora in avanti si citerà solamente da *BIDR*]) e dello stesso autore "Libri ad", in *Syntheseia Arangio-Ruiz*, II, Napoli 1964, pp. 768 ss. (= *Pagine di diritto romano*, V, Napoli 1994, pp. 300 ss. [d'ora in poi si citerà da *Syntheseia Arangio-Ruiz*]); J.G. WOLF, *Die Scaevola-Responsen in Paulus "libri ad Vitellium"*, in *Studi per G. Nicosia*, VIII, Milano 2007, pp. 472 ss. Per una sintesi v. recentemente anche A. SPINA, *Ricerche sulla successione testamentaria nei "Responsa" di Cereidio Scaevola*, Milano 2012, pp. 50 ss.

² Per le testimonianze dell'*ad Vitellium* di Sabino, cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Leipzig 1889 (rist. Graz 1960 e Roma 2000), cc. 189-191, Sab. 10-17.

³ Si tratta di Paul. 1 *ad Vitell.* D. 28.5.18 (Pal. Sab. 10; Pal. Paul. 2064) e di Paul. 2 *ad Vitell.* D. 33.7.18.12 (Pal. Sab. 14; Pal. Paul. 2071).

⁴ Cfr. Ulp. 22 *ad Sab.* D. 32.45 (Pal. Sab. 11; Pal. Ulp. 2635).

⁵ Cfr. Ulp. 20 *ad Sab.* D. 33.7.8 pr. (Pal. Sab. 12; Pal. Ulp. 2607); Ulp. 20 *ad Sab.* D. 33.7.12.27 (Pal. Sab. 13, Pal. Ulp. 2611); Ulp. 22 *ad Sab.* D. 33.9.3 pr. (Pal. Sab. 15; Pal. Ulp. 2641); Ulp. 20 *ad Sab.* D. 34.2.19.17-18 (Pal. Sab. 16; Pal. Ulp. 2606); Tryphon. 5 *disput.* D. 34.9.22 (Pal. Sab. 17; Pal. Tryphon. 15). Su questi brani, per un rapido quadro d'insieme, cfr. S. DI MARZO, *Di una recente congettura sull'indole dei libri ad Vitellium di*

I *libri ad Vitellium* di Sabino non sono stati infatti utilizzati direttamente dai compilatori giustiniane e non sono menzionati nell'*Index Florentinus*, che, come è noto, si limita alla citazione di una sola opera del giurista, i *tres libri iuris civilis* (Ind. V.1), opera che però, molto probabilmente, non era posseduta dai bizantini⁶. È vero infatti che Sabino è ancora citato, sebbene tra i giuristi della seconda schiera, in CTh. 1.4.3 («...eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus, ut Scaevolae, Sabini, Iuliani atque Marcelli, omniumque, quos illi celebrarunt, si tamen eorum libri propter antiquitatis incertum codicum collatione firmentur...») e che i *tres libri iuris civilis* sono appunto ricordati nell'*Index Florentinus*, ma è altrettanto vero che nel Digesto non risulta inserito alcun frammento tratto dalla suddetta opera. È da ritenersi dunque altamente improbabile che i compilatori, avendo a disposizione una copia dei *libri iuris civilis*, abbiano ommesso di farne uso, quanto meno *reverentiae antiquitatis causa* (⁷).

Per quanto concerne Paolo invece l'indice fiorentino menziona «*Ἰταβλον ad Vitellium βιβλία τέσσαρα*» (Ind. XXV.12) e nei *Digesta* risultano inseriti ben ventiquattro frammenti che portano l'intestazione di libri I, II, III, IV *ad Vitellium*; si tratta in particolare di quattro frammenti escerpti dal I libro (D. 28.2.19, D. 28.3.10, D. 28.5.18 e D. 50.17.181 [Pal. 2062-2065]), nove dal II libro (D. 31.12, D. 33.4.16, D. 36.2.21, D. 33.7.14, D. 33.7.18, D. 32.78, D. 34.2.32, D. 32.46, D. 50.16.84 [Pal. 2066-2080]), nove dal III libro (D. 7.1.1, D. 7.1.50, D. 7.8.3, D. 7.8.19, D. 45.1.93, D. 50.17.182, D. 26.1.11, D. 35.1.46, D. 40.7.22 [Pal. 2081-2091]) e due dal IV libro (D. 28.5.59, D. 31.14 [Pal. 2090-2091])⁸.

Le testimonianze superstiti dell'*ad Vitellium* di Sabino e i frammenti paolini, degli omonimi libri, conservati nei *Digesta* giustiniane rilevano che le due opere si occupavano esclusivamente della materia testamentaria. Secondo la ricostruzione palingenetica di Otto Lenel, tra i *libri ad Vitellium* del giurista dell'età dei Severi, il primo sarebbe stato dedicato

Masurio Sabino, cit., in specie pp. 4 ss.; G. BAVIERA, *Di una congettura sull'indole dei "libri ad Vitellium" di Masurio Sabino*, cit., pp. 129-130.

⁶ L'*Index Florentinus* presenta infatti non poche "sviste": ad esempio, come è noto, il *de poenis paganorum* è attribuito a Venuleio Saturnino e non a Claudio, il *liber singularis regularum* di Paolo è indicato due volte, mentre si parla di un'opera dello stesso giurista severiano *ad senatus consultum Libonianum seu Claudianum*, mettendo così insieme due opere diverse. Molte opere poi effettivamente utilizzate dai compilatori, come molti *libri singulares* di Paolo, non compaiono nell'Indice. Sull'argomento, cfr. di recente G. COSSA, *Per uno studio dei libri singulares. Il caso di Paolo*, Milano 2018, in specie pp. 285 ss.; per una sintesi, cfr. anche R. LAMBERTINI, *Introduzione allo studio esegetico del diritto romano*, Bologna 2006³, p. 110.

⁷ Sul punto cfr. le osservazioni di F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, p. 187 (trad. it. *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze 1968, p. 278). Non appare convincente la ricostruzione di D. PUGSLEY, *Justinian's Digest*, II, Exeter 2000, p. 116 (= *On Compiling Justinian's Digest* (5): *The Constitution "ad senatum" of 22 July 530*, in *RIDA* 3^e s. XLII, 1995, p. 304), laddove si ipotizza che i compilatori disponessero dei *libri iuris civilis* di Sabino e che tuttavia avessero pensato di utilizzarli esclusivamente per la redazione delle rubriche. Per quanto concerne invece i lemmi dell'opera sabiniana presenti nei grandi commentari di Pomponio, di Paolo e di Ulpiano, cfr. F. SCHULZ, *Sabinus-Fragmente in Ulpianus Sabinus-Commentar*, Halle a. d. S. 1906, pp. 1 ss. (rist. in *Labeo*, X, 1964, pp. 50-82 e 234-272) e, nella letteratura più recente, v. R. ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*, Padova 1983 nonché la seconda edizione del 2001. A proposito delle ipotesi ricostruttive circa il contenuto e la struttura dei *libri iuris civilis* cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., cc. 187-188 e dello stesso autore, *Das Sabinussystem*, in *Festgabe der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät zu Strassburg zum Doctor-Jubiläum von Rudolf von Ihering*, Strassburg 1892 (= rist. 2013), pp. 3 ss.

⁸ Cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Leipzig 1889 (rist. Graz 1960 e Roma 2000), cc. 1301-1308, Paul. 2062-2091. Per un inquadramento tematico dei frammenti paolini, cfr. A. GUARINO, "Ad Vitellium", cit., pp. 10 ss.

ai testamenti, il secondo e il terzo ai legati, il quarto - ma si tratta di un'ipotesi in relazione alla quale lo Studioso tedesco si è dichiarato incerto - all'istituzione di erede⁹.

In questo quadro va ancora aggiunto che nelle schede di Bluhme i *libri ad Vitellium* di Paolo sono collocati nella *pars edictalis* ove seguono di poco i grandi commentari, essendo preceduti solamente dai *libri ad Plautium* dello stesso giurista dell'età dei Severi, di Giavoleno e di Pomponio¹⁰. La tesi predominante in dottrina è che l'*ad Vitellium* di Paolo costituisse un commento della precedente opera di Sabino, che a sua volta doveva essere strettamente connessa ai *libri tres iuris civilis* che pure si occupavano, tra i temi principali, della materia successoria¹¹. Tuttavia i frammenti superstiti dell'*ad Vitellium* paolino palesano che essi erano infarciti di *quaestiones* e *responsa* e presentavano un taglio prettamente casistico, caratteristiche queste che li differenziavano nettamente dall'*ad Sabinum* dello stesso giurista tanto da indurre i compilatori a collocarli appunto nella massa edittale. Probabilmente i *libri* di Paolo costituivano un vero e proprio approfondimento della materia successoria ove il giureconsulto, partendo dal commento di una precedente opera, aveva avuto l'opportunità, richiamando anche le *sententiae* di altri giuristi¹², di esprimere opinioni e svolgere osservazioni in tema di successioni, in modo molto più libero e dettagliato di quanto non potesse fare nell'*ad Sabinum*¹³. È vero anche che Paolo aveva dedicato altre opere *ad hoc* alla materia successoria¹⁴, ma probabilmente i *libri ad Vitellium* - avendo in essi il giurista una "base solida" da dove partire (probabilmente l'*ad Vitellium* di Sabino) - si prestavano a un maggiore approfondimento dei diversi profili di una materia molto complessa e di grande rilevanza pratica, quale era appunto la materia testamentaria. Le altre opere del giurista in tema di successioni dovevano infatti avere un'impostazione completamente diversa dall'*ad Vitellium*, come si deduce anche solo

⁹ Cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., c. 1307, nt. 2: «Apparet etiam hoc libro tractari ius testamentorum; in incerto autem relinquo an specialiter hic de eredi institutione et libertate testamentaria et fideicommissaria actum fuerit». Sul punto v. A. GUARINO, «Ad Vitellium», cit., p. 11, il quale ritiene che sia da escludere che il quarto libro fosse dedicato all'*heredis institutio*, in quanto «dopo aver già parlato di *de legatis*, Paolo non poté dedicarsi, *ex professo* all'*heredis institutio*, *caput et fundamentum totius testamenti*, di cui aveva già diffusamente trattato nel primo».

¹⁰ Cfr. F. BLUHME, *Die Ordnung der Fragmente in den Pandectentiteln*, in ZRG, IV, 1820, pp. 257 ss. (rist. Labeo, VI, 1960, pp. 50 ss., 235 ss., 368 ss.); P. KRÜGER, *Additamenta*, I, *Ordo librorum iuris veteris in compilandis digestis observatus*, pubblicato nelle edizioni stereotipe del Digesto.

¹¹ Cfr. A. GUARINO, «Libri ad», cit., pp. 770-771. In questo senso anche F.P. BREMER, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, II, 1, cit., pp. 375-376 e S. DI MARZO, *Di una recente congettura sull'indole dei libri ad Vitellium di Masurio Sabino*, cit., pp. 4 ss., che ritengono che Vitellio non fosse un giurista. Per l'opinione che Paolo nei *libri ad Vitellium* commentasse invece proprio un'opera di Vitellio, v. R. ASTOLFI, *Et Cassius apud Vitellium notat*, cit., pp. 117 ss.

¹² Per un elenco dei frammenti dei libri di Paolo *ad Vitellium* che riferiscono opinioni di altri giuristi, v. G. BAVIERA, *Di una congettura sull'indole dei "libri ad Vitellium" di Masurio Sabino*, cit., pp. 129-130.

¹³ Sul punto cfr. ancora A. GUARINO, «Ad Vitellium», cit., p. 12: «Paolo ha preso spunto da un'opera precedente per riprodurre alcuni insegnamenti e per offrire al lettore una larga scelta di soluzioni pratiche relative alla materia testamentaria».

¹⁴ Si tratta di: *liber singularis de testamentis* (Pal. 2057), *liber singularis de forma testamenti* (Pal. 875), da identificarsi forse con il primo (sul punto v. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., c. 1102, nt. 6 e F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, cit., p. 227 [trad. it. *Storia della giurisprudenza romana*, cit., p. 327]), *liber singularis de secundis tabulis* (Pal. 1894-1896), *liber singularis de inofficioso testamento* (Pal. 883-887), *liber singularis de septemviralibus iudiciis* (o piuttosto *de centumviralibus* [cfr. *Index Florentinus*, XXV.46 e nt. 1]) (Pal. 43-45), *liber singularis de iure codicillorum* (Pal. 895-899), *libri de fideicommissis* (Pal. 1099), *liber singularis de tacitis fideicommissis* (Pal. 857-874), *liber singularis ad regulam Catonianam* (Pal. 1221), *liber singularis de instrumenti significatione* (Pal. 892-893). Sui *libri singulares* paolini, v. G. COSSA, *Per uno studio dei libri singulares. Il caso di Paolo*, cit., pp. 3 ss.

semplicemente dalla circostanza che nessuna di esse risulta collocata nella *pars edictalis*¹⁵.

2. L'utilizzo dell'*ad Vitellium* paolino nella redazione delle *decisiones*: l'esempio dell'usufrutto

Uno dei primi dati che balza subito agli occhi è che i giustinianeî abbiano scelto di aprire il titolo D. 7.1 «*De usu fructu et quemadmodum quis utatur fruatur*» proprio con un frammento tratto dai *libri ad Vitellium* di Paolo, passo contenente la celebre definizione di usufrutto (Paul. 3 *ad Vitell.* D. 7.1.1 [Pal. 2081]: *Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*), testualmente riprodotta anche nel *principium* di I. 2.4¹⁶.

Secondo la ricostruzione palinogenetica di Lenel, all'inizio del III libro dell'*ad Vitellium* sarebbe stata collocata la rubrica «*De usu et usu fructu legatorum*»¹⁷, che prendendo appunto avvio dal brano inserito dai giustinianeî in D. 7.1.1, sarebbe poi proseguita con i frammenti riprodotti in D. 7.1.50, D. 7.8.3, D. 7.8.19, D. 45.1.93 e D. 50.17.182 (Pal. 2082-2086).

Il passo conservato in D. 7.1.1, come è noto, è stato esposto a numerose critiche - soprattutto in relazione alla chiusa «*salva rerum substantia*» - e ne è stata da più parti contestata la genuinità¹⁸. Il sospetto di interpolazione si basa, tra l'altro, sulla circostanza che i compilatori nel Digesto, così come nelle Istituzioni, fanno seguire il passo da un frammento di Celso, con il quale si vuole esplicitare proprio l'espressione «*salva rerum substantia*»¹⁹. Se il frammento paolino viene letto trascurando il brano di Celso, la frase «*salva rerum substantia*» sembra assumere un significato diverso rispetto a quello ad essa attribuito dai compilatori²⁰. È opportuno, come già rilevato in dottrina²¹, confrontare il

¹⁵ Risultano inseriti - tra le opere paoline presenti (v. nota 6) - nella *pars sabiniana* il *liber singularis de centumviralibus iudiciis*, nella *pars papiniana* i *libri de fideicommissis*, il *liber singularis de forma testamenti*, il *liber singularis de tacitis fideicommissis*, il *liber singularis de inofficioso testamento*; cfr. *Additamenta*, I, *Ordo librorum iuris veteris in compilandis digestis observatus* (P. KRÜGER, *Editio maior*, pp. 927 ss.). Sull'impiego dei *libri singulares* di Paolo nei *Digesta* e sulla loro distribuzione tra le diverse sottocommissioni e le masse, v. recentemente G. COSSA, *Per uno studio dei libri singulares. Il caso di Paolo*, cit., pp. 544 ss.

¹⁶ Sul titolo I. 2.4 «*de usu fructu*», cfr., tra gli altri, G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, Torino 1958², pp. 5 ss. Per i richiami alla legislazione imperiale presenti in tale titolo delle Istituzioni giustiniane v. G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano 1996, pp. 152 ss.

¹⁷ In particolare il terzo libro sarebbe stato suddiviso in «*De usu et usu fructu legatorum*», «*De tutoris datione*», «*De statuliberis*»; v. O. LENEL, *Palinogenesia iuris civilis*, I, cit., cc. 1306-1307.

¹⁸ Cfr. E. LEVY-E. RABEL, *Index interpolationum, quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, I, Weimar 1929, c. 91. Sul punto v., tra gli altri, S. DI MARZO, *Sulla definizione romana di usufrutto*, in *Studi Giuridici in onore di C. Fadda pel XXV anno del suo insegnamento*, I, Napoli 1906, pp. 141 ss.; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Firenze 1906, p. 497; R. DE RUGGIERO, *Usufrutto e diritti affini*, Napoli 1913, p. 29; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III, *Diritti reali*, Roma 1933, p. 53. Sull'argomento v. anche M. BRETONNE, *La nozione romana di usufrutto*, I, *Dalle Origini a Diocleziano*, Napoli 1962, pp. 180 ss.; A. CARCATERA, *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo, mezzi e fini*, Napoli 1966, p. 200, nt. 23; più di recente v. anche T. CHIUSI, *Das römische Eigentum zwischen Recht und Rhetorik*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, I, Milano 2007, p. 441.

¹⁹ Cfr. Cel. 18 *dig.* D. 7.1.2 (Pal. 146): *Est enim usus fructus ius in corpore, quo sublato et ipsum tolli necesse est*; I. 2.4 pr. nonché Theoph., *Paraph.* 2.4: «ἐφ' ὅσον αὐτὰ τὰ πρῶτότυπα σώζεται πράγματα». Sull'argomento v., S. DI MARZO, *Sulla definizione romana di usufrutto*, cit., p. 141; G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, cit., pp. 33-35.

²⁰ Sul punto v. ancora S. DI MARZO, *Sulla definizione romana di usufrutto*, cit., p. 141 ss. nonché M. BRETONNE, *La nozione romana di usufrutto*, II, *Da Diocleziano a Giustiniano*, Napoli 1967, p. 100.

²¹ Cfr., tra gli altri, G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, cit., p. 33.

passo dell'*ad Vitellium* paolino con un brano dei *Tituli ex corpore Ulpiani*²²:

Ep. Ulp. 24.26-27: *Ususfructus legari potest iure civili earum rerum, quarum salva substantia utendi fruendi potest esse facultas; et tam singularum rerum, quam plurium, id est partis. 27. Senatus consulto cautum est, ut etiamsi earum rerum, quae in abusu continentur, ut puta vini, olei, tritici, ususfructus legatus sit, legatario res tradantur, cautionibus interpositis de restituendis eis, cum ususfructus ad legatarium pertinere desierit.*

In questo passo l'inciso «*salva rerum substantia*» esprime il pensiero che l'usufrutto non può essere costituito se non su *res* inconsumabili. Il confronto tra i due brani induce a pensare che anche Paolo avesse utilizzato l'espressione in questione nella medesima connessione in cui la usava Ulpiano. E ciò a maggior ragione se si riflette sul fatto che Paolo, come già anticipato, nel III libro *ad Vitellium*, da cui il frammento è tratto, si occupava proprio del legato di usufrutto. Parrebbe dunque che i compilatori non abbiano aggiunto di peso l'inciso «*salva rerum substantia*», ma abbiano abbreviato un discorso paolino molto più ampio in tema appunto di legato di usufrutto²³.

Ora, ai fini della presente indagine, ciò che appare particolarmente interessante è che Triboniano e i suoi collaboratori abbiano enucleato la definizione di *usus fructus* proprio dai libri *ad Vitellium*, che pure non ne contenevano una *definitio* già “pronta all'uso”²⁴. Avrebbero infatti potuto estrapolare la definizione, operando degli interventi di adeguamento cui erano soliti ricorrere, dai grandi commentari *ad Sabinum* (Paul. 3, Ulp. 17-18, Pomp. 5 *ad Sab.*), *sedes materiae* del legato di usufrutto. A ciò si aggiunga che, come già detto, anche le Istituzioni copiano in questo punto dai *Digesta*.

L'atteggiamento dei giustinianei si può forse spiegare proprio riflettendo sulla natura dell'opera: i libri *ad Vitellium* di Paolo - come *supra* accennato - lungi dall'esaurirsi in un mero commento alla precedente omonima opera di Sabino, si atteggiavano a vero e proprio approfondimento della materia successoria con un taglio prettamente casistico, pertanto i commissari, dovendo inserire nel Digesto una *definitio* del complesso diritto reale, scelgono di ricorrere a un'opera che forse ai loro occhi appariva molto più esaustiva, per quanto concerne il tema in questione, di quanto non fossero i commentari sabiniani. Nel titolo D. 7.1 è collocato anche un altro frammento dell'*ad Vitellium* paolino relativo alle spese che incombono sull'usufruttuario:

Paul. 3 *ad Vitell.* D. 7.1.50 (Pal. 2082): *Titius Maevio fundum Tusculanum reliquit eiusque fidei commisit, ut eiusdem fundi partis dimidiae usum fructum Titiae praestaret: Maevius villam vetustate corruptam necessariam cogendis et conservandis fructibus*

²² Sul “recupero” della classicità del *liber singularis regularum*, cfr. F. MERCOGLIANO, “*Tituli ex corpore Ulpiani*”. *Storia di un testo*, Napoli 1997, in specie pp. 101-105; G. SANTUCCI, *rec.* a F. MERCOGLIANO, “*Tituli ex corpore Ulpiani*”. *Storia di un testo*, in *AG*, CCXIX, 1999, pp. 139 ss.; M. AVENARIUS, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum. Entstehung, Eigenart und Überlieferung einer hochklassischen Juristenschrift*, Göttingen 2005, pp. 104-123. Sull'argomento v. anche di recente A.M. GIOMARO, *La presenza di Papiniano e Paolo nella formazione giuridica offerta dalle scuole tardo antiche e giustinianee*, in *Studi urbinati*, n.s., LXXXIII, 2016, pp. 41-55.

²³ Non si può dunque parlare di una vera e propria interpolazione; in questo senso, cfr., tra gli altri, già P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III, cit., p. 53.

²⁴ Sulla *definitio* di usufrutto v., tra gli altri, M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto*, II, cit., p. 100 e più specificatamente A. CARCATERRA *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo, mezzi e fini*, cit., pp. 198 ss. Sul punto v. anche C.L. STEVENSON, *Ethics and Language*, New Haven 1960, pp. 270 ss. (= trad. it. *Etica e linguaggio*, Milano 1962, pp. 272 ss.), che annovera le definizioni come quella di usufrutto di D. 7.1.1 tra le “definizioni persuasive”.

aedificavit: quaesitum est, an sumptus partem pro portione usus fructus Titia adgnoscerere debeat. respondit Scaevola, si priusquam usus fructus praestaretur, necessario aedificasset, non alias cogendum restituere quam eius sumptus ratio haberetur.

Il caso prospettato è il seguente: Tizio lascia a Mevio un fondo incaricandolo al contempo per fedecommesso di dare l'usufrutto della metà di quel fondo a Tizia («*Titius Maevio fundum Tusculanum reliquit eiusque fidei commisit, ut eiusdem fundi partis dimidiaie usum fructum Titiae praestaret*»). Mevio edifica su quel fondo una casa, caduta in rovina per vetustà («*vetustate corruptam*»), e che era necessaria per raccogliere e conservare i frutti. Si discuteva se Tizia dovesse sopportare la spesa («*quaesitum est, an sumptus partem pro portione usus fructus Titia adgnoscerere debeab*»). Paolo richiama un responso di Scevola, secondo il quale la fedecommissaria di usufrutto doveva partecipare in proporzione della sua quota («*respondit Scaevola, si priusquam usus fructus praestaretur, necessario aedificasset, non alias cogendum restituere quam eius sumptus ratio haberetur*»)²⁵.

Diversamente si era espresso Ulpiano:

Ulp. 17 *ad Sab. D.* 7.1.7.2 (Pal. 2558): *Quoniam igitur omnis fructus rei ad eum pertinet, reficere quoque eum ad aedes per arbitrum cogi Celsus scribit Celsus libro octavo decimo digestorum, hactenus tamen, ut sarta tecta habeat: si qua tamen vetustate corruissent, neutrum cogi reficere, sed si heres refecerit, passurum fructuarium uti. unde Celsus de modo sarta tecta habendi quaerit, si quae vetustate corruerunt reficere non cogitur: modica igitur refectio ad eum pertinet, quoniam et alia onera adgnoscat usu fructu legato: ut puta stipendium vel tributum vel salarium vel alimenta ab ea re relict. et ita Marcellus libro tertio decimo scribit.*

Il giurista, citando Celso e Marcello, riferisce che il rifacimento di ciò che «*vetustate corruissent*» non incombe né sull'usufruttuario né sul *dominus* («*neutrum cogi reficere*»); tuttavia se il proprietario restaura ciò che è rovinato, deve tollerare che l'usufruttuario ne goda («*sed si heres refecerit, passurum fructuarium uti*»).

Il fondamento della diversa soluzione paolina è stato individuato nella circostanza che nell'ipotesi prospettata nel brano dell'*ad Vitellium* venisse lasciato l'usufrutto della metà²⁶.

Paolo si era occupato della distribuzione delle spese tra proprietario e usufruttuario anche nei *libri ad Plantium* (Paul. 9 *ad Plant. D.* 7.1.46.1 [Pal. 1161]: *Si testator iusserit, ut heres reficeret insulam, cuius usum fructum legavit, potest fructuarius ex testamento agere, ut heres reficeret*) - opera questa che nelle schede di Bluhme è inserita immediatamente prima dell'*ad Vitellium* - in cui il giurista rileva che il testatore costituente l'usufrutto può imporre all'erede di «*reficere insulam cuius usus fructus legavit*», nel qual caso l'usufruttuario ha l'*actio ex testamento*

²⁵ Sulla circostanza che in questo frammento Paolo citi Scevola senza l'aggettivo *noster*, cfr. F. SCHULZ, *Überlieferungsgeschichte der Responsa des Cervidius Scaevola*, in *Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel*, Leipzig 1935, pp. 218 ss. e pp. 235 ss., secondo il quale l'omissione del possessivo è uno dei dati da cui inferire la postclassicità dell'*ad Vitellium* paolino; *contra* A. GUARINO, «*Ad Vitellium*», cit., pp. 10 ss. In tema di usufrutto v. di recente M. GARDINI, *Ricerche in tema di usufrutto. L'usufrutto del fondo*, Parma 2012.

²⁶ E ancora «qui non si ha... l'usufrutto, ma il fedecommesso di usufrutto, e la elasticità del fedecommesso permette più facilmente di equilibrare l'interesse del *dominus*, come quello del fedecommissario di usufrutto», così G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, cit., p. 167, nt. 2.

per ottenere la *refectio*²⁷.

Secondo la ricostruzione palinogenetica di Lenel, i *libri ad Plantium* di Pomponio, Giavoleno e Paolo avrebbero dedicato un'ampia parte ai legati e in particolare, per quanto concerne specificamente quelli paolini, il IX libro si sarebbe occupato, così come il III libro *ad Vitellium*, dei legati di uso e di usufrutto²⁸.

La connessione tematica tra l'*ad Plantium* e l'*ad Vitellium* sembra testimoniata anche dal brano collocato dai compilatori subito prima di D. 7.1.50; si tratta di un passo escerpito dai *libri ad Plantium* di Pomponio facente anch'esso riferimento alla divisibilità dell'usufrutto (Pomp. 7 *ad Plant.* D. 7.1.49 [Pal. 360]: *Si mihi et tibi a Sempronio et Mucio heredibus usus fructus legatus sit, ego in partem Sempronii quadrantem, in partem Mucii alterum quadrantem habeo, tu item in utriusque parte eorum quadrantes habes*), divisibilità che viene dallo stesso Paolo, in un altro brano dell'*ad Vitellium*, contrapposta all'indivisibilità dell'*usus*²⁹:

Paul. 3 *ad Vitell.* D. 7.8.19 (Pal. 2084): *Usus pars legari non potest: nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus.*

Il giurista severiano afferma che non può essere legata una parte dell'uso e ciò in base alla motivazione che «*frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus*». Contenuto essenziale del diritto è l'*uti* che non può avvenire per quota. La brevità del passo - che si limita, senza aggiungere altro, a operare una mera differenza tra uso e usufrutto - induce a pensare che Paolo doveva essersi occupato in quel contesto del diritto d'uso in maniera molto più approfondita rispetto al distillato tramandatoci dai giustiniane, che probabilmente erano intervenuti sul brano originale (forse semplicemente accorciandolo), al fine di estrapolarne un'efficace espressione che sintetizzasse la differenza tra uso e usufrutto, così come d'altronde già avevano fatto per il passo riprodotto in D. 7.1.1. In particolare il brano è inserito dai compilatori a completamento di un frammento dello stesso giurista severiano tratto, ancora una volta, dai *libri ad Plantium* (Paul. 9 *ad Plant.* D. 7.8.18 [Pal. 1163])³⁰.

La materia dell'usufrutto e in particolare del legato di usufrutto e di uso doveva essere abbastanza “incandescente” nell'elaborazione dei *prudentes*, come è dimostrato

²⁷ Così anche Pomp. 5 *ex Plant.* D. 7.1.47 (Pal. 343) e D. 7.1.65.1 (Pal. 342). Sulle numerose questioni relative ai *libri ad Plantium*, cfr. C. FERRINI, *I libri ad Plantium di Paolo*, in *Memorie della Regia Accademia di Scienze Lettere ed Arti di Modena*, X, *Sezione di scienze*, 1894, pp. 169-194 (= E. ALBERTARIO [a cura di], *Opere di Contardo Ferrini*, II, *Studi sulle fonti del diritto romano*, Milano 1929, pp. 205-242); S. RICCOBONO, *Studi critici sui libri XVIII di Paulus ad Plantium*, in *BIDR*, VI, 1893, pp. 119-171 (= *Scritti di diritto romano*, I, *Studi sulle fonti*, Palermo 1957, pp. 1-41).

²⁸ Cfr. O. LENEL, *Palinogenesia iuris civilis*, I, cit., cc. 297-299 (Pal. Iavol. 142-159); cc. 1147-1177 (Pal. Paul. 1071-1247) e in specie c. 1162, nt. 3 (Pal. Paul 1161-1167) e *Palinogenesia iuris civilis*, II, cit., cc. 79-85 (Pal. Pomp. 326-371).

²⁹ Sulla tesi di un'originaria indivisibilità dell'usufrutto romano, v. M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto*, I, cit., pp. 54 ss. e 83 ss.; ha dissentito da tale tesi M. KASER, *rec.* a. M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto*, in *Labbeo*, IX, 1963, pp. 370-371 e dello stesso autore v. anche *Das römische Privatrecht*, I, München 1971², p. 450, nt. 20. Sul punto v. anche B. ALBANESE, *La divisibilità dell'usufrutto romano (con particolare riguardo a Fr. Vat. 75)*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, XXXIV, 1974, pp. 5 ss.

³⁰ *Si domus usus legatus sit sine fructu, communis reffectio est rei in sartis tectis tam heredis quam usuarii. videamus tamen, ne, si fructum heres accipiat, ipse reficere debeat, si vero talis sit res, cuius usus legatus est, ut heres fructum percipere non possit, legatarius reficere cogendus est: quae distinctio rationem habet.* Sui dubbi circa la genuinità del testo, cfr. E. LEVY-E. RABEL, *Index interpolationum, quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, I, cit., c. 102.

anche dai numerosi interventi legislativi di Giustiniano.

Il *Codex* assegna all'*usus fructus* un proprio titolo, C. 3.33 «*De usu fructu et habitatione et ministerio servorum*», nell'ambito del quale, su diciassette provvedimenti che ne fanno parte, ben sei risultano emanati da Giustiniano, e tutti della massima importanza³¹; in particolare cinque provvedimenti sono annoverabili tra le c.d. *Quinquaginta decisiones* (C. 3.33.12-16) e uno è riconducibile alle *Constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes* (C. 3.33.17)³². La prima delle cinque *decisiones* riguarda proprio l'usufrutto costituito mediante legato:

C. 3.33.12: *Imp. Iustinianus A. Iuliano pp. Ambiguitatem antiqui iuris decidentes sancimus, sive quis uxori suae sive alii cuicumque usum fructum reliquerit sub certo tempore, in quo vel filius eius vel quisquam alius pervenerit, stare usum fructum in annos, in quos testator statuit, sive persona, de cuius aetate compositum est, ad eam pervenerit sive non: neque enim ad vitam hominis respexit, sed ad certa curricula: nisi ipse cui usus fructus legatus sit ab hac luce fuerit subtractus: tunc etenim ad posteritatem usum fructum transmitti non est possibile, cum morte usum fructum penitus extinguere iuris indubitati sit. 1. Sin autem talis fuerit incerta condicio, 'donec in furore filius vel alius quisquam remanserit', vel in aliis similibus casibus, quorum eventus in incerto sit, si quidem resipuerit filius vel alius, pro quo hoc dictum est, vel condicio extiterit, usum fructum finire: sin autem adhuc in furore is constitutus decesserit, tunc quasi in usufructuarii vitam eo relicto manere usum fructum apud eum. cum enim possibile erat usque ad omne vitae tempus usufructuarii non ad suam mentem venire furem vel condicionem impleri, humanissimum est ad vitam eorum usum fructum extendi. quemadmodum etenim, si decesserit usufructuarius ante completam condicionem vel furem finitum, extinguatur usus fructus, ita humanum est extendi eum in usufructuarii vitam, etsi antea decesserit furiosus vel alia condicio defecerit. D. k. Aug. Constantinopoli Lampadio et Oreste vv. cc. Cons. (1° agosto 530)*³³.

³¹ Sul titolo C. 3.33 e sul suo significato sistematico, anche alla luce dell'assenza di un corrispondente titolo nel *Codex Theodosianus* e nel primo Codice di Giustiniano, v. M. BREONE, *La nozione romana di usufrutto*, II, cit., p. 97.

³² Sulle *decisiones* inserite nel titolo C. 3.33 v., per un quadro di sintesi, G.L. FALCHI, *Studi sulle relazioni tra la legislazione di Giustiniano (528-534) e la codificazione di "leges" e "iura"*, in *SDHI*, LIX, 1993, pp. 45 ss. La natura di *decisiones* delle cinque costituzioni è generalmente riconosciuta dalla dottrina: cfr., tra gli altri, S. DI MARZO, *Le quinquaginta decisiones di Giustiniano*, I, Palermo 1899-1900, pp. 11 ss.; G. ROTONDI, *Studi sulle fonti del Codice Giustiniano*, in *BIDR*, XXIX, 1918, p. 148 (= *Scritti giuridici*, I, Pavia 1922, p. 232); K.H. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik. Versuch einer Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidenden Konstitutionen*, Köln-Graz 1966, p. 336, nt. 1; T. HONORÉ, *Tribonian*, London 1978, p. 144, nt. 33 e 36, H.J. SCHELTEMA, *Subsecivum XVIII. Les Quinquaginta Decisiones*, in *Subseciva Groningana*, I, Groningae 1984, p. 7; G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., pp. 158 ss.; C. RUSSO RUGGERI, *Studi sulle "Quinquaginta decisiones"*, Milano 1999, pp. 28 ss., nonché M. VARVARO, *Contributo allo studio delle "Quinquaginta decisiones"*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, XLVI, 2000, pp. 384 ss.

³³ I provvedimenti giustinianei, oltre a C. 3.33.12, che risultano emanati il 1° agosto 530 sono C. 4.5.10, C. 4.29.24; C. 4.38.15, C. 5.20.2; C. 5.51.13, C. 6.2.20; C. 7.7.1; C. 7.15. 2, C. 8.21(22). 2 e C. 8.37(38).13; sulla possibilità prospettata da P. KRÜGER, *Editio maior*, p. 560, nt. 1, di datare al 1° agosto 530 anche C. 4.28.7 e C. 4.29.23, v. quanto criticamente osservato da T. HONORÉ, *Tribonian*, London 1978, p. 144, nt. 33; sul punto cfr. altresì P. VOCI, *Vicende della legislazione giustiniana negli anni 528-534*, in *SDHI*, LXIX, 2003, p. 100 (= R. ASTOLFI [a cura di], *Pasquale Voci. Ultimi studi di diritto romano*, Napoli 2007, pp. 331-333), che segue l'ipotesi avanzata da Krüger.

Con questa *decisio* l'imperatore risolve due controversie «*antiqui iuris*»³⁴. La prima di esse riguarda il caso di un usufrutto costituito mediante legato che sarebbe dovuto durare sino a quando il figlio del legatario o un terzo non avesse raggiunto un'età prefissata («*sub certo tempore, in quo vel filius eius vel quisquam alius pervenerit*»).

Il dubbio dei *veteres* riguardava l'ipotesi in cui questo soggetto fosse morto prima di raggiungere l'età stabilita dal testatore. Ci si chiedeva, infatti, se l'usufrutto si estinguesse oppure se continuasse a sussistere sin quando non fosse trascorso il tempo fissato dal testatore.

La cancelleria imperiale accoglie la seconda soluzione, avendo riguardo all'effettiva volontà del testatore, poiché questi, nel fissare la durata dell'usufrutto costituito mediante legato, aveva inteso non tanto riferirsi all'effettiva durata in vita (di per sé incerta) del soggetto individuato, quanto piuttosto «*ad certa curricula*» (cfr. *principium*).

Nel prosieguo della *decisio* viene poi affrontata e risolta la questione relativa al caso in cui il testatore avesse riconnesso la durata dell'usufrutto oggetto del legato alla durata dell'insania mentale del figlio o di un terzo (§ 1: «*donec in furore filius vel alius quisquam remanserit*») o ad altri casi simili in cui l'evento dedotto in condizione fosse incerto. Se, infatti, non vi erano dubbi sull'estinzione dell'usufrutto nel caso in cui il *furiosus* fosse rinsavito, si disputava, invece sulla persistenza del diritto quando questi fosse morto in stato di pazzia (§ 1: «*adhuc in furore is constitutus decesserit*»). Per tale ipotesi Giustiniano stabilisce che, per ragioni di umanità, l'usufrutto sarebbe dovuto durare per tutta la vita dell'usufruttuario (cfr. § 1 i.f. «*ita humanum est extendi eum in usufructuarii vitam, etsi antea decesserit furiosus vel alia condicio defecerit*»)³⁵.

Il dettato della costituzione sembra cominciare *ex abrupto*, mancando - contrariamente a quanto avviene in altre *decisiones* - la parte in cui sono riferiti i termini del dibattito al quale si vuole porre fine e ciò forse perché il testo del provvedimento è stato abbreviato dai compilatori del *Codex*. Risulta pertanto non agevole ricostruire la *ambiguitas antiqui iuris*, tuttavia sappiamo che Paolo, oltre che nei grandi commentari *ad Sabinum*, aveva trattato in maniera approfondita del legato di usufrutto anche nei *libri ad Vitellium*, opera nell'ambito della quale, come ho già accennato, ben due libri su quattro si occupavano *ex professo* dei legati. La *decisio* fa in particolare riferimento a un legato sottoposto a *condicio* con evento incerto (§ 1). Argomento questo che Paolo aveva trattato specificamente nella rubrica dell'*ad Vitellium* dedicata al legato di usufrutto, come testimoniato dal brano conservato in D. 35.1.46 (Pal. 2088), che viene infatti collocato dai compilatori proprio nel titolo dei *Digesta* «*de condicionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur*»³⁶.

³⁴ Così già M. VARVARO, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 386; diversamente K.H. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., pp. 319 ss., secondo il quale Giustiniano, in questo provvedimento, risolve in modo classico questioni che risalirebbero all'epoca postclassica.

³⁵ Sulla *pietas* e *humanitas* come motivi ispiratori della legislazione giustinianea, v. tra gli altri, B. BIONDI, «*Humanitas*» nelle leggi degli imperatori romano-cristiani, in *Fontes Ambrosiani*, XXVI, Firenze 1951, pp. 81 ss. e dello stesso autore *Il diritto romano cristiano*, II, Milano, 1952, pp. 150 ss.; H.J. WIELING, *Testamentsauslegung im römischen Recht*, München 1972, pp. 172 ss., nonché F.B.J. WUBBE, L'«*humanitas*» de Justinien, in *TR*, LVIII, 1990, p. 259, nt. 49 e dello stesso autore L'«*humanitas*» de Justinien, *Ius vigilantibus scriptum*, in *Ausgewählte Schriften*, Freiburg Schweiz 2003, pp. 441-459.

³⁶ Cfr. Paul. 3 *ad Vitell.* D. 35.1.46 (Pal. 2088): *Si in diem exempli gratia centensimum imperatum est statulibero, ut pecuniam solveret, neque initium temporis eius quod futurum esset, adscriptum est, adita hereditate credere dies incipit, quia absurdum visum est ante diem praeterire, quam is existeret, quem oportet accipere. et hoc in omnibus, qui heredi dare iussi*

La *decisio* giustinianeâ prende in particolare come esempio l'incerta *condicio* «*donec in furore filius vel alius quisquam remanserit*». Ora, nell'opera che ci occupa, Paolo doveva avere discusso e commentato condizioni simili considerato che, nel frammento conservato in D. 26.1.11 (Pal. 2087) ed escerpito proprio dal III libro dell'*ad Vitellium*, tratta del tutore furioso affermando: «*Furiosus si tutor datus fuerit, potest intellegi ita dari, cum suae mentis esse coeperit*»³⁷.

Da quanto siamo andati sin qui dicendo non sembra illogico ipotizzare che i giustinianeî, ai fini dell'emanazione delle *decisiones*, leggessero, tra gli altri materiali degli autori classici, anche i *libri ad Vitellium*. Se l'*ad Vitellium* di Paolo era, come credo, un "approfondimento monografico" della materia testamentaria e in particolare dei lasciti a titolo particolare, è molto probabile che i collaboratori di Giustiniano fossero ricorsi a tale opera allorquando avevano dovuto verificare lo *status quaestionis* in tema di legato di usufrutto per poi emanare la *decisio* riportata in C. 3.33.12.

Le *Quinquaginta decisiones* avevano infatti uno scopo eminentemente pratico, quello di risolvere i problemi che si presentavano nella pratica, spesso a causa delle soluzioni discordanti date dai *prudentes*, e ciò al fine di velocizzare i tempi della giustizia, amputando (come si era detto nel *principium* della const. *Haec quae necessario*) la *prolixitas litium*³⁸. Per raggiungere tale scopo, le *Quinquaginta decisiones* presupponevano lo spoglio delle opere classiche, opere di cui i giustinianeî avevano la materiale disponibilità e che leggevano, in ordine sparso, a seconda del problema che doveva risolversi. È probabile che i redattori delle *decisiones*, non essendo soddisfatti della trattazione in materia di legato di usufrutto offerta dai *libri ad Sabinum*, avessero consultato l'*ad Vitellium* paolino che sapevano essere trattazione completa di casistica in quanto la stessa opera doveva avere avuto un'ampia circolazione nell'impero (non fosse altro per il fatto che era di uno dei giuristi indicati dall'*oratio* ravennate) e doveva avere comunque non poca importanza agli occhi dei giustinianeî considerato lo stretto rapporto che essa presentava con l'omonima opera di

sunt, dicendum est: igitur et legatario ex adita hereditate ad parendum conditioni tempus computabitur. O. LENEL, *Paltingenesia iuris civilis*, I, cit., c. 1306 colloca il frammento sotto la rubrica «*de statuliberis*» e in quella «*de usu et usu fructu legato*», ma, anche se si accetta la ricostruzione dello Studioso, non poteva comunque trattarsi di parti disgiunte l'una dall'altra. Il medesimo argomento era stato trattato anche nel secondo dei *libri ad Vitellium* (Paul. 2 *ad Vitell.* D. 31.12.1 [Pal. 2068]: *Quod ita legatum est: 'heres cum morietur Lucio Titio dato decem', cum incerta die legatum est, ad heredes legatarii non pertinet, si vivo herede decesserit.* Sul surriportato brano cfr., tra gli altri, P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, Milano 1963², p. 592.

³⁷ Anche in questo caso la formulazione del passo pare tradire un taglio da parte dei compilatori; è possibile che il brano sia stato estrapolato da un discorso più ampio del giureconsulto.

³⁸ *Haec, quae necessario corrigenda esse multis retro principibus visa sunt, interea tamen nullus eorum hoc ad effectum ducere ausus est, in praesenti rebus donare communibus auxilio dei omnipotentis censuimus et prolixitatem litium amputare...* Cfr. anche § 3: *...ut ex eo tantummodo nostro felici nomine nuncupando codice recitatio constitutionum in omnibus ad citiores litium decisiones fiat iudiciis.* Sul punto cfr. per tutti R. BONINI, *Introduzione allo studio dell'età giustinianeâ*, Bologna 1985⁴, p. 19 (= AA.VV., *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano 1989², p. 637). Sullo scopo delle *decisiones* e sul rapporto tra queste e il Digesto si è rivolta più volte l'attenzione della dottrina con diversità di vedute; sul punto, nella letteratura meno risalente, v. tra gli altri C. RUSSO RUGGERI, *Studi sulle "Quinquaginta decisiones"*, cit., pp. 15 ss. e della stessa autrice *Sulle "Quinquaginta decisiones", dieci anni dopo*, in SDHI, LXXVI, 2010, pp. 445 ss.; M. VARVARO, *Contributo allo studio delle "Quinquaginta decisiones"*, cit., pp. 467 ss.; G. LUCHETTI, *La "const. ad senatum" del 22 luglio del 530 e il progetto delle "Quinquaginta decisiones"*, in *Contributi di diritto giustiniano*, Milano 2004, pp. 41 e dello stesso autore *La raccolta di "iura": gestazione di un progetto. La legislazione imperiale fra il luglio del 530 e l'aprile del 531*, in KOINΩNIA, XXXV, 2011, pp. 168 ss.

Sabino e con i *tres libri iuris civilis*³⁹.

A suffragio dell'ipotesi che si intende avanzare, ossia l'utilizzo dell'*ad Vitellium* di Paolo per la redazione delle *decisiones*, interviene altresì la circostanza che le opere paoline erano state utilizzate dai collaborati di Giustiniano anche nelle *leges* antecedenti al 1° agosto del 530, *dies a quo* del periodo di emanazione delle *Quinquaginta decisiones*⁴⁰. In particolare le opere di Paolo avevano offerto l'*occasio legis* già nella legislazione del 529, e sempre in materia successoria. Mi riferisco alle due *constitutiones* riprodotte in C. 3.28.33 e C. 6.30.19; la prima, del 17 settembre 529, riguarda la legittimazione a esercitare la *querela inofficiosi testamenti* del figlio diseredato dalla madre, la seconda, del 30 ottobre dello stesso anno, introduce la c.d. *transmissio Iustiniana* e in ambedue sono inserite citazioni di Paolo con riferimenti specifici all'opera da cui deriva lo spunto della riforma (cfr. C. 3.28.33: «*Iulius Paulus in suis scripsit quaestionibus*» e C. 6.30.19: «*Cum antiquioribus legibus et praecipue in quaestionibus Iulii Pauli*»)⁴¹.

L'uso dei materiali paolini durante la redazione delle *decisiones* (in particolare per quelle collocate nel titolo C. 3.33), sembra confermato anche dalla *decisio* riprodotta in C. 3.33.14, in tema di validità di legato della nuda proprietà:

C. 3.33.14: *Imp. Iustinianus A. Iuliano pp. Antiquitas dubitabat, si quis fundum vel aliam rem cuidam testamento reliquerit, quatenus usus fructus apud heredem maneat, si huiusmodi constat legatum. 1. Et cum quidam inutile legatum esse existimabant, quia usus fructus numquam ad suam redit proprietatem, sed semper apud heredem remanet, et forsitan hoc existimabant, quia et secundus heres et deinceps successores unus esse videntur et non potest huiusmodi usus fructus secundum veterem distinctionem solitis modis extinguere, alii autem huiusmodi legatum non esse respuendum existimaverunt: tales altercationes decidentes censemus et huiusmodi legatum firmum esse et talem usum fructum una cum herede finire et illo moriente vel aliis legitimis modis eum amittente expirare. quare enim*

³⁹ L'ampia circolazione dell'opera è dimostrata anche dalle note di Cassio.

⁴⁰ Il 1° agosto come data di inizio del periodo di emanazione delle *Quinquaginta decisiones* è accettato dalla maggior parte della dottrina; cfr., tra gli altri, G. ROTONDI, *Studi sulle fonti del Codice Giustiniano*, in BIDR, XXIX, 1918, pp. 148 ss. (= *Scritti giuridici*, I, Pavia 1922, pp. 232 ss.); nella letteratura meno risalente v. K.H. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., pp. 63 ss.; P. PESCANI, s.v. *Quinquaginta decisiones*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIV, Torino 1967, p. 707; G.G. ARCHI, *Il diritto nell'azione politica di Giustiniano*, in BIDR, XXXVII, 1981, p. 40; M. BIANCHINI, *Appunti su Giustiniano e la sua compilazione*, I, Torino 1983, pp. 18 s.; G. BASSANELLI SOMMARIVA, *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, Milano 1983, p. 15 e nt. 10; R. BONINI, *Corso di diritto romano. Il diritto delle persone nelle Istituzioni di Giustiniano, i titoli III-X*, Rimini 1984, p. 65, nt. 8; G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit., p. 31, nt. 33, dello stesso autore *La "const. ad senatum" del 22 luglio del 530 e il progetto delle "Quinquaginta decisiones"*, cit., p. 41 nonché *La raccolta di "iura": gestazione di un progetto. La legislazione imperiale fra il luglio del 530 e l'aprile del 531*, cit., in specie pp. 167 ss. (ove l'autore esprime invece maggiori dubbi circa il *terminus ad quem* del periodo di emanazione delle *decisiones*); C. RUSSO RUGGERI, *Studi sulle "Quinquaginta decisiones"*, cit., pp. 15 ss.; M. VARVARO, *Contributo allo studio delle "Quinquaginta decisiones"*, cit., pp. 467 ss.; J. PARICIO, *Sulle "Quinquaginta decisiones"*, in *Labeo*, XXXVI, 2000, p. 606; R. LAMBERTINI, *Se ci sia stato un "Quinquaginta decisionum liber"*, in *Iura*, LVII, 2008-2009, p. 131.

⁴¹ Anche poco prima del *terminus a quo* dell'emanazione delle *decisiones*, Paolo era stato citato in forma nominativa dalla cancelleria imperiale in C. 2.55 (56).5.3 del 27 marzo 530, in tema di procedimento arbitrale. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., c. 1308 colloca il provvedimento *ex libris incertis* di Paolo. Su questa costituzione nonché su C. 3.28.33 e C. 6.30.19 e in particolare per le citazioni nominative in esse contenute, mi permetto di rinviare a S. DI MARIA, *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: "reverentia antiquitatis" e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del Codice*, Bologna 2010, in specie pp. 14-22 e pp. 32-34.

iste usus fructus sibi tale vindicat privilegium, ut generali interemptione usus fructus ipse solus excipiat? quod ex nulla induci rationabili sententia manifestissimum est. 2. Et propter hoc et usum fructum finire et ad proprietatem suam redire et utile esse legatum sancientes huiusmodi paucissimis verbis totam eorum ambiguitatem delevimus. D. xv k. Oct. Lampadio et Oreste vv. cc. Conss. (17 settembre 530)⁴².

Il caso prospettato è quello di un lascito di un fondo o di un'altra cosa su cui il testatore avesse costituito un diritto di usufrutto in favore dell'erede (*pr.*). La *dubitatio* era relativa alla validità di tale legato, poiché l'usufrutto, potendo trasferirsi ulteriormente ai successori del primo erede, avrebbe potuto anche non consolidarsi mai con la nuda proprietà («*quia usus fructus numquam ad suam redit proprietatem sed semper apud heredem remanet*»). Il problema nasceva in ordine all'interpretazione del termine “erede” poiché anche i successori dell'erede cui fosse stato lasciato l'usufrutto e, a loro volta, i successori dei successori, erano considerati come un solo erede («*quia et secundus heres et deinceps successores unus esse videntur*»), in base all'*antiqua regula* ricordata dalla cancelleria in C. 6.24.14⁴³.

Che con l'espressione “*heres*” si potessero intendere, secondo la giurisprudenza classica, anche gli eredi dell'erede è esplicitamente attestato da un brano del commentario all'editto di Paolo (Paul. 73 *ad ed.* D. 50.16.70 [Pal. 804])⁴⁴. Il giurista si era occupato

⁴² Per la correzione della data che riguarda anche C. 3.33.13 e 15, v. P. KRÜGER, *Editio maior*, p. 280, ntt. 1-2 e 4 (cfr. già *Über die Zeitfolge der im Justinianischen Codex enthaltenen Constitutionem Justinians*, in *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, XI, 1873, p. 178) che propone di spostarla al 1° ottobre. Dalla tradizione manoscritta risultano emanate il 1° ottobre 530 le seguenti costituzioni: C. 1.4.28; C. 5.4.25 (parzialmente geminata in C. 1.4.28; al proposito v. P. KRÜGER, *Editio maior*, p. 413 e nt. 1); C. 3.33.16; C. 4.5.11; C. 5.4.26; C. 6.2.21; C. 6.57.6; C. 7.4.14; C. 7.4.15 (sulla proposta di ricongiungere quest'ultima costituzione a C. 6.57.6 ed a C. 7.4.14, cfr. P. KRÜGER, *Editio maior*, p. 633, nt. 1, *contra* M. VARVARO, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, cit., p. 458).

⁴³ Si tratta di una delle *Constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes* del 29 luglio del 531 (D. [III] <III> k. Aug. Post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc.; la data è così corretta da P. KRÜGER, *Editio maior*, p. 548, nt. 1 [cfr. già *Über die Zeitfolge der im Justinianischen Codex enthaltenen Constitutionem Justinians*, cit., p. 179]) in cui è riferita una *quaestio* insorta tra i *veteres* relativa all'*error nominis* nelle disposizioni di ultima volontà. La cancelleria dichiara di aver incontrato nei libri di Ulpiano, «*quos ad Massurium Sabinum scripsit*» (cfr. *principium*), una controversa fattispecie riguardante l'interpretazione della singolare formula di istituzione «*Sempronius Plotii heres esto*» (§ 1), nell'ipotesi che il testatore non si chiamasse Plozio. I giustiniane nel risolvere la *quaestio* applicano la *regula vetus*, «*quae voluit heredem heredis testatoris esse heredem*» (§ 2). Per l'ipotesi che il testo che provocò la *lex* si trovasse nel V libro *ad Sabinum* di Ulpiano, cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., c. 1030; segue la proposta di Lenel, P. DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana*, in *BIDR*, XXIII, 1911, p. 14. Per l'*antiqua regula* riferita dalla cancelleria, cfr. F. SCHULZ, *Nachklassische Quaestiones in den justinianischen Reformgesetzen des Codex Justinianus*, in *ZSS*, L, 1930, pp. 214 ss. Sulle interpretazioni della cancelleria giustiniana della singolare formula di istituzione di erede v., tra gli altri, P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., p. 982, nt. 118 e A.D. MANFREDINI, *La volontà oltre la morte*, Torino 1991, pp. 56-58. Per quanto concerne in particolare l'*error nominis* nelle disposizioni di ultima volontà, cfr. U. ZILLETI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano 1961, in specie pp. 444 ss.

⁴⁴ *Sciendum est heredem etiam per multas successiones accipi. nam paucis speciebus 'heredis' appellatio proximum continet, veluti in substitutione impuberis 'quisquis mihi heres erit, idem filio heres esto', ubi heredis heres non continetur, quia incertus est. item in lege aelia sentia filius heres proximus potest libertum paternum ut ingratum accusare, non etiam si heredi heres exstiterit. idem dicitur in operarum exactione, ut filius heres exigere possit, non ex successione effectus. verba haec 'is ad quem ea res pertinet' sic intelleguntur, ut qui in universum dominium vel iure civili vel iure praetorio succedit, contineatur. Cfr. anche Ulp. 72 *ad ed.* D. 50.16.65 (Pal. 1623): 'heredis' appellatio non solum ad proximum heredem, sed et ad ultiores refertur; nam et heredis heres et deinceps heredis appellatione continetur.*

dell'*heredis institutio* anche nei *libri ad Vitellium*⁴⁵ e ben due brani tratti da tale opera sono inseriti nel titolo D. 28.5 «*de heredibus instituendis*»: si tratta di D. 28.5.18 e D. 28.5.59. Il primo riguarda la quantificazione di quanto dovuto nell'ipotesi in cui fossero istituiti nel testamento eredi la cui quota superava l'ammontare dell'asse ereditario ed eredi senza quota⁴⁶, mentre il secondo fa riferimento specificamente a una formula di istituzione di erede⁴⁷. È dunque non sprovisto di fondamento ritenere che anche per la *decisio* conservata in C. 3.33.14 i giustinianei abbiano consultato, tra le altre opere classiche, anche i *libri ad Vitellium*.

3. Libri ad Vitellium, Digesto e constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes: C. 3.33.17

Nello stesso titolo del Codice che stiamo esaminando risulta collocata anche una delle *Constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes* in cui la cancelleria ricorda un dubbio, che si dice genericamente riscontrato «*ex libris Sabinianis*»⁴⁸:

C. 3.33.17: *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. Ex libris Sabinianis quaestio nobis relata est, per quam dubitabatur, si usus fructus per servum adquisitus vel per filium familias capitis deminutione filii magna vel media vel morte vel emancipatione vel servi quacumque alienatione vel morte vel manumissione potest adhuc remanere. 1. Et ideo sancimus in huiusmodi casibus neque, si servus vel filius familias in praefatos casus inciderit, interrompi patri vel domino usum fructum qui per eos adquisitus est, sed manere intactum, neque, si pater capitis deminutionem magnam vel mediam passus fuerit vel morte ab hac luce fuerit exemptus, usum fructum perire, sed apud filium remanere, etiamsi heres a patre non relinqua. 2. Usum fructum enim per eum adquisitum apud eum remanere et post patris calamitatem oportet, cum plerumque verisimile est testatorem contemplatione filii quam patris usum fructum ei reliquisse. D. xv k. Nov. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestae vv. cc. (18 ottobre 531).*

La *quaestio* riguardava l'usufrutto acquistato per mezzo di un servo o di un *filius familias* (cfr. pr.: «...*usus fructus per servum adquisitus vel per filium familias*...»). Si dubitava se in tal caso l'usufrutto si estinguesse per morte, emancipazione, *capitis deminutio magna vel media* del figlio oppure per morte, manumissione, alienazione dello schiavo (cfr. pr.: «...*capitis deminutione filii magna vel media vel morte vel emancipatione vel servi quacumque alienatione vel morte vel manumissione potest adhuc remanere*...»). I giustinianei risolvono la *quaestio* stabilendo che,

⁴⁵ Sui dubbi circa la collocazione sistematica dell'istituzione di erede nell'ambito dell'*ad Vitellium*, v. *supra*, § 1.

⁴⁶ Cfr. Paul 1 *ad Vitell.* 28.5.18 (Pal. 2064): *Sabinus: quaesitum est, si plus asse pater familias distribuisset et aliquem sine parte fecisset heredem, utrumne is assem habiturus foret an id dumtaxat, quod ex dupondio deesset. Et hanc esse tolerabilissimam sententiam puto, ut eadem ratio in dupondio omnique re deinceps quae in asse servetur. Paulus: eadem ratio est in secundo asse quae in primo*; per il lemma di Sabino e l'opinione di Paolo riportati in questo brano e per la tesi che l'*ad Vitellium* costituisse, anche sulla base di tale testimonianza, un commento lemmatico alla precedente omonima opera sabiniana, cfr. F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, cit., p. 261 (trad. it. p. 375).

⁴⁷ Cfr. Paul. 4 *ad Vitell.* D. 28.5.59 (Pal. 2090): *Nemo dubitat recte ita heredem nuncupari posse 'hic mihi heres esto', cum sit coram, qui ostenditur. 1. Qui frater non est, si fraterna caritate diligitur, recte cum nomine suo sub appellatione fratris heres instituitur.*

⁴⁸ Su tale espressione presente nelle *Constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*, mi permetto di rinviare ancora a S. DI MARIA, *La cancelleria imperiale*, cit., pp. 139 ss.

qualunque siano i mutamenti di proprietà o di stato che colpiscano colui che «*per quem usus fructus adquisitus est*», l'usufrutto debba rimanere presso il *pater* o il *dominus*, mentre dispongono che il diritto reale continui in testa al figlio in caso di morte o *capitis deminutio* del padre (§ 1). Quest'ultima statuizione può apparire in contraddizione con quanto stabilito prima, ma la cancelleria dando prevalenza, in un caso, alla persona del *dominus* o del padre e, nell'altro, alla persona dello schiavo o del *filius*, sembra voler offrire una soluzione di compromesso. D'altra parte soltanto stabilendo che, morto il padre, l'usufrutto venga conservato dal *filius*, si può rendere omaggio alla volontà del testatore, di beneficiare il figlio anziché il padre (cfr. § 2: «*cum plerumque verisimile est testatorem contemplatione filii quam patris usum fructum ei reliquisset*»).

Nelle fonti si trova traccia sia di casi in cui viene data prevalenza alla persona del figlio o del servo sia di casi in cui si dà prevalenza alla persona del *dominus*; a tale ultimo proposito è interessante notare che proprio nell'*ad Plantium* di Paolo si legge: «*Quod fructuarius ex re sua donat, ex re eius est: sed si eo animo id fecerit, ut ad proprietatis dominum pertineat, dicendum est illi adquiri. si autem extraneus ei donet indistincte, soli proprietario acquiritur. eadem dicemus in homine libero, qui bona fide mihi servit, ut, si ei aliquid donaverim, meum sit. et ideo Pomponius scribit, quamvis donaverim ei operas suas, tamen quidquid ex operis suis acquireret, mihi adquiri*» (Paul. 9 *ad Plant.* D. 41.1.49 [Pal. 1164])⁴⁹.

La tendenza giustiniana di conservare l'usufrutto in testa al titolare era già stata dimostrata in C. 3.33.15 dell'anno precedente, ove la cancelleria aveva ricordato la disputa classica relativa al caso del servo, *per quem usus fructus adquisitus*, che venisse ad appartenere *pro parte* ad altri, ed aveva accolto l'opinione di Giuliano, della integrale conservazione dell'usufrutto in capo all'antico *dominus*⁵⁰. In particolare nella *decisio* del 530 Giustiniano riferisce che la *dubitatio* era stata risolta dai giuristi classici in tre modi diversi⁵¹. Secondo

⁴⁹ Per le fonti in cui viene data prevalenza alla persona del figlio o del servo, cfr. ad es., Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7.2.1.1 (Pal. 2562) e Iul. 52 *dig.* D. 45.3.1.4 (Pal. 704). Per le testimonianze in cui si dà invece preferenza al *dominus*, v., oltre al surriportato brano paolino, Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.2.63.9 (Pal. 924). Nelle fonti non mancano neppure testimonianze della soluzione respinta dalla cancelleria nella costituzione in esame; a tal proposito cfr. Pomp. 3 *ad Sab.* D. 7.4.18 (Pal. 403); Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7.4.5.1 (Pal. 2553) nonché Frag. Vat., 57 (Paul. 1 *manual.* [Pal. 996]); su quest'ultimo passo cfr. F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, cit., p. 220 (trad. it. p. 327). Sull'opinione classica respinta dai giustinianei v. P. DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana*, in *BIDR*, XXVII, 1914, p. 24, nonché G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, cit., pp. 324-326.

⁵⁰ Riguardo al collegamento tra C. 3.33.15 e C. 3.33.17, cfr. P. DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana*, in *BIDR*, XXVII, cit., pp. 25 s., e, successivamente, K.H. SCHINDLER, *Justinian's Haltung zur Klassik*, cit., pp. 252 ss.

⁵¹ Cfr. C. 3.33.15: *Imp. Iustinianus A. Iuliano pp. Inter antiquam prudentiam dissensio incidit, si per servum usus fructus domino fuerit adquisitus et ex quibusdam casibus (multi enim rebus incidunt mortalibus) pars huiusmodi servi in alium pervenerit, utrum omnis usus fructus, qui antea per servum ad aliquem pervenerit, apud eum remaneat an totus tollatur vel ex parte deminuat, ex parte autem apud eum resideat? 1. Et super huiusmodi dubitatione tres sententiae vertebantur, una, quae dicebat ex particulari alienatione servi totum usum fructum deminui, alia in tantum usum fructum deminui, in quantum et servus alienatur, tertia, quae definiebat partem quidem servi posse alienari, usum fructum autem totum apud eum remanere, qui ante servum in solidum habebat. et in novissimam sententiam et summum auctorem iuris scientiae Salvium Iulianum esse invenimus. 2. Nobis autem haec decidentibus placuit Salvii Iuliani admitti sententiam et aliorum qui in eadem fuerunt opinione, quibus humanius visum est non interemptionem usus fructus studiosam esse, sed magis retentionem, quatenus, etsi pars servi alienatur, tamen nec pars usus fructus depereat, sed maneat secundum suam naturam integer atque incorruptus et, quemadmodum et ab initio fixus est, ita conservetur ex huiusmodi casu nullo deterioratus modo. D. [x] K. Oct. Lampadio et Oreste vv. cc. Cons. (1° ottobre 530). Sulla data del provvedimento, cfr. quanto osservato *supra*, nota 42. Sulla comproprietà del servo v., in specie, M. BRETONNE, *Servus communis. Contributo alla storia della comproprietà**

una prima opinione, l'alienazione anche di una sola quota dello schiavo avrebbe determinato l'estinzione dell'intero diritto di usufrutto (cfr. §1: «una, quae dicebat ex particulari alienatione servi totum usum fructum deminui»); in base alla seconda *sententia*, invece, l'usufrutto si sarebbe ridotto per la parte corrispondente alla quota dello schiavo alienata (cfr. § 1: «alia in tantum usum fructum deminui, in quantum et servus alienatur»); secondo la terza opinione, propugnata da Salvio Giuliano (cfr. § 1: «in novissimam sententiam et summum auctorem iuris scientiae Salvium Iulianum esse invenimus»), pur riconoscendosi che una quota dello schiavo potesse essere alienata, l'usufrutto sarebbe tuttavia rimasto integro in capo a chi, prima dell'alienazione, era stato proprietario dello schiavo per intero (§ 1: «...tertia, quae definiebat partem quidem servi posse alienari, usum fructum autem totum apud eum remanere, qui ante servum in solidum habebat...»). Non risulta semplice fissare il fondamento delle soluzioni classiche e poter quindi indicare quali fossero i sostenitori della prima e della seconda *sententia* e quali gli altri giuristi dello stesso avviso di Giuliano⁵². Tuttavia ciò che interessa ai nostri fini è che Paolo si era occupato dell'usufruttuario *pro quota* anche nei *libri ad Vitellium*, come testimoniato dal frammento riportato in D. 7.1.50, preceduto nel Digesto da un brano, attinente allo stesso tema, dell'*ad Plantium* di Pomponio⁵³.

Durante i lavori per il Digesto, i commissari si imbattono quindi in una problematica, per alcuni aspetti, analoga a quella risolta con la *decisio* del 530. A tal proposito, in una mia precedente ricerca⁵⁴, ho ritenuto attendibile la ricostruzione palinogenetica di Lenel, che ha ipotizzato che la questione riferita dalla cancelleria in C. 3.33.17 fosse stata affrontata da Ulpiano nel diciassettesimo libro *ad Sabinum* - nell'ambito del quale, secondo l'autore, sarebbe stata inserita una rubrica «*quibus modis ususfructus legatus amittitur*»⁵⁵ - ove il giurista di Tiro afferma che se taluno avesse alienato solamente l'usufrutto del servo «*per quem usus fructus ei adquisitus est*», non vi era dubbio che gli fosse conservato l'usufrutto acquisito mediante tale servo (Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7.4.5.1 [Pal. 2553]: *Si quis usum fructum solum servi alienaverit, per quem usus fructus ei adquisitus est, dubium non est, quin usus fructus per eum adquisitus retineatur*)⁵⁶.

Tale dato non è irrilevante ai fini della presente indagine se letto, non isolatamente, bensì alla luce di quanto *supra* osservato a proposito della natura dell'*ad Vitellium* nonché tenendo in considerazione la stretta relazione tra le *decisiones*, il Digesto e le *Constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*. La maggior parte delle citazioni giurisprudenziali classiche presenti nel Codice risultano infatti inserite in *leges* che, tenuto conto della data e del contenuto, devono essere annoverate tra le *Constitutiones ad commodum propositi operis*

romana in età classica, Napoli 1958, pp. 54 ss.

⁵² A sostegno di quanto appena detto, v. la ricostruzione di O. LENEL, *Palinogenesia iuris civilis*, I, cit., cc. 414 e 500, che prima colloca C. 3.33.15 nell'ambito del XXXV libro *digestorum* di Giuliano e poi tra «*loci incerti Iuliani*»; sul punto cfr. anche P. DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana*, in *BIDR*, XXVII, cit., pp. 25-26. Al proposito cfr. altresì K.H. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., p. 252, che sostiene che in C. 3.33.15 Giustiniano considera e risolve alla stregua di una *dubitatio* una semplice *differentia* classica.

⁵³ Cfr. quanto osservato *supra*, § 2.

⁵⁴ Cfr. *La cancelleria imperiale e i giuristi classici*, cit., in specie pp. 139-140.

⁵⁵ Cfr. O. LENEL, *Palinogenesia iuris civilis*, II, cit., c. 1058. L'ipotesi di Lenel è stata seguita anche da P. DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR*, XXVII, cit., pp. 23 ss.

⁵⁶ O. LENEL, *Palinogenesia iuris civilis*, II, cit., c. 1058 unisce infatti C. 3.33.17 pr. con D. 7.4.5.1.

*pertinentes*⁵⁷. Se tra queste *leges* prendiamo in esame anche solamente quelle contenenti citazioni nominative dei *prudentes*, notiamo che tutte riguardano la materia successoria e che nella maggior parte dei casi (tranne poche eccezioni riconducibili ai commentari edittali) l'intervento legislativo sembra essere stato sollecitato dallo spoglio dei *libri ad Sabinum* (in particolare di Ulpiano)⁵⁸.

Ora, a proposito delle *Quinquaginta decisiones*, per la loro redazione i giustinianei già leggevano le opere dei giuristi classici al fine di risolvere questioni controverse che rendevano lo stato dei *iura* particolarmente insoddisfacente a fini strettamente pratici. Per quanto concerne in particolare le “*ambiguitates*” in tema di legato di usufrutto abbiamo potuto ipotizzare che molto probabilmente i collaboratori di Giustiniano leggevano anche i *libri ad Vitellium* paolini, atteggiandosi essi ad opera di approfondimento in materia di legato e del diritto testamentario in generale.

Allorquando iniziano i lavori del Digesto, i materiali classici cominciano invece ad essere letti secondo uno specifico ordine⁵⁹. Si instaura tra la commissione deputata alla codificazione degli *iura* e la cancelleria un serrato dialogo, facilitato e incentivato da Triboniano che presiedeva la commissione del Digesto ed era al contempo anche *quaestor sacri palatii*. L'intervento risolutivo dell'imperatore veniva richiesto quando i commissari preposti allo spoglio di opere appartenenti a diverse masse o anche alla stessa massa non erano d'accordo circa la soluzione da adottare oppure quando si riteneva opportuno dare una rilevanza esterna alla soluzione prescelta. Non era tuttavia infrequente che fosse la stessa cancelleria a decidere autonomamente di richiamare il sapere dell'*antiquitas* al fine di giustificare la riforma introdotta o per conferire alla stessa un maggior prestigio. Il fenomeno dell'iniziativa del legislatore nel richiamo delle opinioni giurisprudenziali non

⁵⁷ Il legame fra lo spoglio delle opere dei *prudentes* e la legislazione imperiale è stato ampiamente dimostrato in dottrina; sul punto cfr. C. LONGO, *Contributo alla storia della formazione delle Pandette*, in *BIDR*, IX, 1907, pp. 132-160, e P. DE FRANCISCI *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR*, XXII, 1910, pp. 156-207; *BIDR*, XXIII, cit., pp. 5-51 e pp. 186-295 e *BIDR*, XXVII, cit., pp. 5-54, studi questi che non sono giunti a conclusione arrestandosi all'esame del gruppo di costituzioni che sta sotto la data *XV k. Nov.* del 531. Il tema è stato trattato anche da G. SCHERILLO, *Sulle citazioni di giureconsulti classici nella legislazione di Giustiniano anteriore alla costituzione “Deo auctore”*, in *RIL* 2^a, LXIII, 1930, pp. 419 ss. (= *Scritti giuridici*, I, *Studi sulle fonti*, Milano 1992, pp. 203 ss.), M. MASSEI, *Le citazioni della giurisprudenza classica nella legislazione imperiale*, in *Scritti di diritto romano in onore di C. Ferrini pubblicati dalla R. Università di Pavia*, Milano 1946, pp. 403-475, P. PESCANI, *Il piano del Digesto e la sua attuazione*, in *BIDR*, LXXVII, 1974, pp. 221-405 e da me stessa nello studio più volte citato, pur se l'indagine si è limitata alle sole costituzioni contenenti citazioni nominative dei *prudentes*.

⁵⁸ Tra i provvedimenti annoverabili fra le *Constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*, diciannove contengono richiami ai giuristi classici in forma nominativa (si tratta di C. 3.28.35 e 36, C. 3.33.17, C. 3.34.14, C. 5.4.28, C. 6.22.10, C. 6.24.14, C. 6.25.9[8], C. 6.25.10[9], C. 6.26.10, C. 6.26.11, C. 6.28.4, C. 6.40.3, C. 6.46.7[6], C. 6.49.7, C. 6.58.14, C. 7.2.15, C. 7.32.12, C. 8.47[48].10) e ben tredici di essi sembrano essere stati occasionati dalla lettura dei *libri ad Sabinum* (si tratta di C. 3.33.17, C. 3.34.14, C. 5.4.28, C. 6.22.10, C. 6.24.14, C. 6.25.9[8], C. 6.25.10[9], C. 6.26.10, C. 6.26.11, C. 6.40.3, C. 6.46.7[6], C. 6.58.14, C. 7.32.12); sul punto rinvio a S. Di Maria, *La cancelleria imperiale e i giuristi classici*, cit., in specie pp. 171 ss.

⁵⁹ La ragionevole probabilità che i lavori di spoglio delle opere giurisprudenziali classiche siano stati iniziati contemporaneamente per le tre masse principali, sostenuta dalla dottrina prevalente, è stata ribadita nella letteratura meno risalente anche da F. WIEACKER, *Zur Herstellung der Digesten. Rahmenbedingungen ihrer Rekonstruktion*, in *Ars boni et aequi. Festschrift für W. Waldstein zum 65. Geburtstag*, Stuttgart 1993, pp. 417 ss. Per quanto riguarda la c.d. *appendix* la stessa opinione fu in passato sostenuta, pur con alcune esitazioni, da H. KRÜGER, *Die Herstellung der Digesten Justinians und der Gang der Excerptation*, Münster in Westfalen 1922, pp. 175 ss.

può certo stupire se si riflette semplicemente sul doppio ruolo di Triboniano.

Nell'ambito della massa sabiniana, i grandi commentari *ad Sabinum* offrono l'occasione *legis* per molte costituzioni in tema di diritto successorio rappresentandone la naturale *sedes materiae*⁶⁰. Tuttavia i compilatori erano ben consci del fatto che un approfondimento del tema era esposto nell'*ad Vitellium* che avevano già letto durante l'emanazione delle *decisiones*. Si può dunque ipotizzare che i commissari della massa sabiniana, incontrata la complessa questione relativa all'usufrutto nell'*ad Sabinum* ulpiano, avessero chiesto alla sottocommissione preposta allo spoglio delle opere della *pars edictalis* di effettuare un supplemento di indagine sui *libri ad Vitellium*, che sapevano essere un "contributo approfondito" in materia. Non raggiungendo poi le diverse commissioni un accordo in sede di seduta plenaria circa la scelta del distillato testuale da conservare nel Digesto, avevano probabilmente chiesto l'intervento del legislatore, che emana la *decisio* esaminata. Il testo di 3.33.17 suffraga, tra l'altro, l'ipotesi della stretta connessione tematica (per una parte) tra i *libri ad Vitellium* e i *libri ad Sabinum* e al contempo la specializzazione dei primi rispetto ai secondi in tema di diritto testamentario.

Tirando le fila di queste brevi riflessioni mi sembra dunque che si possa addivenire alla conclusione che i *libri ad Vitellium* di Paolo furono largamente utilizzati dai giustinianeî già durante l'emanazione delle *Quinquaginta decisiones* e che durante i lavori del Digesto spesso costituivano oggetto di consultazione su "sollecitazione" dell'*ad Sabinum*.

A ciò si aggiunga che dalla sequenza dei frammenti inseriti nel Digesto e in particolare nel titolo D. 7.1, che ho brevemente esaminato (cfr. D. 7.1.46-50), si inferisce, con una certa verosimiglianza, che i *libri ad Vitellium* e i *libri ad Plautium*, appartenenti allo stesso genere letterario, siano stati oggetto di spoglio sinottico da parte dei compilatori⁶¹.

⁶⁰ Cfr. gli studi di P. DE FRANCISCI *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR*, XXII, cit., pp. 156-207; *BIDR*, XXIII, cit., pp. 5-51 e pp. 186-295 e *BIDR*, XXVII, cit., pp. 5-54.

⁶¹ L'indagine bluhmiana permise di ipotizzare con una certa sicurezza che i frammenti sono collocati nei titoli del Digesto secondo l'ordine di lettura delle opere da cui furono tratti e, nell'ambito della stessa opera, secondo l'originale ordine di collocazione nei libri. Tale ipotesi della successione dei frammenti ha consentito di ritenere probabile che alcuni gruppi di opere appartenenti allo stesso genere letterario siano stati appunto letti sincronicamente.

Cultura giuridica e diritto vivente

Direttivo

Direzione scientifica

Direttore: Giuseppe Giliberti

Co-direttori: Luigi Mari, Lucio Monaco, Paolo Morozzo Della Rocca.

Direttore responsabile

Valerio Varesi

Consiglio scientifico

Luigi Alfieri, Jean Andreau, Franco Angeloni, Andrea Azzaro, Antonio Blanc Altemir, Alessandro Bondi, Licia Califano, Alberto Clini, Maria Aránzazu Calzada Gonzáles, Piera Campanella, Antonio Cantaro, Maria Grazia Coppetta, Francesco Paolo Casavola, Lucio De Giovanni, Laura Di Bona, Carla Faralli, Fatima Farina, Vincenzo Ferrari, Andrea Giussani, Matteo Gnes, Guido Guidi, Giovanni Luchetti, Realino Marra, Guido Maggioni, Paolo Pascucci, Susi Pelotti, Aldo Petrucci, Paolo Polidori, Orlando Roselli, Eduardo Roza Acuña, Elisabetta Righini, Thomas Tassani, Patrick Vlacic, Umberto Vincenti.

Coordinamento editoriale

Marina Frunzio, M. Paola Mittica.

redazioneculturagiuridica@uniurb.it

Redazione

Luciano Angelini, Chiara Lazzari, Massimo Rubechi.

Collaborano con *Cultura giuridica e diritto vivente*

Giovanni Adezati, Athanasia Andriopoulou, Cecilia Ascani, Chiara Battaglini, Alice Biagiotti, Chiara Bigotti, Roberta Bonini, Darjn Costa, Marica De Angelis, Giacomo De Cristofaro, Elisa De Mattia, Luca Di Majo, Alberto Fabbri, Francesca Ferroni, Valentina Fiorillo, Chiara Gabrielli, Federico Losurdo, Matteo Marchini, Marilisa Mazza, Maria Morello, Massimiliano Orazi, Natalia Paci, Valeria Pierfelici, Ilaria Pretelli, Edoardo A. Rossi, Francesca Stradini, Desirée Teobaldelli, Matteo Timiani, Giulio Vanacore, Giordano Fabbri Varliero.

Cultura giuridica e diritto vivente è espressione del Dipartimento di Giurisprudenza (DiGiur) dell'Università di Urbino. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Servizio Sistema Bibliotecario di Ateneo. **ISSN 2384-8901**



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con Licenza [Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).
