



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Francesco Bono

**I rescritti di Valentiniano e Valente
nella *Consultatio*.
Un inquadramento esegetico**

Numero XVI Anno 2023
www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile

Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno)

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciuglio (Univ. Torino)

Redazione

M. Beghini (Univ. Roma Tre), M.V. Bramante (Univ. Telematica Pegaso), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Roma La Sapienza), N. Donadio (Univ. Milano), P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, M.S. Papillo

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro

Via R. Morghen, 181

80129 Napoli, Italia

Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Iscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

I rescritti di Valentiniano e Valente nella *Consultatio* Un inquadramento esegetico

SOMMARIO: 1. *Cons.* 9.1 – 2. *Cons.* 9.2 – 3. *Cons.* 9.3 – 4. *Cons.* 9.4 – 5
Cons. 9.5 – 6. *Cons.* 9.6 – 7. *Cons.* 9.7 – 8. Conclusioni.

Nella *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti*¹ sono accolte sette costituzioni², che provengono dalla cancelleria di Valentiniano e Valente³.

¹ Sulla *Consultatio*: A.F. RUDORFF, *Über die Entstehung der 'Consultatio'*, in ZRG, 13, 1846, 46 ss.; G. SCHERILLO, voce '*Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti*', in *Noviss. dig. it.*, 4, 1959, 358 ss.; K.H. SCHINDLER, '*Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti*', in *Labeo*, 8, 1962, 16 ss.; E. VOLTERRA, *Il manoscritto della 'Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti' e il suo scopritore Antonio Loisel*, in *Acta congressus iuridici internationalis*, 2, Roma, 1935, 401 ss., ora in ID., *Scritti giuridici*, IV, Napoli, 1993, 273 ss.; ID., *Le sette costituzioni di Valentiniano e Valente contenute nella 'Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti'*, in *BIDR*, 85, 1982, 171 ss., ora in ID., *Scritti giuridici*, VI, Napoli, 1994, 381 ss.; C.A. CANNATA, *La cosiddetta 'Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti'*, in *Il diritto tra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile. Atti del Convegno Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto, Napoli 18-20 ottobre 2001*, a cura di M.G. di Renzo Villata, Napoli, 2003, 227 ss.; G. ZANON, *Indicazioni di metodo giuridico dalla 'Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti'*, Napoli, 2009, 195 ss.; D. LIEBS, *Römische Jurisprudenz in Gallien (2. bis 8. Jahrhundert)*, Berlin, 2002, 138-141; S. CORCORAN, '*Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti*', in *The Encyclopedia of Ancient History*, eds. R.S. Bagnall, K. Brodersen, C.B. Champion, A. Erskine and S.R. Huebner, Malden, 2013, 1755 s.

² Sulla serie di provvedimenti di Valentiniano e Valente contenuta nella *Consultatio*: E. VOLTERRA, *Le sette costituzioni*, cit., 381-414; C.A. CANNATA, *La cosiddetta 'Consultatio'*, cit., 227-232; G. ZANON, *Indicazioni*, cit., 195-211.

³ Per un quadro del lavoro della cancelleria imperiale e delle linee di azione normativa di questi imperatori, *La legislazione di Valentiniano e Valente (364-375)*, a cura di F. Pergami, Milano, 1993, XI-LIV.

Questi provvedimenti sono collocati nel capitolo nono dell'opera, una sezione che si distingue dalle altre precedenti, poiché si sostanzia in una raccolta di testi legislativi.

Le costituzioni sono attribuite al *Codex Hermogenianus*⁴, ma la provenienza *ex corpore Hermogenianus*⁵ è stata messa in discussione per molto tempo dalla storiografia. Infatti, i sette provvedimenti sono stati emanati negli anni 364-365, e quindi si presentano distanti temporalmente rispetto al nucleo di costituzioni diocleziane, datate intorno al 293-294, che fanno parte dell'Ermogeniano. In particolare, si è considerata falsa o quantomeno sbagliata l'indicazione del *Codex Hermogenianus* che la *Consultatio* riporta, cosicché questo gruppo di provvedimenti doveva risultare del tutto estraneo all'originaria stesura del Codice⁶.

Tuttavia, Volterra ha argomentato in modo persuasivo che non ci sono buone ragioni per supporre che l'autore del *Consultatio* abbia commesso errori o addirittura scritto di proprio pugno queste costituzioni. Lo studioso, inoltre, ha ipotizzato che le costituzioni possano essere parte di una raccolta composta nel IV secolo e poi

⁴ Da ultimo, sulla personalità dell'autore di questa raccolta, E. DOVERE, *Scienza del diritto e burocrazia. 'Hermogenianus iuristator'*, Bari, 2017. Compie un'indagine sugli aspetti sociali che da essa si desumono: S. CONNOLLY, *Lives behind the laws. The world of the 'Codex Hermogenianus'*, Bloomington, 2010. Sul *Codex Hermogenianus*: A. CENDERELLI, *Ricerche sul 'Codex Hermogenianus'*, Milano, 1965; S. CORCORAN, *The empire of the Tetrarchs. Imperial pronouncements and government. AD 284-324. Revised edition*, Oxford, 2002, 25 ss.; M. VARVARO, *Riflessioni sullo scopo del Codice Ermogeniano*, in *AUPA*, 49, 2005, 237 ss.; L. DE GIOVANNI, *Istituzioni Scienza giuridica Codici nel mondo tardo antico. Alle radici di una nuova storia*, Roma, 2007, 172. Sull'*Epitome iuris*: D. LIEBS, *'Hermogenians iuris epitomae'*. *Zum Stand der römischen Jurisprudenz im Zeitalter Diokletians*, Göttingen, 1964; R. BONINI, *La 'iuris epitomae' di Ermogeniano*, in *Labeo*, 12, 1966, 111 ss.; A. CENDERELLI, *Intorno all'epoca di compilazione dei 'Libri iuris epitomarum' di Ermogeniano*, in *Labeo*, 14, 1968, ora in ID., *Scritti romanistici*, Milano, 2011, 147 ss.

⁵ Questa indicazione di provenienza compare nella prima edizione dell'opera, curata dal Cujas, nel 1577; la stessa intestazione sarà poi mantenuta nelle successive edizioni del 1586, del 1593 e del 1607. Cfr. sul punto, G. ZANON, *Indicazioni*, cit., 195.

⁶ E. COSTA, *Storia delle fonti del diritto romano*, Torino, 1909, 114; M. VOIGT, *Römische Rechtsgeschichte*, Stuttgart-Berlin, 1902, 87.

allegata a una copia del Codice Ermogeniano⁷; questa aggiunta successiva spiegherebbe il riferimento presente nella *Consultatio*.

I provvedimenti dei Valentiniani della *Consultatio* si presentano come un blocco di testi unico nel suo genere. L'unicità discende, in prima battuta, dal fatto che essi non sono stati tramandati, neppure in altre versioni, da nessun'altra raccolta legislativa, privata o pubblica. Inoltre, – ed è questo il dato più rilevante – essi rappresentano una delle rare testimonianze di rescritti privati in età tardo antica⁸. Nonostante, a partire da Costantino, si siano affermate le *generales leges* sul piano della produzione normativa, le cancellerie hanno sì continuato nell'emissione di provvedimenti particolari, ma l'impronta della loro presenza nel panorama delle fonti è quasi completamente cancellata; basti, del resto, considerare che il Codice Teodosiano è esclusivamente rivolto al riordino di costituzioni a valenza generale.

Le sette costituzioni della *Consultatio*, quindi, acquisiscono particolare valenza per sostenere che ancora nel IV secolo gli imperatori non si limitano a normare attraverso le *generales leges*⁹, ma continuavano a

⁷ E. VOLTERRA, *Le sette costituzioni*, cit., 381-414. In questo senso, già P. KRÜGER, *Histoire des sources du droit romain*, Paris, 1894, 379, che parla di edizioni occidentali con appendici. Sempre dell'idea che le costituzioni siano frutto di un'aggiunta alla primitiva stesura del Codice Ermogeniano sono: A. CENDERELLI, *Ricerche*, cit., 68 e nt. 9, 147 e nt. 12; K.H. SCHINDLER, 'Consultatio', cit., 42; C.A. CANNATA, *La cosiddetta 'Consultatio'*, cit., 228.

⁸ F. DE MARINI AVONZO, *I rescritti nel processo del IV e V secolo*, in *AARC*, 11, 1996, 29 ss., ora in *Dall'impero cristiano al medioevo. Studi sul diritto tardoantico*, Goldbach, 2001, 41 ss.; S. PULIATTI, *Il diritto prima e dopo Costantino*, in *Enciclopedia Costantiniana* (2013), consultabile al seguente link: https://www.treccani.it/enciclopedia/il-diritto-prima-e-dopo-costantino_%28Enciclopedia-Costantiniana%29/; D. MANTOVANI, *Sulle tracce dei 'rescripta' richiesti da privati nella tarda antichità*, in *Tesseræ iuris*, 1.1, 2020, 31-34.

⁹ Va, però, rilevato che la storiografia ha dimostrato che l'emissione di provvedimenti generali poteva comunque essere connessa all'esame di questioni particolari o verificarsi in occasione di specifiche situazioni: M.G. BIANCHINI, *Caso concreto e 'lex generalis'. Per uno studio della tecnica e della politica normativa da Costantino a Teodosio II*, Milano, 1979; S. SCHMIDT-HOFNER, *Reagieren und Gestalten. Der Regierungsstil des spätromischen Kaisers am Beispiel der Gesetzgebung Valentinians I*, München, 2008 (che si occupa proprio del regno di Valentiniano I, in cui sono collocati anche i provvedimenti della *Consultatio* qui considerati).

rispondere alle richieste dei privati, che a loro si rivolgevano per ottenere le soluzioni alle controversie in cui erano coinvolti.

Pur a fronte di questo tratto peculiare, se non raro, si deve registrare l'assenza di contributi nei quali le costituzioni siano state sottoposte a uno studio esegetico. Un'eccezione è certamente lo scritto di Zanon, la quale non ha mancato di presentare un valido quadro d'insieme dei contenuti, ma i testi vengono per lo più collegati ai temi toccati nella *Consultatio*¹⁰. Per questo, il presente lavoro intende proporre un esame delle costituzioni, che vada nella direzione di verificare la loro esatta portata, mettendole in dialogo con le fonti precedenti, e che possa colmare la lacuna riscontrata negli studi.

Prima di procedere all'analisi dei provvedimenti appare utile fornire qualche coordinata su alcune loro principali caratteristiche.

Delle sette costituzioni tre sono indirizzate a privati (Cons. 9.2 Pompeo Favonio; Cons. 9.5 Elia Bavonia; Cons. 9.6 Ampelia), mentre le rimanenti hanno come destinatari dei funzionari pubblici (Cons. 9.1 *ad Volusianum praefectum urbi*; Cons. 9.3 *Mamertino praefecto praetorio*; Cons. 9.4 *ad Valentinum consularem Piceni*; Cons. 9.7 *Felici consulari Macedoniae*). In particolare, con riguardo a questo secondo tipo, va poi segnalato che gli imperatori si rivolgono direttamente ai membri della burocrazia: *Volusiane parens karissime; Valentiniane amatissime*.

Due costituzioni (Cons. 9.3; Cons. 9.7) presentano la formula *inter cetera et ad locum*, dalla quale si può desumere che la versione originaria del provvedimento fosse più ampia rispetto a quella giunta attraverso la *Consultatio*.

1. *Cons. 9.1*

Muovendo secondo l'ordine di successione dei testi presenti nella *Consultatio*, il primo rescritto è diretto a Volusiano, *praefectus urbis*¹¹, e riguarda il caso di una donna, che allegava di essere stata ingiustamente

¹⁰ G. ZANON, *Indicazioni*, cit., 195-211. Una catalogazione sulla base degli argomenti affrontati è presenta anche in: C.A. CANNATA, *La cosiddetta 'Consultatio'*, cit., 229.

¹¹ J.R. MARTINDALE, *The prosopography of the later Roman empire*, II, Cambridge, 1980, 978 ss.

costretta a concludere un accordo con la controparte dopo la sentenza emessa nel sacro uditorio dello stesso prefetto¹²:

Cons. 9.1: IMPP. VALENS ET VALENTINIANUS AA. AD VOLUSIANUM PRAEFECT. URB. *Post sententiam pacisci non licere iuris ordine praecavetur. Unde cum supplicans inique se oppressam et post sententiam sacri auditorii depactum esse commemoret, Volusiane parens karissime atque amantissime, amota poena, quam pacto contra ius facto serenitas tua inesse praeviderit, legum auxilio consulat supplicanti.* DAT. IIII ID. AUG. MEDIOLANI (a. 365).

Trad.: Dall'ordinamento giuridico è stabilito che non sia lecito concludere dei patti dopo l'emanazione di una sentenza. Per questo motivo, poiché l'istante sostiene di essere stata ingiustamente oppressa e di aver stipulato un accordo dopo la sentenza del sacro uditorio, Volusiano parente carissimo e amatissimo, rimossa la pena che la tua serenità avrà ravvisato presente nel patto concluso contro il diritto, provvedi per la supplicante con l'ausilio delle leggi.

L'imperatore ricorda che l'ordinamento non ammette la possibilità di concludere patti *post sententiam*; pertanto, egli chiede a Volusiano di rimuovere la pena *quam pacto contra ius facto serenitas tua inesse praeviderit* – espressione non immediatamente decifrabile e sulla quale si dovrà tornare più avanti – e di prestare aiuto alla supplicante secondo le leggi.

Al caso oggetto della costituzione fa da sfondo un processo celebrato presso il tribunale costituito presso la prefettura urbana¹³. Chiusosi questo primo processo con una sentenza, il privato – qui definito come *supplicans* – si rivolge all'imperatore. Se è quindi chiaro che la costituzione

¹² Su Cons. 9.1, G. ZANON, *Indicazioni*, cit., 204; A. SALOMONE, *'Indicati velut obligatio'. Storia di un dovere giuridico*, Napoli, 2007, 495.

¹³ L'espressione *sacrum auditorium* non rimanda solamente alla giurisdizione del prefetto del pretorio, ma può essere riferita anche a quella della prefettura urbana: C. 7.62.31: IMPP. HONOR. THEODOS. AA. ASCLEPIODOTO PP. *Si appellationem oblatam, in qua vel tuae amplitudinis vel urbanae praefecturae sacrum auditorium postulat, index non susceperit...*; C. 11.17.2: IMPP. ARCAD. HONOR. AA. FLORENTINO PU. *Quicumque indicium voluerit experiri, fori urbani auditorium praestoletur.*

presupponga una petizione privata (*supplicatio*), riesce invece più difficoltoso comprendere la ragione per cui l'istante si fosse rivolta all'imperatore.

In prima battuta va evidentemente escluso che l'imperatore fosse intervenuto in veste di giudice d'appello¹⁴. L'appello costituisce, infatti, un mezzo di gravame distinto dalla *supplicatio*, e si evince, inoltre, chiaramente dal tenore del discorso che l'istanza della supplice riguardava l'accordo stipulato *post sententiam*, e non la bontà della *sententia* in quanto tale.

Escluso che il ricorso diretto all'imperatore costituisse una forma di impugnazione contro il provvedimento reso dal prefetto, resta aperta la possibilità che la richiesta di intervento fosse giustificata dalla complessità della questione di diritto da esaminare (che poteva appunto rappresentare uno degli obiettivi specifici della *supplicatio*, insieme alla richiesta di un provvedimento di clemenza)¹⁵.

A complicare questo scenario sta tuttavia il fatto che presentare un'istanza per sentirsi riconoscere che i patti conclusi *post sententiam* non avevano alcuna validità, avrebbe significato portare all'attenzione dell'imperatore una questione che non presentava alcun profilo di particolare complessità. L'invalidità dei patti in questione era, infatti, principio pacifico per il diritto classico, come si avrà modo di mostrare nelle righe che seguono.

Si deve dunque pensare che l'intervento imperiale vada collegato al cd. processo *per rescriptum*. L'istante, nel caso di specie, si sarebbe, cioè, mossa al solo fine di acquisire dagli uffici imperiali il principio di diritto applicabile ai fatti da lei stessa prospettati e che sarebbe spettato poi al

¹⁴ Le sentenze del prefetto urbano possono essere impuginate davanti all'imperatore: F. PERGAMI, *Centralismo e decentramento nell'attività giurisdizionale della tarda antichità*, in *AARC*, 13, 2001, 175 ss.

¹⁵ Sull'istituto della *supplicatio*: G. PURPURA, *Ricerche sulla 'supplicatio' avverso la sentenza del prefetto del pretorio*, in *AUPA*, 35, 1974, 225 ss.; F. PERGAMI, *La 'supplicatio' nel sistema processuale della tarda antichità*, in *Scritti in ricordo di Barbara Bonfiglio*, Milano, 2004, 311 ss.; F. PERGAMI, *Amministrazione della giustizia e interventi imperiali nel sistema processuale della tarda antichità*, Milano, 2007, 93 ss.

giudice di rinvio di verificare in concreto¹⁶. In Cons. 9.1 è in effetti l'istante a sostenere di essere addivenuta all'accordo in quanto costretta ingiustamente (*inique oppressa*)¹⁷. Ed è inoltre la supplicante la prima ad affermare l'illiceità dell'accordo concluso, come suggerisce l'espressione *depactam esse commemoret*, che richiama la contrarietà all'ordinamento del *pacisci*¹⁸.

Si direbbe, insomma, che l'imperatore fosse stato chiamato a pronunciarsi in merito a una fattispecie composita, dal momento che l'istante, pur riconoscendo di aver sottoscritto un patto *contra ius*, sosteneva al contempo di non avervi aderito spontaneamente. Resta, tuttavia, fermo che l'oggetto del rescritto non è rappresentato dal profilo del vizio negoziale, ma dal principio della nullità dei patti conclusi dopo un provvedimento giudiziale; principio ribadito in maniera inequivocabile in apertura di provvedimento.

La ricostruzione della fattispecie ora proposta mostra evidenti analogie con un rescritto di Alessandro Severo, sempre contenuto nel medesimo titolo della *Consultatio* da cui è tratta Cons. 9.1:

Cons. 9.11: IMP. ALEXANDER AURELIO DIONYSIO. *Cum posteaquam adversarius matris tuae victus esset, matrem tuam circumvenerit, ut pacisceretur nullam se controversiam de servis moturam, id pactum mala fide factum irritum est: et cum ex ea conventionem cum matre tua agi coeperit, iudex eam liberabit, quia de re*

¹⁶ Sul processo *per rescriptum*, É. ANDT, *La procédure par rescrit*, Paris, 1920; P. COLLINET, *La procédure par libelle*, Paris, 1932; M. PEDONE, 'Apud Acta'. *Studi sul processo romano alla luce della documentazione papirologica (IV-VI sec. D.C.)*, Torino, 2020, 27-29; D. MANTOVANI, *Sulle tracce*, cit., 31-34, ove anche è affermata l'ipotesi di collegare i rescritti valentiniani della *Consultatio* a questa forma di processo.

¹⁷ G. ZANON, *Indicazioni*, cit., 79, interpreta diversamente la frase. Per la studiosa, infatti, la supplicante non sarebbe vittima di alcun raggirio, e l'espressione *inique se oppressam* starebbe ad indicare la soccombenza nel processo celebratosi presso il sacro uditorio.

¹⁸ Il valore negativo di *depeiscor* da cui proviene *depectus* emerge da: Ulp. 10 *ad ed. D.* 3.6.3.2: *Hoc edicto tenetur etiam is qui depectus est: depectus autem dicitur turpiter pactus*. Cfr. S. PIETRINI, *Sull'iniziativa del processo criminale romano. IV-V secolo*, Milano, 1996, 82.

iudicata pacisci nemo potest. PP. PRIDIE ID. SEPT. ALEXANDRO A. CONS. (a. 222)¹⁹.

Il caso attiene a una donna che, dopo aver vinto una controversia, subisce il raggirò del proprio avversario che la induce a stipulare un accordo ai sensi del quale la donna s'impegna a non promuovere alcuna azione sulla proprietà dei servi. Alessandro Severo conforta il figlio della donna, stabilendo che se l'avversario intendesse citare in giudizio la donna per il rispetto del patto, il giudice non potrà che liberare la madre dall'accordo, perché la transazione da lei conclusa non ha alcun valore nell'ordinamento²⁰.

Il raffronto tra il provvedimento di Valentiniano e quello di Alessandro Severo fa emergere una serie di punti di contatto tra le fattispecie presenti all'uno e all'altro testo. In entrambi i casi, infatti, il patto concluso interviene dopo la chiusura del processo ed è presentato come il frutto del dolo di una delle parti. Se è vero che la sussistenza di un accordo viziato dai raggiri è sottolineata più dalla cancelleria di Alessandro Severo (*circumvenit / pactum mala fide factum irritum est*), che non da quella di Valentiniano (*inique se oppressam*), è altrettanto vero che il principio di diritto dell'invalidità dei patti successivi ad un provvedimento giudiziale viene esplicitato con analogha evidenza da entrambe le cancellerie, l'una in apertura del rescritto, l'altra in chiusura.

¹⁹ Lo stesso rescritto è conservato nel codice giustiniano, in una versione non del tutto coincidente: C. 2.3.8: IMP. ALEXANDER A. AURELIO DIONYSIO. *Cum, posteaquam adversarius matris tuae victus esset, matrem tuam circumvenit, ut ei caveret nullam se controversiam de servis moturam, id pactum mala fide factum irritum est, et cum ex ea conventionem cum matre tua agi coeperit, index eam liberabit*. La differenza più significativa riguarda la frase di chiusura di Cons. 9.1, *quia de re iudicata pacisci nemo potest*, che viene, invece, omessa in C. 2.3.8. Sui problemi testuali sollevati dalle due diverse redazioni del provvedimento, A. SALOMONE, *'Iudicati'*, cit., 488-490; G. ZANON, *Indicazioni*, cit., 206-207.

²⁰ Allo stesso Alessandro Severo va poi ascritto un ulteriore provvedimento, sempre conservato nella *Consultatio*, con il quale si stabilisce l'impossibilità di concludere accordi (*pacisci*) nell'ipotesi in cui una certa quantità è stata dedotta in *condemnationem*: Cons. 9.16: ITEM EODEM CORPORE: IMP. ALEXANDER A. DONATO MILITI. *Si certa quantitas in condemnationem iudicii deducta fuerit, pacisci exinde non posse*, etc. P. IX KAL. IUN. FUSCO II ET DEXTRO CONSS. (a. 225).

Quello che fa da esordio a Cons. 9.1 è, dunque, un principio di diritto che l'imperatore si limita a ribadire: *Post sententiam pacisci non licere iuris ordine praecavetur*.

Il riferimento all'*ordo iuris* amplifica il fatto che si tratta di una regola ampiamente accolta²¹. Questa linea di continuità, in cui la cancelleria di Valentiniano dichiara di porsi, è confermata, infatti, non solo dal rescritto di Alessandro Severo, di cui si è appena detto, ma pure da una cospicua serie di brani giurisprudenziali.

I giuristi classici legavano il patto o la *stipulatio* transattivi alla funzione di risolvere una situazione di incertezza o una lite ancora pendente. Per questo i negozi in questione dovevano intervenire prima che fosse pronunciata la sentenza del giudice, e coerentemente se ne deduceva la nullità, laddove l'accordo fosse stato raggiunto dopo la formazione del giudicato.

Una ricca casistica giurisprudenziale consente poi di precisare il perimetro effettivo di questa nullità. Un passo delle *Pauli Sententiae*, incluso addirittura due volte nella *Consultatio*, chiarisce innanzitutto che i patti *post rem iudicatam* erano validi se conclusi a titolo di donazione, vale a dire quando le concessioni dell'una parte all'altra fossero state fatte per puro spirito di liberalità²²:

²¹ Sull'espressione *ordo iuris* nelle fonti giuridiche romane, L. DI CINTIO, "Ordine" e "ordinamento". *Idee e categorie giuridiche nel mondo romano*, Milano, 2019, 74-77.

²² Il frammento paolino è coerente con la distinzione tracciata da Ulp. 40 *ad ed. D.* 2.15.1: *Qui transigit quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit. Qui vero paciscitur donationis causa rem certam et indubitam liberalitate remittit*. Il giurista contrappone il patto transattivo, cioè l'accordo che due parti concludono nell'ipotesi in cui esiste una situazione giuridica dubbia ovvero una controversia incerta e non ancora conclusa, e il patto remissorio, che si verifica quando un soggetto effettua delle concessioni su una situazione giuridica e certa e lo fa per puro spirito di liberalità. La distinzione ulpiana aiuta a rileggere anche il passo della *Pauli Sententiae*, Paul. Sent. 1.1.5, già analizzato. Il fatto che si dia come dato temporale la stipula dopo la sentenza, impedisce che possa essere ritenuto valido il patto transattivo, mancando infatti il requisito della sussistenza di una lite, mentre fa salva la possibilità di patti remissori, a titolo di donazione. Su Paul. Sent. 1.1.5, vd., inoltre, A. SALOMONE, 'Indicati', cit., 496-497.

Paul. Sent. 1.1.5 (= Cons. 4.6; 7.6): *Post rem indicatam pactum, nisi donationis causa interponatur, servari non potest.*

Un passo di Ulpiano, tratto dai commentari *ad Sabinum* e tradito attraverso il Digesto, oltre a preoccuparsi di chiarire il regime della ripetizione di quanto versato in esecuzione del patto transattivo nullo, precisa che la nullità non si estende a quei patti intervenuti in pendenza di una procedura di appello²³ o quando la parte contesti la validità di giudicato e sentenza²⁴:

Ulp. 43 *ad Sab.* D. 12.6.23.1: *Si post rem indicatam quis transegerit et solverit, repetere poterit idcirco, quia placuit transactionem nullius esse momenti: hoc enim imperator Antoninus cum divo patre suo rescripsit. Retineri tamen atque compensari in causam indicati, quod ob talem transactionem solutum est, potest. Quid ergo si appellatum sit vel hoc ipsum incertum sit, an indicatum sit vel an sententia valeat?*

²³ La proposta di appello consente la conclusione di transazioni e ciò risulta anche da Ulp. 7 *disp.* D. 2.15.7 pr.: *Et post rem indicatam transactio valet, si vel appellatio intercesserit vel appellare potueris.* In dottrina sono stati avanzati dubbi circa l'autenticità della parte finale del testo, a causa del cambio di soggetto, che passa dalla terza alla seconda persona: M.E. PETERLONGO, *La transazione nel diritto romano*, Milano, 1936, 31-32.

²⁴ Questa eccezione alla nullità della transazione successiva alla sentenza è confermata da un altro frammento di Ulpiano: Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.15.11: *Post rem indicatam etiam si provocatio non est interposita, tamen si negetur indicatum esse vel ignorari potest an indicatum sit: quia adhuc lis obesse possit, transactio fieri potest.* Il giurista afferma che, anche una volta intervenuta una sentenza non ancora impugnata, se tuttavia si contesta (o si ignora) il formarsi del giudicato, nulla osta alla validità di una transazione, dato che una lite tra le parti potrebbe ancora instaurarsi. Il passo è sospettato in dottrina di essere non genuino: cfr. G. GUARNERI CITATI, *Miscellanea esegetica*, in *Annali Perugia*, 37, 1924, 5; M.E. PETERLONGO, *La transazione*, cit., 32-34; M.A. FINO, *L'origine della 'transactio'*, Milano, 2004, 190, nt. 61. Mi pare, invece, che esso si mostri pienamente coerente con quanto lo stesso Ulpiano presenta in D. 12.6.23.1, nel quale si precisa la portata del principio espresso dai rescritti imperiali, con l'esplicita introduzione delle sue eccezioni (in questo senso, C. BERTOLINI, *Della transazione secondo il diritto romano*, Torino, 1900, 345-346; R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, Torino, 1952, 403; A. SALOMONE, *La transazione 'post rem indicatam'*, in *Index*, 28, 2000, 389-390; A. SALOMONE, *'Indicati'*, cit., 475-480).

Magis est, ut transactio vires habeat: tunc enim rescriptis locum esse credendum est, cum de sententia indubitata, quae nullo remedio adtemptari potest, transigitur.

Il quadro delineato si presenta in termini analoghi nei numerosi rescritti imperiali che su questo tema si sono conservati, in aggiunta a quello poco sopra ricordato di Alessandro Severo.

Ad Antonino Caracalla si deve, per esempio, un intervento, conosciuto anche attraverso la *Consultatio*, dove l'affermazione che un patto non può avere l'effetto di ridurre l'importo della condanna fissata in sentenza a carico dei curatori fa da premessa all'invito rivolto al funzionario di disapplicare il contenuto della *pactio* e di assicurare la completa esecuzione del giudicato²⁵:

Cons. 9.8 (= C. 5.53.3): IMP. ANTONINUS A. PRISCIANO MILITI. *Summa sententia comprehensa, quam cessantibus curatoribus quondam tuis iudex secutus iureiurandi a te perlati religionem in condemnationem deduxit, minui pacto non potuit: ac propterea sublata cautione transactionis, quae nullo iure interposita est, Septimius Varianus rem indicatam exequatur.* PP. KAL. IUL. LAETO II ET CEREALE CONSS. (a. 215).

Vale infine la pena di segnalare che a distanza di alcune decadi, la cancelleria di Valeriano e Gallieno riafferma il principio *de re indicata pacisci nemo potest*, con parole che sono identiche a quelle usate dalla cancelleria di Alessandro Severo in Cons. 9.11:

Cons. 9.14: EX CORPORE GREGORIANI. IMPP. VALENTINIANUS [VALERIANUS] ET GALLIENUS AA. ET VALERIUS CAESAR AURELIO. *Praeses provinciae aestimabit, utrum de dubia lite transactio inter te et civitatis tuae ordinem facta sit, an de re indicata, quia de re indicata pacisci nemo potest.* PP. III KAL. IUN. AEMILIANO ET BASSO CONSS. (a. 259)²⁶.

²⁵ Su Cons. 9.8, A. SALOMONE, *'Indicat'*, cit., 487.

²⁶ Il rescritto è riportato, con alcune varianti, anche nel *Codex*: C. 2.4.12: IMPP. VALERIANUS ET GALLIENUS AA. PRIMO. *Praeses provinciae aestimabit, utrum de dubia lite transactio inter te et civitatis tuae administratores facta sit, an ambitiose id, quod indubitata deberi*

La motivazione imperiale ha insomma ormai assunto il tono di una *regula iuris*²⁷; una natura – questa di *regula* – confermata da un'elegante litote adottata dalla cancelleria di Diocleziano²⁸ (C. 2.4.32): *super iudicato frustra transigi non est opinionis incertae*.

Tornando a Cons. 9.1, gli imperatori, come si è visto, chiedono al prefetto dell'Urbe di occuparsi della supplicante con l'ausilio delle leggi. Dato il contesto, l'affermazione non può avere altro significato che il prefetto dovrà curare che l'esecuzione della sentenza segua il suo corso (cfr. Cons. 9.8: *rem iudicatam exequatur*). Questo risultato spetterà al funzionario di assicurare – premette tuttavia la cancelleria – dopo aver rimosso la pena *quam pacto contra ius facto serenitas tua inesse praeviderit*.

Quest'ultima frase, sulla quale è bene soffermare l'attenzione, presenta alcuni problemi di interpretazione. In storiografia si sono registrate, infatti, due soluzioni, fra loro molto diverse, la cui adozione

posset, remissum sit. nam priore casu ratam manere transactionem iubebit, posteriore nocere civitati gratiam non sinet. PP. XVI K. MART. AEMILIANO ET BASSO CONSS. Sul punto, più diffusamente, A. SALOMONE, 'Iudicati', cit., 492-493.

²⁷ Il governatore provinciale deve distinguere a seconda che si tratti di una transazione avente ad oggetto una controversia *dubia* oppure una controversia per cui non è più esperibile alcun mezzo di gravame. Se la fattispecie si identifica con quest'ultima, la conseguenza non può che essere l'invalidità della *transactio*. È interessante notare come il rescritto sia pienamente in accordo con quanto prospettato da Ulpiano in D. 12.6.23.1, testo che aiuta a chiarire anche il significato della prima espressione (*lis dubia*). Essa, infatti, rimanda alle transazioni che le parti possono stipulare quando esiste un dubbio se il giudicato si sia formato.

²⁸ Sempre a Diocleziano va ascritto un secondo provvedimento, Cons. 4.11. La costituzione presenta il caso di un padre che, dopo essere risultato soccombente in un giudizio, conclude una transazione, sulla base della quale dispone poi un pagamento: Cons. 4.11: ITEM EODEM CORPORE ET TIT. IIDEM AA. ET CC. ZEUXIANO ANTONINO. *Pacto transactionis exactio iudicati non tollitur. Unde si pater tuus condemnatus iudicio post transegit et solvit, solutione magis quam transactione tuum defende negotium, et reliq.* P. XVIII KAL. IAN. IPSIS AA. CONSS. (a. 293). Sollecitato dall'istanza del figlio, Zeuxiano Antonino, Diocleziano invita a non considerare l'accordo transattivo, ma piuttosto a concentrarsi sul carattere solutorio del pagamento, con riguardo alla sentenza emessa nei confronti del padre condannato. Solo in questa seconda ipotesi, il pagamento eseguito può essere ritenuto valido; il che, come si può constatare, permette di ribadire che l'esecuzione di un provvedimento giudiziale non può essere impedita da un successivo accordo fra le parti.

ha innegabili riflessi sulla ricostruzione della portata del provvedimento imperiale.

Godefroy²⁹ riteneva che la pena da rimuovere discendesse dalla *pactio* stessa – o da una convenzione accessoria – stipulata dalla supplicante con il proprio avversario dopo la sentenza del prefetto³⁰. L'accordo concluso fra le parti – si deve cioè supporre, sposando questa interpretazione – avrebbe sì riguardato il rapporto oggetto del giudizio conclusosi davanti al prefetto, ma avrebbe previsto altresì una penale nel caso in cui non lo si fosse rispettato³¹. La supplicante, quindi, al momento di rivolgersi all'imperatore, doveva fare i conti non solo con un accordo (a suo dire) nullo – in quanto stipulato dopo una sentenza –, ma anche con l'eventualità che l'avversario pretendesse da lei una ulteriore somma di denaro per il fatto stesso di aver adito l'imperatore allo scopo di non dare seguito al patto.

Un'interpretazione più recente – prospettata almeno in un primo momento da Zanon – vuole, invece, che l'imperatore abbia ordinato a Volusiano di eliminare la pena che era stata prevista dallo stesso prefetto per il patto contrario al diritto³². A seguire questa seconda proposta si dovrebbe cioè supporre che il prefetto fosse intervenuto per punire la supplicante, essendo venuto a sua volta a conoscenza del fatto che le parti avevano disatteso la sua sentenza con un accordo di diverso tipo. La supplicante, perciò, avrebbe invocato l'intervento imperiale non solo per essere liberata dal patto, ma anche per evitare la punizione inflittale dal prefetto.

²⁹ J. GODEFROY, *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis*, I, Lipsiae, 1736, 147, nt. i: *poena pacto inserta*. Il giurista culto francese rinvia in maniera molto pertinente ad un provvedimento di Arcadio e Onorio, CTh. 2.9.3 (= C. 2.4.41), sempre in tema di patti, ove si trova l'espressione *restituta poena quae pactis probatur inserta*.

³⁰ Sull'uso della pena convenzionale: Paul. 1 *sent.* D. 2.15.15; Herm. 1 *inris epit.* D. 2.15.16; Pap. 1 *resp.* D. 2.14.40.1; Scaev. 28 *dig.* D. 45.1.122; C. 2.4.9; C. 2.2.17; C. 2.2.37; C. 2.2.40; C. 2.2.41.

³¹ Sulla pena convenzionale negli accordi transattivi, C. BERTOLINI, *Della transazione*, cit., 329-239.

³² G. ZANON, *'Consultatio veteris cuiusdam iureconsulti'. Consultazione di un vecchio giureconsulto*, Napoli, 2006, 79: «una volta eliminata la pena che con la tua imparzialità hai previsto per il patto contrario al diritto».

Va però detto che l'autrice, in un successivo studio, pare aver abbandonato questa spiegazione, per aderire anch'essa alla tesi della penale, che, come si è visto, deve ascriversi a Godefroy³³. E che tra le due ipotesi interpretative sia in effetti quella della penale a doversi preferire emerge dalle considerazioni seguenti.

Una ragione che si potrebbe ritenere preliminare è data dal grado di maggior coerenza di contenuto che si raggiunge nella lettura dell'intero provvedimento. Considerare la pena come prevista dal patto permette, infatti, di rifarsi all'elemento del dolo negoziale di cui la stessa supplicante sostiene di essere stata vittima e che è connaturato al patto stesso. In altre parole, l'iniquità del *pactum*, sottolineata nel rescritto dall'espressione *inique oppressa*, si dovrebbe ritrovare nella condizione fortemente negativa in cui è venuta a trovarsi la supplicante, non solo per il fatto di essere stata indotta a concludere un accordo illecito, ma appunto per la previsione aggiuntiva della penale, per l'ipotesi che all'accordo non si fosse dato seguito.

Una seconda ragione risiede nella difficoltà di configurare l'esistenza di un potere sanzionatorio del *praefectus urbis* nei confronti di coloro che avevano concluso accordi contrari al diritto. Le fonti non danno alcuna attestazione di questa potestà del prefetto, e persino Cons. 9.1, che costituirebbe l'unica testimonianza di un potere del genere, fornisce in realtà solo una prova indiretta, desumibile unicamente dalla menzione della *poena* rimessa al *praevidere* del prefetto.

2. Cons. 9.2

Sempre connessa alla procedura del processo *per rescriptum*³⁴ è la seconda costituzione che, proseguendo nella lettura dei testi, qui si esamina:

³³ G. ZANON, *Indicazioni*, cit., 204: «patto [...] il quale obbligava [la supplicante] al pagamento di una penale».

³⁴ Così, D. MANTOVANI, *Sulle tracce*, cit., 33-34, anche sulla base dei dati che si desumono dalla *subscriptio*, su cui *infra* nt. seguente.

Cons. 9.2 : IIDEM [= IMPP. VALENS ET VALENTINIANUS] AA. POMPEIO FAVONIO. *Hereditatem, quam tibi competere iure confirmas, negotii merito discusso, approbatis allegationibus restituet legum fonte demanans sententia iudicantis, remota videlicet pactone, quam dolo patuerit elicitam.* DAT. VIII ID. FEBR. ALLEG. NON. KAL. APRIL. IN BASILICA THERMARUM COMMODIANARUM IPSIS AA. CONSS.³⁵ (a. 365).

Trad.: Dopo che il caso sia stato discusso nel merito e siano state verificate le allegazioni, la sentenza del giudice che ha origine dalla fonte delle leggi ti restituirà l’eredità che tu affermi essere di tua spettanza per diritto, naturalmente una volta che sia stato rimosso il patto che apparirà essere stato concluso per dolo.

Il rescritto³⁶ ha come sfondo una *pactio* che ha a oggetto un’eredità. Stando, infatti, alla presenza della parola *hereditas* si deve desumere che il patto riguarda una rinuncia all’eredità o a una quota³⁷. Il presupposto

³⁵ La *subscriptio* riporta due diverse date: la prima è quella del 6 febbraio, desumibile dal giorno in cui il provvedimento è stato emesso (*data*); la seconda è quella del 5 aprile, che corrisponde al giorno in cui la costituzione è stata allegata (*allegata*) nel processo che si teneva presso le Terme di Commodo. Circa il luogo preciso in cui il giudizio si è celebrato non vi è assoluta certezza, posto che sono attestate delle terme costruite dall’imperatore Commodo sia a Roma (Hist. Aug. *Comm.* 17.5; Herod. 1.12.4; *Chron. Pasch.* 492.7) sia ad Antiochia (Ioh. Mal. 12.2; 12.6; 13.30). A favore della probabile localizzazione romana, D. MANTOVANI, *Sulle tracce*, cit., 34, nt. 74.

³⁶ Sostengono che questa sia la tipologia di provvedimento adottato dalla cancelleria: D. MANTOVANI, *Sulle tracce*, cit., 33-35; R. LAMBERTINI, *L’intangibile mutevolezza della ‘voluntas defuncti’*, in *Tesserae iuris*, 1.1, 2020, 184-185.

³⁷ Che in materia successoria si possano riscontrare frequenti casi di comportamenti dolosi ai danni di eredi è del resto confermato negli scritti di Ulpiano (Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.9.1: *Si autem mihi persuaseris, ut repudiem hereditatem, quasi minus solvendo sit, vel ut optem servum, quasi melior eo in familia non sit: dico de dolo dandam, si callide hoc feceris*), di Modestino (Mod. 2 *resp.* D. 2.14.35: *Tres fratres Titius et Maevius et Seia communem hereditatem inter se dividerunt instrumentis interpositis, quibus divisisse maternam hereditatem dixerunt nihilque sibi commune remansisse caverunt. sed postea duo de fratribus, id est Maevius et Seia, qui absentes erant tempore mortis matris suae, cognoverunt pecuniam auream a fratre suo esse subtractam, cuius nulla mentio instrumento divisionis continebatur. quaero an post pactum divisionis de subrepta pecunia fratribus adversus fratrem competit actio. Modestinus respondit, si agentibus ob portionem eius, quod*

dovrebbe, però, essere una successione già aperta, essendo esclusa la configurazione di un patto rinunciativo in diritto romano³⁸.

I due contraenti sono Pompeo Favonio, che si ritiene leso da tale accordo e si è quindi rivolto all'imperatore per trovare giustizia, e un altro soggetto, che, sempre stando alle parole dell'istante, avrebbe agito con dolo.

La soluzione imperiale al quesito posto è in favore di Favonio, al quale viene confermato che l'accordo carpito con dolo non può avere seguito; pertanto, esclusi gli effetti di tale *pactio*, Favonio potrà riottenere quanto aveva perso, grazie all'intervento del giudice, al quale è demandato il compito di vagliare le allegazioni di parte.

La decisione imperiale ruota intorno al principio secondo cui gli accordi conclusi a causa di dolo non possano essere in alcun modo tutelati e i loro effetti vanno perciò rimossi. Con questa soluzione il rescritto si ricollega alla disciplina classica. L'editto del pretore, infatti, esclude il riconoscimento sul piano del diritto di quei patti che *dolo malo...facta erunt*³⁹, così come prevede la concessione dell'*actio*⁴⁰ o

subreptum a Titio dicitur, generalis pacti conventi exceptio his, qui fraudem a Titio commissam ignorantes transegerunt, obiciatur, de dolo utiliter replicari posse) e nelle costituzioni di Diocleziano (C. 2.20.7: IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS. AA. ET CC. SEBASTIANO. *Si maior quinque et viginti annis hereditatem fratris tui repudiasti, nulla tibi facultas eius adeundae relinquitur. sane si eius uxoris tibi substitutae dolo factum est, actionem de dolo contra eam exercere potes.* D. XVI K. MAI. CC. CONSS.). In particolare, due testimonianze sono accomunate dalla medesima fattispecie, cioè la vittima del dolo altrui rinuncia all'eredità.

³⁸ Sui patti successori, vd. da ultima, S. LO IACONO, *Ambulatoria est voluntas defuncti?.* *Ricerche sui patti successori istitutivi*, Milano, 2019.

³⁹ Ulp. 4 ad ed. D. 2.14.7.7: *Ait praetor: "pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat facta erunt, servabo"*. Sul passo, ex multis, L. FASCIONE, *'Fraus leg?'. Indagini sulla concezione della frode alla legge nella lotta politica e nella esperienza giuridica romana*, Milano, 1983, 166 ss.; F. GALLO, *'Synallagma' e 'conventio' nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano*, I, Torino, 992, 43-44; B. BISCOTTI, *Dal 'pacere' ai 'pacta conventa'. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, Milano, 2002, 443 ss., 468 ss.; C.A. CANNATA, *Corso di Istituzioni di diritto romano*, 2.2, Torino, 2017, 144 ss.

⁴⁰ Ulp. 11 ad ed. D. 4.3.1 pr.-1: pr. *Hoc edicto praetor adversus varios et dolosos, qui aliis offerunt calliditate quadam, subvenit, ne vel illis malitia sua sit lucrosa vel istis simplicitas damnosa.* 1. *Verba*

dell'*exceptio doli* in favore delle vittime di raggiri. Questa tutela che trae origine dall'esercizio della *iurisdictio* pretoria è la necessaria premessa all'affermazione della cancelleria valentiniana di *removere pactionem*, se estorta con dolo.

Il principio pretorio, pertanto, risulta essere stato applicato dai giuristi⁴¹ e dagli imperatori, e tra i testi che si possono qui richiamare alcuni sono raccolti dallo stesso autore della *Consultatio*. Guardando poi più specificamente a una particolare forma di *pactum* come è la transazione, si riscontra che il dolo era trattato come nelle altre pattuizioni.

Oltre a Cons. 9.11 (= Cons. 1.8), provvedimento di Alessandro Severo già ricordato, Cons. 1.10, proveniente dalla cancelleria di Caro e di Numeriano⁴², riguarda una *transactio* in cui si riscontra la presenza di comportamenti fraudolenti, e per la quale si prevede la sua inefficacia:

Cons. 1.10: IMPP. CARUS ET NUMERIANUS AA. AURELIO. *Cum fraudis studio transactionem interpositam esse dicas, quod inter vos gestum est, infirmat iuris auctoritas et reliqua*. P. VI IDUS DECEMB. CARO ET CARINO CONSULIBUS (a. 283).

autem edicti talia sunt: "quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo". Per un inquadramento del concetto di dolo e dei rimedi pretori si rinvia a: I. PONTORIERO, *I vizi del consenso nella tradizione romanistica*, Torino, 2020, 79-106.

⁴¹ Emblematico è un frammento di Ulpiano, Ulp. 1 *opin.* D. 2.15.9.2: *Qui per fallaciam coheredis ignorans universa, quae in vero erant, instrumentum transactionis sine Aquiliana stipulatione interposuit, non tam paciscitur quam decipitur*. La fattispecie sulla quale il giurista è chiamato a esprimersi riguarda un erede che ha concluso per iscritto una transazione senza ricorrere ad una *stipulatio Aquiliana*, ma è stato tratto in inganno dal coerede, che non ha fornito una veritiera rappresentazione del complesso patrimoniale caduto in successione. Ulpiano ritiene che l'erede non è vincolato a quanto sottoscritto, in quanto è stato vittima del raggio altrui. Sul passo, vd. pure C. BERTOLINI, *Della transazione*, cit., 379; M.E. PETERLONGO, *La transazione*, cit., 100-101; B. SANTALUCIA, *I 'libri opinionum' di Ulpiano*, II, Milano, 1971, 66-67.

⁴² A. WATSON, *Legal Origins and Legal Change*, London, 1991, 50-60.

A distanza di un decennio sarà Diocleziano a intervenire su una fattispecie analoga per salvaguardare Ulpia Marcellina, che, vittima degli artifizii dolosi del genero, ha sempre concluso una transazione⁴³:

Cons. 9.9: IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA. ULPIAE MARCELLINAE. *Si praeses provinciae ignorantiam tuam fraudulenta transactione ac dolo artibus generi tui circumscriptam esse cognoverit, si quidem Aquiliana stipulatio et acceptilatio insecuta non est, pactum callide scriptum integris singulorum actionibus amovebit.* P. III NON. OCTOB. IPSIS AA. (a. 293 ?⁴⁴).

Lo stesso imperatore si occupa nuovamente di transazione in un caso nel quale è altresì presente una prospettiva processuale e probatoria⁴⁵:

C. 2.4.19: IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA. AA. ET CC. IRENAEO. *Sub praetextu instrumenti post reperti transactionem bona fide finitam rescindi iura non patiuntur. Sane si eam per se vel per alium subtractis, quibus veritas argui potuit, decisionem litis extorsisse probetur, si quidem actio superest, replicationis auxilio doli mali pacti exceptio removetur, si vero iam perempta est, infra constitutum tempus tantum actionem de dolo potes exercere.* XIII K. OCT. SIRMI AA. CONSS. (a. 293).

L'esordio del provvedimento muove con l'affermazione che l'ordinamento (*iura*⁴⁶) non consente la rescissione di una transazione compiuta in buona fede sulla base di un documento scoperto dopo la

⁴³ Sul provvedimento, B. SANTALUCIA, *I 'libri'*, cit., 68; G. ZANON, *Indicazioni*, cit., 202-203.

⁴⁴ Sui problemi di datazione sollevati dal testo, G. ZANON, *Indicazioni*, cit., 202, nt. 190.

⁴⁵ B. SANTALUCIA, *I 'libri'*, cit., 65-68; V. MAROTTA, *Eclissi del pensiero giuridico e letteratura giurisprudenziale nella seconda metà del III secolo d.C.*, in *Studi storici*, 48, 2007, 960 e nt. 133; P. SCIUTO, *'Rescindere' nella cancelleria diocleziana: determinazione concettuale del termine*, in *Working papers del Centro di ricerca sulle Tecnologie Informatiche e Multimediali Applicate al Diritto (TIMAD)*, 6, 2012, consultabile al seguente link: <http://www.timad.unict.it/wp-content/uploads/2012/11/WP-6-2012-Sciuto.pdf>.

⁴⁶ Per Marotta il rinvio è al *ius receptum* così come si trova espresso nella letteratura giuridica: V. MAROTTA, *Eclissi*, cit.

sua conclusione. Tuttavia – continua il testo –, ciò è vero fino a quando non si prova che il consenso è stato carpito con inganno, mediante la sottrazione di quei documenti da cui si poteva ricavare la verità dei fatti: qualora sia così avvenuto, la persona danneggiata da questi comportamenti fraudolenti può avvalersi dell'*exceptio doli* o dell'*actio doli*.

Le costituzioni imperiali, nelle quali va certamente inclusa Cons. 9.2, mostrano quindi che le regole e i principi introdotti per rendere inefficaci le pattuizioni concluse per dolo sono stati applicati ininterrottamente a partire dall'introduzione della tutela pretoria.

3. Cons. 9.3

Il tema dell'inefficacia dei patti estorti con comportamenti non ammessi dall'ordinamento è presente pure in Cons. 9.3, seppure in una prospettiva diversa da quella del dolo:

Cons. 9.3: IIDEM [IMPP. VALENS ET VALENTINIANUS] AUG. MAMERTINO PP. (INTER CET. ET AD LOCUM). *Pacta quidem per vim et metum apud omnes satis constat cassata viribus respuenda*. DAT. XII KAL. APRIL. IPSIS AA. CONSS. (a. 365).

Trad.: È sufficientemente certo a tutti che i patti conclusi per violenza e timore, privati degli effetti, non devono essere tutelati.

Infatti, la costituzione, diretta a Claudio Mamertino, prefetto del pretorio⁴⁷, ribadisce il principio che agli accordi conclusi con l'uso di violenza non debba riconoscersi alcun effetto.

Il rescritto dà come principio indubitato che i patti estorti con violenza debbano essere posti nel nulla. Tuttavia, per il moderno interprete non è immediatamente chiaro quale valore debba assegnarsi al termine *pactum*, se cioè vada inteso nel senso generico di convenzione o, in quello specifico, di patto di rinuncia a una qualche posizione giuridica soggettiva.

⁴⁷ PLRE, I, 540-541.

Questa difficoltà che sorge nell’avvio dell’interpretazione del testo normativo è dovuta principalmente al fatto che l’autore della *Consultatio* ha infatti stralciato la regola enunciata da un testo più ampio, come lascia intendere l’indicazione, aggiunta all’*inscriptio*, *inter cet. et ad locum*. Ciò impedisce di conoscere nella sua interezza la costituzione e al tempo stesso impedisce di ricostruire l’*occasio*.

D’altro conto, la questione del significato del termine *pactum* è ulteriormente complicata da quanto emerge dalle fonti, la cui lettura non permette di comporre un quadro coerente. Come si vedrà, nelle costituzioni imperiali, il principio condensato dalla massima imperiale si trova ripetutamente affermato non a proposito di patti accessori, come quello di rinuncia, ma di convenzioni autonome. Se poi si guarda ai testi giurisprudenziali, non si rinvergono testi che discutono dell’invalidità per violenza del patto in senso stretto, a differenza di quanto avviene per il caso del dolo (Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.9-11).

Se invece l’indagine si amplia alle fonti letterarie, si rinviene che, in una controversia di Seneca il Vecchio, l’efficacia di un patto senz’altro di rinuncia a un diritto (nella specie del diritto del patrono alle opere) viene discussa con riferimento all’elemento della *vis* e del *metus*, e la discussione sembra essere impostata alla luce della clausola edittale “*quod metus causa gestum erit, ratum non habeo*”⁴⁸.

Quest’ultima testimonianza conforta nel ritenere che all’editto in questione si facesse comunque riferimento per invalidare il negozio estorto con la violenza in quanto tale, senza che differenze si dessero tra convenzioni autonome e patti aggiunti.

Da questo punto di vista, l’affermazione di principio sopravvissuta attraverso la *Consultatio* del provvedimento di Valente e Valentiniano segna dunque una perfetta continuità con la disciplina dell’epoca classica, come si potrà agevolmente constatare dalla breve rassegna attraverso i rescritti che seguono.

Quanto al contenuto, la costituzione afferma, quasi in forma di regola, che un accordo imposto con la violenza a una delle due parti non

⁴⁸ *Contr.* 4.8, su cui di recente, P. LAMBRINI, *Il patrono proscritto e i gemelli abbandonati: due ‘controversiae’ di Seneca il Vecchio in tema di ‘metus’*, in *TSDP*, 16, 2023, 1 ss.

deve avere nessuna rilevanza sul piano del diritto. Il *quidem* introduttivo lascerebbe intendere che il principio sia stato formulato come una sintesi dell’esame della fattispecie, condotto in una parte preliminare del rescritto; fattispecie, come si accennava, i cui tratti non sono tuttavia delineabili, nemmeno per approssimazione⁴⁹.

In questa sua affermazione di principio quel che resta del rescritto si mostra aderente ai principi del diritto classico, al cui fondamento si trova, come è noto, la promessa edittale già ricordata⁵⁰; promessa che si concretizzava a sua volta nella predisposizione dei tre rimedi dell’*exceptio metus*, dell’*actio quod metus causa* e della *restitutio in integrum propter metum*⁵¹.

Questi mezzi di tutela, che operavano nell’ambito della *iurisdictio* pretoria, hanno costituito a loro volta la base per affermazioni di principio più astratte e generali, con le quali si predicava l’invalidità tout court del negozio viziato da violenza⁵².

La cancelleria di Settimio Severo, rispondendo alla petizione di Giulio Conserturino, e sottolineando come si tratti di un principio fissato già da lungo tempo, afferma che le operazioni compiute *per vim et metum* devono essere annullate (*irrita esse debere*).

Cons. 1.6: EX CORPORE GREGORIANI LIB. II. IMP. SEVERUS A. IULIO CONSERTURINO. *Ea, quae per vim et metum gesta sunt, etiam citra principale auxilium irrita esse debere iam pridem constitutum est.* ACCEPTA KAL. IUL. DEXTRO II ET CRISPINO CONSS. (a. 196).

⁴⁹ Per G. ZANON, *Indicazioni*, cit., 200 il lemma *viribus cassata* (*scil. pacta*) sarebbe il segno che la fattispecie discussa dalla cancelleria atteneva all’esercizio di un’azione esecutiva. Va però osservato che il termine *viros* vale a indicare gli effetti in quanto tali del *pactum*, anche in situazioni in cui esso è parte di un contesto esclusivamente negoziale: cfr. Paul. 3 *ad Plaut.* D. 10.3.14.2; Hermog. 6 *iuris epit.* D. 49.14.46.7; C. 5.1.5.6.

⁵⁰ Sulla clausola edittale riportata in Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.2.1, E. CALORE, ‘*Actio quod metus causa*’. *Tutela della vittima e azione ‘in rem scripta’*, Milano, 2011, 4-67; J. GAULHOFER, ‘*Metus*’. *Der prätorische Rechtsschutz bei Furcht, Zwang und Gewalt*, Wien, 2019.

⁵¹ C. VENTURINI, ‘*Metus*’, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje a José Luis Murga Gener*, coordinacion y presentacion J. Paricio, Madrid, 1994, 921-944; J. GAULHOFER, ‘*Metus*’, cit.

⁵² M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 244.

Alla cancelleria di Gordiano si deve, per esempio, un rescritto molto preciso nel riassumere agli istanti – Primo ed Euticeto – i termini delle regole edittali relative all'*actio quod metus causa*:

C. 2.19(20).4: IMPERATOR GORDIANUS A. PRIMO ET EUTYCHETI. *Si per vim vel metum mortis aut cruciatus corporis venditio vobis extorta est et non postea eam consensu roborastis, iuxta perpetui formam edicti intra annum quidem agentes, quo experiundi potestas est, si res non restituatur, quadrupli referetis condemnationem, scilicet reddito a vobis pretio: post annum vero causa cognita eadem actio in simplum permittitur: quae causae cognitio eo pertinet, ut ita demum decernatur, si alia actio non sit.* PP. III NON. AUG. GORDIANO A. ET AVIOLA CONSS. (a. 239).

La vendita cui Primo e Euticeto si sono piegati è stata loro estorta con la violenza o con la minaccia di metterli a morte o di torturarli. Se ad essa non è seguita alcuna convalida, che abbia sanato il contratto viziato⁵³, essi potranno agire *iuxta perpetui formam edicti*, sperando un'*actio quod metus causa*⁵⁴, che sarà volta al quadruplo entro l'anno, previa

⁵³ Per G. FINAZZI, *Riflessioni sul rapporto fra convalida e ratifica nell'esperienza giuridica romana*, in *'Fides Humanitas Ius'. Studii in onore di Luigi Labruna*, a cura di C. Cascione e C. Masi Doria, III, Napoli, 2007, 1919 s., la fattispecie esaminata dal provvedimento imperiale riguarda una vendita estorta con violenza a cui è seguita la *traditio* del bene, anch'essa viziata. Questo spiega la ragione della concessione dell'*actio quod metus causa*, che, diversamente, non avrebbe ragion d'essere, poiché la *traditio*, se validamente realizzata, costituirebbe una convalida del negozio concluso con violenza. A fronte di questa posizione, si può avanzare l'ipotesi che il *consensu roborare* attenga certamente ad una convalida della vendita viziata, ma non per questo si deve necessariamente pensare ad una *traditio*, potendosi, invece, ritenere sufficiente una nuova manifestazione di volontà. In questo senso, F. SCHULZ, *Die Lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäft im antiken römischen recht*, in *ZSS*, 43, 1922, 197, che, tuttavia, assume che la vendita compiuta non sia sorretta da alcun consenso.

⁵⁴ U. VON LÜBTOW, *Der Ediktstitel 'Quod metus causa gestum erit'*, Greifswald, 1932, 51-52, ha avanzato dubbi circa la genuinità della menzione dell'*actio quod metus causa*, in quanto il testo, nella sua originaria versione, avrebbe contenuto un riferimento alla *mancipatio*, seguita alla vendita, e, pertanto, il mezzo di tutela apprestato alle vittime della violenza sarebbe stato l'*actio empti*. La posizione di von Lübtow è tuttavia superata in

restituzione del prezzo, ovvero al *simplum*, scaduto tale termine e a condizione che l'istante non disponga di altri strumenti di tutela⁵⁵.

Proseguendo nella lettura del *Codex*, può, infine, segnalarsi la costituzione di Diocleziano e Massimiano, sollecitata dalla richiesta di Cotuo:

C. 2.19(20).7: IMPERATORES DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA. ET CC. COTUI. *Si donationis vel transactionis vel stipulationis vel cuiuscumque alterius contractus obligationis confectum instrumentum metu mortis vel cruciatus corporis extortum vel capitales minas pertimescendo adito praeside provinciae probare poteris, hoc ratum haberi secundum edicti formam non patietur.* D. II NON. IAN. AA. CONSS. (a. 293).

Rispetto al rescritto precedente, il riferimento alla *forma edicti* s'inserisce qui in una ricognizione senz'altro più astratta, ma che continua a esprimere una perfetta consapevolezza della peculiarità del piano normativo attraverso cui passava la tutela delle persone costrette con minacce a concludere un negozio. Da un lato, infatti, quello dell'invalidità di quanto estorto *metu* è presentato come un principio d'applicazione generale, valido qualunque sia il tipo di accordo obbligatorio; dall'altro lato, non si entra nel merito della tutela pretoria attivabile nel caso concreto, limitandosi a un generico rinvio alla *forma edicti* che avrebbe permesso al governatore di porre nel nulla gli effetti del negozio.

4. *Cons. 9.4*

La serie di provvedimenti dei Valentiniani continua con un ulteriore testo nel quale a venire in considerazione è sempre un patto⁵⁶:

dottrina: C. CASTELLO, *Il regime della violenza nei negozi giuridici*, in *RISG*, 14, 1939, 317 ss.; G. FINAZZI, *Riflessioni*, cit., 1919; E. CALORE, *'Actio'*, cit., 356.

⁵⁵ Il concorso è escluso anche in Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.2.14.2.

⁵⁶ Per D. MANTOVANI, *Sulle tracce*, cit., 34, si tratta sempre di un'ipotesi di petizione in un processo *per rescriptum*. Diversamente, F. PERGAMI, *La legislazione*, cit., 210 inquadra

Cons. 9.4: IDEM AA. [= IMPP. VALENS ET VALENTINIANUS] AD VALENTINIANUM CONSULAREM PICENI. *Non dubium est eum a fide placiti recessisse, qui quae promiserat implere noluit, Valentiniane carissime. Proinde si adversario supersedente cominus explicare ea quae sponderat fides placiti vacillat, familiares litterae, quas ad se missas dicit, supplici Exoperio non oberunt. Fines etiam, quos temeratos adseverat, amota praescriptione temporis hi qui pervaserunt⁵⁷, ut ratio iuris est, redhibere cogantur.* ALLEG. IIII KAL. MAI. FLAVIA FANESTRI IN SECRETARIO IPSIS AA. CONSS. (a. 365)⁵⁸.

Trad.: Carissimo Valentiniano, non c'è dubbio che colui che non volle adempiere le cose che aveva promesso è venuto meno alla fede dell'accordo. Per questo motivo, se continuando l'avversario a non compiere le cose che aveva promesso, la fede dell'accordo vacilla, le lettere familiari che dice essergli state mandate non danneggiano Exoperio, autore della supplica. Anche coloro che invasero siano costretti a restituire i confini che egli afferma essere stati violati, come è giusto, rimossa l'eccezione di tempo.

il provvedimento nell'ambito di una *consultatio ante sententiam* in una controversia presso la corte del governatore provinciale.

⁵⁷ Si accoglie, anche per le ragioni di contenuto esposte in corpo di testo, la lezione *pervaserunt* dell'edizione di P. KRÜGER, *Collectio librorum iuris anteiustiniani*, 3, Berolini, 1878, 218. Si segnala, tuttavia, che altre edizioni riportano il verbo *persuaserunt*: S. RICCOBONO et al., *Fontes iuris Romani anteiustiniani in usum scholarum*, 2, Florentiae, 1968, 610; F. PERGAMI, *La legislazione*, cit., 210; G. ZANON, 'Consultatio', cit., 80 (sebbene, nella traduzione del testo, l'autrice si riferisce chiaramente ad invadere, superare)

⁵⁸ F. PERGAMI, *La legislazione*, cit., 210, propone come datazione il 28 aprile del 365, considerando che altri tre provvedimenti, indirizzati allo stesso Valentiniano, *consularis Piceni*, risultano emanati in quello stesso anno (CTh 9.2.2 del 22.1.365; CTh. 9.30.4 del 16.5.365; CTh. 15.1.17 del 6.10.365). Tuttavia, lo stesso autore non manca di segnalare il carattere di incertezza di questa proposta, poiché mancano precise informazioni sull'intero periodo di carica dello stesso Valentiniano.

Come acutamente riconosceva già Godefroy⁵⁹, la costituzione⁶⁰ affronta due profili, che pur rimangono sempre tra loro connessi. Il primo è il valore delle *familiares litterae* inviate a seguito di un accordo; il secondo è la conseguenza di un’abusiva occupazione di terreni. Quanto al primo, l’imperatore decide che le *litterae* non possono nuocere alle pretese avanzate da Exoperio, il quale ha agito per il rispetto del precedente accordo. Quanto al secondo, la soluzione imperiale è sempre a favore del *supplicans* perché si ordina la restituzione dei terreni, essendo infondata l’eccezione proposta (*amota praescriptione temporis*), su cui torneremo più avanti.

Se il contenuto delle determinazioni imperiali, rese *in secretario*⁶¹, risulta *prima facie* chiaro, più difficile è, invece, l’inquadramento della fattispecie che ha originato l’intervento di Valentiniano e Valente. Infatti, in storiografia si registrano due ricostruzioni della vicenda tra loro distanti, e, come si avrà modo di cogliere, fortemente condizionate dalla versione del testo usata per l’analisi.

Godefroy⁶² ipotizza che Exoperio abbia concluso un accordo volto alla divisione di alcuni *agri*. Nelle pattuizioni intercorse la controparte si sarebbe obbligata a consegnare una porzione di terra, e avrebbe rafforzato questo impegno con la promessa⁶³ di corrispondere una

⁵⁹ J. GODEFROY, *Codex*, cit., 149-150.

⁶⁰ Sul provvedimento, M. AMELOTI, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milano, 1958, 213, nt. 6; L. MAGGIO, *Note critiche sui rescritti postclassici. 1. Il c.d. ‘processum per rescriptum’*, in *SDHI*, 61, 1995, 309-310; M. VINCI, ‘*Fines regere*’. *Il regolamento dei confini dall’età arcaica a Giustiniano*, Milano, 2004, 485-486.

⁶¹ Questa modalità di rendere giustizia si contrappone a quella che si svolge *pro tribunali*, e si caratterizza per il fatto che le udienze si tengono in un luogo chiuso.

⁶² J. GODEFROY, *Codex*, cit., 149-150.

⁶³ Va osservato che gli estensori del provvedimento utilizzano il verbo *spondere*. G. ZANON, *Indicazioni*, cit., 200 nt. 184 ritiene che sia difficile cogliere in ciò il richiamo, tecnicamente formulato, a una *sponsio*. Che, però, lo stesso verbo continui ad alludere alla creazione di un vincolo obbligatorio ancora in epoca tardo antica emerge in alcune costituzioni: con riferimento al contratto di *suffragium*, vd. C. 4.3.1 (= CTh. 2.29.2): IMPP. THEODOSIUS, ARCADIUS ET HONORIUS AAA. RUFINO PP. *Si qui desideria sua explicare cupientes ferri sibi a quoquam suffragium postulaverint et ob referendam vicem se sponsione constrinxerint, promissa restituant, cum ea quae optaverint consequantur: si artibus moras nequent, ad*

somma (*poena*) qualora non avesse adempiuto. Di fronte alla mancata consegna del terreno, Exoperio avrebbe agito per ottenere quanto dovuto sulla base del *placitum*, ma l'altra parte si sarebbe difesa invocando, da un lato, lo scambio di *litterae* tra i due, che avrebbe modificato gli impegni assunti, e, dall'altro, una *praescriptio temporis* che legittima l'occupazione dello stesso terreno.

Diversamente, Maggio⁶⁴ immagina che Exoperio abbia concluso un patto e che controparte abbia poi rifiutato di adempiere della prestazione che da esso sorgeva. Dopo molto tempo dalla stipulazione dell'accordo, Exoperio trova occupato il proprio terreno da coloro che avevano agito come mediatori per la conclusione del patto e ai quali proprio l'*agrum* era stato promesso come corrispettivo per l'attività svolta.

Le due ipotesi prospettano fattispecie fra loro diverse, e la ragione di questa differenza risiede proprio dal testo di riferimento scelto quale presupposto dell'analisi. Mentre Godefroy ha davanti a sé il sintagma *hi qui pervaserunt* e formula quindi l'esistenza di un'occupazione di terreni, Maggio presuppone una versione di Cons. 9.4 in cui compare l'espressione *hi qui persuaserunt*; ciò porta lo studioso a identificare questi soggetti con la figura di mediatori tra Euxoperio e la controparte del patto concluso.

Per prendere una posizione su questa questione, si può preliminarmente osservare che l'edizione del Krüger, che si è qui adottata e che riporta *hi qui pervaserunt*, non segnala nell'apparato alcuna variante; dal che sembra desumersi che il testo non presenti problemi.

solutionem debiti coartandi sunt. D. III NON. MART. CONSTANTINOPOLI ARCADIO III ET HONORIO II AA. CONSS. (a. 394), su cui *La legislazione di Teodosio I. I primi quattro libri del Codice Teodosiano*, a cura di P. Biavaschi, M. Del Genio e I. Fagnoli, 125-126, consultabile al seguente link: https://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/palingenesi/palingenesi_costituzioni.pdf.pp; con riferimento alla concessione di mutuo dal patrimonio imperiale, C. 10.6.2.1: IMPP. GRATIANUS, VALENTINIANUS ET THEODOSIUS. *Quod si quis aurum ex nostro aerario privatis commodis profuturum occulte aut sponionis fide ut debitor redditurus sine nostra auctoritate acceperit, ablati bonis omnibus perpetuae deportationis subdetur exilio.* D. XII K. AUG. HERACLEAE EUCHERIO ET SYAGRIO CONSS. (a. 381).

⁶⁴ L. MAGGIO, *Note*, cit., 309-310.

In questa sede si può poi aggiungere che il verbo *pervadere* risulta essere più coerente con il contesto in cui è inserito, facendosi riferimento nella stessa frase a dei *fines temerati*, cioè a confini di terreni che sono stati violati: l'azione dell'invadere, in altre parole, ben si concilia con quelli di una violazione di uno spazio. Invece, se si scegliesse *hi qui persuaserunt*, ben si comprende come il caso subisca una notevole complicazione, perché per giustificare la presenza di 'coloro cha hanno persuaso' si è costretti a introdurre ulteriori elementi fattuali, quali la presenza di mediatori, che però non aiutano a sciogliere il quadro che già di per sé si presenta non limpido.

Alla luce di quanto qui detto, pare preferibile percorrere la stessa via interpretativa già segnalata da Godefroy, visto che essa si mostra più convincente non solo sul piano della forma ma anche del contenuto del testo del provvedimento.

Volgendo poi lo sguardo alle decisioni assunte di cui si compone Cons. 9.4, la cancelleria imperiale va incontro favorevolmente alle richieste avanzate da Exoperio e dà quindi precise indicazioni al *consularis Piceni* Valentiniano di soddisfarle. Se il risultato raggiunto da Exoperio è un pieno accoglimento delle sue istanze, rimangono da precisare i motivi che hanno spinto l'autorità imperiale a considerare infondate le difese dell'avversario.

Come si è visto, una prima obiezione avanzata dalla controparte di Exoperio per non adempiere all'accordo è individuata nello scambio di *litterae familiares* dopo la stipulazione dell'accordo.

Per capire la portata della difesa avanza dall'avversario di Exoperio, risulta utile ricostruire in quali altre situazioni siano state invocate tali *litterae*. Ne troviamo menzione in C. 4.26.13 (= CTh. 2.31.1, CTh. 2.32.1), un intervento della cancelleria di Onorio, parte di un provvedimento più generale, emanato nel 422⁶⁵. La costituzione, nel § 2,

⁶⁵ C. 4.26.13: IMPP. HONORIUS ET THEODOSIUS AA. IOHANNI PP. *Dominos ita constringi manifestum est actione praetoria, quae appellatur quod iussu, si certam numerari praeceperint servo actorive pecuniam. 1. Igitur in perpetuum edictali lege sancimus, ut, qui servo colono conductorum procuratori actorive possessionis pecuniam mutuam det, sciat dominos possessionum cultioresve terrarum obligari non posse. 2. Neque familiares epistulas, quibus homines plerumque commendant absentem, in id trahere convenit, ut pecuniam, quam non rogatus fuerat, impendisse pro praediis mentiatur, cum,*

attesta l'esistenza di *epistulae familiares* di contenuto generico, con le quali i ricchi possidenti raccomandano a terzi le persone a cui hanno affidato la gestione delle loro terre (*familiares epistulas, quibus homines plerumque commendant absentem*). Proprio con riguardo a queste lettere, il legislatore tardo antico esclude che esse possano essere equiparate a uno *iussum*. Perciò, qualora tali lettere fossero state inviate, i proprietari non possono comunque essere convenuti con la relativa *actio*, ad esempio, per l'adempimento di somme date a mutuo a chi amministra le loro proprietà. Infatti, pur se hanno presentato un proprio sottoposto (*servus actorve*), essi non hanno alcuno specifico ordine al terzo di mutuare determinate quantità di denaro.

Il carattere non vincolante di questi documenti avrebbe avuto origine dal valore che già la giurisprudenza classica riconosceva al sintagma usato dalla cancelleria per connotare le *familiares epistulae*, vale a dire *'hominem commendare'*. I testi più significativi, a questo proposito, si riferiscono ad interventi relativi all'*actio mandati* e alla *libertas fedecommissaria*. I giuristi si chiedevano, infatti, se affermazioni del tipo *illum commendatum habeas / illum tibi commendo* potessero configurare gli estremi alle volte di un mandato (ove le si fosse espresse *inter vivos*, in un'*epistula*) alle volte di una manomissione fedecommissaria (ove le si fosse espresse in un testamento o in codicilli). La risposta negativa, in entrambi i casi, si basa sul valore non impegnativo riconosciuto al verbo *commendo*, il quale non integra perciò né un incarico vincolante né una disposizione in grado di onerare gli eredi⁶⁶.

nisi specialiter ut pecuniam praestet a domino fuerit postulatus, idem dominus teneri non possit. 3. Creditaque quantitate multari volumus creditores, si huiusmodi personis non iubente domino nec fideiussoribus specialiter acceptis fuerit credita pecunia. 4. Sane creditorum licentiam damus, ut, si liber a rationibus quas gerebat fuerit inventus actor servus procuratorve praediorum, utilis actio pateat de peculio. D. V ID. IUL. RAVENNAE HONORIO XIII ET THEODOSIO X AA. CONSS. (a. 422).

⁶⁶ Ulp. 31 ad ed. D. 17.1.12.12: *Cum quidam talem epistulam scripsisset amico suo: «Rogo te, commendatum habeas Sextilium crescentem amicum meum», non obligabitur mandati, quia commendandi magis hominis quam mandandi causa scripta est; Ulp. 2 fideicom. D. 32.11.2: Si ita quis scripserit: "illum tibi commendo", divus Pius rescripit fideicommissum non deberi: aliud est enim personam commendare, aliud voluntatem suam fideicommittentis heredibus insinuare.*

È verosimile che la cancelleria di Onorio si sia rifatta implicitamente a questo stesso ordine di idee per escludere che il solo fatto di *commendare* le persone dei dipendenti possa far nascere una responsabilità dei *domini praediorum*.

Riprendendo alla luce di queste considerazioni la decisione contenuta in Cons. 9.4, ben si comprende la sua ragione di fondo. Si può, infatti, immaginare che, come le *litterae familiares* non permettono di creare un vincolo obbligatorio, allo stesso modo, Valentiniano e Valente ritengono che le stesse, seppur inviate⁶⁷, non possono estinguere la legittima pretesa alla *poena* prevista per la violazione di un accordo⁶⁸. Quanto, invece, all'ordine, in favore di Exoperio, di restituzione dei terreni da parte di *hi qui pervaserunt*, esso ha come necessaria premessa l'affermazione che la *praescriptio temporis*, invocata per giustificare l'occupazione, non ha effetto, e deve essere perciò respinta.

Il riferimento alla *praescriptio* ha suggerito di collegare Cons. 9.4 con CTh. 2.26.4 (= C. 3.39.5)⁶⁹, provvedimento adottato circa vent'anni dopo da Valentiniano II, figlio di Valentiniano I. Quest'ultima

⁶⁷ Va, però, precisato che nel caso di specie le lettere non sono state scritte a Exoperio, che è l'attore, ma dal soggetto convenuto per l'adempimento della *poena*. Visto che l'attore ammette di averle ricevute (Cons. 9.4: *familiares litterae, quas ad se missas dicit, supplicii Exoperio non oberunt*), e non le ha nemmeno respinte, le difese dell'avversario devono aver fatto leva su ciò per affermare che Exoperio avesse quantomeno desistito dalla sua pretesa.

⁶⁸ In questo senso già J. GODEFROY, *Codex*, cit., 149.

⁶⁹ CTh. 2.26.4: IMPP. VALENTINIANUS, THEODOSIUS ET ARCADIUS AAA. NEOTERIO PP. *Quinque pedum praescriptione summota finalis iurgii vel locorum libera peragatur intentio. Sola sit igitur huiusmodi litibus una praescriptio, quae improbi petitoris refrenare possit invidiam, si veteribus signis limes inclusus finem congruum erudita arte praestiterit. Nec vero prolixioris temporis in huiusmodi iurgiiis locum habebit ulla praescriptio, cum diuturno otio alienum rus quis se asserat diligentius coluisse, quando omne huiusmodi iurgium solo praecipimus iure discingi, quo artis huius peritis omnem commisimus sub fideli arbitrio notionem.* DAT. VII K. AUG. ARCADIO A. I ET BAUTONE CONSS.; C. 3.39.5: IMPP. VALENTINIANUS, THEODOSIUS ET ARCADIUS AAA. NEOTERIO PP. *Quinque pedum praescriptione submota finalis iurgii vel locorum libera peragatur intentio.* PP. ALEXANDRIAE VII K. AUG. ARCADIO A. ET BAUTONE CONSS. Su questi provvedimenti si veda anche il recente contributo sulla palingenesi delle costituzioni tardo imperiali: *La legislazione di Teodosio I*, cit., 121-122.

costituzione, «secolare scoglio degli interpreti»⁷⁰, è inserita nel titolo del Codice Teodosiano riguardante il regolamento di confini e presenta una polisemia del termine *praescriptio*, riferito a un significato sia di natura spaziale (*p. quinque pedum*) sia di natura temporale (*p. prolixioris temporis*). In maniera alquanto involuta, Valentiniano II afferma che una pretesa su *irugia finalia* e su *loca* non può essere ostacolata dall’eccezione che discende dalla *quinque pedum praescriptio*⁷¹.

L’accostamento tra Cons. 9.4 e CTh. 2.26.4 è, quindi, indotto dalla presenza della parola *praescriptio* e dal riferimento a dei *fines*.

Tuttavia, occorre preliminarmente osservare che in Cons. 9.4 manca del tutto un riferimento ad un carattere spaziale della *praescriptio*, visto che è precisata dalla parola *temporis*; ciò segna la distanza rispetto a CTh. 2.26.4, che dà, invece, rilievo alla *praescriptio quinque pedum*, che si connota per un profilo spaziale. Inoltre, come è stato osservato⁷², fermo restando che per le porzioni di terreno non trova applicazione il criterio materiale dei *quinque pedes*, in Cons. 9.4 non c’è alcun aggancio che faccia pensare ad una questione che riguardi il regolamento di confini, visto che l’obbligo di restituzione riguarda l’*ager* stesso, ingiustamente occupato, i cui *fines* sono stati certamente violati.

5. Cons. 9.5

Cons. 9.5 rientra anch’essa, come le precedenti esaminate, nei provvedimenti collegati al processo per *rescriptum*⁷³:

⁷⁰ Secondo una felice definizione di E. NARDI, *Rabelais e il diritto romano*, Milano, 1962, 108.

⁷¹ La *crux* interpretativa riguarda l’inclusione dei *loca* perché estende a queste porzioni di terreno una disciplina che, invece, è solamente riservata, nel regime classico, alle questioni di confine; per la ricostruzione del quadro storiografico e delle diverse posizioni assunte a partire dalla giurisprudenza culta, si veda la disamina di M. VINCI, ‘*Fines*’, cit., 470-485.

⁷² M. VINCI, ‘*Fines*’, cit., 486.

⁷³ Così D. MANTOVANI, *Sulle tracce*, cit., 34.

Cons. 9.5: IIDEM AA. AELIAE BAVONIAE. *Lites trahi et sub quodam potentiae terrore infimos fatigari iudiciorum expectat invidia. Unde si adversarium tuum longe a filii tui successione positum haec in te, quae precibus texuisti, excogitasse constiterit, rector provinciae hominis, qui nec paciscendi nec conloquendi de negotio substantiam habuit, impudentiam submoveat, reddique faciat quidquid claruerit usurpatum: nec impudentia vindicet, quod concedere leges et iura non possunt: maxime cum memores nec a prima pactione, quae substantiam non habebat, secunda conventionione discessum, sed etiam inaniter resedissee, quod non iam pactio, sed quaedam usurpaticiiis non subsistentibus causis immoderatio doceatur.* DAT. III KAL. AUG. MEDIOLANI IPSIS AA. CONSS. (a. 365).

Trad.: Prolungare i processi e estenuare i più deboli sotto una qualche forma di intimidazione porta all'impopolarità dei processi. Per cui, se è emerso che il tuo avversario, posto lontano nella successione di tuo figlio, abbia escogitato contro di te le cose, che hai ricostruito nella supplica, il governatore della provincia elimini l'impudenza di chi non era legittimato né a condurre una trattativa sul negozio né a stipulare un accordo, e faccia in modo che sia restituito tutto quanto è emerso essere stato usurpato: e l'impudenza non pensi di ottenere quello che le leggi e gli scritti dei giuristi non possono consentire: soprattutto poiché esponi che con un secondo accordo (il tuo avversario) non ha rinunciato al primo, che non aveva alcun valore, ma anche ha resistito vanamente, in quanto non è in questione una *pactio* ma una sorta di smodatezza che si ritrova nelle cause intentate abusivamente in quanto prive di ogni fondamento.

La fattispecie riguarda una controversia in materia ereditaria tra Elia Bavonia, madre del *de cuius*, e un soggetto che si presenta come erede lontano nella successione del figlio. Quest'ultimo ha stipulato con Bavonia un primo accordo, a cui segue la conclusione di un secondo.

Gli imperatori condannano la condotta tenuta dall'avversario di Bavonia, e ordinano quindi al governatore della provincia di imporre la

restituzione di quanto conseguito ingiustamente⁷⁴: infatti – sostengono gli imperatori –, il comportamento arrogante dell’avversario non consente in alcuna maniera di pretendere ciò che non possono concedere né le leggi né gli scritti dei giuristi.

Gli imperatori, inoltre, biasimano la scorrettezza dell’avversario non solo per aver concluso un secondo accordo per porre un rimedio all’invalidità del primo, ma anche per aver resistito vanamente; il comportamento tenuto nei confronti di Bavonia presenta così una forma di smoderatezza, tipica dei processi fondati sul nulla.

La costituzione riferisce che Bavonia e il suo avversario avevano concluso due accordi. Dal testo imperiale si apprende poi che il primo era da considerarsi invalido (*a prima pactione, quae substantiam non habebat*). La causa di tale invalidità va collegata al comportamento dell’avversario di Bavonia, che non aveva alcun titolo per concludere un accordo (*qui nec paciscendi nec conloquendi de negotio substantiam habuit*).

Il contenuto delle *pactiones* non viene esplicitato, ma lo si desume sempre dal testo del provvedimento. Dato che l’avversario di Bavonia viene presentato come soggetto collocato lontano nella linea dei chiamati all’eredità del figlio scomparso (*adversarium tuum longe a filii tui successione positum*), gli accordi, definiti sia con *pactio* che *conventio*, devono essere sorti nell’ambito di una successione ereditaria⁷⁵.

Elia Bavonia è la madre del *de cuius* ed è chiamata all’eredità del proprio figlio, morto senza aver disposto un testamento (*ab intestato*), in

⁷⁴ *Usurpatio*, in questo contesto, indicherebbe l’aver ottenuto dei beni sulla base di un diritto inesistente, e non semplicemente la mera appropriazione materiale. Nel caso in esame, l’avversario di Bavonia avrebbe avuto la disponibilità dei beni in forza dell’accordo estorto con dolo; prevale, quindi, l’elemento dell’esercizio illegittimo di un diritto sui beni, nel quale va comunque inclusa l’apprensione del bene stesso dopo la conclusione del negozio viziato. A conferma dell’ampio uso, in età Tardo Antica, di *usurpatio* per indicare l’esercizio illegittimo di un diritto o di una situazione giuridica, si vedano le numerose attestazioni in tema di violazione di competenze o di norme da parte di funzionari imperiali o membri dell’*ordo senatorius*: D. SCHLINKERT, ‘*Ordo Senatorius*’ und ‘*Nobilitas*’. *Die Konstitution des Senatsadels in der Spätantike*, Stuttgart, 1996, 74-83; 94-116.

⁷⁵ La tematica degli accordi in materia di successione è coerente con il contenuto di altri rescritti dei medesimi imperatori, sempre raccolti nella *Consultatio*: Cons. 9.2; Cons. 9.6.

forza del senatoconsulto Tertulliano. Il provvedimento senatorio stabilisce che la donna con *ius liberorum* è erede civile ed è preceduta solo da alcune categorie di persone; la madre esclude in ogni caso gli agnati ovvero i collaterali dal terzo grado in poi. Il sistema successorio delineato dal senatoconsulto Tertulliano viene modificato da Costantino nel 321. L'imperatore riconosce alla madre senza *ius liberorum* la possibilità di concorrere per un terzo dell'eredità con gli agnati dal terzo grado in poi⁷⁶; al tempo stesso, ammette che alla successione del figlio partecipino, assieme alla madre con *ius liberorum*, sempre per un terzo, lo zio paterno, e i discedenti di quest'ultimo (figlio e nipote).

Sulla base di questo quadro normativo⁷⁷, si deve ipotizzare che l'avversario non potesse concorrere per il terzo di eredità del figlio, in quanto non era tra gli agnati a cui Costantino aveva concesso tale facoltà: ciò permetterebbe di spiegare la precisazione, contenuta nel rescritto, circa la distanza dell'avversario nella linea di successione del figlio (*adversarium tuum longe a filii tui successione positum*).

L'avversario di Bavonia non avrebbe alcun titolo per essere considerato erede, ma, pur sapendo di non essere legittimato alla conclusione di accordo e di non aver alcun potere di condurre trattative riguardanti la successione del figlio, sarebbe giunto alla stipula di due accordi che gli assicurano di ottenere alcuni cespiti ereditari. Non è però ben chiaro come l'avversario sia arrivato alla stipula, se cioè abbia carpito con raggiri tali patti oppure se li abbia estorti con violenza. In astratto tutte e due le ipotesi sono percorribili.

Quanto alla prima, un comportamento di questo tenore integra a pieno il dolo negoziale, chiaramente espresso nell'uso del verbo *excogitare*. Il dolo dell'avversario di Bavonia emergerebbe poi dall'ulteriore precisazione riguardante la stipula di un secondo accordo; se questa *secunda conventio* fosse stata architettata dall'avversario come un

⁷⁶ P. VOICI, *Diritto ereditario romano*, II, Milano, 1963, 18-22, 39-40; S. PULLATTI, *De cuius hereditate agitur. Il regime romano delle successioni*, Torino, 2016, 75-76.

⁷⁷ Va certamente segnalato che Cons. 9.5 precede la riforma voluta dagli stessi imperatori Valentiniano e Valente, avvenuta nel 369, con la quale si ammette che il fratello emancipato concorra con la madre, venendogli riconosciuto 1/3 dell'asse; cfr. P. VOICI, *Diritto*, cit., 40.

mezzo per ratificare gli effetti del primo patto invalido, Bavonia si troverebbe nell'impossibilità di riottenere la restituzione di quanto aveva dato⁷⁸. L'avversario di Bavonia, quindi, avrebbe posto in essere una serie di iniziative, unite da un unico piano doloso, volto ad entrare in possesso di beni della successione, pur non avendone alcun titolo.

Quanto alla seconda ipotesi, l'evocazione di un *terror potentiae* riconduce la fattispecie verso l'orbita del *metus*, come già Gothofredus aveva segnalato⁷⁹. Anche il verbo *excogitare* – il maggior indizio verso l'esistenza di un dolo negoziale – è compatibile con un piano di programmata estorsione, secondo quanto descritto in I. 4.2.1⁸⁰. Infine, stante il fatto che le pretese avanzate sull'eredità dall'avversario di Bavonia non avevano alcun fondamento giuridico, l'unica maniera per giustificare le concessioni che la stessa Bavonia avrebbe fatto mediante la sottoscrizione dei due patti è quella di immaginare l'esistenza di una

⁷⁸ J. GODEFROY, *Codex*, cit., 151, ricorda come la seconda *conventio* avrebbe potuto essere intesa come un nuovo consenso espresso da Bavonia, facendo così venir meno il sospetto di una volontà viziata dalla violenza dell'avversario. A sostegno di questa ricostruzione, Gotofredo riporta C. 2.19(20).4, ove si fa il caso di una vendita ottenuta con la violenza: IMP. GORDIANUS A. PRIMO ET EUTYCHETI. *Si per vim vel metum mortis aut cruciatus corporis venditio vobis extorta est et non postea eam consensu roborastis, iuxta perpetui formam edicti intra annum quidem agentes, quo experiundi potestas est, si res non restituatur, quadrupli referetis condemnationem, scilicet reddito a vobis pretio: post annum vero causa cognita eadem actio in simplum permittitur: quae causae cognitio eo pertinet, ut ita demum decernatur, si alia actio non sit.* PP. III NON. AUG. GORDIANO A. ET AVIOLA CONSS. (a. 239). Se dopo la conclusione della vendita la vittima avesse manifestato un nuovo consenso (*non postea eam consensu roborastis*), l'imperatore Gordiano pare implicitamente affermare il venir meno della tutela stessa.

⁷⁹ J. GODEFROY, *Codex*, cit., 151.

⁸⁰ I. 4.2.1: *Quia tamen ita competit haec actio, si dolo malo quisque rapuerit: qui aliquo errore inductus suam rem esse et imprudens iuris eo animo rapuit, quasi domino liceat rem suam etiam per vim auferre possessoribus, absolvi debet. cui scilicet conveniens est nec furti teneri eum, qui eodem hoc animo rapuit. sed ne, dum talia excogitentur, inveniatur via, per quam raptores impune suam exercent avaritiam: melius divalibus constitutionibus pro hac parte prospectum est, ut nemini liceat vi rapere rem mobilem vel se moventem, licet suam eandem rem existimet: sed si quis contra statuta fecerit, rei quidem suae dominio cadere, sin autem aliena sit, post restitutionem etiam aestimationem eiusdem rei praestare. quod non solum in mobilibus rebus, quae rapti possunt, constitutiones optinere censuerunt, sed etiam in invasionibus, quae circa res soli fiunt, ut ex hac causa omni rapina homines abstineant.*

forte pressione, al limite della coazione, esercitata da un *potens* che avrebbe ingenerato una situazione di paura (*terror*).

Alla luce di ciò, quest’ultima ipotesi – quella della stipula di accorsi a causa di violenza – potrebbe essere più plausibile rispetto a quella del dolo.

La consapevole infondatezza della posizione dell’avversario di Bavonia sembra all’origine dell’enfasi scelta dalla cancelleria per avviare la trattazione in apertura del rescritto. La cancelleria, infatti, chiama in causa il disvalore di ordine generale rappresentato dalla sfiducia verso l’amministrazione della giustizia come conseguenza delle condotte di coloro che, consapevoli del loro torto, costringono gli avversari ad estenuanti fatiche processuali.

Il lessico utilizzato nell’esordio sembra perciò in qualche modo evocare quello che i giuristi romani usavano per denotare il concetto di *calumnia* processuale⁸¹.

Ciò risulterebbe dalla frase con la quale gli imperatori stigmatizzano l’odiosità degli espedienti per l’allungamento della durata del processo (*lites trahi*) e la pressione esercitata da persone potenti nei confronti dell’altra parte che si vede costretta ad intraprendere azioni giudiziarie per ottenere la restituzione di quanto le spetta (*sub quodam potentiae terrore infimos fatigari*). Significativo in tal senso anche l’utilizzo della parola *impudentia*, che nelle fonti viene molto spesso associata all’azione giudiziaria infondata⁸².

⁸¹ Su questo istituto, M. LAURIA, ‘*Calumnia*’, in *Studi in onore di U. Ratti*, Milano, 1933, ora in ID., *Studii e ricordi*, Napoli, 1983, 245 ss.; D.A. CENTOLA, *Alcune osservazioni in tema di ‘calumnia’ nel processo privato romano dalla repubblica al principato*, in *SDHI*, 66, 2000, 165 ss.; E. BIANCHI, *La temerarietà nelle Istituzioni di Gaio (4.171-182)*, in *SDHI*, 67, 2001, 239 ss.; C. BUZZACCHI, *Sanzioni processuali nelle Istituzioni di Gaio: una mappa narrativa per Gai Inst. 4.171-172*, in *RDR*, 1, 2001, 55 ss.; C. BUZZACCHI, *L’abuso del processo nel diritto romano*, Milano, 2002; A.M. GIOMARO, *Per lo studio della ‘calumnia’. Aspetti di deontologia processuale in Roma antica*, Torino, 2003.

⁸² CTh. 4.8.5.1; CTh. 9.34.10; CTh. 14.15.4; C. 8.4.10. Anche il verbo *vindicare*, in questo contesto, assume un significato figurato, e non quello, certamente più diffuso, di esercizio di un’azione reale. In questo senso è utile richiamare l’utilizzo dello stesso verbo, oltre che di *usurpatio*, in CTh. 9.40.16: *Addictos supplicio et pro criminum immanitate damnatos nulli clericorum vel monachorum, eorum etiam, quos synoditas vocant, per vim adque*

Queste espressioni, ma più in particolare il verbo *fatigari*, paiono peraltro richiamare il *vexare* con cui si descrive la temerarietà delle azioni promosse dai litiganti⁸³. Uno sguardo ai testi giurisprudenziali – in particolare Gaio – permette di mettere a fuoco questo secondo, ma non meno importante aspetto, del rescritto.

Gaio, mentre sta commentando Tab. 1.2⁸⁴, ove si concede la *manus iniectio* nei confronti del convenuto che ritarda deliberatamente nella *in ius vocatio*, si sofferma sul significato del verbo *calvor*:

Gai. 1 *ad leg. XII tab.* D. 50.16.233 pr.: «*Si calvitur*»: *et moretur et frustretur. Inde et calumniatores appellati sunt, quia per fraudem et frustrationem alios vexarent litibus: inde et cavillatio dicta est.*

Gaio, dopo aver presentato le due tipologie di azione da riferire al sintagma *si calvitur* – il ritardare lo svolgimento del processo (*moror*) e il voler rendere vana la pretesa avversaria (*frustro*) – si sofferma sulla parola *calumniator*, etimologicamente collegata a *calvor*. Proprio nella definizione data dal giurista si trova un rimando alla condotta vessatoria che Cons. 9.5 addebita al *potens* avversario di Bavonia: il calunniatore è così chiamato perché affligge nei giudizi (*vexarent litibus*), per mezzo di comportamenti dolosi (*fraus*) e mettendo in campo attività volutamente dilatorie (*frustratio*), le altre parti. Il *vexare* di Gaio permette, quindi, di instaurare un collegamento, almeno sul piano lessicale, con il *fatigari* di Cons. 9.5.

usurpationem vindicare liceat ac tenere. La costituzione di Arcadio ed Onorio criticano fortemente il comportamento di chierici e monaci di voler sottrarre i condannati al supplizio, agendo in aperto contrasto con il provvedimento di condanna dell'autorità giudiziaria.

⁸³ Gai 4.178.

⁸⁴ Sul passo, D.A. CENTOLA, *Alcune osservazioni*, cit., 171-174; ID., *La disciplina della condotta vessatoria delle parti nel processo romano*, in *TSDP*, 5, 2012, 13 ss.; U. BABUSIAUX, *Funktionen der etymologie in der juristischen literatur*, in *Fundamina*, 1, 2014, 42.

Sempre Gaio si esprime in termini analoghi nelle Istituzioni⁸⁵, quando presenta la sanzione che l'attore riceve in caso di condanna in un *iudicium calumniae*:

Gai 4.178: *Nam calumniae iudicio decimae partis nemo damnatur nisi qui intellegit non recte se agere, sed vexandi adversarii gratia actionem instituit potiusque ex iudicis errore vel iniquitate victoriam sperat quam ex causa veritatis. Calumnia enim in adfectu est, sicut furti crimen.*

Dopo aver ricordato che il convenuto ha a disposizione, alternativamente, contro l'attore *calumniator* il *iusiurandum caluminae* e il *iudicium calumniae* (Gai 4.176), Gaio scrive che le condotte per cui si viene condannati nel *iudicium calumniae* sono l'aver agito in male fede con il fine di vessare l'avversario e soprattutto l'aver agito sperando nell'errore o nell'iniquità del giudice.

Ancora una volta ricorre il verbo *vexare*, che, come si è già visto, è pienamente accostabile al comportamento dell'avversario di Bavonia, che facendosi forte della propria posizione si ostina a non cedere alle richieste di restituzione di quanto illegittimamente ottenuto.

6. *Cons. 9.6*

Cons. 9.6 presenta una datazione diversa rispetto agli altri provvedimenti qui esaminati, provenienti dalla cancelleria di Valentiniano e Valente: infatti, è l'unica costituzione emanata nel 364. Pur con questa differenza, l'intervento imperiale è rivolto anche in questo caso a risolvere una questione sollevata da un privato. In particolare, il destinatario è Ampelia, e questo dato non deve certo stupire visto che *Cons. 9.5* è pure diretta ad una donna, Elia Bavonia:

⁸⁵ Le Istituzioni articolavano l'istituto della *calumnia* partendo dal convenuto (Gai 4.171-173) per poi proseguire con la calunnia dell'attore (Gai 4.174-181). L'esordio è perduto nel manoscritto e dunque non è possibile dire se il verbo *vexare* fosse usato già nella prima parte per dimostrare l'effetto della *calumnia* del convenuto.

Cons. 9.6: IMPP. VALENS ET VALENTINIANUS AA. AMPELIAE. *Ea, quae heredes inter se transactione interposita composuerint, firma illibataque perseverabunt. Et ideo secundum fidem instrumenti competens tibi portio a possessoribus cum fructibus restituatur per virum clarissimum proconsulem Africae amicum nostrum, fide gestorum diligenti examinatione comprobata.* DAT. III NON. IUL. SIRMIO DIVO IOVIANO ET VARRONIANO CONSS. (a. 364).

Trad.: Quello che gli eredi hanno fissato con una transazione intercorsa tra loro rimarrà fermo e integro. E così la parte a te spettante ti sarà restituita con i frutti da coloro che ora la possiedono nel rispetto del documento per mezzo del nostro amico, il *vir clarissimus* proconsole d’Africa, posto che sia verificata con uno scrupoloso esame l’attendibilità di ciò che è stato fatto.

Il riferimento alla conclusione di una *transactio* fra eredi permette di inquadrare con più precisione la posizione di Ampelia. Quest’ultima avrebbe, infatti, concluso un accordo con altri soggetti chiamati ad una successione⁸⁶ per prevenire l’insorgere di una lite tra loro o per porre fine ad una lite già sorta. Tale transazione avrebbe riguardato una parte dell’eredità, come lo si può desumere dal termine *portio*.

Dopo questo accordo, tuttavia, Ampelia non solo avrebbe incontrato difficoltà nel vedersi riconosciuta dagli altri eredi la quota assegnata, come determinata dalla *transactio*, ma anche non avrebbe ricevuto indietro alcuni beni che, invece, le spettavano.

La decisione degli imperatori è di confermare la transazione⁸⁷, e di ordinare, grazie all’intervento del *proconsul Africae*, la restituzione di quanto dovuto in conformità a tale accordo, oltre che il pagamento dei frutti maturati durante per il periodo di mancato godimento.

⁸⁶ La situazione da cui origina Cons. 9.6 non doveva essere episodio raro, visto che anche in diversi testi giurisprudenziali si accenna a transazioni ereditarie: *ex multis*, Scaev. 1 *dig.* D. 2.15.3; Scaev. 2 *resp.* D. 2.15.14 pr.; Pap. 2 *quaest.* D. 2.15.17 pr.; Ulp. 6 *opin.* D. 5.2.27 pr.; Scaev. 6 *dig.* D. 17.1.62 pr.; Scaev. 28 *dig.* D. 45.1.122.5-6.

⁸⁷ C. BERTOLINI, *Della transazione*, cit., 404, precisa come la transazione sia volta a escludere anche un’eventuale ripresa della controversia da essa risolta.

Guardando al merito della determinazione imperiale, si può immediatamente cogliere come gli imperatori abbiano riaffermato un principio di diritto indiscusso⁸⁸, tanto che l’esordio del provvedimento coincide con la formulazione di una vera e propria *regula: ea, quae heredes inter se transactione interposita composuerint, firma illibataque perseverabunt*.

Per gli imperatori l’unico elemento che potrebbe giustificare una diversa soluzione è l’attento esame dei *gesta*, dal quale possa emergere una non veritiera rappresentazione del fatto presentato da Ampelia; se ciò si verificasse, infatti, non si potrebbe dar luogo alla riconsegna e alla corresponsione dei frutti⁸⁹.

⁸⁸ In questo senso anche P. VOGLI, *Note sull’efficacia delle costituzioni imperiali. 1. Dal Principato alla fine del IV secolo*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, II, Milano, 1982, ora in ID., *Studi di diritto romano*, II, Padova, 1985, 309. Diversamente pare, invece, sostenere J. GODEFROY, *Codex*, cit., 152, il quale ritiene che Cons. 9.6 si distacchi da precedenti provvedimenti diocleziani. In particolare, oltre a C. 2.3.17 e a C. 4.21.9, il giurista francese riporta C. 2.3.21, su cui conviene soffermarsi brevemente: IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA. ET CC. EUSEBIO. *Cum proponas inter vos sine scriptura placuisse fratrum tuorum successiones aequis ex partibus dividi, et transactionis causa probari possit hanc intercessisse conventionem, exceptione te tueri potes, si possides: quod si adversarius tuus teneat, ex hoc placito nullam actionem esse natam, si tibi stipulatione non prospexisti, debes intellegere: nec adversario tuo transactione uti concedendum, nisi ea quae placita sunt paratus est adimplere*. PP. K. MAI. THIRALLO AA. CONSS. La fattispecie esaminata attiene sempre a una divisione di un’eredità, formalizzata in un accordo transattivo, ma in questo caso non è presente nessun documento scritto. Diocleziano afferma che la tutela del contenuto della *conventio* è resa possibile dalla concessione di un’*exceptio*, se si è nel possesso dei beni, mentre sarà riconosciuta un’azione solo se quanto concordato è stato trasfuso in una *stipulatio*. Questi profili inerenti ai mezzi di tutela riconosciuti alle parti in causa si mostrano coerenti con quanto era già stato affermato Ermogeniano in 2 *iuris epit.* D. 2.14.45 in tema di efficacia di *nuda pacta*. Va, tuttavia, osservato che ciò che accomuna i tre testi menzionati da Godefroy non è tanto il fatto che un patto non produce effetti obbligatori, quanto piuttosto il fatto che l’assenza di documenti scritti non è requisito per la validità degli atti o dei negozi conclusi. In questo senso, si può condividere l’osservazione del giurista colto circa la differenza tra i provvedimenti dell’imperatore dalmata con Cons. 9.6, dove è, invece, rimarcata la presenza di *instrumenta*.

⁸⁹ La decisione imperiale è valida se i fatti esposti dal richiedente corrispondono a quanto realmente successo; per questo, in molti testi, si riscontra la presenza di clausole che richiamano a questo limite: *si vera sunt exposita* (C. 2.4.13.2; C. 4.19.18); *si preces veritate nitantur* (C. 1.23.7).

7. Cons. 9.7

Considerazione a parte merita l'ultimo dei provvedimenti appartenenti al gruppo dei rescritti contenuti nella *Consultatio*. Il testo, infatti, non affronta questioni inerenti alla conclusione di accordi, nella forma di *pacta* o di *transactiones*, ma riguarda l'applicazione del Senatoconsulto Claudiano, provvedimento datato al 23 gennaio del 52 d.C. volto a regolare le unioni tra cittadine romane e schiavi:

Cons. 9.7: IMPP. VALENTINIANUS ET VALENS AA. FELICI CONSULARI MACEDONIAE. (INTER CETERA ET AD LOCUM). *Si servilibus contuberniis sese mulieres quondam ingenuae subdiderint, et nunc contemnentes dominum minoris aetatis servitutis iugum conantur effugere, gravitas tua his, qui servilem condicionem non statim in ipsis coniunctionum primordiis refugerunt, necessitatem subeundae servitutis imponat.* DAT. XIII KAL. AUG. MEDIOLANI IPSIS AA. CONSS. (a. 365).

Trad. Se le donne, che erano una volta ingenuae, si siano prestate a delle unioni con dei servi, e ora, non provando alcuna stima del padrone, che è di minore età, tentano di fuggire dal giogo della schiavitù, la tua autorità imponga a coloro che non si sottrassero subito alla condizione servile all'inizio stesso di quelle unioni l'obbligo di sottostare alla schiavitù.

Come è già stato notato, la costituzione del 19 luglio 365 è indirizzata a Felice, *consularis Macedoniae*⁹⁰, doveva certo presentarsi in forma più estesa, come è facilmente desumibile dall'indicazione *inter cetera et ad locum*.

⁹⁰ Lo stesso nome compare in altri due provvedimenti: C. 6.1.7 e CTh. 2.1.5 del 1.12.365, nel quale, però, riveste la carica di *vicarius Macedoniae*. Quest'ultima qualifica è frutto di errore: cfr. F. PERGAMI, *La legislazione*, cit., 242. Quanto a C. 6.1.7, sebbene al destinatario venga assegnato il titolo di *consularis*, è tuttavia difficile immaginare che si tratti della stessa persona: infatti, la costituzione data al 371 ed è, quindi, improbabile che Felice ricoprisse ancora in quell'anno la medesima carica del 365; cfr. F. PERGAMI, *La legislazione*, cit., 543-544.

La presa di posizione della cancelleria dei Valentiniani è da collegarsi al regime introdotto dal senatoconsulto Claudiano⁹¹, così come ripristinato da Giuliano⁹², dopo l'intervento semplificatorio e radicalizzante di Costantino⁹³. La decisione imperiale di Cons. 9.7 presuppone, quindi, che il *servile contubernium* si sia realizzato contro la volontà del *dominus* dello schiavo, e a dispetto della triplice *denuntiatio* con

⁹¹ Per un inquadramento del provvedimento senatorio: B. ALBANESE, *Appunti sul SC. Claudiano*, in *Il circolo giuridico*, 22, 1951, ora in ID., *Scritti giuridici*, I, Palermo, 1991, 29 ss.; H.R. HOETINK, *Autour du 'Sénatus-Consulte Claudien'*, in *Droits de l'antiquité et sociologie juridique. Mélanges H. Lévy-Bruhl*, Paris, 1959, 153 ss.; A. ARJAVA, *Women and Law in Late Antiquity*, Oxford, 1996, 220-224; M. NAVARRA, *A proposito delle unioni nella legislazione costantiniana*, in *AARC*, 8, 1990, 427 ss.; T. YUGE, *Die Gesetze im 'Codex Theodosianus' über die eheliche Bindung von freien Frauen mit Sklaven*, in *Klio*, 64, 1982, 145 ss.; C. GEBBIA, *Il 'SC. Claudianum' e l'emancipazione femminile dal I al IV secolo*, in *Seia*, 3, 1986, 25 ss.; L. ANDREOTTI, *L'applicazione del 'Senatus Consultum Cladianum' nel Basso Impero*, in *Neue Beiträge zur Geschichte der alten Welt*, II, herausgeg. von E.C. Welskopf, Berlin, 1965, 3 ss.; B. BIONDI, *Vicende postclassiche del S. C. Claudiano*, in *Iura*, 3, 1952, 142 ss.; G. POMA, *Provvedimenti legislativi e attività censoria di Claudio verso gli schiavi e i liberti*, in *RSa*, 12, 1982, 143 ss.; J.L. MURGA GENER, *Una nueva version del contubernio Claudiano en el Codex Teodosiano*, in *RIDA*, 28, 1981, 163 ss.; J.L. MURGA GENER, *Una extraña aplicación del Claudiano en el Código de Teodosio*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, I, Milano, 1982, 415 ss.; J. BEAUCAMP, *Le statut de la femme à Byzance*, I, Paris, 1990, 185-193; A. STORCHI MARINO, *Restaurazione dei 'mores' e controllo della mobilità sociale a Roma nel I secolo d.C.: il 'senatusconsultum' claudiano 'de poena feminarum quae servis coniungerentur'*, in *Femmes esclaves. Modèles d'interprétation anthropologique, économique, juridique*, a cura di F. Reduzzi Merola e A. Storchi Marino, Napoli, 1999, 391 ss.; C. MASI DORIA, *La 'denuntiatio' nel 'senatusconsultum Claudianum': i legittimati e la struttura del procedimento*, in *Parti e giudici nel processo. Dai diritti antichi all'attualità*, a cura di C. Cascione, E. Germino e C. Masi Doria, Napoli, 2006, 125 ss.; C. MASI DORIA, *'Ancilla efficitur'... 'In eo statu manebit': le conseguenze del 'SC. Claudianum' per le donne di 'status' libertino*, in *Mulier'. Algunas Historias e Instituciones de Derecho Romano*, ed. R. Rodríguez López, M.J. Bravo Bosch, Madrid, 2013, 157 ss.; P. BUONGIORNO, *'Senatus consulta Claudianis temporis facta'. Una palinogenesi delle deliberazioni senatorie dell'età di Claudio (41-54 d.C.)*, Napoli, 2010, 311-325; K. HARPER, *The 'SC Claudianum' in the 'Codex Theodosianus': social history and legal texts*, in *CQ*, 60, 2010, 610 ss.; U. AGNATI, *L'unione paramatrimoniale di CTh. 4.12.3*, in *Index*, 45, 2017, 257 ss.

⁹² CTh. 4.12.5.

⁹³ CTh. 4.12.4. A Costantino si deve anche un secondo provvedimento, CTh. 4.12.3, per la cui analisi rinvio al recente contributo di U. AGNATI, *L'unione*, cit.

cui costui aveva intimato alla donna libera di interrompere la convivenza⁹⁴.

Di questa complessa procedura si troverebbe accenno nell’inciso secondo cui le donne, prima libere, non si sono sottratte subito alla condizione servile nel momento iniziale dei rapporti con i servi (*qui servilem condicionem non statim in ipsis coniunctionum primordiis refugerunt*). Il riferimento al mancato rifiuto di cessare nell’unione non si spiegherebbe se non ammettendo che la donna sia stata opportunamente messa in guardia o intimata: in questo senso, la frase è un’allusione in negativo alle diffide del proprietario dello schiavo.

Va, però, osservato che la costituzione più che formulare un principio di diritto si sostanzia in un’istruzione diretta al funzionario imperiale affinché dia effettiva attuazione alle norme del senatoconsulto⁹⁵. Gli imperatori, infatti, non dubitano che le donne siano ormai in servitù, come lo sono i servi con cui si sono unite; per questo, chiedono al *consularis Macedoniae* di intervenire con la propria autorità contro di loro, poiché non vi è alcuna ragione fondata giuridicamente per sottrarsi al potere di colui che è ormai anche il loro proprietario⁹⁶.

Cons. 9.7, proprio per questa natura che potrebbe quasi dirsi ‘amministrativa’, è il segno di un’applicazione delle disposizioni del senatoconsulto non così sporadica, da un lato, e un indizio della diffusione a livello sociale del fenomeno sanzionato.

Una conferma in tal senso viene dal fatto che gli stessi imperatori torneranno a occuparsi ancora del provvedimento senatorio l’anno successivo:

⁹⁴ Il richiamo alla triplice diffida da parte del proprietario è pure ricordato da G. ZANON, *Indicazioni*, cit., 197, nt. 178.

⁹⁵ Così anche K. HARPER, *The ‘SC Claudianum’*, cit., 635.

⁹⁶ La specificazione che il *dominus* sia minore di età potrebbe alludere a un cambiamento rispetto al momento in cui le donne avevano incominciato a intrattenere i rapporti con gli schiavi; potrebbe, forse, trattarsi di una successione in seguito alla morte dell’originario proprietario, che si era dimostrato più benevolo.

CTh. 4.12.6: IMPPP. VALENTINIANUS, VALENS ET GRATIANUS⁹⁷ AAA. AD SECUNDUM PRAEFECTUM PRAETORIO. *Si apud libidinosam mulierem plus valuit cupiditas quam libertas, ancilla facta est non bello, non praemio, sed conubio, ita ut eius filii ingo servitutis subiaceant. Manifestum est enim ancillam esse voluisse eam, quam liberam esse paenituit.* DAT. PRID. NON. APRIL. TRIVERIS⁹⁸ GRATIANO N. P. ET DAGALAIFO CONSS. (a. 366).

La costituzione⁹⁹ – indirizzata al prefetto del pretorio Secondo¹⁰⁰ e nota solamente attraverso il codice Teodosiano – sul piano strettamente normativo si esaurisce nell’affermazione che una donna, qualora si unisca a uno schiavo, diventa schiava a sua volta, e che analogo *status* abbiano i figli.

La stringatezza del discorso trasposto in CTh. 4.12.6 – che, da un lato, nemmeno cita il Claudiano e, dall’altro, si rifà in modo del tutto sommario ai meccanismi e alle regole ripristinati da Giuliano – lascia dunque pensare che gli estensori del provvedimento si rivolgessero a un destinatario che disponeva delle informazioni relative al caso in altra maniera. Ne deriva che quanto si legge in CTh. 4.12.6. o era parte di un provvedimento più ampio o si esauriva in un rescritto la cui fattispecie, anziché essere descritta analiticamente, era implicitamente ripresa dai documenti processuali presentati alla cancelleria.

Anche sul piano dell’*occasio legis* è impossibile formulare ipotesi precise. In astratto, i pochi anni che separano il provvedimento dalla

⁹⁷ Il riferimento a Graziano testimonia una corruzione dell’*inscriptio*: infatti, nel 366 lo stesso non era stato ancora proclamato Augusto, ma era nel suo primo consolato, che è invece correttamente indicato nella *subscriptio*.

⁹⁸ O. SEECK, *Regesten der Kaiser und Päpste für die Jahre 311 bis 476 n. Chr. Vorarbeit zu einer Prosopographie der christlichen Kaiserzeit*, Stuttgart, 1919, 109, 229, propone di emendare *Triveris* in *Thyatira*, poiché la costituzione sarebbe stata emanata in Oriente; e ciò sulla base del destinatario, prefetto del pretorio di quella *pars imperii*. Respinge con argomenti convincenti tale ipotesi, F. PERGAMI, *La legislazione*, cit., 321.

⁹⁹ Su CTh. 4.12.6, H. WIELING, *Die begründung des Sklavenstatus nach ‘ius gentium’ und ‘ius civile’*, Stuttgart, 1999, 105; R. WILLVONSEDER, *Stellung des Sklaven in Privatrecht, 1. Eheähnliche verbindungen und verwandtschaftliche beziehungen*, Stuttgart, 2010, 107; K. HARPER, *The ‘SC Claudianum’*, cit., 635-636.

¹⁰⁰ PLRE, I, 814-816.

controriforma di Giuliano potrebbero certo indurre a credere che la cancelleria dei Valentiniani dovesse chiarire qualche dubbio applicativo collegato alla controriforma stessa. Sta, però, di fatto che con riferimento ad entrambi i punti su cui essa si sofferma normativamente (e cioè: perdita della libertà della donna unitasi al servo / *status* conseguente della prole nata dall'unione), non si fa altro che ribadire quanto già disponeva il senatoconsulto Claudiano¹⁰¹.

Come è stato notato da Sirks¹⁰², tra le numerose fonti che riferiscono in forma più o meno diretta il disposto del senatoconsulto Claudiano, CTh. 4.12.6 è l'unica che correda la descrizione del caso di una motivazione. A detta della cancelleria dei Valentiniani, il passaggio alla condizione di schiava non sarebbe che la conseguenza della rinuncia della donna alla propria condizione di libera: *manifestum est enim ancillam esse voluisse eam, quam liberam esse paenituit*.

Ai fini del presente lavoro non interessa stabilire se una motivazione di questo genere possa essere riportata all'emanazione stessa del senatoconsulto, nel 52 d.C.¹⁰³. Sta, però, di fatto che essa corrisponde a una valutazione della natura del provvedimento che nel tardo antico non è certamente isolata.

¹⁰¹ Sembra ad ogni modo improbabile che l'*occasio legis* vada collegata a qualche incertezza circa lo *status* servile dei figli nati dall'unione con lo schiavo altrui. Questa ipotesi – proposta di recente da K. HARPER, *The 'SC Claudianum'*, cit., 365 e da A. STORCHI MARINO, *Schiavi e uomini di vile condizione nel senatoconsulto claudiano in età tardoantica*, in *Koinonia*, 36, 2012, 163 – anche se può trovare un punto di appoggio nella riformulazione dell'*Interpretatio* Visigota (*si mulier ex contubernio servi fiat ancilla, filii quoque eius servi erunt*), non persuade del tutto. Difatti, la regola che nasceva schiavo colui che fosse stato partorito da una madre (resa) schiava, rispondeva ad una regola di *ius gentium* (arg. da Gai 1.84) e, come tale, doveva corrispondere a un punto meno incerto di quanto non fosse quello della perdita dello *status libertatis* della madre *ex senatusconsulto Claudiano*. Non è del resto un caso che la motivazione riportata in coda a CTh. 4.12.6 si riferisca appunto alla condizione servile della madre, e non a quella dei figli.

¹⁰² A.J.B. SIRKS, *Der Zweck des 'Senatus Consultum Claudianum' von 52 n. Chr.*, in *ZSS*, 122, 2005, 138 ss.

¹⁰³ Lo nega A.J.B. SIRKS, *Der Zweck*, cit., 139, nt. 8 e 148-149, affermando che la motivazione originale del senatoconsulto doveva risiedere nella punizione per non aver obbedito alla richiesta avanzata dal *dominus* di lasciare lo schiavo.

Solo la stessa cancelleria dei Valentiniani, con riferimento al caso particolare delle donne unitesi al personale servile (o paraservile) delle manifatture tessili imperiali, ne giustificava il declassamento con l'affermazione che costoro avevano rifiutato il loro *status* di persone ingenuae (*solemni generis splendor*) preferendo quello servile dei mariti (*vilitas contuberniorum*)¹⁰⁴. E lo stesso Giustiniano, quando decide di abrogare il senatoconsulto Claudiano, si riferisce alla donna libera unitasi allo schiavo non come a una donna che preferisce la *cupiditas* alla *libertas* (secondo la formula dei Valentiniani), ma come una donna vittima della *cupiditas* stessa e perciò incapace di determinarsi (*vel semel decepta vel infelici cupidine capta* [scil. *ea quae libera constituta est*])¹⁰⁵. Indirettamente ciò conferma che anche Giustiniano doveva confrontarsi criticamente con

¹⁰⁴ CTh. 10.20.3 (= C. 11.8.3): IMP. VALENTINIANUS ET VALENS AA. AD GERMANUM CONSULAREM. *Ingenuae mulieres, quae se gynaecearius sociaverint, si conventae denuntiatione sollemni splendorem generis contuberniorum vilitati praeferre noluerint, suorum maritorum condicione teneantur.* DAT. IIII KAL. IUL. MEDIOLANO VALENTINIANO ET VALENTE AA. CONSS. Analoga disposizione – e con un riferimento questa volta esplicito al senatoconsulto Claudiano – prese la cancelleria di Graziano con riferimento al personale della zecca imperiale, cfr. CTh. 10.20.10. Quanto allo *status*, particolarmente disputato, in cui versavano *gyneciarii* e *monetarii* vedi A. STORCHI MARINO, *Schiavi*, cit., 164-166, con la bibliografia ivi citata.

¹⁰⁵ C. 7.24.1: IMP. IUSTINIANUS A. HERMOGENI MAG. OFF. *Cum in nostris temporibus, in quibus multos labores pro libertate subiectionum sustinuimus, satis esse impium credidimus quasdam mulieres libertate sua fraudari et, quod ab hostium ferocitate contra naturalem libertatem inductum est, hoc a libidine nequissimorum hominum inferri, Claudianum senatus consultum et omnem eius observationem circa denuntiationes et indicum sententias conquiescere in posterum volumus, ne, quae libera constituta est, vel semel decepta vel infelici cupidine capta vel alio quocumque modo contra natalium suorum ingenuitatem deducatur in servitutem et sit pessimum dedecus cognationis suae fulgori, ut, quae forsitan decoratos dignitatibus habeat cognatos, haec in alienum cadat dominium et dominum pertimescat forsitan cognatis suis inferiorem. quod et in libertis observari oportet: semel etenim libertate potitam per tale dedecus in servitutem reduci religio temporum meorum nullo patitur modo. 1. Sed ne servi vel adscripticii putent sibi impunitum esse tale conamen, quod maxime in adscripticios verendum est, ne liberarum mulierum nuptiis ab his excogitatis paulatim huiusmodi hominum condicio decrescat, sancimus, si quid tale fuerit vel a servo vel adscripticio perpetratum, liberam habere potestatem dominium eius sive per se sive per praesidem provinciae talem servum vel adscripticium castigatione competenti corrigere et abstrahere a tali muliere. quod si neglexerit, sciat in suum damnum huiusmodi desidiam reversuram.*

una lettura del Claudiano che metteva il provvedimento in diretta relazione con la volontà della donna.

Questa lettura – che in CTh. 4.12.6 trova dunque la sua esplicitazione maggiore, ma non unica – risponde evidentemente all'esigenza di ricondurre il regime del senatoconsulto a un fondamento razionale: la perdita della *libertas* – sembrano voler dire i Valentiniani – più che come una pena applicata a una donna che abbia deviato dal codice comportamentale prescritto, si presenta come la naturale conseguenza della sua scelta di unirsi allo schiavo.

La *capitis deminutio* della donna libera è poi inserita dalla cancelleria dei Valentiniani in una sequenza che al *conubium* tra libera e servo contrappone *bellum e praemium: non bello non praemio sed conubio (ancilla facta est)*. La donna libera diventa dunque schiava non in quanto preda bellica, e nemmeno per essersi fatta vendere da un terzo allo scopo di dividere il ricavato con lui¹⁰⁶, ma per la scelta di unirsi allo schiavo.

Questa sequenza di termini può essere intesa come indice della presenza e del peso esercitati dalla cultura giuridica classica sulla scrittura dei funzionari tardo antichi.

Il riferimento è alla tradizione rappresentata dalle Istituzioni di Marciano, sfruttata dai compilatori giustinianeî sia per il Digesto (a cui ci si riferisce nel prosieguo) sia con qualche rielaborazione, per il manuale imperiale¹⁰⁷:

¹⁰⁶ La parola *praemium*, nel senso di *pretium*, ha qui il valore di sineddocoche per la fattispecie dell'*ad pretium participandum sese venundari passus esse* (Ulp. 10 *ad Sab. D.* 28.3.6.5; I. 1.3.4; I. 1.16.1). Sul valore di *praemium* per *pretium*, vd. ThLL 715 55; 718 36-37.

¹⁰⁷ Sulla dipendenza di I. 1.3.4 da Marciano, C. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *BIDR*, 13, 1901, ora in *Opere di Contardo Ferrini*, a cura di E. Albertario, II, Milano, 1929, 335; D. DURSI, *Aelius Marcianus. Institutionum libri I-V*, Roma, 2019, 113. Quella di servirsi del *ius civile* e del *ius gentium* come poli intorno a cui organizzare la rassegna delle cause costitutive della servitù, non era peraltro una costante della letteratura isagogica. Nelle Istituzioni di Gaio manca addirittura la rassegna stessa, che un lettore potrebbe attendersi là dove viene introdotta la *divisio* tra *personae sui iuris* e *alieno iuri subiectae* (Gai 1.48) per poi passare alla condizione dei *servi* (Gai 1.52). La scelta gaiana è invece quella di illustrare quelle sole singole cause costitutive della schiavitù che presentassero una qualche connessione tematica con altre materie affrontate nel

Marc. 1 *inst.* D. 1.5.5 pr.-1: pr. *Et servorum quidem una est condicio: liberorum autem hominum quidam ingenui sunt, quidam libertini. 1. Servi autem in dominium nostrum rediguntur aut iure civili aut gentium: iure civili, si quis se maior viginti annis ad pretium participandum venire passus est. Iure gentium servi nostri sunt, qui ab hostibus capiuntur aut qui ex ancillis nostris nascuntur.*

Per quanto la selezione giustiniana non consenta di seguire l'intero svolgimento del discorso, è probabile che il passaggio appartenesse a una sezione deputata alla presentazione dei diversi *status hominum*¹⁰⁸. Dopo aver tracciato le coordinate diairetiche di partenza – per cui alla *condicio* unica degli schiavi si oppongono le due classi dei liberi, rappresentate da *ingenui* e *libertini* – Marciano precisa che la schiavitù può costituirsi o *iure civili* o *iure gentium*. Per diritto civile diventa schiavo l'uomo libero che abbia superato i venti anni e abbia permesso a un terzo di venderlo allo scopo di dividerne il prezzo; diventano invece schiavi per diritto delle genti coloro che vengano catturati dai nemici o che siano partoriti da donne in condizione servile.

Il fatto che il testo di Marciano sia accessibile solo attraverso il Digesto impedisce di dire con assoluta certezza se il giurista, una volta delineate le due classi delle fattispecie rilevanti *iure civili* o *iure gentium*, le concretizzasse poi con delle rassegne esemplificative o esaustive. Il fatto tuttavia che nella versione leggibile in D. 1.5.5 non si menzionino, con riferimento ad entrambe le classi, fattispecie senz'altro ancora vigenti nell'età di Giustiniano, induce a credere che almeno a questo primo livello dell'esposizione Marciano procedesse per *exempla*¹⁰⁹.

manuale (cfr. Gai 1.27 [*liberti*], Gai 1.82, 84, 86, 89-91 [*patria potestas*], Gai 1.160 [*capitis deminutio*]).

¹⁰⁸ Così O. LENEL, 'Palingenesia iuris civilis', I, Lipsiae, 1889, 652, fr. 45. Aderisce da ultimo a questa ricostruzione D. DURSI, 'Aelius', cit., 66, 111-113.

¹⁰⁹ Nella classe dei servi divenuti tali *iure gentium* manca la menzione di coloro *qui hostibus deduntur*, ipotesi (sulla quale vd. meglio B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 104, nt. 416) che il Digesto pure discute e in testi, tra l'altro, espliciti nel ricondurla al *ius gentium* (cfr. Pomp. 37 *ad Q. M. D.* 50.7.18). Nella classe dei servi divenuti tali *iure civili*, dal punto di vista di un lettore giustiniano, è invece assente quantomeno la menzione dei *servi poenae* (cfr. I. 1.16.1). Per altre fattispecie di 'servitù

Se la congettura coglie nel segno, risulta allora significativo che la cancelleria dei Valentiniani abbia costruito la parte negativa del proprio 'catalogo' delle cause costitutive della servitù, attingendo proprio agli esempi presentati dal giurista come più rappresentativi delle due classi di partenza, vale a dire la prigionia di guerra (*non bello*) da un lato, e dall'altro l'acquiescenza alla propria vendita *ad pretium participandum (non praemio)*¹¹⁰.

La corrispondenza rilevata di per sé non vale evidentemente a indicare che l'estensore di CTh. 4.12.6 si fosse direttamente ispirato al passaggio di Marciano. Tuttavia, proprio per la natura istituzionale di questo insegnamento, non sarebbe sorprendente che lo schema espositivo adottato fosse stato replicato come per riflesso.

8. Conclusioni

Terminata l'analisi esegetica, è qui opportuno ripercorrere ciascuno dei provvedimenti per verificare quali siano gli elementi di maggiore rilievo che sono stati ricavati da essi.

Quanto ai temi trattati, delle sette costituzioni esaminate, ben sei hanno come sfondo la materia dei patti. Cons. 9.1 si occupa degli accordi conclusi dopo una sentenza (*post rem iudicatam*); Cons. 9.2 afferma la nullità dei patti conclusi con dolo, mentre Cons. 9.3 colpisce quelli conclusi con violenza. Cons. 9.4 si riferisce alle conseguenze dell'invio di *familiares litterae* dopo la stipulazione di un accordo. Cons. 9.5 e Cons. 9.6 intervengono su questioni ereditarie, nelle quali però sempre si ritrovano accordi o transazioni. Infine, Cons. 9.7 è l'unico provvedimento che non affronta questioni collegate con i patti, ma si riconnette all'applicazione del senatoconsulto Claudiano.

civile', diverse dalla *ancilla ex Claudiano*, ma come questa non più valide al tempo di Giustiniano, vd. B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 104-105 e ntt. 419, 421.

¹¹⁰ Va da sé che quella che in Marciano costituisce la seconda ipotesi di causa della servitù *iure gentium* – vale a dire la nascita da madre schiava – è anch'essa contemplata in CTh. 4.12.6, ma come parte diretta del dispositivo (*ita ut eius filii iugo servitutis subiaceant [scil. dell'ancilla facta]*); ciò giustifica che non se ne faccia menzione nel 'catalogo' delle cause della schiavitù, con cui si apre il provvedimento.

Sul piano dei contenuti, Cons. 9.1 mostra una assoluta continuità tra la prassi rescrivente di IV secolo con il diritto precedente, definito dal legislatore *ordo iuris*. L'affermazione d'esordio, secondo cui l'ordinamento esclude la liceità di patti o accordi transattivi, recepisce a mo' di premessa logica un principio che dall'età dei Severi va consolidandosi come una vera e propria *regula iuris*. Sul piano della forma, la raffigurazione di questo principio e delle sue implicazioni nel caso sottoposto al legislatore è affidata invece a una prosa molto costruita, che da un lato risente dello stile diplomatico (*serenitas tua inesse praeviderit*) e dall'altro ricorre a termini ricercati (*depactum per turpiter pactum*) e a espressioni enfatiche che finiscono per essere meno denotative del dato fattuale o giuridico (*inique oppressa, legum auxilio consulere*). Si conferma ad ogni modo la capacità del legislatore di riflettere sulla fattispecie concreta portata alla sua conoscenza, e di adottare la soluzione che risponde con maggiore efficacia alle richieste di giustizia all'origine della supplica.

In Cons. 9.2 la cancelleria esamina una *pactio* che ha a oggetto un'eredità. La decisione imperiale non innova il diritto precedente, come si è già riscontrato nel caso precedente. Infatti, gli imperatori stabiliscono la nullità dell'accordo carpito con dolo. Dal punto di vista procedurale, poi, si constata il pieno rispetto dei criteri fissati dalla legislazione imperiale per la validità dei rescritti, poiché il funzionario chiamato a giudicare deve compiere un esame sulla veridicità delle affermazioni delle parti.

Analogamente, Cons. 9.3 riafferma il principio dell'invalidità dei patti estorti con violenza e minacce, ponendosi ancora in adesione con il diritto classico. Il collegamento con il passato è talmente forte che la cancelleria può esplicitare la sua decisione in forma di regola; al tempo stesso continua a riferirsi all'invalidità in questione con termini che evocano la necessità di una impugnativa della vittima che elimini gli effetti del patto (*cassata viribus respnenda [esse] constat [scil. pacta]*),

trasmettendo così la sensazione di una perdurante padronanza del dualismo tra *ius civile* e *ius honorarium*¹¹¹.

Cons. 9.4 è il provvedimento sul quale ci si è dovuti soffermare maggiormente nella ricostruzione della fattispecie di partenza. La costituzione tocca, infatti, sempre un patto (*placitum*), nel quale era probabilmente fissata una *poena* per l’inadempimento, ma il testo si concentra su alcuni eventi che ad esso sono seguiti: l’invio di lettere famigliari e un’occupazione illegittima di terreni. Gli imperatori negano che le *litterae* possano modificare i termini dell’accordo assunto fra le parti, e così facendo mostrano di rifarsi a una precedente costituzione di Onorio, che, con riguardo al regime dell’*actio quod inssu*, pure aveva escluso una loro valenza obbligatoria.

Cons. 9.5 conferma il principio dell’invalidità dei patti conclusi con violenza (*per vim et metum*). Gli imperatori ordinano quindi al governatore di fare in modo che l’avversario di Bavonia restituisca quanto aveva illecitamente ottenuto¹¹². Il rescritto, inoltre, evidenzia la ripresa del legislatore di un lessico giurisprudenziale usato per denotare la figura del *calumniator* nell’ambito del processo civile. L’avversario di Bavonia, infatti, impedisce un rapido svolgimento del giudizio promosso per ottenere quanto era stato estorto.

Per Cons. 9.6 l’origine della petizione promossa da Ampelia è una *transactio* fra eredi. Gli imperatori ne confermano la stabilità tanto da compendiare tale principio di diritto in una vera e propria *regula* (*ea, quae heredes inter se transactione interposita composuerint, firma illibataque*

¹¹¹ Sulla c.d. annullabilità per via pretoria (e dunque previa impugnativa di parte) dei negozi di stretto diritto estorti con violenza, vd. per tutti M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 227.

¹¹² Mancando il contesto, non è possibile comprendere a quale soluzione processuale facesse riferimento la cancelleria. Di per sé il verbo *restituere* è compatibile tanto con la *restitutio in integrum propter metum* quanto con l’*actio quo metus causa* che prevede la clausola restitutoria. Meno probabile – ma non da escludere in assoluto – è che la cancelleria si riferisse al fatto che il governatore non avrebbe consentito di opporre l’esistenza di un patto alle azioni intraprese da Bavonia come erede (nello specifico, l’*heredis petitio*, che aveva una clausola restitutoria, o la *bonorum possessio*, per la quale è previsto un ordine di restituzione).

perseverabunt); in questo senso, dal punto di vista dello stile della cancelleria, questo modo di comporre il provvedimento mostra un'evidente assonanza con Cons. 9.1. Ciò, però, non è l'unico elemento in comune con le altre costituzioni qui presentate: infatti, come in Cons. 9.2, gli imperatori richiamano l'attenzione del *proconsul Africae* sul necessario accertamento della corrispondenza reale dei fatti con quanto riferito dall'istante.

Cons. 9.7, da ultimo, mostra la perduto applicazione delle norme del senatoconsulto Claudiano. Infatti, nonostante gli interventi di età imperiale che ne hanno in parte modificato il regime, l'unione della donna libera con un servo provoca la sua riduzione in schiavitù, senza possibilità di evocare alcuna ragione per sottrarsi a questa conseguenza. La decisione non appare essere inoltre isolata, tanto che gli stessi imperatori a breve distanza da questo provvedimento sono chiamati a intervenire sempre per imporre il rispetto delle norme dello stesso senatoconsulto (CTh. 4.12.6). Si può quindi cogliere in questa successione di testi provenienti dalla stessa cancelleria il manifestarsi quasi quotidiano di problematiche giuridiche analoghe, per le quali i funzionari mantengono un indirizzo interpretativo costante e non modificato nel tempo.

ABSTRACT

Nel presente lavoro si intende esaminare, attraverso un'analisi esegetica, le sette costituzioni, provenienti dalla cancelleria di Valentiniano e Valente, raccolte nel nono libro della *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* (Cons. 9.1-9.7). Si tratta di un campione di provvedimenti assai significativo, poiché essi rappresentano una delle rare testimonianze di rescritti diretti a privati in età tardo antica.

The paper aims to examine, through an exegetical analysis, the seven constitutions from the chancery of Valentinian and Valens, collected in the ninth book of the *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* (Cons. 9.1-9.7). This is a very significant sample of imperial provisions, since they

represent one of the rare examples of rescripts directed to private individuals in late antiquity.

PAROLE CHIAVE

Rescritti; Tarda antichità; Valentiniano e Valente

Rescripts; Late Antiquity; Valentinian and Valens

FRANCESCO BONO

Email: francesco.bono@unipr.it

