

RICCARDO CARDILLI

Alcune osservazioni su *leges epiclassiche* e *interpretatio*: a margine di *Impp. Diocl. et Maxim. C. 4, 44, 2* e *C. 4, 44, 8*

1. *I due rescritti dioclezianei tra tradizione romanistica e critica del testo* - I due rescritti degli imperatori Diocleziano e Massimiano del 285 d.C. e del 293 d.C., tramandati nel *Codex Iustinianus repetitatae praelectionis* (C.4, 44, 2 e C.4, 44, 8) attraverso la mediazione del *Codex Gregorianus* (291-292 d. C.) per il primo e del *Codex Hermogenianus* (295 d.C.) per il secondo, pongono complessi problemi storici e dogmatici.

La moderna scienza romanistica – con qualche anticipazione nel giusnaturalismo¹ – ha sedimentato su di essi un ampio apparato critico del

¹ Mi riferisco a CHRISTIANUS THOMASIVS (1655–1728), *De aequitate cerebrina legis II Cod. de rescindenda venditione et eius usu practico*, in *Dissertationes academicae*, ed. Halle 1777, III, 62 ss., il quale recuperando metodologie non a lui consuete, come quelle umanistiche, tenta di colpire con forza la stabilità di una tradizione, quella appunto del *iustum pretium* nella c.d. *laesio enormis* radicata nell'*utrumque ius* (che è cosa diversa da una critica, come quella interpolazionistica, che coinvolge non solo il criterio dell'*ultra dimidium*, ma tutto il rescritto ora in C. 4, 44, 2; esattamente S. SOLAZZI, *L'origine storica della rescissione per lesione enorme*, in BIDR. XXXI, 1921, 70–71), accentuando una onnipotenza della *conventio pretii*, unica vera espressione, a detta del giusnaturalista, del *iustum pretium*. Sul punto K. LUIG, *Bemerkungen zum Problem der gerechten Preises bei Christian Thomasius*, in *Tradition und Entwicklung. Gedenkschrift Riederer*, 1981, 167 ss. S. CAPRIOLI, *Rescissione del contratto (storia)*, in ED. XXXIX, 1988, 933 ss., in particolare 956–957, sottolinea come tale critica non riuscirà ad intaccare la linea per così dire 'classicista' di un Pothier, e quindi, poi di conseguenza, il *Code civil*, cioè uno dei momenti più significativi della storia del processo di codificazione (958–960). Entro una lettura che tende a coordinare la posizione del Thomasius del *De aequitate cerebrina* con quella che emergerebbe dalle *Institutiones jurisprudentiae divinae*, senza farle sfociare in una contraddizione vd. CHR. BECKER, *Die Lehre von der laesio enormis in der Sicht der heutigen Wucherproblematik, [Beiträge zur Neueren Privatrechtsgeschichte B.10]*, Köln Berlin Bonn München, 1993 [Diss.1990], 36-38. Senza alcuna pretesa di esaurire la sterminata bibliografia sul punto, segnalo gli autori che ho letto nell'elaborazione di queste brevi osservazioni: E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Zur Lehre von der laesio enormis*, in ZSS.IV, 1883, 49 ss.; O. GRADENWITZ, *Interpolazioni e interpretazioni*, in BIDR. II, 1889, 3 ss., in particolare 14–15; R. MONIER, *Etudes de droit byzantin. Méditation sur la constitution 'hekatéro' et le jus poenitendi*,

testo,² da un lato rendendo particolarmente difficoltoso affrontare una loro adeguata valutazione storica entro il più ampio problema del valore dei rescritti

in *Nouvelle Revue Historique*, 24, 1900, 37 ss., in particolare 181 ss.; S. BRABLOFF, *Zur Lehre von der laesio enormis im byzantinischen Rechte*, in *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* 27, 1912, 261 ss.; L. LANDUCCI, *La lesione enorme nella compra e vendita. Esame storico-critico d'una rinnovata proposta di interpolazioni giustinianee*, in *Atti del Reale Istituto Veneto di scienze, lettere ed arti*, LXXV, 1915-1916 (Parte seconda), 1189 ss.; E. ALBERTARIO, *Iustum pretium e iusta aestimatio*, in *BIDR.* XXXI, 1921, 1 ss., in particolare 4 ss.; S. SOLAZZI, *L'origine storica della rescissione per lesione enorme cit.*, 51 ss.; R. DEKKERS, *La lésion énorme. Introduction à l'histoire des sources du droit*, Paris, 1937, in particolare 15 ss.; E. GENZMER, *Die antiken Grundlagen der Lehre vom gerechten Preis und der laesio enormis*, in *Deutsche Landesreferate zum II. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung im Haag 1937*, Berlin – Leipzig, 1937, 25 ss.; P. S. LEICHT, *Laesio enormis e iustum pretium* (1939), in *Scritti vari di storia del diritto italiano*, II.2, 1949, 393 ss.; U. VON LÜBTOW, *De iustitia et iure*, in *ZSS.* LXVI, 1948, R.A., 458 ss. in particolare 500-503; P. DE FRANCISCI, *Iustum pretium*, in *Studi in onore Paoli*, Firenze s.d., 211 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano (Corso di lezioni a/a 1949-1950)*, Rist. anast., Napoli, 1965, 102-103; IDEM, *La compravendita in diritto romano*, I, Napoli, 1978², 142 ss.; G. MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1951, 3-41; TH. MAYER-MALY, *Privatautonomie und Vertragsethik im Digestenrecht*, in *Iura*, 6, 1955, 128 ss.; IDEM, *Pactum, Tausch und laesio enormis in den sog. Leges Barbarorum*, in *ZSS.* CVIII, 1991, R.A., 213 ss.; K. VISKY, *Appunti sulla origine della lesione enorme*, in *Iura* 12, 1961, 40 ss.; IDEM, *Die Proportionalität von Wert und Preis in den römischen Rechtsquellen des III. Jahrhunderts*, in *RIDA.* 16, 1969, 355 ss.; K. HACKL, *Zu den Wurzeln der Anfechtung wegen laesio enormis*, in *ZSS.* XCVIII, 1981, R.A., 147 ss.; A. J. B. SIRKS, *La laesio enormis en droit romain et Byzantin*, in *T.* 53, 1985, 291 ss.; H. T. KLAMI, *Laesio enormis in Roman Law ?*, in *Labeo* 33, 1987, 48 ss.; O. STANOJEVIĆ, *Laesio enormis e contadini tardoromani*, in *AARC.* VIII, 1990, 217 ss.; CHR. BECKER, *Die Lehre von der laesio enormis cit.*, 10 ss.; R. ZIMMERMANN, *Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit? Die rechtliche Behandlung anstößig-übermäßiger Verträge*, Berlin, 1979, 135 ss.; IDEM, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, (1990) cito da Oxford, 1996, 255 ss.; M. TALAMANCA, *Vendita (dir. rom.)*, in *ED.* XLVI, s.d. ma 1993, 367-370; A. MONTAÑANA CASANÍ, *La rescisión por lesión*, Valencia, 1999; P. SCIUTO, *Sulla c.d. rescissione per lesione enorme*, in *Labeo* 46, 2000, 404 ss.; M. PENNITZ, *Zur Anfechtung wegen laesio enormis im römischen Recht*, in *Iurisprudentia universalis. Festschr. Mayer-Maly 70. G.*, 2002, 575 ss.

² Una questione fondamentale è quella sollevata dal VOLTERRA, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali* (1971), ora in *Scritti giuridici*, VI, Napoli, 1994, 3 ss., in quanto essa, date la sua importanza per così dire 'pregiudiziale' e la completezza delle argomentazioni esposte dall'A., impone di valutare il peso della affidabilità del testo a noi tramandato di detti rescritti attraverso il *Codex giustiniano* (rimandando, invece, nel corso di queste osservazioni la discussione delle specifiche ipotesi critiche più rilevanti proposte in dottrina), soprattutto entro un discorso attento alle singole particolarità e sfumature del tenore letterale dei rescritti dioclezianei tra loro temporalmente connessi, come quello che mi accingo a fare. In primo luogo, non ritengo possa essere messo in discussione il risultato a cui perviene il fondamentale studio del Volterra, cioè la individuata maggiore brevità del testo delle costituzioni a noi pervenuto attraverso il *Codex Iustinianus*, rispetto al testo originario. Più problematico, invece, cogliere il senso del rapporto di questa maggiore brevità. A riguardo non credo possa sostenersi, cosa che nemmeno il Volterra ha fatto, una omogenea attività incidente sul testo della costituzione imperiale, ma si deve propendere per un approccio diversificato a seconda dell'autore e dell'opera entro la quale viene in esame la costituzione stessa. Un punto però ritengo importante ed in questa sede da sottolineare: i confronti testuali esterni tra rescritti inclusi nel *Codex Gregorianus* o *Hermogenianus* o loro epitomi, nel *Codex Theodosianus* ed infine nel *Codex Iustinianus* (E.

imperiali,³ problema che in quel torno di anni in relazione a riforme relative al valore normativo del rescritto nel processo è investito da significativi

VOLTERRA, *op.ult.cit.*, 1027 ss.), se da un lato confermano la sicura maggiore brevità del testo tramandato nell'ultimo *Codex*, d'altro lato dimostrano con evidenza che questa maggiore brevità non sembra tanto frutto di «sunti» (p.855) o «massimizzazioni» (p.1029; segue il Volterra in un primo momento N. PALAZZOLO, *Le modalità di trasmissione* cit., 45 che parla però, oltre che di «costituzioni... sunteggiate», anche di costituzioni «ridotte agli elementi essenziali») del testo originario (esattamente D. LIEBS, *Die Jurisprudenz im spätantiken Italien (260–640 n.Chr.)*, Berlin, 1987, 135; critico sulla tesi del Volterra anche G. G. ARCHI, *Sulla cosiddetta 'massimizzazione' delle costituzioni imperiali*, in SDHI. 58, 1986, 161 ss., ma in una prospettiva non coincidente con quella del Liebs da me seguita). Questi ultimi tipi di attività rendono meglio quanto spesso accade nelle opere dei giuristi quando questi citano rescritti imperiali, trattandoli in sostanza quasi come pareri giurisprudenziali (G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, Milano, 1963, II, 166 ss.; D. NÖRR, *Rechtskritik in der römischen Antike*, [Bayerische Akademie der Wissenschaften. Phil.-hist. Kl. H.77], 132 ss., che parla di tentativo da parte dei giuristi di «legare il diritto imperiale alle strutture del diritto giurisprudenziale»[133]; così anche N. PALAZZOLO, *L'attività normativa del principe nelle sistematiche dei giuristi classici*, in AA.VV., *La codificazione del diritto dall'antico al moderno*, Napoli, 1998, 265). Ma rispetto ai rescritti contenuti nelle due importanti raccolte private di età diocleziana, la maggiore brevità del Codice giustiniano è il risultato di un lavoro «privativo» di taglio di interesse anche lunghe parti dei rescritti (per altro lo stesso VOLTERRA, *op. ult. cit.*, precisa a p.1031 come un tale «sistema per 'massimare'» verrebbe realizzato riproducendo «di un testo... una sola frase, riassumendo la disposizione normativa»). La parte del rescritto che viene a conservarsi nella tradizione fino al *Codex Iustinianus* non è diversa terminologicamente dalla parte corrispondente del testo quantomeno raccolto nel Codice Gregoriano o Ermogeniano o loro epitomi, pur essendo in quest'ultimi inserita in un testo del rescritto molto più completo (ad es. *Coll. [Gregor. I. V]* 6, 4 [1-8] e C.5, 4, 17: dove il testo tramandato dal Codice di Giustiniano riproduce solo il § 4 del più ampio testo del rescritto come tramandato dalla *Collatio ex Gregoriano*; *Cod. Greg. Wis.* 3, 8, 1 e C. 1, 18, 2: dove nel Codice di Giustiniano è tramandata solo l'ultima frase del più ampio rescritto incluso nell'epitome del Gregoriano). Questo dato mi sembra da sottolineare, in quanto esso ripropone anche per i rescritti ed in generale le costituzioni imperiali tramandate nel Codice di Giustiniano - ma anche nel Digesto e nelle Istituzioni - essenzialmente più un problema di sequenze sintattiche sostanzialmente inalterate, ma decontestualizzate dal più ampio testo nel quale erano state originariamente inserite (così ora esattamente N. PALAZZOLO, *L'attività normativa del principe nelle sistematiche dei giuristi classici* cit., 282 che riconosce come «i due Codici diocleziani... si limitano a riportare in forma normativa alcune frasi della decisione imperiale, costituenti la parte dispositiva, dando a questa carattere di principio astratto, di massima giuridica, ma non giungono mai a sintetizzare le costituzioni con parole proprie, anzi restano sempre aderenti al testo originario»). Ciò, chiaramente, sostiene con maggiore affidabilità un discorso costruito sul testo di rescritti a noi pervenuti esclusivamente in base al *Codex Iustinianus* (senza poter verificare le tappe di questa tradizione testuale) e contemporaneamente spiega anche bene la ragione, spesso considerata indice di alterazione del testo, di un periodare «a balzi», per giustapposizione di frasi, che probabilmente erano nel contesto originario presenti nel loro attuale tenore ma non necessariamente collocate tra loro nella attuale posizione di vicinanza. Per una verifica vd. quanto si dirà in particolare riguardo le due frasi finali di C.4, 44, 2 e C. 4, 44, 8.

³ Sulla questione, per una prima approssimazione, R. ORESTANO, *Il potere normativo degli imperatori e le costituzioni imperiali. Contributo alla teoria delle fonti del diritto nel periodo romano classico*, (1937) ora in *Scritti I*, Napoli, 1998, 217 ss.; J. GAUDEMET, *L'empereur, interprète du droit*, in *Festschr. Rabel*, II, Tübingen, 1954, 169 ss.; G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza* cit., II, 166 ss.; P. DE FRANCISCI, *Per la storia della legislazione*

cambiamenti,⁴ e d'altro lato talvolta distogliendo l'attenzione dal correlato problema degli strumenti coi quali potesse raggiungersi il risultato di *rescindere* la compravendita.⁵

imperiale, in BIDR. 70, 1967, 187 ss.; E. VOLTERRA, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali* cit., 3 ss.; D. NÖRR, *Rechtskritik in der römischen Antike* cit., 17; 122 ss.; IDEM, *Zur Reskriptenpraxis in der hohen Prinzipatszeit*, in ZSS.XCVIII, 1981, 1 ss.; N. PALAZZOLO, *Le modalità di trasmissione dei provvedimenti imperiali nelle province (II-III sec. d.C.)*, in *Iura* 28, 1977, 40 ss.; IDEM, *Processo civile e politica giudiziaria nel principato*, Torino, 1991², 97 ss.; IDEM, *L'attività normativa del principe nelle sistematiche dei giuristi classici* cit., 263 ss.; M. KASER, *Zur Problematik der römischen Rechtsquellenlehre*, in *Festschrift Flume* 70. G., 1978, I, 101 ss., in particolare 107; L. VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, rist. con appendice, Milano, 1982, 119 ss.; F. GALLO, *Sul potere normativo imperiale*, in SDHI. XLVIII, 1982; M. SARGENTI, *Considerazioni sul potere normativo imperiale*, in *Sodalitas. Scritti in onore Guarino*, 1984, IV, 2625 ss.; J.-P. CORIAT, *La technique du rescrit a la fin du principat*, in SDHI. LI, 1985, 319 ss.; IDEM, *Le prince législateur*, École française de Rome, 1997, 620 ss.; C. A. CANNATA, *Histoire de la jurisprudence européenne I La jurisprudence romaine*, Torino s.d. ma 1989, 153-157; G. CERVENCA, in AA.VV., *Lineamenti di storia del diritto romano*, (dir. M. TALAMANCA), Milano, 1989², 593 ss.; T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Le nuove leggi*, Napoli, 1992, 73 ss.; M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari, 1995⁹, 228 ss.; V. MAROTTA, *Ulpiano e l'impero*, Napoli, 2000, 67 ss.; E. DOVERE, *De iure. Studi sul titolo I delle Epitomi di Ermogeniano*, Torino, 2001, 122 ss.; L. MAGGIO, in AA.VV., *Le fonti di produzione del diritto romano*, Catania, 2002, 135 ss.

⁴ Vd. C. 1, 23, 3; Imp. Diocl. et Max. AA. *Crispino praesidi provinciae phoenice: Sancimus, ut authentica ipsa atque originalia rescripta et nostra manu subscripta, non exempla eorum, insinuentur. D. prid. k. April. Hannibaliano et Asclepiodoto cons.* [a.292]. Su cui da seguire soprattutto N. PALAZZOLO, *Le modalità di trasmissione dei provvedimenti imperiali* cit., 42 ss., nelle conclusioni relative al senso del rapporto tra *authentica atque originalia rescripta* («rescritti originali rilasciati dalla cancelleria imperiale al richiedente o ad altri che successivamente ne abbiano fatto richiesta, contenenti l'esplicita indicazione della loro autenticità e la *scriptio* imperiale»; 86-87) e *exempla eorum* («copie effettuate per l'uso pratico dai richiedenti stessi sull'originale a loro inviato o sulla copia affissa, senza alcuna attestazione ufficiale di autenticità, che servivano ai giuristi per fini scientifici o ai pratici del foro per avvalorare le tesi sostenute»; 87) da un lato e di *insinuare* («esibire in giudizio»; 87) dall'altro.

⁵ Problema questo non sempre approfondito dalla dottrina che si è occupata ex professo di C. 4, 44, 2 e 8. La questione assume rilevanza in rapporto al riconoscimento di una *restitutio in integrum* del processo cognitorio provinciale tesa nella sostanza ad invalidare il contratto di compravendita concluso oppure di una autonoma azione di rescissione (nei limiti in cui si possa pensare ancora ad una autonomia della prima dalla seconda nel processo cognitorio provinciale), il che interagisce con difficoltà lessicali connesse ad una precisa delimitazione del *rescindere*; vd. F. HELLMANN, *Zur Terminologie der römischen Rechtsquellen in der Lehre von der Unwirksamkeit der juristischen Tatsachen*, in ZSS.XXIV, 1903, 50 ss., in particolare 94 ss.; L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, Leipzig, 1908, 239; L. RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem*, Milano, 1965, 281 ss. (vd. a riguardo infra § 8). Sul punto, in rapporto a C. 4, 44, 2 e 8 vd. E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Zur Lehre von der laesio enormis* cit., 57; S. SOLAZZI, *L'origine storica* cit., 76-77; R. TAUBENSCHLAG, *Das römische Privatrecht zur Zeit Diokletians*, (1919-1920), ora in *Opera minora*, 1959, I, 162 n.1113; di recente M. PENNITZ, *Zur Anfechtung wegen laesio enormis* cit., 587-588. In generale sulla *restitutio in integrum* nell'età postclassica cfr. E. LEVY, *Zur nachklassischen in integrum restitutio*, in ZSS.LXVIII, 1951, R.A., 360 ss., in particolare 366 ss.; L. RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem* cit., 241 ss.; G. CERVENCA, *Studi vari sulla restitutio in*

Mi sembra, infatti, questo un esempio di come il peso della tradizione della c.d. *laesio enormis* dalla *Glossa ordinaria* fino al giusnaturalismo, tradizione fondata su questi due rescritti di Diocleziano,⁶ abbia determinato, di riflesso, anche per la moderna scienza romanistica, una lettura unilateralmente orientata del nucleo dogmatico della questione, sia poi questo stato fatto poggiare su una originaria innovazione diocleziana oppure giustiniana.

È, però, forse possibile tornare ad un esame di essi, entro un atteggiamento metodologico – vale la pena subito evidenziarlo – fortemente conservativo al fine di vagliare se, entro una loro contestualizzazione storica, essi riescano a conservare, pur entro uno sforzo di «ripulitura concettuale», un nucleo problematico forte, in parte schiacciato o ridimensionato dalla lettura di essi privilegiata negli Evi medio e moderno.

2. *Un rescritto imperiale del 285 d.C.* – Probabilmente attraverso la mediazione del *Codex Gregorianus*, viene tramandato fino ai giustiniani un rescritto di Diocleziano redatto, giusta l'ipotesi dell'Honoré seguita dal Liebs, dal *magister libellorum* Gregorio già membro dell'ufficio a *libellis* di Carino.⁷

integrum, Milano, 1965, 66 ss.; 114 ss.; G. I. LUZZATTO, *In tema di origine nel processo extra ordinem*, in *Studi in onore di E. Volterra* II, 1971, 665 ss., in particolare 711 ss.; A. S. HARTKAMP, *Der Zwang im römischen Privatrecht*, Amsterdam, 1971, 167 ss.; M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, Milano, 1973, 586 ss.; B. KUPISCH, *In integrum restitutio und vindicatio utilis bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht*, Berlin New York, 1974, 247-249; N. PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C.*, Milano, 1974, 175 ss.; M. KASER, *Zur in integrum restitutio, besonders wegen metus und dolus*, in ZSS. XCIV, 1977, R.A., 101 ss.; IDEM – K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996², 493-494; 581-582.

⁶ A riguardo si vedano ad es. E. MEYNAL, *Quelques notes sur l'histoire de la rescision pour lésion des contrats entre majeurs au Moyen-Age. La Glose, les glossateurs et les bartolistes*, in *Studi in onore V. Scialoja*, II, 1905, 339 ss.; ID., *Des conditions requises au Moyen-Age pour l'application de la rescision de la vente pour lésion d'outré-moitié*, in *Mél. Girard*, 1912, II, 201 ss.; E. BENEDETTINI, *Rescissione della vendita per causa di lesione. Appunti di storia e di legislazione comparata*, in AG. LXXXIV, 1910, 253 ss.; R. DEKKERS, *La lesion énorme* cit., 41 ss.; P. S. LEICHT, *Laesio enormis e justum pretium* cit., 393 ss. in particolare 399 ss.; R. W. M. DIAS, *Laesio enormis: the Roman-Dutch story*, in *Studies in the Roman Law of sale. Dedicated to de Zulueta*, Oxford, 1959, 46 ss.; K. VISKY, *Bartolo e la laesio enormis*, in *Studi senesi* 2, 1972, 402 ss.; S. CAPRIOLI, *Iniquitas rei. Studi preparatori sui contratti rescindibili nell'età del diritto comune I*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Perugia*, n.s. 2, 1974, 95 ss.; IDEM, *Rescissione del contratto* cit., 933 ss.; CHR. BECKER, *Die Lehre von der laesio enormis* cit., in particolare 27 ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., 262 ss.

⁷ T. HONORÉ, *Emperors and Lawyers*, Oxford, 1981, 114 ss. [con ulteriori precisazioni 1994², 148 ss.]; D. LIEBS, *Die Jurisprudenz* cit., 30 ss., superando, a mio avviso, le perplessità che evidenziava G.G. ARCHI, *Giustiniano legislatore*, Bologna, 1970, 22 ss. in base alle citazioni brevi come *Gregorianus* nella tradizione occidentale, da intendere, invece, secondo il LIEBS come 'personificazione' dell'opera, così come accade anche per i Codici Ermogeniano e Teodosiano (*Die Jurisprudenz* cit., 30). Prudente, comunque, M. TALAMANCA, *Pubblicazioni pervenute alla Direzione*, in BIDR.XC, 1987, 602 ss., in particolare 603 e 605. Recupera nuovamente la tesi del Huschke, contro quella del Th. Mommsen, M.U. SPERANDIO, *Il 'Codex' delle leggi imperiali*, in

C. 4, 44, 2 Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Aurelio Lupo

Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis, vel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies. minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit. PP. V k. Nov. Diocletiano A. II et Aristobulo cons. [a.285]

Aurelio Lupo è l'autore del *libellus* a cui risponde la cancelleria imperiale di Diocleziano (da poco imperatore) con una *subscriptio* 'promulgata' forse per pubblicazione nella capitale della provincia del richiedente (PP=*proposita*) il 28 ottobre 285.⁸ Egli lamenta la vendita di un fondo, conclusa forse dal padre, ad un prezzo inadeguato.⁹ Non sappiamo se egli avesse quantificato nel libello all'imperatore il rapporto di valore tra la *res maioris pretii* ed il *minoris pretii distrahere* al compratore. D'altronde il punto non è irrilevante dato che il rescritto espressamente sente l'esigenza di chiarire cosa si dovesse intendere per *minus pretium*, fissandolo nella metà del *verum pretium*¹⁰ e limitando, così, in modo netto la valutazione di fatto solitamente rimessa al momento giudiziale.¹¹

Iuris vincula. Studi in onore M. Talamanca, VIII, 97 ss., in particolare 122 e n.112 e p.124, senza però aggiungere nuovi argomenti.

⁸ Sul punto vd. J.-P. CORIAT, *Le prince législateur* cit., 615–618.

⁹ In rapporto al fatto evocato dal rescritto la dottrina ha ipotizzato che la vendita fosse stata conclusa dal padre del richiedente la rescissione: il [tu vel] *pater tuus distraxit* sarebbe indice di interpolazione per SOLAZZI, *L'origine storica della rescissione* cit., 53, in quanto «la petizione doveva dichiarare da chi effettivamente la vendita era stata compiuta»; l'argomento non è decisivo, perché la particolarità dell'eventuale sdoppiamento del venditore può trovare una spiegazione accettabile soltanto in connessione a particolarità del fatto descritto nel *libellus*, mentre sarebbe illogico pensare ad un inserimento dei compilatori giustinianeî di una seconda parte del contratto; così giustamente K. HACKL, *Zu den Wurzeln der Anfechtung wegen laesio enormis* cit., 153; se pure si trattasse di corruzione testuale, non avrebbe conseguenze per il testo stesso, facendo poi propendere la *lectio difficilior* verso la originalità del *tu vel pater tuus* per SIRKS, *La laesio enormis* cit., 294 e n.25; non ne trarrei con sicurezza la deduzione che Aurelio Lupo fosse al momento della vendita *filius familias*, e comunque non lo è sicuramente al momento del *libellus* da lui inviato all'imperatore, come mi sembra dia invece per presupposto P. SCIUTO, *Sulla c.d. rescissione per lesione enorme* cit., 405; il dualismo della parte che vende potrebbe indicare «Informations- oder Kommunikationsmängel auf der Verkäuferseite» per PENNITZ, *Zur Anfechtung wegen laesio enormis* cit., 584; l'originale interpretazione proposta dal KLAMI, *Laesio enormis* cit., 56–57 –che il prezzo sarebbe «minore» in rapporto al prezzo stabilito per la vendita e quindi si tratterebbe del mancato totale pagamento del prezzo – non mi sembra trovare una adeguata giustificazione nel tenore testuale del rescritto.

¹⁰ Il che poteva non coincidere con la quantificazione eventualmente segnalata da Aurelio Lupo nel *libellus*.

¹¹ L'ultima frase del rescritto è quella sulla quale si concentrano maggiormente i dubbi della critica del testo (O. GRADENWITZ, *Interpolazioni e interpretazioni* cit., 14; S. SOLAZZI, *L'origine storica della rescissione* cit., 74–75; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita* cit., 147 in rapporto a C.4, 44, 8), anche da parte di studiosi non orientati sistematicamente ad una tale metodologia (A.

Il rescritto imperiale ha, in primo luogo, il valore di norma vincolante per il caso concreto. Aurelio Lupo, in sostanza, se avesse ritenuto di poter dimostrare che il prezzo stabilito nel contratto fosse «minore della metà del giusto prezzo», avrebbe col rescritto alla mano ottenuto in sede giurisdizionale la ricostituzione dello stato pristino alla vendita. In particolare, avrebbe riottenuto il fondo venduto una volta restituito al compratore il prezzo pagato,¹² oppure, qualora quest'ultimo avesse preferito una tale alternativa, Aurelio Lupo avrebbe ottenuto un'ulteriore somma come integrazione per perfezionare il *iustum pretium*.¹³

Significativa a mio avviso, se rapportata alla autonomia di valutazione della *quaestio facti* da parte del *iudex unus* del processo formulare, la imposizione d'autorità, per l'«invalidazione» della vendita, della rilevanza del rapporto di valore di 'metà' per l'accertamento di fatto legato alla stima del bene venduto da parte del giudicante secondo valori non meglio definibili.¹⁴

J. B. SIRKS, *La laesio enormis* cit., 294-296; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., 259 ss.; M. TALAMANCA, *Vendita* cit., 369 e n.681). Non v'è dubbio che il periodare evidenzi una certa pesantezza quasi didascalica, che peraltro viene da altri (T. HONORÉ, *Emperors and Lawyers*² cit., 149) sottolineata come stilema nei rescritti dioclezianei di questo periodo. Non è a mio avviso comunque sufficiente rilevare un certo scollegamento tra prima parte del rescritto e frase finale, perché questo procedere «a balzi» della costruzione è il risultato del lavoro tipico di taglio e giustapposizione di proposizioni realizzato nella fissazione del testo del rescritto nella tradizione delle raccolte di costituzioni imperiali dai Codici Gregoriano ed Ermogeniano al Codice di Giustiniano (vd. *supra* n.2).

¹² Si tratterebbe di una procedura unitaria entro cui la reintegrazione avviene davanti al *iudex pedaneus* investito da Aurelio Lupo della cosa; vd. *infra* § 8.

¹³ La maggiore elasticità procedurale insita nella *cognitio* provinciale verrebbe in questo caso esemplarmente realizzata, condizionando l'intervento giudiziale alla *electio emptoris*; vd. sul punto *infra* § 8.

¹⁴ Dubbi permangono su cosa significhi, nel rescritto, *pretium verum* e che rapporto semantico vi sia con *pretium iustum*. Il BRASSLOFF, *Zur Lehre von der laesio enormis* cit., 269, sottolinea come *pretium verum* dovrebbe indicare il valore effettivo e non simulato, mentre in C. 4, 44, 2 esso sembra usato come sinonimo di *pretium iustum*, il che farebbe propendere per l'interpolazione giustiniana, interpretazione avvalorata dal tò *dikaion tímema* bizantino (B. 19, 10, 66). Anche SOLAZZI, *L'origine della rescissione* cit., 74-75 ritiene da un lato «che i due predicati *iustum* e *verum* ricevano entrambi nella costituzione diocleziana il medesimo senso classico» e d'altro lato, con una evidente tensione ipercritica, che in C. 4, 44, 2 *iusto pretio* dovesse essere genuino dato che non lo sarebbe *veri pretii*. Il KLAMI, *Laesio enormis* cit., 56, forzando un po' la fonte, ritiene che *pretium verum* sia quello fissato nell'accordo, cosa che avvalorata secondo questo A. la lettura da lui proposta del rescritto (vd. *supra* n. 9). A mio avviso bisogna distinguere tra importanza del *pretium iustum* nella tradizione romanistica ed in particolare nella dottrina canonistica classica (su cui vd. R. DEKKERS, *La lésion énorme* cit., 66 ss.; CHR. BECKER, *Die Lehre von der laesio enormis* cit., 27 ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., 264 ss.) e suo effettivo significato nei rescritti in esame, dove non è più accettabile l'ipotesi critica generalizzata dell'ALBERTARIO, *Iustum pretium e iusta aestimatio*, in BIDR. 31, 1921, 1 ss. in particolare 4-5 rispetto a C.4,44,2 e 8; vd. già quanto in generale notava P. DE FRANCISCI, *Iustum pretium*, in *Studi Paoli*, 211 ss. Peraltro, come è stato da tempo precisato, *iustum pretium* significa il valore del bene secondo la stima del giudice, da contrapporre al valore della cosa dichiarato dall'attore nel *iusiurandum in litem*; così in rapporto

Non sembra, poi, a quanto siamo in grado di comprendere dalla sintesi fatta nella *subscriptio* della doglianza di Aurelio Lupo, che la fissazione del prezzo sia stata condizionata da altri fattori quantomeno tipizzabili in termini di cause che potevano far considerare invalidabile il contratto secondo le regole consolidate dalla *interpretatio prudentium* o codificate nell'editto del pretore.¹⁵ La portata, per così dire, 'innovativa' del rescritto sarebbe da circoscrivere alla fissazione autoritativa di un limite valutativo di rilevanza del *pretium minus* per *rescindere* una vendita *inter privatos* di fondi, senza imporre la dimostrazione di altre cause incidenti sulla determinazione del prezzo che potessero trovare conferma nella tradizione del *ius vetus*.

Sul piano degli strumenti tesi a riportare le conseguenze giuridiche della vendita allo stato precedente ad essa, la terminologia del rescritto sembra indicare la strada della *restitutio in integrum* cognitoria, la quale sarebbe inclusa in un'*actio rescissoria*.¹⁶ In sostanza Aurelio Rufo, in base al rescritto di Diocleziano del 285 d.C., se convinto di poter dimostrare che il fondo fosse

a Ulp. *51 ad ed.* D. 6, 1, 68 e Pomp. *29 ad Sab.* D. 6, 1, 70; E. LEVY, *Die Enteignung des Klägers im Formularprozeß*, in ZSS. XLII, 1921, 476 ss., in particolare 491 ss.; e IDEM, *Zu D. 6, 1, 63 und 70*, in ZSS. XLIII, 1922, 534; seguito da A. DE SENARCLENS, *La maxime pretium debet esse verum, certum, iustum*, in *Mél. Fournier*, 1929, 683 ss., in particolare 696-704; vd. anche la posizione differenziata di E. GENZMER, *Die antiken Grundlagen der Lehre vom gerechten Preis* cit., 39-46; per la genuinità di *pretium iustum* in rapporto alle vendite fiscali vd. anche M. TALAMANCA, *Contributi allo studio delle vendite all'asta* cit., 238 ss.

¹⁵ In dottrina, soprattutto entro tendenze ipercritiche e di contrapposizione monolitica del diritto classico al giustiniano, è spesso ritornata la tendenza a reinterpretare il rescritto di Diocleziano come originariamente connesso all'assenza di altri requisiti per la validità del contratto, come ad es. la minore età (vd. in particolare in rapporto alla *restitutio in integrum* accordata contro la vendita dei *pignora ex iudicati causa capti* al minore in caso di *grande damnum* da questi subito in Ulp. *11 ad ed.* D.4, 4, 9 pr., S. SOLAZZI, *L'origine storica della rescissione per lesione enorme* cit., 64-65), o emanato in rapporto a vendite fiscali (argomentando dall'uso del *distrahere* come indicativo di un *ius distrahendi*); così M. NICOLAU, *Les origines de la laesio enormis*, in *Société d'histoire du droit. Communications présentées aux séances ordinaires de l'année 1934-1935*, in RHDfE. 15, 1936, 207-208. A riguardo, però, bisogna accentuare che, nei limiti in cui si voglia conservare una lettura contestualizzata di essi in base al testo a noi pervenuto, queste ipotesi si dimostrano altamente congettrabili e non dimostrabili, dovendosi invece accentuare che nelle vendite all'incanto realizzate dal fisco *ob tributorum cessationem factae* la semplice 'esiguità' del prezzo non è mai da sola sufficiente ad accordare la *restitutio in integrum adversus fiscum*, ma essa concorre con il mancato rispetto delle regole di licitazione e la mala fede del compratore e del procuratore fiscale; vd. sul punto E. CARRELLI, *C. 2, 36, 1 e 3 e l'origine della rescissione per 'laesio enormis'*, in SDHI. 3, 1937, 446 ss.; M. TALAMANCA, *Contributi allo studio delle vendite all'asta* cit., 234 ss.; P. CERAMI, *In integrum restitutio adversus fiscum*, in AUPA. XXXIX, 1987, 5 ss., in particolare 30 ss.; G. KLINGENBERG, *Die venditio ob tributorum cessationem facta*, in ZSS. CIX, 1992, R.A., 350 ss., in particolare 391 ss.

¹⁶ Vd. a riguardo il superamento della concezione rigida di contrapposizione tra una reintegrazione pretoria ed una restituzione giudiziale; vd. *infra* § 7.

stato venduto alla *dimidia pars verii pretii*,¹⁷ avrebbe esercitato un'azione contro i compratori nella quale, in base all'*auctoritas* del *iudex pedaneus* investito della controversia,¹⁸ avrebbe ottenuto la reintegrazione in forma specifica del fondo previa restituzione ai compratori del prezzo da loro effettivamente pagato. Al compratore, peraltro, viene rimessa la *electio* di valutare l'opportunità e la convenienza di pagare la differenza di prezzo fino a quello del *iustum pretium* del bene venduto, cioè quello statuito dal *iudex* per la determinazione della *dimidia pars* e quindi di conservare valida la vendita.

Quest'ultima clausola di conservazione del contratto dimostra come la cancelleria imperiale fosse perfettamente cosciente di incidere su uno dei principi cardine del diritto dei contratti ed in definitiva sul principio di stabilità del vincolo sorto dal consenso espresso nel contratto di compravendita.

Ciò è altresì confermato dal fatto che il fondamento dell'intervento imperiale viene esplicitato in termini di deviazione dal *ius vetus* giustificata da una soluzione più conforme all'uomo (*humanum est*).¹⁹ La deviazione da principi consolidati è dunque sentita ed essa trova espressione nel rescritto in

¹⁷ Ciò contro quanto sostiene O. GRADENWITZ, *Interpolazioni e interpretazioni* cit., 14, che a mio avviso sposta sui presupposti del fatto la determinazione imperiale della rilevanza della fattispecie.

¹⁸ Il collegamento all'*auctoritas iudicis* sarebbe stato poco compreso dagli stessi giuristi contemporanei a Giustiniano, come dimostra ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Zur Lehre von der laesio enormis* cit., 57 in rapporto all'*antecessor Stephanus*, contro le argomentazioni del SOLAZZI, *L'origine storica della rescissione* cit., 76-77, che sovrappone necessità proprie della *rest.i.i.* pretoria al processo cognitorio. L'inciso è stato inteso, a ragione, come perfettamente acconcio a quest'ultimo processo; vd. da ultimo M. PENNITZ, *Zur Anfechtung wegen laesio enormis* cit., 587.

¹⁹ Nella motivazione suona più una ragione morale (*humanitas*), nella quale forse è sintetizzato un problema economico-sociale, come la tutela dei piccoli proprietari terrieri dai *potentiores*. Per altro, il collegamento, a volte cercato in dottrina, con l'*Edictum de pretiis*, quale espressione di una politica economica unitaria di Diocleziano (vd.L. LANDUCCI, *La lesione enorme* cit., 1203 e n.86 a p.1245; con approfondimenti K. VISKY, *Appunti sulla origine della lesione enorme* cit., 49 ss.; IDEM, *Die Proportionalität von Wert und Preis* cit., 379 ss. dove si accentua in particolare la crisi economica del III secolo; M.KASER, *Das römische Privatrecht*², II, München, 1975, 389), è impreciso dal punto di vista degli effetti economici diversi dei due provvedimenti ed in particolare sul fatto che qualora la determinazione del *iustum pretium* per la individuazione della *dimidia pars* sia ancorata al *tempus venditionis*, come precisa il rescritto del 293 riportato in C. 4, 44, 8 in collegamento col rescritto del 285, il provvedimento non avrebbe alcuna capacità di risolvere eventuali problemi inflattivi; esattamente K. HACKL, *Zu den Wurzeln der Anfechtung wegen laesio enormis* cit., 159; esclude che il rescritto del 285 sia condizionato dalla grande inflazione del periodo S. CORCORAN, *The Empire of the Tetrarchs* cit., 214. Rispetto al rapporto tra *potentiores* e *tenuiores* vd. R. MONIER, *Études de droit byzantin* cit., 182-183; K. HACKL, *op. ult. cit.*, 157; O. STANOJEVIĆ, *Laesio enormis e contadini tardoromani* cit., 225-226. Per la SCIUTO, *Sulla c.d. rescissione per lesione enorme* cit., 421, sarebbe, in una prospettiva più ampia, accertabile una sensibilità di Diocleziano tesa a «tutelare in maniera più incisiva soggetti economicamente deboli», così da poter riportare i due distinti problemi affrontati dalle due costituzioni di Diocleziano «ad una logica comune» (p.423).

modo inequivocabile.²⁰ Più difficile circostanziare il significato della maggiore adeguatezza all'uomo della soluzione del rescritto del 285 d.C.. In altro rescritto di Diocleziano del 293 (C. 2, 4, 20),²¹ da attribuire forse ad Ermogeniano, è la stabilità del patto transattivo che viene riportata come espressione diretta della *fides humana*, secondo quello che è l'insegnamento di Ulpiano in D. 2, 14, 1 pr. Probabilmente, il caso di specie che aveva dato adito al *libellus* del rescritto del 285 d.C. evidenziava aspetti, per noi perduti, che dovevano accentuare la natura equitativa dell'intervento imperiale a favore di Aurelio Lupo – e che echeggiano nell'*humanum est* – che dovranno trovare un adeguato coordinamento rispetto al principio di stabilità del *contractus*, coordinamento compiuto poi da Ermogeniano nel rescritto diocleziano del 1 dicembre del 293, ora in C. 4, 44, 8 (*infra* § 5).

D'altronde la scienza romanistica ha da tempo colto la rilevanza del *pretium minus* e della verifica del valore riconosciuto a fondi oggetto di vendite fiscali. È stata evidenziata una particolare attenzione al *iustum pretium*, una delle condizioni che, congiuntamente alle *solemnitates harumarum* e alla *fraus* del compratore o a scorrettezze dei funzionari del *fiscus* nelle *venditiones ob tributorum cessationem factae*, se non rispettate avrebbe permesso la risoluzione della vendita.²² Una tale attenzione non porta, però, alla maturazione di una rilevanza autonoma del *pretium minus* per rescindere le *venditiones a fisco*, il che rende problematico valutare se la prassi abbia effettivamente cristallizzato una regola di determinazione della stima giudiziale del *pretium minus* in termini di quantificazione oggettiva della *dimidia pars*,²³ come, invece, quella – di cui siamo a conoscenza – della irrilevanza del prezzo pagato in origine dal venditore, che vediamo estendersi dalle vendite fiscali a quelle *inter privatos* (Call. l. 3 *de iure fisci* D.49, 14, 3, 5 e C. 4, 44, 4 su cui *infra*).

Più difficile pesare adeguatamente la possibilità che Gregorio abbia attinto il criterio della *dimidia pars* da Nerazio in Paul. 5 *ad Plautium* D.18, 1, 57 pr.²⁴

²⁰ M. PENNITZ, *Zur Anfechtung wegen laesio enormis* cit., 578 che cita Call. l. cogn. D. 5, 1, 36 pr.

²¹ *Idem* AA. et CC. *Antistiae. Non minorem auctoritatem transactionum quam rerum iudicatarum esse recta ratione placuit, si quidem nihil ita fidei congruit humanae quam ea quae placuerant custodiri, nec ad rescindendum pactum sufficit, quod hoc secunda hora noctis intercessisse proponas, cum nullum tempus sanae mentis maioris quinque et viginti annis consensum repudiet. S. IIII k. Oct. AA. cons.*

²² Vd. *supra* n. 15.

²³ Vd. a riguardo la puntualizzazione del KLINGENBERG, *Die venditio ob tributorum cessationem facta* cit., 399, che accentua come il limite della *dimidia pars* non è proprio delle vendite fiscali, in quanto, qualora vi siano anche gli altri requisiti previsti (su cui *supra* n.15) in esse si ha rescissione anche quando la *vilitas pretii* non abbia raggiunto il limite stabilito in C. 4, 44, 2.

²⁴ *Domum emi, cum eam et ego et venditor combustam ignoraremus. Nerva Sabinus Cassius nihil venisse, quamvis area maneat, pecuniamque solutam condici posse aiunt. sed si pars*

Secondo questa suggestiva ipotesi, di recente proposta, si tratterebbe quindi di un criterio enucleato da Nerazio entro un parere giurisprudenziale per risolvere un problema di errore comune ad entrambi i contraenti sulla consistenza materiale della *res vendita*²⁵ e sua rilevanza per il riadeguamento giudiziale del prezzo stabilito per essa, che viene utilizzato da Gregorio per un nuovo scopo ed entro un differente problema giuridico (quello della determinazione della rilevanza del *pretium minus*) entro un rescritto imperiale. Se vera, una tale lettura dimostra comunque una certa spregiudicatezza da parte dell'autore materiale del rescritto nell'usare criteri elaborati dalla *iurisprudencia* classica decontestualizzandoli dal loro ambito problematico.

3. *La forza di 'exemplum' del rescritto del 285 d.C.* – A. Fin qui le conseguenze dirette, in definitiva fortemente circoscritte, del rescritto del 285 in relazione al caso di Aurelio Lupo. Una domanda legittima che solitamente non trova adeguato approfondimento in dottrina è l'impatto del rescritto come precedente giudiziale e quindi come *exemplum* nelle controversie in materia di acquisti di fondi dopo la sua pubblicazione. Una risposta un minimo circostanziata, a riguardo, è viziata dallo stato delle fonti in nostro possesso nell'arco di tempo che va dall'ottobre del 285 d.C. al 1 dicembre del 293 data del rescritto tramandato in C. 4, 44, 8.²⁶ Ciò non toglie che emergano alcuni spunti interessanti, sui quali vale la pena sollevare un dibattito.

Una prima constatazione è che non risultano rescritti in qualche modo rilevanti o che echeggiano anche solo come *exemplum* il rescritto diretto ad Aurelio Lupo fino al 5 aprile del 293.²⁷ Da questa data si possono contare almeno altri due rescritti che affrontano il problema della richiesta di un

domus maneret, Neratius ait hac quaestione multum interesse, quanta pars domus incendio consumpta permaneat, ut, si quidem amplior domus pars exusta est, non compellatur emptor perficere emptionem, sed etiam quod forte solutum ab eo est repetet: sin vero vel dimidia pars vel minor quam dimidia exusta fuerit, tunc coartandus est emptor venditionem adimplere aestimatione viri boni arbitrato habitata, ut, quod ex pretio propter incendium decrescere fuerit inventum, ab huius praestatione liberetur. Sul collegamento con C.4, 44, 2 e 8 vd. M. PENNITZ, *Zur Anfechtung wegen laesio enormis* cit., 585-587; su D. 18, 1, 57 pr., più ampiamente, anche IDEM, *Anfängliche (Teil-)Unmöglichkeit oder Gefährtragung im Kaufrecht? Von der dimidia pars des neraz (Paul. 5 ad Plaut. D.18, 1, 57 pr.) zum ABGB (§§ 1048 s. In Verbindung mit § 1064)*, in *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, VI, 2001, 199 ss.

²⁵ M. TALAMANCA, *Vendita* cit., 328.

²⁶ In particolare viene evidenziata la lacuna degli anni 288-289 nella tradizione delle costituzioni imperiali di Diocleziano; vd. ad es. S. CORCORAN, *The Empire of Tetrarchs* cit., 30.

²⁷ Il che potrebbe sollevare il problema delle ragioni che possano, oltre ad una casuale conservazione del materiale a noi pervenuto dei rescritti di questo periodo, avere condizionato questo «vuoto», problema che in parte, a mio avviso, viene a confrontarsi col problema, anch'esso di difficile soluzione, della circolazione del *Codex Gregorianus* e del suo impatto con la prassi forense delle province.

intervento imperiale *ad rescindendam venditionem* esclusivamente in ragione del *minus pretium*. Vediamone più da vicino i contesti.

C.4, 44, 4 Idem AA. et CC. *Sempronio Eudoxio*

Ad rescindendam venditionem et malae fidei probationem hoc solum non sufficit, quod magno pretio fundum comparatum minoris distractum esse commemoras. D. non. April. Byzantio AA. cons. [a.293]

Questo rescritto diretto a Sempronio Eudossio viene promulgato probabilmente per affissione (D.=*data*) nella residenza imperiale (in particolare, in quella data, Nicomedia a sud di Bisanzio).²⁸ Per quanto ci è dato capire dalla sintesi del *libellus* del richiedente, sembra che Sempronio Eudossio avesse chiesto un provvedimento *ad rescindendam venditionem* in base a presupposti insufficienti, a parere dell'ufficio *a libellis*. In particolare egli avrebbe fondato la sua richiesta sul fatto che il fondo venduto era stato in precedenza acquistato ad un *magnum pretium*, parametro nei confronti del quale il *pretium* della vendita impugnata era «minore». La qualifica *per relationem* del *minus pretium* sarebbe stata considerata da Sempronio come idonea *probatio malae fidei* e giustificatrice la *rescissio* della vendita. Sulla irrilevanza del criterio di valutazione prescelto dal richiedente per evidenziare un *pretium minus*, il diritto imperiale aveva da tempo fissato una regola nelle vendite fiscali (Callistr. *l. 3 de iure fisci* D.49, 14, 3, 5).²⁹

Qualche dubbio solleva l'idoneità della differenza dei prezzi a dimostrare una mala fede dell'ultimo compratore. Si potrebbe pensare ad un argomento *ad adiuvandum* da parte del richiedente e di chi lo assisteva nel redigere il *libellus ad principem* in chiave di *dolus re ipsa*.³⁰ La *subscriptio* imperiale in ogni caso ritiene insufficiente il presupposto della chiesta invalidazione della vendita del fondo, coerentemente alla regola ricordata in altro rescritto che *dolus emptoris qualitate facti, non quantitate pretii aestimatur* (Diocl. et Maxim. *Aemilio Severo* C. 4, 44, 10), confermando, dunque, la vincolatività del contratto concluso nei termini convenuti. Non mi sembra possa sorgere dubbio sulla sostanziale differenza del *minus pretium* del rescritto diretto a Sempronio Eudossio rispetto a quello del 285.

È invece molto significativo il fatto che Sempronio Eudossio argomenti la sua richiesta in chiave di *minus pretium* al fine di *rescindere* la vendita del fondo, sebbene nel suo caso non si tratti di un prezzo minore della *dimidia pars*

²⁸ J.-P. CORIAT, *Le prince législateur* cit., 613.

²⁹ *Divi fratres rescripserunt in venditionibus fiscalibus fidem et diligentiam a procuratore exigendam et iusta pretia non ex praeterita emptione, sed ex praesenti aestimatione constitui: sicut enim diligentii cultura pretia praediorum ampliantur, ita si neglegentius habita sint, minui ea necesse est. Vd. autori citati supra n.15.*

³⁰ Sullo sforzo, dalle dottrine dei Glossatori, di intendere il significato della *lex secunda* in chiave di *dolus rei inesse dicitur, quoties res ipsa iniqua est* vd. S. CAPRIOLI, *Rescissione del contratto* cit., 942-943; Chr. BECKER, *Die Lehre von der laesio enormis* cit., 58 ss.

veri pretii e nemmeno, coerentemente al caso prospettato, della metà del *magnum pretium praeteritae emptionis*.

Ritengo che, nell'ambito di *venditiones inter privatos*, sia difficilmente immaginabile un luogo diverso di origine di una tale argomentazione, centrata sul *minus pretium*, dal rescritto indirizzato ad Aurelio Lupo nel 285 d.C. Si potrebbe, certo, dedurre da ciò che proprio un'argomentazione generica in termini di «prezzo minore» farebbe pensare all'inesistenza nel rescritto del 285 della precisazione finale della *dimidia pars veri pretii*, dovuta quindi ad un'aggiunta successiva. Mi sembra però che il contenuto della richiesta del *libellus* di Sempronio Eudossio possa confortare un collegamento dei due rescritti senza ipotizzare alterazioni del primo, in quanto la rescissione del contratto di vendita per il *minus pretium* viene collocata da quest'ultimo entro un contesto nel quale – come detto – egli tendeva a colorare di una certa mala fede il compratore. Se il prezzo ricevuto dalla vendita del fondo fosse stato minore della metà del vero valore del bene o anche del prezzo pagato all'acquisto, la questione sarebbe stata impostata nel *libellus* espressamente in questi termini. Proprio il fatto che sebbene si tratti di un *minus pretium*, esso non rientrasse nel parametro oggettivo fissato nel rescritto del 285 d.C., impone la più elastica prospettazione nel *libellus* delle deduzioni da trarsi dal rapporto di valore e l'argomento *ad adiuvandum* della implicita *probatio malae fidei*.³¹

B. Un altro rescritto diocleziano mi sembra echeggiare l'influenza in termini di *exemplum* del rescritto del 285 negli anni successivi.

C. 4, 44, 6 Idem AA. et CC. Novisio Gaiano veterano

Non est probabilis causa, propter quam rescindi consensu factam venditionem desideras. quamvis enim duplum offeras pretium emptori, tamen invitus ad rescindendam venditionem urgeri non debet. [a.293].

Il veterano Novisio Gaiano chiede all'imperatore di *rescindere* la vendita di un suo bene, forse un terreno a lui assegnato. La risposta negativa della cancelleria imperiale è nuovamente rigorosa: non si tratterebbe di una *causa probabilis* quella proposta dal richiedente al fine di invalidare la *venditio*; il compratore, quindi, non deve essere pressato contro la sua volontà *ad rescindendam*

³¹ Che doveva essere argomento utilizzato dalla prassi, ma sempre respinto dalla cancelleria imperiale diocleziana e ribadito in forma di *regula* nel rescritto ora in C. 4, 44, 10: *dolus emptoris qualitate facti, non quantitate pretii aestimatur*; su cui vd., anche in rapporto ai problemi connessi del riconoscimento e degli effetti della *restitutio in integrum adversus emptorem* del quale fosse dimostrato il *dolus*, superando i dubbi sollevati precedentemente in dottrina, A. WACKE, *Kannte das Edikt eine 'in integrum restitutio propter dolum'?*, in ZSS.LXXXVIII, 1971, 131 ss.; B. KUPISCH, *In integrum restitutio* cit., 248-249; M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale* cit., II, 597 ss.; M. KASER, *Zur in integrum restitutio* cit., 155-156 n.210; P. SCIUTO, *Sulla c.d. rescissione per lesione enorme* cit., 426 ss.

venditionem. Anche in questo caso si conferma il principio di vincolatività del contratto consensuale salvo mutuo dissenso.³²

Rilevante è, però, il fatto che il veterano avesse offerto di restituire al compratore, per riottenere il bene venduto, il doppio del prezzo pagato. Vistosi rifiutata l'offerta, egli ne utilizza il significato di indizio di una prima vendita avvenuta per un *pretium* che avrebbe potuto sostenersi minore della metà del valore del bene, dato il rifiuto del compratore di riavere il doppio del pagato. Non vedo come il veterano potesse presumere di ottenere di *rescindere* la vendita conclusa se non attraverso una interpretazione 'tendenziosa' del rescritto del 285 d.C. ed in particolare proprio della precisazione del *minus pretium* in termini di *nec dimidia pars veri pretii*.³³

C. In entrambi questi rescritti del 293 si fa percettibile un ruolo del rescritto del 285 d.C. in termini di *exemplum*.

Una prima questione connessa a questo ruolo è relativa al problema della «pubblicità» e quindi della conoscibilità e della circolazione dei rescritti nella prassi.³⁴ Il collegamento da me ipotizzato tra la costruzione delle argomentazioni dei due rescritti del 293 sopra esaminati e il rescritto del 285 avrebbe poco senso entro un sistema di conoscibilità del rescritto rimesso alla semplice pubblicazione di esso nella capitale della provincia del richiedente, come probabilmente nella *subscriptio proposita* del 285, o nella attuale residenza imperiale come per i *rescripta data*.³⁵

Come è stato però sottolineato, bisogna accentuare la realizzazione al più tardi nel 292 d.C. del *codex Gregorianus*.³⁶ Dalla pubblicazione e nei limiti di una adeguata circolazione nella prassi provinciale di questa raccolta,³⁷ il rescritto del 285 viene ad assumere un valore di precedente più generale e generalizzabile di quello che aveva avuto in base alla originaria *propositio*. D'altro lato, poi, esso è un rescritto incluso in una raccolta di costituzioni

³² La *venditio facta* sarebbe considerata dalla cancelleria imperiale in questo caso come *iure facta*; così M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale* cit., p.591 n. 383 (continua da p.588).

³³ Così anche M. PENNITZ, *Zur Anfechtung wegen laesio enormis* cit., 584.

³⁴ Vd. sul punto D. NÖRR, *Zur Reskriptenpraxis* cit., 38 ss.; J.-P. CORIAT, *Le prince législateur* cit., 608 ss. in particolare 624 ss.

³⁵ Ed era poi questo argomento ricorrente nella critica del testo: vd. O. GRADENWITZ, *Interpolazioni e interpretazioni* cit., 14; S. BRABLOFF, *Zur Lehre von der laesio enormis* cit., 262; e sulla scia S. SOLAZZI, *L'origine storica della rescissione per lesione enorme* cit., 53; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita* cit., 147-148.

³⁶ M. PENNITZ, *Zur Anfechtung wegen laesio enormis* cit., 581. Sulla datazione del 291 d.C. vd. G. ROTONDI, *Studi sulle fonti del Codice giustiniano*, in BIDR. XXVI, 1913, 131 ss.; seguito da D. LIEBS, *Die Jurisprudenz* cit., 134 ss.; opta per il 292 ora S. CORCORAN, *The Empire of the Tetrarchs* cit., 32.

³⁷ Va sottolineato che i due momenti non sono coincidenti. Il problema meriterebbe un apposito approfondimento.

imperiali da parte di un giurista dell'apparato burocratico della cancelleria,³⁸ raccolta destinata alla prassi col fine non di «riformare», ma di «stabilizzare» il diritto³⁹ e quindi coerente alla politica del *princeps*⁴⁰ diretta ad un controllo centralizzato e ad una guida del diritto privato, entro un sistema che subisce dai territori in esso inclusi forti spinte centrifughe.⁴¹ Ciò comportava con più evidenza lo spostare l'accento del significato dei rescritti raccolti da Gregorio nel *codex* dal valore di 'pareri' vincolanti per il caso concreto al valore di norme generali.⁴²

Si comprende altresì come il *codex Gregorianus*, una volta realizzatane una adeguata circolazione nei fori provinciali, venisse in parte a condizionare l'argomentazione della prassi delle perorazioni al principe e a indurne dall'interno del vocabolario utilizzato dai rescritti in esso raccolti interpretazioni estensive. Interpretazioni, come abbiamo visto, anche 'tendenziose' che la cancelleria imperiale viene a fronteggiare con particolare fermezza, ogniqualvolta potessero mettere in dubbio principi consolidati del diritto privato preesistente.⁴³ Il che oltre a cogliere possibili sfumature di

³⁸ A riguardo bisogna tenere presente quanto precisa G. BARONE ADESI, *Ricerche sui corpora normativi* cit., I, 20 ss. in rapporto alla specificazione, ancora talvolta presente, della provenienza del rescritto incluso nel codice Gregoriano da una «copia» autenticata dalla cancelleria imperiale. Qualora poi si accetti l'ipotesi dell'identità dell'autore del rescritto del 285 con il giurista che realizza il *codex Gregorianus* proposta da T. HONORÉ, *Emperors and Lawyers*² cit., 148 ss.; D. LIEBS, *Die Jurisprudenz* cit., 30 ss., la autenticità delle parti del rescritto che vengono poi conservate ed incluse nella raccolta assume ancora maggiore verisimiglianza; così ad es. S. CORCORAN, *The Empire of the Tetrarchs* cit., 38.

³⁹ F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961, 363.

⁴⁰ F. SCHULZ, *Geschichte* cit., 363-364; S. MAZZARINO, *L'impero romano*, II, Roma-Bari, 1973 [cito da 1995⁷], 593; e di recente S. CORCORAN, *The Empire of the Tetrarchs* cit., 40; N. PALAZZOLO, *L'attività normativa del principe* cit., 283.

⁴¹ M. TALAMANCA, *Gli ordinamenti provinciali nella prospettiva dei giuristi tardoclassici*, in *Istituzioni giuridiche e realtà politiche nel tardo impero (III-V sec.a.C.)*, a cura di G. G. ARCHI, Milano, 1976, 95 ss., in particolare p.245 «Una buona parte dei problemi relativi agli ordinamenti provinciali di cui i *prudentes* non sembrano darsi carico, trovava sbocco – al livello delle strutture centrali del potere – nella cancelleria imperiale che, con *epistulae* e *rescripta*, provvedeva a risolvere le questioni che, in misura sempre maggiore, provenivano dalle province». Dello stesso Autore, vd. anche *Il diritto nelle epoche postclassiche*, in *Collatio iuris Romani. Études dédiées à Ankum 65^e ann.*, Amsterdam, 1995, 533 ss., in particolare 540-541.

⁴² A riguardo D. NÖRR, *Zur Reskriptenpraxis* cit., 37 ss. coglie i diversi aspetti del problema della «Generalisierung» e riconosce come nell'uso di *lex* nelle fonti in relazione alle costituzioni imperiali sia forse da scorgere una certa «Intensivierung der Normativität» (p.41). Sulla precisazione dell'origine «ideologica» dei requisiti della «generalità» e della «astrattezza» della norma in collegamento al principio di eguaglianza, vd. N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, 230 ss.

⁴³ È noto che la giurisprudenza classica, per la determinazione del prezzo nella compravendita, ritenne conforme alla buona fede che «*naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere...*» (Paul. l.34 ad ed. D. 19, 2, 22, 3; più sintetico e in termini di «*naturaliter licere contrahentibus se circumvenire*» Pomponio citato da Ulpiano in l.11 ad ed. D.4, 4, 16, 4). Queste affermazioni di

differenziazione nelle posizioni – più personali che di linee di politica imperiale – tra il *magister libellorum* del 285 d.C. ed Ermogeniano che lo è nel 293 d.C.,⁴⁴ viene soprattutto a riflettere un problema nuovo che la pubblicazione del *Codex Gregorianus* aveva indotto nella prassi processuale. La fermezza con la quale vengono ribaditi i principi classici in materia ed anche la delimitazione alla sola *emptio venditio* di *praedia* della innovazione del rescritto del 285 d.C. (Herm. 2 *iuris epit.* D. 19, 2, 33),⁴⁵ dimostrano semmai la volontà di Ermogeniano di circoscrivere la generalizzazione dell'*exemplum* rispetto ad altri contratti, ma non quella di negare forza normativa anche solo come precedente per casi simili a quello del rescritto diretto ad Aurelio Lupo.

4.1 *rescritti raccolti nel Codex Gregorianus e loro possibile qualifica come leges in Ermogeniano?* – A questo riguardo il problema potrebbe assumere una luce nuova anche grazie ad un altro rescritto promulgato in quell'anno. Si tratta di:

C. 4, 44, 7 Idem AA. et CC. *Mucatraulo <et aliis> milit<ibus>*⁴⁶

Ratas manere semper perfectas iure venditiones vestra etiam interest. Nam si oblato pretio rescindere venditione facile permittatur, eveniet, ut et si quid vos laboribus vestris a fisco nostro vel a privato

principio che, in base al passo di Paolo, possono estendersi anche alla locazione conduzione (...*ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est*), non sembra debbano intendersi in modo generico, ma circostanziato: nei limiti, cioè, in cui non siano dimostrabili violenza, *metus*, dolo: entro questi limiti, la proporzionalità tra le prestazioni corrispettive voluta dalle parti si considera vincolante e non suscettibile di revisione, né possibile sintomo di una patologia dell'accordo raggiunto. Sulla risalenza di una tale lettura circostanziata delle fonti romane vd. M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale* cit., I, 63. Così, nella moderna romanistica, vd. ad es. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita* cit. in *diritto romano*, I, Napoli, 1978², 143–144; con ampia dimostrazione ed approfondimento A. WACKE, *Circumscribere, gerechter Preis und die Arten der List*, in ZSS.XCIV, 1977, RA., 184 ss.; vd. ora M. TALAMANCA, *Vendita* cit., 368. È un principio coerente ad una concezione del contratto come accordo tra pari, espressione di una società (formalmente) di eguali, nella quale si presume appunto, salvo elementi esterni che possano porre in discussione tale eguaglianza (minore età) o la correttezza dell'accordo raggiunto (*dolus, metus, error* rilevante), che la proporzione tra le prestazioni corrispettive fissata nell'accordo sia quella voluta dalle parti e quindi quella che la buona fede deve tutelare poi nella dinamica del rapporto.

⁴⁴ Accentua ora la possibilità di cogliere con una certa approssimazione le differenti concezioni di fondo di Gregorio ed Ermogeniano T. HONORÉ, *Emperors and Lawyers*² cit., 184.

⁴⁵ La diversa opzione è significativa: *et ideo praetextu minoris pensionis, locatione facta, si nullus dolus adversarii probari possit, rescindi locatio non potest.*

⁴⁶ Così Haloander in base al *vestra, vos e vobis* del rescritto, sebbene l'ipotesi non sia accettata da P. KRÜGER, *Die Überlieferung der Adressaten in Haloanders Ausgabe des Codex Justinianus*, in ZSS.XIII, 1892, 287 ss. in particolare 290. L'ipotesi di Haloander è seguita da M. TALAMANCA, *Contributi allo studio delle vendite all'asta* cit., 234.

comparaveritis, eadem lege conveniamini, quam vobis tribui postulatis.
[a.293]

Il rescritto ha un certo tono didascalico, quasi a farne un caso esemplare per precisare la linea imperiale sul punto. La stabilità nel tempo del vincolo assunto con l'accordo è fissata come principio.⁴⁷ La motivazione viene ad indicare come universale l'interesse alla stabilità richiamata, in quanto ciascuno può rivestire la parte di compratore e quindi sarebbe interesse anche dei militari autori del *libellus* diretto ad *rescindendam venditionem* la conservazione del principio che *ratas manere semper perfectas iure venditiones*.

L'offerta di restituire il prezzo ricevuto dalla vendita, d'altronde, è solo una delle condizioni poste per invalidare vendite deprezzate di fondi all'incanto per ragioni fiscali ed anche vendite *inter privatos*, una volta però accertata la presenza delle altre cause tipizzate per la suddetta «invalidazione». In questo caso il tenore del rescritto nulla dice sulle cause in base alle quali Mucatraulo e gli altri militari ricorrenti avessero chiesto la rescissione della vendita, sebbene l'enunciazione del principio generale per la validità delle vendite (*perfectae iure venditiones*) potrebbe indurre a pensare che i ricorrenti avanzassero dubbi a riguardo, dubbi che la *subscriptio* ritiene però irrilevanti, ascrivendo la vendita concretamente conclusa nelle *venditiones iure perfectae*.⁴⁸ L'unico punto sicuro è, comunque, che il richiedente aveva chiesto l'invalidazione della vendita avendo offerto al compratore la restituzione del prezzo.

Ciò che in questa sede preme maggiormente evidenziare è l'uso di *lex* che viene fatto nella *subscriptio* di Ermogeniano (*eadem lege conveniamini quam vobis tribui postulatis*).

Dubbio è se i soldati stessi abbiano sostenuto la loro *postulatio* qualificando in termini di *lex* una costituzione imperiale, di cui chiedono l'applicazione al loro caso⁴⁹ oppure se sia stato il giurista che redige il rescritto imperiale a voler enfatizzare la tensione verso la «generalizzazione» dei *rescripta* imperiali.

⁴⁷ Cfr. M. TALAMANCA, *Contributi allo studio delle vendite all'asta* cit., 234–235; A. WACKE, *Circumscribere* cit., 200 e n.62; M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale* cit., 590 n.383 (continua da p.588).

⁴⁸ M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale* cit., 590 n.383 (continua da p.588) coglie la diversità di accenti tra prima e seconda proposizione.

⁴⁹ Si fosse trattato di una *venditio* conclusa per *vis*, si sarebbe, invece, potuto pensare alla *lex Iulia de vi* come in D.48, 6, 5 pr. i. f. «*quive per vim sibi aliquem obligaverit, nam eam obligationem lex rescindit*», ma il rescritto non avvalorava una tale ipotesi. In caso di *venditio ob tributorum cessationem a fisco facta* subita dai militari potrebbe ad es. pensarsi più che all'*edictum Divi Marci* ricordato in C. 2, 36, 3 pr., al rescritto di Gordiano in C. 10, 1, 3 o al rescritto dei *Divi fratres* in D.49, 14, 3, 5. Su questi passi vd. gli autori citati *supra* n.15. In caso di *emptio inter privatos*, forse in rapporto ad una *restitutio in integrum* del maggiore d'età, il rescritto sarebbe coerente alla regola classica ribadita nel rescritto di Gordiano in C. 8, 23, 1, 2.

Il dato va coordinato con altro rescritto diocleziano del febbraio del 293 diretto a *Titia et Marciana*, in base al quale sempre Ermogeniano, nel ribadire la vincolatività del *contractus venditionis et emptionis iure perfectus* (C. 4, 44, 3),⁵⁰ la fonda sul principio di *bona fides* (*alterutro invito nullo recedi tempore bona fides patitur*), accentuando l'inderogabilità di detta regola anche da parte dei rescritti imperiali (*nec ex rescripto nostro*) valutati in astratto, come fonte del diritto e non come concreto rescritto a cui le richiedenti abbiano fatto riferimento nel *libellus*.⁵¹

Non colgo tra i due rescritti contraddizione, ma sfumature di accenti: in C. 4, 44, 3 viene accentuata l'inderogabilità del principio classico fondato sulla *bona fides* in rapporto espressamente al potere dell'imperatore di creare diritto attraverso i *rescripta*. In C. 4, 44, 7, invece, si enfatizza la potenziale «generalizzazione» di un precedente rescritto imperiale, di cui i *militēs* chiedono l'applicazione in termini di *exemplum*, anche al caso da loro sottoposto all'imperatore. La cancelleria imperiale, enfatizzando il potenziale valore di *lex* del rescritto-*exemplum* richiamato nel *libellus* dei militari, accentua del momento normativo del rescritto stesso quello della sua possibile generalizzazione applicativa ai casi simili, enfaticizzazione che doveva sembrare più consona a giustificare il rigetto della *petitio* dei militari.

Riemergerebbe, allora, una significativa terminologia qualificante un rescritto imperiale in termini di *lex*, rescritto richiamato in un *libellus* del 293 d.C. e di cui si chiede l'applicazione anche al caso dei richiedenti. Particolarmente significativa, anche perché, vuoi la si consideri già terminologia del *libellus* confermata poi da Ermogeniano nel rescritto, vuoi la si consideri introdotta soltanto dal giurista nel rescritto per enfatizzarne la «generalizzazione» del momento normativo, quest'ultimo conosceva sicuramente la posizione di Ulpiano in materia (D.1,4,1:... *quodcumque igitur imperator per epistulam et subscriptionem statuit vel cognoscens decrevit, vel de plano interlocutus est vel edicto praecepit, legem esse constat*),⁵² descrivendo con maggiore concretezza il senso delle conseguenze che forse

⁵⁰ Il testo del rescritto tramandato nel *Codex Iustinianus* è il seguente: *De contractu venditionis et emptionis iure perfecto alterutro invito nullo recedi tempore bona fides patitur, nec ex rescripto nostro. Quo iure fiscum nostrum uti saepe constitutum est. D. VIII id. Febr. AA. cons. [a.293].*

⁵¹ Non è casuale che T. HONORÉ, *Emperors and Lawyers*² cit., 176, ne faccia il rescritto emblematico per indicare la personalità scientifica di Ermogeniano («Three cardinal principles in as many lines»).

⁵² Mi sembra peraltro che mentre il discorso ulpiano si fondi su una considerazione delle costituzioni imperiali come fonti di produzione del diritto incentrata sulla verifica e tenuta a riguardo del principio repubblicano di conferimento dell'*imperium* dal *populus Romanus* (vd., pur entro una ricostruzione che tende a valorizzare la tesi dell'*auctoritas principis* come vero fondamento della produzione del diritto dell'imperatore, quanto riconosce V. MAROTTA, *Ulpiano e l'impero* cit., I, 68 ss. in rapporto alla concezione dei giuristi 70), quello che echeggia in C.4, 44, 7 accentua della *lex* il momento della «generalità».

Ermogeniano riconosceva alla prima «codificazione» dei *rescripta*, sul piano del loro valore di fonte del diritto, da parte, cioè di quel giurista che di lì a poco (295 d.C.) avrebbe completato l'opera del *Codex Gregorianus* coi rescritti dioclezianeî degli anni successivi, dimostrando in sostanza di condividere le finalità del primo codice del 291-292 d.C.

5. *La interpretatio autentica del 1 dicembre del 293 della innovazione del 285.* Dopo otto anni dal rescritto diretto ad Aurelio Lupo e due anni dopo la sua inclusione nel *Codex Gregorianus*, Ermogeniano decide di fissare le coordinate dogmatiche del problema, prendendo spunto da un rescritto di Diocleziano in risposta ad un *libellus* dove si lamentava appunto la vendita di un fondo ad un *paulum minus pretium*.

C.4, 44, 8 Idem AA. et CC. Aureliae Euodiae

Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venundedit, dolus ex calliditate atque insidiis emptoris argui debet vel metus mortui vel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata venditio. hoc enim solum, quod paulo minori pretio fundum venundatum significas, ad rescindendam emptionem invalidum est. quod videlicet si contractus emptionis atque venditionis cogitasses substantiam et quod emptor viliori comparandi, venditor cariori distrahendi votum gerentes ad hunc contractum accedant vixque post multas contentiones, paulatim venditore de eo quod petierat detrahente, emptore autem huic quod obtulerat addente, ad certum consentiant pretium, profecto prospiceres neque bonam fidem, quae emptionis atque venditionis conventionem tuetur, pati neque ulla rationem concedere rescindi propter hoc consensu finitum contractum vel statim vel post pretii disceptationem: nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum est, electione iam emptori praestita servanda. D. k. Dec. AA. cons. [a.293].

Nel rescritto ad Aurelia Euodia del 1 dicembre del 293 d.C., la cancelleria diocleziana dimostra solo in parte una simmetria col rescritto del 285, venendo a fare ulteriori precisazioni. Sembra che il *libellus* inviato a Diocleziano sia l'occasione che Ermogeniano utilizza per una definitiva messa a punto delle cause rilevanti per la rescissione della vendita *inter privatos* in caso di *minus pretium*.

Le condizioni *ne habeatur rata venditio* vengono nuovamente ribadite, coerentemente al *ius vetus*, in un accordo viziato da *dolus, vis e metus*. La ricorrente aveva, invece, lamentato una vendita di un suo immobile, probabilmente conclusa dal figlio, soltanto deprezzata (*paulo minori pretio*

fundum venumdatum),⁵³ ragione questa ritenuta con evidenza insufficiente (*invalidum est*) a giustificare lo scioglimento della vendita.

Il lungo *excursus* interpretativo della cancelleria chiarisce il significato della soluzione negativa ed illumina anche il rescritto del 285.

L'accordo sulla proporzionalità tra valore del bene venduto e prezzo, anche frutto di lunghe trattative tra le parti,⁵⁴ è un punto di incontro che media tra le richieste confliggenti dei contraenti (di vendere a più e comprare a meno). L'equilibrio che l'accordo scolpisce e che cristallizza definitivamente la *substantia contractus*⁵⁵ è un valore tutelato dalla *bona fides* che sorregge il contratto consensuale, non sopportando uno scioglimento del vincolo sorto dall'accordo in ragione di un *paulo minori pretio fundum venum datum* (*neque bonam fidem, quae emptionis atque venditionis conventionem tuetur, pati*).

Né, secondo Ermogeniano, vi sarebbe alcuna altra *ratio* (*neque ulla rationem concedere*) che potrebbe giustificare a queste condizioni un *rescindere* della vendita. Echeggia qui, circoscrivendone la forza incidente sui principi consolidati, l'*humanum est* del rescritto del 285.

Le cose cambiano, per la cancelleria imperiale, soltanto ed esclusivamente se il punto di equilibrio raggiunto dalle parti dimostri una sperequazione di valore evidente, inferiore alla metà del *iustum pretium*, che, coerentemente al rescritto del 285, precisa il *pretium verum* nel valore del fondo secondo la *aestimatio* del giudice investito della controversia,⁵⁶ stima che deve farsi risalire al valore del fondo al tempo di conclusione della vendita da invalidare (*nisi*

⁵³ L'ipotesi critica che espunge il [*paulo*] a *minori pretio* in base ad una coerenza dell'intervento giustiniano in relazione a C. 4, 44, 15 e C.Th. 3, 1, 4 (O. GRADENWITZ, *Interpolazioni e interpretazioni* cit., 14-15; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita* cit., I, 145-146; di recente A. J. B. SIRKS, *La laesio enormis* cit., 297-298; M. TALAMANCA, *Vendita* cit., 370 e n. 688) non mi sembra giustificata, in quanto l'aggiunta del *paulo* a *vilioris pretii nomine* nella costituzione di Graziano, Valentiniano e Teodosio del 383 d.C. è resa necessaria ai giustiniani che redigono il titolo *De rescindenda venditione* del *Codex repetitae praelectionis* per renderla coerente alle *leges* diocleziane inserite nello stesso titolo (ma assenti nel *Codex Theodosianus*) che fissavano esplicitamente il *minus pretium* nel valore inferiore alla *dimidia pars verii/iusti pretii*; sul punto vd. *infra* § 6.

⁵⁴ Accentua il «realismo» della descrizione fatta nel rescritto A. WACKE, *Circumscribere* cit., 199 n.58. Secondo M. TALAMANCA, *Vendita* cit., 370.n.685 si sente quasi l'eco delle estenuanti trattative dei mercati orientali.

⁵⁵ Il rescritto riflette qui una terminologia significativa, che va forse posta in relazione ad un insegnamento papiniano; vd. Pap. *10 quaest.* D.18, 1, 72 pr. (...*emptionis substantia consistit ex pretio*). Sul passo in relazione all'importanza di esso nella tradizione romanistica in rapporto alla nascita dei *substantialia* vd. R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*. *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999, 315 ss.

⁵⁶ Per il superamento dei dubbi sulla genuinità di *iustum pretium* e per il significato qui riconosciutogli vd. *supra* n.14.

minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum est), specificazione questa sul *tempus venditionis* assente nel rescritto del 285.⁵⁷

In sostanza Ermogeniano, prendendo spunto dal rescritto al *libellus* di Aurelia Euodia, opera una *interpretatio* del rescritto del 285 tesa a ricondurre l'innovazione entro la sfera di coerenza dei principi esistenti del diritto privato, in particolare svalutando il momento 'equitativo' evocato dall'*humanum est* e armonizzando il criterio quantitativo eteronomo dell'*ultra dimidium* nel sistema del *naturaliter invicem circumscribere* coerente nella concezione classica alla *bona fides*.⁵⁸

Solo a queste condizioni, conformemente a quanto stabilito otto anni prima, il venditore potrà rescindere la compravendita attraverso un'*actio rescissoria* contro il compratore, azione che include, modellandoli, i meccanismi propri della *restitutio in integrum* pretoria alla *cognitio* del *iudex pedaneus*, il quale ordinerà una corrispettiva *restitutio* del *pretium* al venditore e della *res vendita* al compratore.⁵⁹ Quest'ultimo, peraltro, potrà scegliere di evitare la rescissione offrendo un adeguamento del prezzo fino alla concorrenza del valore stabilito dal giudice nella sua *aestimatio* del *verum pretium*.

Anche in rapporto alla *electio emptoris*, il collegamento con il rescritto del 285 è indubbio (C.4,44,2: ...*vel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies*; C.4,44,8: *electione iam emptori praestita servanda*) e comprensibile soltanto entro un panorama che conosce la «generalizzazione» di quel rescritto nel *Gregorianus*.⁶⁰

Ermogeniano sembra intessere un discorso di rimandi e collegamenti col rescritto del 285 incluso nella *Codex* del 291-292 che avvalora una sua considerazione da parte del giurista in termini di *lex*, presupponendone anche una adeguata circolazione nei fori provinciali.

Il rescritto del 285, quindi, vincolante per il caso di Aurelio Lupo, sembra aver acquisito un valore più ampio di *exemplum* attraverso la sua inclusione nel

⁵⁷ Gli argomenti della critica si concentrano in particolare su quest'ultima frase, che sarebbe sicuramente insitica dato il rinvio alla *electio iam emptori praestita* stabilita nel rescritto del 285; vd. autori citati *supra* n. 11; ritengo, invece, che esso possa spiegarsi entro la contestualizzazione storica del rescritto del 293 dopo il *codex Gregorianus*. Riguardo ai dubbi connessi al brusco cambiamento della logica del rescritto da cogliersi nella giustapposizione dell'ultima frase alla digressione precedente, anche recentemente sottolineato (vd. ad es. M. TALAMANCA, *Vendita* cit., 369 n.681), ritengo possa considerarsi quanto già *supra* detto sui problemi di tradizione testuale delle costituzioni imperiali a noi pervenute (vd. n.2 ed in connessione alla frase finale di C. 4, 44, 2 *supra* n.11).

⁵⁸ È quanto accadrà, esemplarmente, nella tradizione romanistica in G. NOODT, *Opera omnia*, IV, Neapoli, 1786, 102 ss., in particolare 102-103.

⁵⁹ Sui profili tecnici che nasconde l'uso del più sfumato *rescindere* in rapporto alla *restitutio in integrum* e all'*actio rescissoria* vd. *infra* § 7.

⁶⁰ Vd. *supra* n. 57.

codice Gregoriano, determinando dapprima uno sforzo della cancelleria imperiale di circoscriverne tendenze interpretative generalizzanti e tendenziose provenienti dalla prassi (vd. *supra* C. 4, 44, 4 e C. 4, 44, 6) e poi una sua messa a punto in rapporto alle altre cause di rescissione della vendita come conseguenza di questa generalizzazione, *interpretatio* autoritativa realizzata da Ermogeniano nel rescritto diocleziano del 293 prendendo spunto dal *libellus* di Aurelia Euodia, esso stesso poi confluito nel *Codex Hermogenianus* del 295.

Tra 285 e 295 si viene a porre e a perfezionare una nuova causa di invalidazione delle compravendite di terreni a favore del venditore, che fissa un criterio quantitativo eteronomo sottratto al libero convincimento del giudicante. È un cambiamento di rotta dei normali meccanismi-guida del diritto privato che la giurisprudenza classica aveva affinato nel processo formulare.⁶¹ Direi che è *rescriptum* che si fa *lex* grazie ad un processo di «generalizzazione» ed «astrazione» del valore normativo originariamente circoscritto del provvedimento imperiale, in base alla sua inclusione in un *codex* – opera non ufficiale realizzata da un giurista dell'ufficio *a libellis* – destinato alla prassi forense, entro un contesto di forti tendenze centrifughe, che il *princeps* tenta di controllare attraverso le costituzioni imperiali e i giuristi dell'apparato imperiale provano a razionalizzare attraverso uno sforzo ordinante.⁶² L'accentuazione, quindi, di un provvedimento che nasce come parere vincolante per il caso concreto e che si veste di modello autoritativo eteronomo incidente sul momento giudiziale, se è antitetico alla più duttile guida espressa dai *responsa* del *ius controversum* dei giureconsulti dei secoli precedenti sulla statuizione giudiziale, si atteggia in modo perfettamente coerente alle nuove caratteristiche della produzione imperiale del diritto.

6. *Da Costantino a Giustiniano* – La *lex* diocleziana non trova una linea di continuità nel diritto degli imperatori successivi. Già nel 319 d.C., Costantino, in una costituzione diretta al *praefectus annonae*, ribadisce la vincolatività della *fides venditionis atque emptiois*, non suscettibile di essere lesa *nulla circumscriptio <e aut> violentia facta*. In particolare non può essere turbato il contratto celebrato *sine ulla culpa*, avanzando *sola pretii vilioris querella* (CTh. 3, 1, 1 = *Brev.* 3, 1, 1⁶³). Considerando una tale *lex* delimitata ai negozi

⁶¹ Vd. quanto già notava R. ZIMMERMANN, *Richterliches Moderationsrecht* cit., 138 in rapporto alla incidenza del criterio della *dimidia pars* sulla «Kunst des Richters», e pesando il modello classico in rapporto al diritto civile tedesco attuale (186 ss.). Qualcosa anche nel mio *La «buona fede» come principio di diritto dei contratti: diritto romano e America Latina*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti Convegno in onore A. Burdese*, a cura di L. GAROFALO, I, 322 ss. [= *Roma e America. Diritto romano comune*, 13, 2002, 152 ss.]

⁶² Vd. a riguardo G. PUGLIESE, *Spunti e precedenti romani delle moderne codificazioni*, in *Index* 14, 1986, 25; S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, 1999², 12.

⁶³ IMP. CONSTANT(INUS) A. AD PROFUTURUM P(RAE)F(ECTUM) ANNONAE. *Venditionis atque emptiois fidem nulla circumscriptio <e aut> [Gothofr.] violentia facta rumpi minime decet. Nec*

connessi all'approvvigionamento della capitale sui quali appunto è esercitata la *iurisdictio* del destinatario,⁶⁴ essa è da leggere coerentemente a quella tendenza già emersa nell'ufficio *a libellis* diocleziano dal 293 di rigettare interpretazioni estensive del rescritto del 285 d. C., in questo caso evitandone la generalizzazione verso *venditiones* di *res mobili*.

Ad un secolo quasi dal rescritto diretto ad Aurelio Lupo, sembra al contrario emergere una vera e propria linea imperiale contraria all'invalidazione di vendite di *praedia* per *minus pretium*. Gli imperatori Graziano, Valentiniano e Teodosio nel 383 d.C. (C.Th. 3, 1, 4 = Brev. 3, 1, 4)⁶⁵ sanciscono espressamente il principio per il maggiore di età della impossibilità di una *repetitio in reliquum*⁶⁶ in rapporto ad una vendita *pretii nomine vilioris* ed inviano la direttiva al *praefectus praetorio* della diocesi Italia, perché eserciti la sua *iurisdictio vice sacra* in questo senso.

Il principio viene poi ribadito dagli stessi imperatori nel 396 d.C. con un provvedimento diretto a Remigio, *praefectus Augustalis*, accentuando la stabilità dell'*empti contractus vel venditi* concluso *inter personas legitimas* e l'irrelevanza al fine di una sua eventuale «invalidazione» di una *minor adnumerata pretii quantitas*.

È una linea che trova accoglimento in Teodosio II, il quale, coerente ad una volontà da tempo emersa di ridimensionamento del valore dei *rescripta* rispetto al *ius* (così *Constantinus ad populum* in C.Th. 1, 2, 2 [= Brev. 1, 2, 1]⁶⁷) e ad una politica imperiale che tenda a riacquistare il pieno controllo della produzione del diritto e delle riforme ad esso esclusivamente attraverso *leges generales*,⁶⁸ include nel suo *codex* del 438 d.C. le *leges* sopra menzionate che ridimensionano la «generalizzazione» che i rescritti diocleziani in materia

enim sola pretii vilioris querella contractus sine ulla culpa celebratus litigiosos strepitum turbandus est. P(RO)P(OSITA) ID. AUG. CONSTANTINO A. V ET LICINIO C. CONSS.

⁶⁴ Così già E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Zur Lehre von der laesio enormis* cit., 59. In realtà la critica che spesso fa leva su queste *leges* del C.Th. per affermare l'inesistenza prima di Giustiniano della «invalidazione» della vendita di fondi per *pretium minus* non mi sembra cogliere nel segno, perché esse indeboliscono semmai un approccio alla legislazione postclassica fondato su una «kontinuierliche Geltung des Rechtsmittels»; puntuale K. HACKL, *Zu den Wurzeln der Anfechtung wegen laesio enormis* cit., 156.

⁶⁵ IMPP. GRAT(IANUS), VALENTIN(IANUS) ET THEOD(OSIUS) AAA. AD HYPATIUM P(RAE)FECTUM P(RAETORI)O. *Quisquis maior aetate atque administrandis familiarum suarum curis idoneus conprobatus praedia etiam procul posita distraxerit, etiamsi praedii forte totius quolibet casu minime facta distractio est, repetitionis in reliquum pretii nomine vilioris copiam consequatur...*

⁶⁶ La terminologia usata sembrerebbe riferirsi esclusivamente alla possibilità di ottenere la differenza del prezzo.

⁶⁷ IDEM A. AD POPULUM. *Contra ius rescribia non valeant, quocumque modo fuerint inpetrata. Quod enim publica iura prescribunt, magis sequi iudices debent.* P(RO)P(OSITA) IIII KAL. SEPTEMB. ROMAE CONSTANTINO A. IIII ET LICINIO IIII CONSS.

⁶⁸ Vd. G. G. ARCHI, *Teodosio II e la sua codificazione*, Napoli, 1976, 76 ss., in particolare sui *rescripta contra ius*, 83 ss.; M. BIANCHINI, *Caso concreto e «lex generalis»*, Milano, 1979, 112.

avevano avuto attraverso la loro inclusione nei *codices Gregorianus et Hermogenianus*.

La linea sembra segnata anche per le *leges Barbarorum*, in particolare in una *lex* raccolta nel *Codex Euricianus* 294 (476 d.C.), nella quale il principio della *firmitas venditionis* viene ribadita in rapporto a vendite *vili pretio*.⁶⁹

Anche le *interpretationes* tramandate nel *Breviarium Alaricianum* (506 d.C.) in rapporto alle costituzioni di Costantino⁷⁰ e di Graziano, Valentiniano e Teodosio⁷¹ confermano l'impressione che il recupero giustiniano dei rescritti di Diocleziano segni un momento di svolta e di contrapposizione con una tendenza abbastanza netta in senso contrario distinguibile dalla fine del IV sec. d. C.

Giustiniano, quindi, intenzionalmente, riconferma nel suo *codex* come *leges* i due *rescripta* ereditati dai codici *Gregorianus* e *Hermogenianus*, non codificando invece la costituzione di Costantino in C.Th.3, 1, 1 (*Brev.* 3, 1, 1), né la seconda costituzione di Graziano, Valentiniano e Teodosio del 396 d.C. (C.Th.3, 1, 7 = *Brev.* 3, 1, 7) e includendo nel titolo *De rescindenda venditione* (C. 4, 44, 15) soltanto la prima costituzione di quest'ultimi imperatori, quella diretta ad *Hypatius* prefetto al pretorio del 383 d.C. (C.Th. 4, 1, 4), intervenendo su di essa con due tagli di proposizioni che ne snelliscono il periodare e con l'integrazione del *paulo* prima del *vilioris pretii nomine* al fine di armonizzarla con i due rescritti diocleziane inseriti nelle *leges* 2 e 8 dello stesso titolo.

In ogni caso, il sistema complessivo della compilazione giustiniana non disegna sul punto un quadro coerente, in particolare nel rapporto tra *Codex* e *Digesta*, così che se da un lato il coordinamento richiesto per la *repetita praelectio* del codice alla *digestorum via dilucida et aperta* (Cordi 3) non sembra aver alterato il disegno del titolo *De rescindenda venditione* [C.4, 44]

⁶⁹ *Venditionis haec forma serve(tur, ut) <seu res> [seu m]incipia seu quodlibet animalium ge[nus v]enditur, nemo proterea firmitatem [vendi]tionis inrumpat, quod dicat, rem vili [prae]tio vendidisse. Vd., superando la lettura dominante unilateralmente orientata a considerare questa testimonianza come un'ulteriore prova della introduzione giustiniana della rescissione per *minus pretium*; TH. MAYER-MALY, *Pactum, Tausch und laesio enormis* cit., 226–227; H. SIEMS, *Handel und Wucher im Spiegel frühmittelalterlicher Rechtsquellen*, Hannover, 1992, 764 ss., in particolare 769–770.*

⁷⁰ *Interpretatio [ad C.3, 1, 1]. Cum inter eminentem atque vendentem fuerit res definito pretio comparata, quamvis plus valeat quam ad praesens venditur, hoc tantummodo requirendum est, si nihil fraudis vel violentiae egit ille, qui comparasse probatur et si voluerit revocare qui vendidit, nullatenus permittatur.*

⁷¹ *Interpretatio [ad C.3, 1, 4]. Quaecumque persona iam perfecta aetate domum suam regere potest, si villam, domum vel quodlibet aliud habita pretii definitione vendiderit et forsitan postea opponere velit, quod minus pretii acceperit, quam res valebat, quia forte agrum, quem vendidit, longe positus ignorasse se dicat, non ideo venditio poterit revocari, quia aetas perfecta potuit scire quid venderet aut quo pretio res vendenda valere potuisset. Interpretatio [ad C. 3, 1, 7]. Cum inter duas quascumque personas de pretio cuiuscumque rei convenerit, quamvis vilis quam valebat res fuerit comparata, nullatenus revocetur.*

già definito nel *novus Codex*, d'altro lato l'«invalidazione» delle *venditiones* di immobili per un *pretium minus* (cioè minore della *dimidia pars veri pretii*) non assurge in esso a principio generale.⁷²

7. «Invalidazione restitutoria» e rescindere – Importante, dal punto di vista dell'invalidazione della vendita per *olutio* della *dimidia pars veri pretii*, il meccanismo richiamato nel rescritto del 285 (C. 4, 44, 2).

In particolare, in esso non si segue la via del «risarcimento», più consona al ruolo classico dell'*actio venditi*, ma la via «restitutoria». In sostanza, Aurelio Lupo avrebbe avuto l'onere di «restituire» ai compratori il prezzo ricevuto, al fine di riavere *auctoritate intercedente iudicis* il fondo venduto.⁷³ Il meccanismo «restitutorio» poteva essere evitato dal compratore integrando al venditore quanto mancasse al *iustum pretium*.

Un punto di solito non adeguatamente approfondito in dottrina è quello della natura di tale «invalidazione restitutoria», rispetto alle forme che, in qualche modo presenti alla cancelleria imperiale diocleziana, potevano considerarsi adeguate allo scopo: mi riferisco in particolare alla *restitutio in integrum* pretoria e al *restituere* giudiziale.⁷⁴ Il problema, sul piano dell'efficacia della «restituzione», è semplificato dalla acquisita ampiezza già in età classica della restituzione giudiziale nell'azione redibitoria, raggiungendo risultati

⁷² Costatazione che crea qualche perplessità sulla «effettiva portata dell'innovazione stessa» negli studiosi che propendono per una origine giustiniana dell'istituto; vd. ad es. di recente M. TALAMANCA, *Vendita* cit., 370.

⁷³ Questo in risposta alla notazione del BRABLOFF, *Zur Lehre von der laesio enormis* cit., 270, che coglieva una asimmetria nella previsione di una *auctoritas intercedens* del *iudex* solo per la restituzione del fondo da parte del compratore e non del prezzo da parte del venditore. In realtà, il *pretium te restituente* è per Tu un onere e non un obbligo, svolto il quale nasce per il compratore l'obbligo della restituzione, *auctoritate intercedente iudicis*, del fondo. Qualcosa di simile, ma a parti ribaltate, a quanto la dottrina ha evidenziato rispetto alle «restituzioni» in materia di *actio redhibitoria*; vd. ad es. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita* cit., II, 370; L. GAROFALO, *Studi sull'azione redibitoria*, Padova, 2000, 47.

⁷⁴ A riguardo, è da tenere presente la critica alla tradizionale ricostruzione della *restitutio in integrum* pretoria (quella ad es. di O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, Leipzig, 1927³ [rist. Aalen, 1985], 109-130; 435-443; E. LEVY, *Zur nachklassischen in integrum restitutio* cit., 360 ss., che peraltro aveva la necessità di ipotizzare numerosi interventi giustiniani su testi della giurisprudenza classica), che include nella procedura «restitutoria» della reintegrazione del pretore azioni *in personam* arbitrarie, fissando un legame tra *restitutio in integrum* pretoria e clausola formulare sul *restituere* giudiziale; B. KUPISCH, *In integrum restitutio und vindicatio utilis* cit., *passim*. La innovativa lettura, che sottoposta ad una approfondita valutazione sembra conservare in parte la sua validità (M. KASER, *Zur in integrum restitutio* cit., 101 ss.), in rapporto al rescritto di Diocleziano ora in C. 4, 44, 2 permette di considerare in chiave diversa la trasformazione della *restitutio in integrum* nella *cognitio extra ordinem* classica, non più tanto il venire meno, con la cessazione della bipartizione strutturale del processo, di una suddivisione tra *restitutio* pretoria e *restituere* giudiziale, quanto la contaminazione delle funzioni dei diversi organi a ciò preposti in età classica (vd. così anche M. KASER, *op. ult. cit.*, 103-104).

assimilabili al provvedimento magistratuale di reintegrazione (Ulp. *l ad ed. aed. cur.* D. 21, 1, 23 7).⁷⁵

La scelta tecnica operata dalla cancelleria imperiale, a mio avviso, prevede un *iudicium rescissorium* che prende forma entro una lite regolata in termini di *cognitio extra ordinem* classica, nel quale il giudice-funziionario può, attraverso la sua *auctoritas*,⁷⁶ imporre al compratore una «restituzione» *in re ipsa* del fondo venduto. Il *rescindens*, se si vuole conservare per comodità espositiva una bipartizione propria della rilettura medievale della *restitutio in integrum* pretoria, è fondato, invece, nel *rescriptum* imperiale stesso, che concretizza in questo caso una linea di continuità – rispetto ai meccanismi classici del processo formulare – con la *cognitio* del pretore per la *restitutio in integrum*⁷⁷ e integra le *causae* edittali di concessione della stessa. Il *princeps*, cioè, risolve in tal senso, fissando un criterio autoritativo di natura quantitativa, una nuova *causa rescindens* che non trovava fondamento nell'editto del pretore codificato, se non forse ricorrendo ad una *interpretatio* ampia della *clausula generalis* di D. 4, 6, 1, 1.⁷⁸

Dal punto di vista del *rescissorium*, credo si possa dubitare del ricorso all'*actio empti* in funzione «invalidante» il contratto stesso, come affermano, sebbene non perentoriamente, gli stessi *Imp. Diocl. et Maxim.* in C. 4, 49, 6 (*Venditi actio, si non ab initio aliud convenit, non facile ad rescindendam perfectam venditionem, sed ad pretium exigendum competit*). Ritengo che si debba, invece, accordare alla terminologia generica – più attenta a descrivere il meccanismo «restitutorio» che il giudice deve seguire, che tesa a coglierne concettualmente il significato rispetto al contratto concluso⁷⁹ – il senso di una

⁷⁵ *Julianus ait iudicium redhibitoriae actionis utrumque, id est venditorem et emptorem, quodammodo in integrum restituere debere*

⁷⁶ Giusto accentuare la incongruenza di un'*auctoritas iudicis* col processo formulare, nel quale si parla, al contrario, di *arbitrium* e di *officium* del giudice, sebbene le conseguenze che si possono trarre da tale notazione non necessitano soluzioni di critica del testo; così, invece, R. DEKKERS, *La lésion énorme* cit., 25.

⁷⁷ Sul rischio insito nell'accentuazione di una netta cesura storica in materia di *restitutio in integrum* tra *ordo iudiciorum privatorum* e *cognitio extra ordinem*, vd. R. ORESTANO, *Plus petitio e in integrum restitutio* cit., 240–242; con ampi approfondimenti L. RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem* cit., 117 ss.; 157 ss. e le considerazioni finali 381 ss.; G. CERVENCA, *Studi vari sulla restitutio in integrum* cit., 61 ss.; N. PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali* cit., 177 ss.

⁷⁸ Sulla sostituzione di fatto del *princeps* al *praetor* nella determinazione delle *aliae iustae causae* di *in integrum restitutio* in base alla *clausula generalis* di D. 4, 6, 1, 1 pone l'accento, riguardo a D.43, 19, 1, 9, G. CERVENCA, *Osservazioni sui rapporti fra il praetor e la cancelleria imperiale in tema di restitutio in integrum*, in *Studi in onore di E. Betti*, II, 1962, 219 ss.; IDEM, *Studi vari sulla restitutio in integrum* cit., 66 ss.

⁷⁹ Così ad es. in relazione a *rescindere* M. KASER, *Zur in integrum restitutio* cit., 107–108; e più ampiamente L. RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem* cit., 281 ss.; si veda comunque già F. HELLMANN, *Zur Terminologie der römischen Rechtsquellen in der Lehre von der Unwirksamkeit der juristischen Tatsachen*, in *ZSS.24*, 1903, 50 ss., in particolare le

difficoltà, quella di inquadrare «mediante schemi tradizionali questi casi di rescissione disposta a mezzo di rescritti».⁸⁰

Dal punto di vista delle conseguenze sostanziali del meccanismo «restitutorio» sul contratto concluso, mi sembra che, al di là di rilievi terminologici, che peraltro acquisiscono invece importanza in rapporto all'*interpretatio* ermogeniana del 293 (*ne habeatur rata venditio... ad rescindendam venditionem... neque bonam fidem... neque ulla rationem concedere rescindi...C. 4, 44, 8*), si può inserire il rescritto del 285 entro quel fenomeno che investe – mettendola in crisi – la concezione di «invalidità» evocata dalla *restitutio in integrum* pretoria. Mentre in quest'ultima l'aggressione all'atto opera attraverso un «salto all'indietro»,⁸¹ concretizzandosi nel *rescissorium* in un'*actio* con formula *ficticia* nella quale il pretore ordina al *iudex unus* di giudicare fingendo che l'atto non sia mai stato compiuto, nel nuovo modello imperiale si determina una scissione, che grande importanza avrà poi nella tradizione giuridica successiva in materia di «invalidità» del contratto, fino alla individuazione pandettistica di una categoria unitaria della «annullabilità» del negozio giuridico.⁸² quella tra momento di individuazione dell'*an* della *restitutio* (vuoi in base a presupposti generali fissati nell'editto vuoi per casi concreti) e poi degli strumenti più consoni alla sua effettiva realizzazione nel processo, che determinava la possibilità per la parte in favore della quale la *restitutio in integrum* fosse stata riconosciuta di ottenere un'azione (*rescissoria*) con formula *ficticia* adeguata a permettere al giudice privato di giudicare la situazione presente fingendo appunto che l'atto non fosse mai stato compiuto. Questi due momenti trovavano nell'*ordo* espressione

conclusioni sul verbo a p.104; importante anche L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, Leipzig, 1908 [rist. Aalen 1994], 239 ed in generale sull'invalidità 236 ss.

⁸⁰ Mutuo qui quanto M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale* cit., II, 587 ss. e 592 n.383 i.f., nota riguardo ad ipotesi di «rescissione» della vendita in altri rescritti diocleziani; anche G. CERVENCA, *Studi vari sulla «restitutio in integrum»* cit., 125, accentua, nella cancelleria imperiale di questi anni, la ricerca «attraverso una terminologia nuova... di dare un formale riconoscimento alla trasformazione sostanziale verificatasi nell'ambito della *restitutio in integrum*». La tesi del ricorso all'*actio venditi* con finalità «invalidanti» è stata sostenuta di recente dalla SCIUTO, *Sulla c.d. rescissione per lesione enorme* cit., 431, che però non si accorge che una generalizzata costruzione dell'istituto come contrario alla *fides bona* (difficilmente dimostrabile peraltro prima del rescritto del 293), ne avrebbe semmai condizionato *ipso iure* gli effetti in termini di nullità, più che di annullabilità, data la natura *bonae fidei* del *iudicium venditi*.

⁸¹ Così, secondo la nota ricostruzione del RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem* cit., 267 ss., il quale accentua peraltro come proprio la configurazione imperiale della *restitutio in integrum* venga a porre in crisi, sebbene non necessariamente introducendo un'idea di «annullabilità», la «configurazione pretoria della *r.i.i.*» che «rappresenta lo strumento concettuale tipico di un orizzonte mentale cui è ancora sconosciuta l'idea di annullabilità». Sul punto, peraltro, in relazione al concetto, se esistente, di «nullità» o di «annullabilità» sotteso al *rescindere*, la posizione prudente di KASER, *Zur in integrum restitutio* cit., 107-108.

⁸² Sul rapporto tra categoria del «negozio giuridico» e «dimensione storica», mi si permetta di rimandare a quanto ho osservato in *Brevi note sul nuovo Codice civile del Brasile*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 16, 2003, 217-227.

unitaria nel *ius dicere* del magistrato *cum imperio* preposto alla *iurisdictio*,⁸³ a cui la futura valutazione giudiziale sarebbe stata vincolata, coerentemente al fondamento repubblicano di produzione del *ius*. Il modello imperiale, al contrario, evocato anche dal rescritto diocleziano del 285 d.C., conserva al titolare dell'*imperium* (in particolare al *princeps*) solo il momento di individuazione dell'*an*, momento che trova espressione in provvedimenti che, se esprimono un legame di continuità con la concessione pretoria *causa cognita* di *restitutiones in integrum*, dimostrano poi *in re ipsa* ampie potenzialità generalizzanti, acquisendo una maggiore generalità normativa. Mentre sposta sul piano del giudizio, ormai guidato per l'intero suo svolgimento da un giudice – funzionario imperiale, lo strumentario più idoneo a realizzare nella sostanza la «rescissione» del contratto,⁸⁴ che viene direttamente aggredito senza necessità di fingere una sua 'non' esistenza.⁸⁵

Un ultimo punto merita a riguardo di essere affrontato. Se infatti la «invalidazione restitutoria» prevista nel rescritto del 285 d.C. (C. 4, 44, 2) si dimostra perfettamente coerente alla innovazione equitativa che esso realizza, ponendosi quasi in chiave di continuità con le ipotesi di *restitutio* pretoria, entro però le nuove strutture processuali e coerentemente all'accentramento imperiale della produzione del *ius*, la conservazione di essa entro un panorama concettuale come quello che si evidenzia nella sua *interpretatio* da parte di Ermogeniano nel rescritto diocleziano del 293 (C. 4, 44, 8), materializza una qualche tensione. Una volta, infatti, che si riposizioni l'innovazione entro i principi classici che reggono il contratto di compravendita, ed in primis quello di *bona fides*, le conseguenze che se ne potevano trarre sul piano del contratto avrebbero dovuto portare a valutare il contratto «nullo» *ipso iure*, data appunto la natura *bonae fidei* dell'*actio venditi*. Di ciò, però, non sembra restare traccia nel rescritto del 293.

8. *Modello romano e sua fortuna nel processo di codificazione* – Utilizzando una chiave di lettura del fenomeno avanzata in dottrina, in base alla quale «la fissazione di un limite quantitativo legale riduce considerevolmente il potere di apprezzamento dei giudici»,⁸⁶ direi che questa chiave interpretativa, se connessa

⁸³ Sul punto ritengo fondamentali in termini di ripulitura concettuale del nostro modo di rappresentarci il significato del *ius dicere* del pretore, gli approfondimenti di F. GALLO, *Un nuovo approccio per lo studio del ius honorarium*, in SDHI. 62, 1996... [= IDEM, *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto. Corso di diritto romano*, Torino, 1997, 53 ss.], all'interno di un riesame critico della tesi attualmente dominante in materia.

⁸⁴ La differenza, espressa lucidamente da G. I. LUZZATTO, *In tema di origine del processo extra ordinem* cit., 715 e n.139-140, non può risolversi nel fenomeno di «contaminazione di funzioni» ipotizzato dal Kupisch (vd. *supra* n. 74), perché esprime una profonda trasformazione del rapporto tra *ius* in accezione oggettiva e suo momento dinamico d'attuazione.

⁸⁵ A riguardo si vd. L. RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem* cit., 242 ss. in relazione alla differenza tra modello «restitutorio» e principio di nullità.

⁸⁶ F. TERRÉ – PH. SIMLER – Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 1993⁵, 228.

al processo di «generalizzazione» di cui il rescritto è stato oggetto nel quadro storico sopra abbozzato, è adeguata forse a capire, al di là dell'esito negli evi medio e moderno, le ragioni della migliore fortuna che la cd. *laesio ultra dimidium* ha goduto nel processo di codificazione, a differenza di altri istituti che subiscono nello stesso torno di anni avverse vicende.⁸⁷

Essa infatti mal si concilia con ideologie sottese a larga parte del processo di codificazione a matrice giusnaturalista e mina fortemente, se sancita in chiave oggettiva, anche la sicurezza dei traffici commerciali cara al diritto privato di stampo pandettistico poi confluito nel BGB. Non è casuale che essa trovi quindi nella prima fase del processo di codificazione ridimensionamenti ed anche *interpretationes* che tendano a svalutarne la natura autonoma rispetto ai vizi della volontà. Solo la penetrazione nel XX secolo con maggiore forza di istanze sociali nel sistema costruito dalla pandettistica,⁸⁸ che nell'astrazione e nella *Isolierung* cela anche scelte di valore,⁸⁹ ha riportato l'istituto nei codici nella sua forma più schiettamente oggettiva.⁹⁰

Ritengo che proprio la riflessione sul processo storico di «generalizzazione» che ha investito il precetto statuito nel 285 rispetto al concreto caso di Aurelio Lupo, se posta in relazione col più ampio fenomeno del normale circuito di concretizzazione dell'ordinamento, evidenzi come tale «generalizzazione» abbia avuto ragioni concorrenti ma diverse a seconda dell'esperienze giuridiche interessate.

Essa risponde al cambiamento che si realizza nel circuito di concretizzazione del *ius* nell'età epiclassica e postclassica a Roma (dal modello aperto «*ius controversum* giurisprudenziale – giudice»,⁹¹ al modello chiuso «*ius* accentrato nell'imperatore coadiuvato dai giuristi – giudice funzionario imperiale»), incidendo sulla tematica del *pretium minus* nelle *venditiones* di fondi con un criterio quantitativo eteronomo rispetto al momento di valutazione giudiziale. La idoneità del precetto concreto (il rescritto diretto ad Aurelio

⁸⁷ Ad es. rispetto ai diversi esiti della *clausula rebus sic stantibus* vd. il mio, *Sopravvenienza e pericoli contrattuali*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Napoli, 2003, 1 ss., in particolare 9 ss.

⁸⁸ Sul punto vd. ora T. REPGEN, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts*, Tübingen, 2001.

⁸⁹ Vd., esattamente, V. BUONOCORE, *Etica dell'imprenditore e abuso del diritto: a proposito dell'attualità di un libro edito sessant'anni fa*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, IV.3, Milano, 1998, 19 ss., in particolare 46 ss.

⁹⁰ Così, secondo una parte della dottrina, in Italia nel Codice civile del 1942 in base all'art. 1448 in termini di «vizio della causa»: vd. ad es. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli rist. 1986⁹, 184 ss.; G. MIRABELLI, *La rescissione del contratto* cit., 107 ss.; per una maggiore consapevolezza delle radici storiche del modello codificato nell'art. 1448 del Codice civile del 1942 O. T. SCOZZAFAVA, *Il problema dell'adeguatezza negli scambi e la rescissione del contratto per lesione*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.* XXXII, 1978, 309 ss.

⁹¹ Su cui vd. la sottolineatura in termini di «sistema aperto» di M. TALAMANCA, *Il Corpus iuris giustiniano fra il diritto romano e il diritto vigente*, in AA. VV., *Strutture e forme di tutela contrattuale*, a cura di V. MANNINO, Padova, 2004, 1 ss., in particolare 5-9.

Lupo) a subire un processo di «generalizzazione» non è dipesa, allora, esclusivamente da fattori storici esterni (come appunto la sua inclusione nel *codex Gregorianus* e, poi, nel *Codex Iustinianus*), ma vi hanno concorso anche elementi interni al precetto stesso.

In un circuito di concretizzazione del *ius* in base ad una ideologia legalistica e formale (diritto-legge – giudice che solo applica la legge), come quello che caratterizza il processo moderno di codificazione, il criterio eteronomo autoritativo dell'*ultra dimidium* si presta ad impedire o comunque a mitigare letture dell'istituto come potenziale apertura dell'ordinamento stesso all'arbitrio giudiziale.⁹²

RICCARDO CARDILLI

MEGJEGYZÉSEK A PÓSZTKLASSZIKUS LEGES ÉS
INTERPRETATIO VISZONYÁHOZ:
IMPP. DIOCL. ET MAXIM. C 4,44,2 ÉS C 4,44,8 MARGÓJÁRA

(Összefoglalás)

A tanulmány két posztklasszikus császári rendelet keletkezési körülményeivel foglalkozik a gazdasági és történelmi háttér széleskörű feltárásával. A két rendelet a *Codex Iustinianus repetitae praelectionis* szövegezésében maradt ránk, de valószínűleg a *Codex Gregorianus* (Kr. u. 291-292) illetve a *Codex Hermogenianus* (Kr. u. 295) volt a kompilátorok forrása. A modern romanisztikai irodalomban sok vita folyt az idézett két rendelet értelmezéséről és egymáshoz való viszonyáról; ehhez járul hozzá a szerző új koncepciójával.

C 4,44,2 Diocletianus rendelete, amit 285 október 28-án bocsátott ki a császári kancellária. Honoré és Liebs kutatásai alapján feltehető, hogy szerzője a magister libellorum Gregorius volt. A szöveg egy *libellus*ra, magánszemély által a császárhoz intézett jogi kérdést tartalmazó levélre válaszol. Bizonyos Aurelius Lupus előadta, hogy az apja ingatlanukat eladta, de annak vételára méltánytalanul alacsony. A *responsum a res maioris pretii – minoris pretii* körülírást használja, amelynek orvoslása a szöveg végén említett *verum pretium*. Az indoklás kifejezetten a méltányosságra épül (*humanum est*) és a filozófiai alappal bíró *dimidia pars* tanával érvel.

⁹² Preoccupazione solitamente espressa ogniqualvolta si tratti di rimettere al giudice una *Vertragskorrektur*, vista negli ordinamenti a diritto codificato come una «nicht akzeptable Einbuße an Rechtssicherheit»; R. ZIMMERMANN, *Richterliches Moderationsrecht* cit., 186.

A romanisztikában *laesio enormis* néven ismert jogintézményről van szó, amelyet a rákövetkező években rekonstruálhatóan több császári rendelet még finomít. A fokozatos jogfejlődés záróköve C 4,44,8, amely 293. december 1-én az *interpretatio autentica*-t teszi közzé.