



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO

DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI GIURIDICI ED ECONOMICI DEL
MEDITERRANEO: SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE

JONIAN DEPARTMENT - MEDITERRANEAN ECONOMIC AND LEGAL
SYSTEMS: SOCIETY, ENVIRONMENT, CULTURES



ANNALI 2013 – ANNO I

(ESTRATTO)
MARISA DE FILIPPI

LE DONNE NELLA LEGISLAZIONE DIOCLEZIANA

DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

BRUNO NOTARNICOLA

COORDINATORE DELLA COLLANA

FRANCESCO MASTROBERTI

COMMISSIONE PER GLI ANNALI DEL DIPARTIMENTO JONICO

BRUNO NOTARNICOLA, DOMENICO GAROFALO, RICCARDO PAGANO, GIUSEPPE LABANCA,
FRANCESCO MASTROBERTI, AURELIO ARNESE, GIUSEPPE SANSEVERINO, STEFANO VINCI

COMITATO SCIENTIFICO

DOMENICO GAROFALO, BRUNO NOTARNICOLA, RICCARDO PAGANO, ANTONIO FELICE
URICCHIO, MARIA TERESA PAOLA CAPUTI JAMBRENGHI, DANIELA CATERINO, MARIA LUISA DE
FILIPPI, ARCANGELO FORNARO, IVAN INGRAVALLO, GIUSEPPE LABANCA, TOMMASO LOSACCO,
GIUSEPPE LOSAPPIO, FRANCESCO MASTROBERTI, FRANCESCO MOLITERNI, CONCETTA MARIA
NANNA, FABRIZIO PANZA, PAOLO PARDOLESI, FERDINANDO PARENTE, GIOVANNA REALI,
LAURA TAFARO, SEBASTIANO TAFARO, NICOLA TRIGGIANI

COMITATO REDAZIONALE

AURELIO ARNESE, GIUSEPPE SANSEVERINO, STEFANO VINCI

REDAZIONE:

PROF. FRANCESCO MASTROBERTI
DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI ECONOMICI E GIURIDICI DEL MEDITERRANEO:
SCIOIETÀ, AMBIENTE, CULTURE
VIA DUOMO, 259 C/O EX CASERMA ROSSAROLL
74123 - TARANTO
ITALY
E-MAIL: FMASTROBERTI@FASTWEBNET.IT
TELEFONO: + 39 099 372382
FAX: + 39 099 7340595
HTTP://WWW.ANNALIDIPARTIMENTOJONICO.ORG

Marisa De Filippi

LE DONNE NELLA LEGISLAZIONE DIOCLEZIANA

ABSTRACT	
<p>Nel saggio analizzo, sia pur in modo rapsodico, l'atteggiamento della legislazione diocleziana verso le donne. Ho adoperato consapevolmente il termine donne, perché anche esse sono 'racchiuse in un universo' in cui ha rilievo la profonda stratificazione sociale ed economica che interessa il tardo antico. Sull'importanza delle questioni giuridiche interessanti le donne, già il Volterra si era ripromesso di pubblicare uno studio 'approfondito e dettagliato', ma si era limitato a dare solo qualche risultato. Ci siamo prefissi in questo saggio di percorrere <i>per indicem</i> alcuni problemi più ricorrenti, che mettono in evidenza le tendenze classiciste dell'imperatore dalmata e alcune innovazioni sulla cui provenienza – diocleziana o giustiniana – si è a lungo discusso.</p>	<p>In this essay, I analyze albeit in rhapsodic way, the attitude of the legislation of Diocletian towards women. I have deliberately used the term "women", because they are 'enclosed in a universe' in which is highlighted the profound social and economic stratification that affects the Late Antiquity. On the importance of the legal issues interesting the women, already Volterra had promised to publish a study 'in-depth and detailed', but he limited to give only some results. We have set ourselvest in this essay to go per <i>indicem</i> some recurring problems, which highlight classicist trends of the Dalmatina Emperor and some innovations on which origin (by Diocletian or Justinian) has long been discussed.</p>
Legislazione – Diocleziano - Donne	Legislation – Diocletian - Women

SOMMARIO. 1. Gli inizi del periodo tardoantico. - 2. Diocleziano e le questioni giuridiche che interessavano le donne: 2.a. In tema di *transactio*; 2.b. In tema di *restituito in integrum*; 2.c. In tema di tutela e cura; 2.d. In tema di donazioni; 2.e. In tema di adozioni; 2.f. In tema di dote; 2.g. In tema di manomissioni; 2.h. In tema di *foenus nauticum*.

1. – Il periodo tardoantico della storia giuridica romana, che si fa generalmente iniziare dal regno di Diocleziano¹, è ricco di continuità e rotture che interessano, tanto il diritto, quanto l'assetto istituzionale, economico e sociale. Mi occuperò dell'età diocleziana sotto l'aspetto giuridico, strettamente collegato al tema del rispetto della

¹ Per tutti L. DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo tardo antico. Alle radici di una nuova storia*, Roma 2007.

tradizione romana, indicato significativamente come ‘la classicità’ della normativa di questo imperatore. Sul tema sono state scritte molte e importanti pagine, anche ricche di contrasti².

Dopo anni di guerre per il potere, alla morte di Severo Alessandro, nel 284 d. C. salì al trono un generale illirico, Gaio Aurelio Valerio Diocleziano. Molte furono le riforme che egli attuò, delle quali alcune, come la fissazione del prezzo, soprattutto di molti generi alimentari, che si rivelò non solo inefficace, ma dannosa sotto l’aspetto economico; mutamenti dell’assetto istituzionale dell’impero, il regime tetrarchico, che non sopravvisse alla sua morte.

Queste trasformazioni non devono indurci a considerare Diocleziano solo un innovatore; la qualità della sua produzione normativa tende ad identificarlo come difensore della tradizione giuridica romana, ‘ma in senso più ampio della semplice difesa contro i fraintendimenti e le alterazioni provinciali, in quanto l’imperatore non si precludeva la possibilità di innovazioni’.

Si scrive di Diocleziano e del suo tradizionalismo giuridico, nonostante egli fosse un generale incolto di diritto: forse non avrebbe avuto la possibilità di rispondere personalmente alle molte *preces* e in quasi tutti i casi, al di là dell’opera di ‘massimazione’ compiuta in tempi successivi, si avverte nei suoi provvedimenti un diverso respiro ed un tecnicismo che gli è assicurato dalla presenza nel suo apparato burocratico di giuristi, che non a caso, pur sbagliando consapevolmente, Fritz Schulz³ colloca nella giurisprudenza classica: mi riferisco ad Arcadio Carisio e ad Ermogeniano. Aurelio Arcadio Carisio, allievo di Erennio Modestino, avrebbe rivestito due volte la carica di *magister libellorum*, la prima nel 286-287 d.C. nella cancelleria dell’imperatore Massimiano, come sostenuto da Corcoran, la seconda nel 290-291, in quella di Diocleziano secondo l’ipotesi di Honoré e dello stesso Corcoran⁴. Cariche queste che fanno ritenere che la carriera di questo giurista si sia svolta pressoché esclusivamente in età diocleziana e dunque ne fanno un giurista della cancelleria di Diocleziano e, forse di Costantino. Dal confronto tra l’analisi dei frammenti superstiti delle sue opere e le tante costituzioni diocleziane, è possibile rilevare che, molte di queste, sono persuasa, tradiscono la sua mano.

Il medesimo atteggiamento terrò nei confronti di Ermogeniano, la cui carriera la dottrina maggioritaria ritiene inquadrabile in età diocleziana: sarebbe stato prefetto

² Per le contrapposizioni esistenti nella letteratura precedente sulla legislazione diocleziana rinvio a M. AMELOTTI, *Per l’interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano*, Milano 1960, p. 51 ss., in particolare al capitolo che egli titola “Dalle passate interpretazioni ad una più ampia valutazione di Diocleziano legislatore”.

³ F. SCHULZ, *Storia sulla giurisprudenza romana*, trad. it. di G. NOCERA, Firenze 1968, pp. 444, 463.

⁴ T. HONORÉ, *Arcadius also Charisius: Career and Ideology*, in «*Index*» 22, (1994), p.120; S. CORCORAN, *The empire of the Tetrarchs. Imperial Pronouncements and Government AD 284-324*, Oxford 1996, p. 91.

del pretorio alla corte di Massimiano in Roma nel tardo 304 d.C., dopo la permanenza presso Diocleziano durante la compilazione del Codice⁵.

2. – Mi concentrerò, sia pure in modo rapsodico, sull’atteggiamento della legislazione diocleziana verso le donne. Ho adoperato consapevolmente il termine donne, perché anche esse sono ‘racchiuse in un universo’ in cui ha rilievo la profonda stratificazione sociale ed economica che interessa il tardo antico.

In uno scritto di qualche decennio fa è stato sottolineato che uno ‘statuto’ giuridico unitario delle donne era impossibile da determinare, in quanto la normativa su di esse era legata non solo alla figura dell’imperatore regnante, ma anche al suo ‘circolo’ di amici, di intellettuali, di funzionari che lo circondavano, in generale al ceto dirigente di cui egli era espressione. Non è un caso che l’atteggiamento di benevola tolleranza verso le donne propria della dinastia degli Antonini conobbe un profondo mutamento di ideologia e di pratica normativa da parte dei Severi⁶.

Si deve al Volterra⁷ in un saggio del 1973, tra le tante utili osservazioni sulle donne nelle iscrizioni imperiali, il calcolo reale delle costituzioni di Diocleziano, 378, e della loro storia testuale. Pur con qualche difformità, il libro dell’Amelotti rimane, a mio avviso, ancora il migliore contributo sulla legislazione diocleziana, con la sua critica alla letteratura precedente o coeva cauta e ben motivata e con l’individuazione migliore dei criteri con cui confrontarsi con la normativa soprattutto in materia di diritto privato del grande imperatore dalmata. Vi sono, è vero, contributi anche recenti su Diocleziano, ma essi sono indirizzati al diritto pubblico e a istituti particolari sui quali l’imperatore è intervenuto, ma noi intendiamo soffermarci su di un tema che è stato emarginato o ‘quasi di soppiatto’ trattato in contributi di altra natura.

Sull’importanza delle questioni giuridiche interessanti le donne, già il Volterra⁸ si era ripromesso di pubblicare uno studio ‘approfondito e dettagliato’, ma si era limitato a dare solo qualche risultato. Molti dei rescritti diocleziani concernono problemi di proprietà fondiaria, di diritti sugli schiavi, di transazioni finanziarie, di operazioni commerciali. In molti casi l’imperatore consiglia od ordina di rivolgersi al *praeses provinciae*, ciò conferma che si tratta di donne provinciali. Spesso queste ultime chiedono l’applicazione in loro favore dell’*in integrum restituito*, ma anche di questioni di natura familiare e personale. Ci siamo prefissi in questo saggio di

⁵ Da ultimo E. DOVERE, *De iure. Studi sul titolo I delle Epitomi di Ermogeniano*. Torino 2001, p. 9 ss., e letteratura, ha preso posizione a favore dell’ipotesi del giurista come *praefectus pretorio*.

⁶ T. MASIELLO, *La donna tutrice. Modelli culturali e prassi giuridica fra gli Antonini e i Severi*, Napoli 1979.

⁷ E. VOLTERRA, *Les femmes dans les “inscriptions” des rescrits imperiaux*, in Xenion. Festschrift P.J Zepos, I Athen-freiburg/Köln, 1973, p. 717 ss, il quale sostiene che una gran parte di queste costituzioni sono state provocate da delle petizioni di donne provinciali.

⁸ *Les femmes dans les “inscriptions”*, cit. p. 723.

percorrere *per indicem* alcuni problemi più ricorrenti, che mettono in evidenza le tendenze classiciste dell'imperatore dalmata e alcune innovazioni sulla cui provenienza – diocleziana o giustiniana – si è a lungo discusso⁹.

2.a. Siamo in tema di transazione, un negozio giuridico, che attraverso un percorso che può farsi risalire al III-II secolo a. C., finemente ed efficacemente indagato dallo Schiavone¹⁰, rientra nello schema del *contractus* acquisendo il *nomen specifico* di *transactio*, 'una precisa struttura negoziale', con Cervidio Scevola ed Ulpiano, anche se talune volte i due giuristi individuano 'solo l'attività socio-economica delle parti, che si traduce poi in uno schema giuridico diverso dal nuovo contratto'¹¹. In buona sostanza, le tappe della *transactio* si distinguono in tre momenti significativi: da funzione negoziale, causa, alla cui realizzazione potevano essere dedicati negozi vari, la transazione passò ad essere inserita in patti, che davano vita ad una *exceptio pacti*, fino ad assurgere alla figura di contratto ed in età tardo antica di contratto necessariamente scritto, nel quale era inserito l'accordo di porre fine ad una controversia, facendosi reciproche concessioni. Esamineremo alcuni testi tratti dal *Codex Iustinianus*, che utilizza quasi certamente come fonti il Codice Gregoriano e il Codice Ermogeniano:

CI. 2.4.13, Imp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. Proclae (a. 290)

Interpositas metus causa transactiones ratas non haberi edicto perpetuo continentur. Nec tamen quilibet metus ad rescindenda ea, quae consensu terminata sunt, sufficit, sed talem metum probari oportet, qui salutis periculum vel corporis cruciatum contineat. S. III Non. April. Byzantii ipsis III et III AA. Conss.

È notevole il richiamo della cancelleria diocleziana alla efficacia, nel caso in esame, dell'Editto perpetuo. Il frammento non offre particolari problemi: secondo l'Editto non hanno efficacia le transazioni interposte per timore, né il *metus* è sufficiente alla rescissione di quei contratti che sono stati portati a termine. E' necessario che sia provato solo quel timore che attiene al pericolo della salvezza o alla tortura del corpo¹².

Il richiamo del non ricorso all'Editto perpetuo era necessario, poiché quest'ultimo tutelava sia i negozi di buona fede, che quelli civilistici, secondo tappe e

⁹ Cfr. M. AMELOTI, *Per l'interpretazione*, cit. p. 51 ss..

¹⁰ A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia e transactio da Labeone a Ulpiano*. Napoli, 1971. ID. in NNDI s.v. Transazione, p. 477 ss..

¹¹ Così A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit. p. 163 ss..

¹² Vedi, per tutti, G.CERVENCA, *Per la storia dell'editto «quod metus causa»* in *SDHI*. 71 (1965), 312 ss..

date, purtroppo non facilmente ricostruibili, anche se si deve riconoscere che una disciplina articolata risalisse già alla prima metà del I secolo a.C.¹³

È molto importante capire la ‘svolta’, se di essa si tratta, del rescritto diocleziano. A questo fine è importante comprendere i termini *interpositas transactiones metus causa*: si tratta di un altro negozio per l’esecuzione del quale la parte che ne ha interesse non trova altra strada che minacciare l’uso della violenza, se non si fosse proceduto almeno alla transazione; ne dà ragione l’ipotesi opposta della rescissione di un negozio consensuale già perfetto nei suoi termini.

Diversa cosa è il *metus* che attiene al pericolo di salvezza e della tortura. Nessuno, tranne l’imperatore, può attentare a questi beni, che assicurano la pace e la sicurezza sociale.

Il rescritto è indirizzato ad una certa Procla che, probabilmente, è la latinizzazione di un nome greco, insistente nella regione della Laconia. Il timore di Diocleziano per la salvezza e la sanità dei propri sudditi può essere generalizzata anche nell’ipotesi di altre fattispecie.

CI. 2.4.20, Imp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Antistiae (a. 293)

Non minorem auctoritatem transactionum quam rerum iudicatarum esse recta ratione placuit, si quidem nihil ita fidei congruit, quam ea quae placuerant custodiri. Nec enim 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. Conss.

Fu con ragione convenuto che la transazione non ha minore efficacia del giudicato, se niente è così incongruo alla umana fede, che ciò che si convenne sia mantenuto. Né, infatti, è sufficiente alla rescissione del patto che tu ci informi che ciò è avvenuto alla seconda ora della notte, quando nessun tempo di un maggiorenne sano di mente consentirà di ripudiare il consenso.

Nella sua prima parte l’imperatore equipara l’efficacia degli effetti di una transazione al giudicato, ma, si avverte, solo se sia mantenuto ciò che è congruo alla fede umana. La *transactio* doveva riguardare un negozio giuridico *iuris gentium* dal momento che c’è un riferimento all’umana fede, che, a nostro avviso, traduce la *bona fides* e il principio molto antico del mantenere fede a ciò che si è convenuto tra le parti, oltre che affetto da un vizio genetico. Né consente alla rescissione del patto, proprio per le ragioni di fatto enunciate nel testo. Quanto al nome della richiedente è di origine decisamente latina.

¹³ Così M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano 1990, p. 242.

CI. 2.4.25, Impp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Marcellae et Cyrillae (a. 293).

Si maiores quinque et viginti annis cum patruo sive avunculo vestro transegistis vel ei debita donationis causa sine aliqua condicione remisistis, non idcirco, quod hoc huius hereditatis captandae causa, id est spe futurae successionis, vos fecisse proponatis, aliis ei succedentibus instaurari finita debent. S. II id. April. CC. Conss.

Se, maggiori di venticinque anni, faceste una transazione con il vostro zio paterno o materno e gli rimetteste i debiti per donazione senza alcuna condizione, non per questo, proponete, faceste ciò, per ottenere la sua eredità, cioè con la speranza di una futura successione, succedendo altri a lui si devono riprendere le cose già terminate.

Il testo ci dice che le richiedenti o non hanno specificato di quale zio si tratti, cosa che non credo, oppure hanno indicato con chiarezza che si tratti dello zio paterno, il che ci fa pensare di essere in presenza di una glossa, diretta a far comprendere che la risposta imperiale può essere utilizzata anche per l'avuncolo. Il frammento, infatti, prosegue con un *ei*, cioè con uno dei due con cui fu stipulata la transazione, lo zio paterno. Con ogni evidenza, apertasi la successione dello zio e succedendo a lui persone diverse dalle richiedenti, queste ultime non possono invalidare il testamento o la successione legittima, proponendo che la transazione e la donazione incondizionata fu fatta per ottenere la sua eredità e che ogni questione sarà definita con i successori.

Quali possono essere le cose indeterminate che possono riprendersi? Certamente la donazione, stante il principio, introdotto da una *Oratio Severi*, agli inizi del terzo secolo, per cui gli eredi non potessero intraprendere azioni contro le donazioni rispetto alle quali il donante non avesse manifestato volontà di revoca. Si trattava, in realtà di una specie di convalescenza¹⁴ fondata sul perdurare della volontà del donante, ovvero su una mancata manifestazione di una diversa volontà.

CI. 2.4.29, Impp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. Marciae (a. 294).

Sub praetextu specierum post repertarum generali transactione finita rescindi prohibent iura. Error autem circa proprietatem rei apud alium extra personas transigentium tempore transactionis constitutae nihil potest nocere. S. IIII K. Oct. CC. Conss.

Il diritto proibisce che, una volta portata a termine una generale transazione efficace, questa possa essere rescissa sotto il pretesto di scritture successivamente ritrovate. Quanto all'errore riguardo alla proprietà della cosa ritenuta presso un'altra persona, che sia al di fuori di quelli che hanno proceduto alla transazione, nel tempo in cui questa fu fatta, non può per nulla arrecare danno.

¹⁴ Sulla convalescenza delle donazioni G.G. ARCHI, *La donazione. Corso di diritto romano*, Milano 1965, p.167 ss.; ma vedi anche M. DE FILIPPI, *Fragmenta Vaticana. Storia di un testo normativo*. Bari 2012³, pp.173 ss..

Il rescritto diocleziano corrobora il valore e l'efficacia di una transazione, anche quando, successivamente ad essa, sia stato rilevato un errore riguardante la persona del proprietario, diversa dagli autori della *transactio generalis*.

Il rescritto, come nelle precedenti costituzioni commentate, manca della petizione, ma essa si rivela sotto il principio enunciato dall'imperatore. L'atto è, come si rileva dal nome della destinataria, di origine occidentale.

CI. 2.4.26, Imp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Dionysiadae (a.294).

Transacione matris filios eius non posse servos fieri notissimi iuris est. S. id. April. CC. Conss.

È notissimo diritto, che la transazione fatta da una madre non può rendere schiavi i propri figli.

Si tratta di un testo massimato, in ragione del principio enunciato in materia di diritto di famiglia. È indirizzato, non a caso, ad una certa Dionisiade, di sicura origine orientale. In Oriente la posizione di una donna era, anche dopo la costituzione di Antonino Caracalla, non di maggiore libertà quanto all'amministrazione di ciò che le competeva. Era il padre e non la madre, secondo il diritto romano classico, che poteva rendere schiavi i propri figli, anche con una transazione. Il nome della madre, Dionisiade, conferma la più che probabile origine greca della donna. Perché massimato? Ciò avviene per una semplice ragione, perché la costituzione è del 294 d.C. e la specifica regola dell'incapacità muliebre in materia di diritto di famiglia era ormai nota in tutto il territorio dell'Impero.

CI. 2.4.28, Imp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Sapparutae (a. 294).

Sive apud acta rectoris provinciae sive sint actis, scriptura intercedente vel non, transactio interposita est, hanc servari convenit. D. III Non. Iul. CC. Conss.

Sia che si tratti di atti depositati presso l'archivio del rettore della provincia, sia che ci siano degli atti, vi sia o non una scrittura che si opponga, fu interposta una transazione: questa conviene che sia osservata.

Nel testo è riportato il nome della destinataria, Sapparuta, di più che probabile orientale, come attesta anche il riferimento al rettore della provincia, si ribadisce, quasi come principio, il valore e l'efficacia di una transazione. È del tutto evidente che gli atti e la scrittura, dando per scontato che gli uni e gli altri vi siano, devono essere successivi alla transazione.

CI. 2.4. 34, Imp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Ptolemaidis (a. 294).

Cum donationis seu transactionis causa administratae tutelae debiti scientes vos obligationem fratri vestro remisisse proponatis nec unquam volenti dolus inferatur, frustra de

dolo querimini, nec ad implendum promissum hereditatis propriae pollicitatione quisquam adstringitur. PP. VI Id. Nov. CC. Conss.

Poiché proponete, consapevoli del debito, di aver rimesso a vostro fratello, sia per donazione, che per transazione, l'obbligazione di una tutela amministrata, né mai usandosi dolo di coloro che lo vogliono, invano vi lagnate del dolo. Né alcuno per semplice promessa è costretto ad adempiere alla futura concessione della propria eredità.

Di una 'rivisitazione' del testo che costituisce la fonte della costituzione sono quasi del tutto certa, poiché l'imperatore parla di più soggetti, laddove il rescritto è indirizzato soltanto ad una certa Tolemaide, nome di origine orientale, e sono usati verbi al plurale. Quanto al caso, si tratta di una donazione e relativa transazione diretta a rimettere un debito ad un fratello che ha amministrato la tutela, consapevoli dell'utilizzazione di un dolo. Chi è causa del suo mal pianga se stesso, nel senso che non possono lagnarsi di un dolo da essi stessi voluto. Infine, nessuno per semplice promessa è costretto ad adempiere alla futura concessione della propria eredità. In questo caso è del tutto evidente.

Sono sufficienti gli esempi riportati per ricavarne che i rescritti indirizzati dall'imperatore Diocleziano rispettano il 'diritto classico', ed hanno una funzione pedagogica, non solo nei confronti delle donne che inoltravano le *preces*, ma anche, e soprattutto, verso gli avvocati, di non alta cultura giuridica, che le aiutavano a stilarle. La orientalità delle 'domande' si desume dall'importanza che esse davano ai documenti scritti prima e dopo una transazione e, in particolare, dagli ammonimenti che l'imperatore impartiva in generale sulla superiorità dell'uomo rispetto alla donna in casi di rapporto con i figli. Sullo studio accurato dei testi rimandiamo alle ricerche del Volterra e di Amelotti.

2. b. - Ci occuperemo ora della *restitutio in integrum*, che si assumeva da parte del pretore, in sede giurisdizionale, ogni qual volta si avevano atti giuridici viziati - per vizi della volontà o per incapacità del soggetto che la richiedeva - i cui effetti erano rimossi. Si poteva anche concedere per *capitis deminutio minima* o per decorso del tempo. In taluni casi essa era data sulla base di un senatoconsulto o di una costituzione imperiale.

L'imperatore interviene in vari modi nel merito della concessione della *i.i.r.*, E di conseguenza esautora a poco a poco il *praetor* fino ad annullarne del tutto l'importanza. L'imperatore interviene anche direttamente a concedere o a negare egli stesso la *i.i.r.*, attraverso la sua attività giurisdizionale¹⁵.

Il principio di nullità si sostituisce a poco a poco - anche per l'avvenuta processualizzazione della *i.i.r.* - tale sostituzione avviene prima in singoli casi e

¹⁵ Così F. FABBRINI, *Per la storia della «restitutio in integrum»* in LABEO XIII (1967), p. 216.

soltanto con Diocleziano essa è tradotta in formulazioni di carattere generale. Ciò risulta soprattutto da un rescritto di Diocleziano e Massimiano indirizzato a Stratonica, una donna provinciale, citato per ben tre volte nel Codice di Giustiniano: CI. 2.40.4; CI. 4.6.11; CI. 5.42.3. Nella sua redazione più ampia¹⁶ CI. 2.40.(41)4:

Impp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Stratonicae (a. 294).

Si tutor tuus, qui pro tutelari officio non caverat, iudicio expertus est, contra eum lata sententia iuri tuo officere non potuit, nec ea quae ab eo gesta sunt ullam firmitatem obtinent. Frustra igitur in intergrum restitutionis auxilium desideras, quando ea, quae ab eo gesta sunt, qui legitimae administrationis prsonam sustinere non potuit, ipso iure irrita sunt. S. XVIII K. Ian. Nicomediae CC. Conss.

Se il tuo tutore il quale non aveva dato cauzione per l'ufficio tutelare, agì in giudizio, la sentenza emanata contro di lui non poteva nuocere al tuo diritto: né gli affari gestiti da lui gestiti hanno alcun effetto. Dunque inutilmente desideri l'aiuto della restituzione in intero: dal momento che tutte le cose che furono gestite da chi non poteva sostenere il compito di legittimo amministratore, sono nulle.

Come il testo e l'onomastica dimostrano, si tratta di una donna di origine orientale, che non ha alcuna competenza in materia di tutela degli interessi femminili e dell'efficacia di una sentenza sfavorevole al tutore, che all'inizio della gestione della tutela non aveva prestato la necessaria *cautio*. La nullità degli affari gestiti dal tutore avrebbe potuto generare, idealmente, gli stessi effetti di una *restitutio in integrum*, ma di fatto avrebbe immesso la donna in un ginepraio di contese con coloro che avevano trattato e concluso negozi, magari in buona fede, con il tutore. È da osservare la correttezza della cancelleria imperiale nella sottolineatura degli elementi utili ad una corretta gestione, ma anche la avvenuta integrazione tra tutela e cura, posto che la *restitutio in integrum* in età classica non poteva essere concessa ad una donna ancorché maggiorenne.

CI. 2.31.2, Impp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Hymmodae (a. 294).

Si ex persona minorum in integrum restituito adversus transactum propter aetatis auxilium imploretur, tibi quoque agenti ex integro vel replicatione contra exceptionem pacti vel, si peremptam constet pristinam obligationem, ex instauratione negotii tributa actione consulendum est.

Se si implora *ex persona* del minore, come rimedio per l'età, la *i.i.r.* della cosa transatta, si deve provvedere ancora per te agendo *ex integro* o con la replica contro la eccezione del patto, o se questa risulti essere perenta, contro l'antica obbligazione concedendo a te l'azione per il rinnovamento dell'affare.

¹⁶ Su questo rescritto v. RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem*, 1965 pp. 376, 377.

Si tratta di un rescritto indirizzato non al minore, beneficiario del rimedio, ma ad Immoda, *ex persona minoris*, nei confronti della quale la transazione aveva prodotto i suoi effetti. L'imperatore autorizza la donna (*tibi quoque*) al pari del minore ad *agere ex integro*, al fine di ristabilire la situazione precedente la transazione¹⁷.

CI. 2.32.2, Impp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Laurinae (a. 294).

Indebito legato, licet per errorem iuris a minore soluto, repetitionem ei decerni, si necdum tempus, quo restitutionis tribuitur auxilium, excesserit, rationis est. D. XV K. April. Sirmi. CC. Conss.

È ragionevole che, legatasi una cosa non dovuta, sebbene adempiuta dal minore per errore di diritto, sia a lui dovuta la ripetizione, se non sia trascorso il tempo in cui si concede la ripetizione.

È un rescritto indirizzato ad una donna di origine occidentale, come si evince dall'onomastica. Si tratta quasi certamente di un legato *per damnationem* che un minore avrebbe dovuto adempiere. È questione di un legato di cosa non dovuta (ad esempio il pagamento di un debito inesistente). Se il minore adempie per errore di diritto, gli deve essere concessa la ripetizione, *condictio*, a meno che non sia scaduto il tempo per la ripetizione. A questo riguardo, si può pensare alla scadenza del tempo in cui non si può usucapire: un anno per i beni mobili, due anni per gli immobili.

Un principio generale a proposito dell'età del minore di venticinque anni è stabilito in:

CI. 4.19.9, Impp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Marcianae (a. 293).

Cum te minorem quinque et viginti annis esse proponas, adire praesidem provinciae debes et de aetate probare. D. Id. April. AA. Conss.

Poichè tu dichiari di essere minore di venticinque anni, devi adire il governatore della provincia per provare la tua età.

Il testo non specifica se si limitasse ad enunciare il principio secondo cui ogni qualvolta il minore, per provare la sua età debba adire il *praeses provinciae* oppure seguitasse esponendone anche il motivo di tale richiesta. Probabilmente lo scopo sarebbe stato quello di ottenere una *restitutio in integrum*, per cui colui che avesse

¹⁷ Il CERVENCA, *Studi vari sulla restitutio in integrum*, Milano 1965, p. 117, in contrasto con il LEVY, *Zur nachklassischen in integrum restitutio*, in ZSS. 86 (1951), p. 373, il quale riteneva che ancora in età diocleziana sopravvivesse la distinzione, in sede di *cognitio extra ordinem*, tra *restitutio* e *actio*, sostiene, invece, che il rescritto, “semmai, attesta proprio l'opposto: cioè una siffatta distinzione non sembra più sussistere all'epoca di questo imperatore, in quanto l'*i.i.r.*, nel testo appare completamente confusa con l'*actio rescissoria*”.

fatto richiesta di tale rimedio all'imperatore doveva preliminarmente compiere la *probatio aetatis*¹⁸.

L'eventualità di una *probatio aetatis* precedente la concessione della *i.i.r.* si trova anche in:

CI. 2.42.3, Imp. Dioclet. et Maxim. AA. Et CC. Theodotae (a.293).

Si alterius circumveniendi causa minor aetate maiorem te probare ad spectu laboraveris, cum malitia suppleat aetatem, restitutionis auxilium tam sacris constitutionibus quam rescriptorum auctoritae denegari statutum est. Quod si per iniuriam vel circumventionem adversarii hoc fuerit factum, durat beneficium, quo minoribus causa cognita subveniri solet. Aditus itaque praeses provinciae probationis aetatis examinata causa, si tuum dolum non reppererit intercessisse, ac te minorem tunc fuisse probaveris, causa cognita in integrum restitui providebit. Si tamen in instrumento per sacramenti religionem maiorem te esse adseverasti, non ignorare debes exclusum tibi esse in integrum restitutionis beneficium, nisi palam et evidenter ex instrumentorum prolatione, non per testium depositiones te fuisse minorem ostenderis. D. XIII K. Oct. Sirmi. AA. Cons.

Se per circonvolare un altro, tu minore ti adoperasti perché potessi nell'aspetto essere considerata maggiorenne, suppiando la malizia all'età, sia per sacre costituzioni, che per l'autorità dei rescritti, fu stabilito che si negasse l'aiuto della restituzione. Se ciò fu fatto per atto contro il diritto o raggio dell'avversario, durerà il beneficio con il quale suole sovvenirsi ai minori con cognizione di causa. Sicché adito il preside della provincia ed esaminata la causa, egli provvederà che ti si applichi per intero la *restituito in integrum*. Se poi in una scrittura, mediante giuramento asseristi di essere maggiorenne, non devi ignorare che ti è precluso il beneficio della *restitutio in integrum*, a meno che all'aperto e con ogni evidenza, con prove scritturali e non con deposizioni di testimoni, dimostrerai di essere stata minore. È chiara poi la norma che essendo stato dato di persona un giuramento di tale natura non esiste per te altro aiuto.

Se una minore di età simula di essere maggiorenne allo scopo di trarre in inganno l'altra parte, non potrà beneficiare della *restituito in integrum*. Se, invece, continua il rescritto, il riconoscimento della maggiore età è stato provocato non da dolo del minore, ma da un raggio della controparte, la *r.i.i.* potrà essere concessa. In tal caso il *praeses provinciae*, dovrà in primo luogo esaminare *causa probationis aetatis*, e accertare che non vi sia dolo da chi venne *probatus*; in secondo luogo il *praeses concederà la restituito* sempre però *causa cognita*, vale a dire dopo l'accertamento delle altre condizioni, diverse dalla minore età, che giustificano il rimedio come, ad esempio, l'esistenza di un danno subito dal minore.¹⁹

¹⁸ In questo senso CERVENCA, *Studi vari*, cit., p. 106.

¹⁹ Così ivi, pp. 107 ss..

CI. 2.46.2, Impp. Dioclet. et Maxim. AA. Aquilinae.

Quoniam ea, quae in transactione dari placuerat, te tradidisse proponas, consequens est, si de his repetendis per in integrum restitutionem vel quacumque aliam causam putaveris agendum, eius adire te provinciae praesidem, in qua domicilium habent quos convenis.

Poiché tu metti in evidenza di aver consegnato ciò che nella transazione si era convenuto di dare, è conseguente che se riterrai di dover agire per la loro ripetizione mediante *restitutio in integrum* o qualsiasi altro mezzo giudiziario, devi adire il preside di quella provincia nella quale hanno domicilio coloro che tu conveni in giudizio.

Nel rescritto si stabilisce qual'è il *praeses provinciae* competente per territorio dinanzi al quale deve essere istaurato il procedimento della *restitutio in integrum* per poter ottenere la ripetizione di ciò che si è dato in seguito ad una transazione. Competente, precisa l'imperatore, è il *praeses* della provincia nella quale hanno il domicilio coloro che saranno da te convenuti²⁰.

Va messo in rilievo, per sottolineare l'assoluta classicità della costituzione, il ragionamento *per consequentiam*, le cui origini possono farsi risalire alla retorica romana della fine del secondo secolo a.C..

CI. 2.50.7, Impp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Marinae (a.294).

Quae a patre geruntur, non decet pro disciplina militari a filiis ad irritum devocari, praesertim cum nec patrem tuum in rebus humanis agentem adfirmes conquestum fuisse super huiusmodi contractu. D. Non. Febr. CC. Conss.

Non è decoroso mettere nel nulla per disciplina militare ciò che il padre ha gestito, soprattutto quando affermi che tuo padre, quando era in vita, non si è mai lamentato per un contratto di tale genere.

È da sottolineare il ricorso degli imperatori a valori etico-politici, quali il *decor* dovuto alla disciplina militare.

CI. 2.55.3, Impp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Petroniae (a. 290 vel 293).

Arbitrorum ex compromisso sententiae non obtemperans, si sordes vel evidens gratia eorum qui arbitrati sunt intercessit, adversus filiam tuam agentem ex stipulatu exceptione doli mali uti poteris. Sed et ex doli clausula, quae compromissi stipulationi subici solet, filiam tuam convenire non vetaberis. PP. III id. Ian. ipsis AA. Conss.

Non ottemperando alla sentenza di arbitri scelti per compromesso, o perché sordi o con ogni evidenza corrotti, contro tua figlia, che agisce in forza di un'azione *ex stipulatu*, potrai servirti

²⁰ 'I soggetti contro cui viene chiesta l'*i.i.r.*', osserva il CERVENCA, *Studi vari*, cit., p. 98 'appaiono considerati nel rescritto come convenuti, ciò presuppone l'esistenza di una norma che statuisca per la procedura di *restitutio*, l'obbligo di convocazione della parte avversaria.'

della eccezione *doli mali*. Ma anche per clausola di dolo, che suole essere aggiunta alla stipulazione, non ti sarà vietato di convenire tua figlia.

Si tratta di un rescritto in cui Diocleziano concede alla madre di nome Petronia due possibilità, rispettivamente di difesa e di azione contro sua figlia, nonostante i giudici o perché sordi o perché corrotti abbiano pronunciato una sentenza favorevole alla figlia. Questa circostanza sta a documentare che questo tipo di sentenza non trovando garanzie in ordine alla sua esecuzione, lascia pressoché inalterata la situazione pregressa al compromesso, concedendo alla madre una eccezione *doli mali* contro la figlia agente ovvero un'*actio doli* sempre contro la figlia.

2.c. – Tra i rescritti in tema di tutela e cura troviamo:

CI. 4.1.4, Impm. Dioclet. et Maxim. AA. Maximae (a. 290).

Si ad excludendam tutelae actionem pupillus iusiurandum tutori dedit, postea eandem litem exercere non prohibetur. PP. K. Iul. *ipsis* III et III AA. Conss.

Se un pupillo giurò al tutore che non avrebbe esercitato l'azione di tutela, successivamente non gli si proibirà di esercitare la stessa azione.

Questa costituzione si inserisce nel quadro di una tutela del minore, perché se il giuramento fatto dal pupillo ha efficacia temporanea verso il tutore, questo non impedisce che *postea*, cioè divenuto *minor* possa esercitare la stessa azione che aveva giurato di non intentare. È molto probabile che in questa ipotesi agisca il *favor aetatis*.

CI. 4.38.5, Impm. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Umbigae Gratiae (a. 293).

Cum ipse tutor nihil ex bonis pupilli quae distrahi possunt comparare palam et bona fide prohibetur, multo magis uxor eius hoc facere potest. D. VIII K. Dec. AA. Conss.

È manifesto ed è proibito dalla buona fede che se il tutore non può acquisire beni del pupillo vendibili, a maggior ragione non può farlo sua moglie.

È molto probabile che si tratti di una tutela dativa, nel momento della cui genesi fu introdotta l'*actio tutelae*, assistita dalla buona fede. Che accade se, invece, del tutore è sua moglie ad acquisire i beni vendibili pupillari – è implicito il riferimento all'*oratio Severi* e alle sue disposizioni²¹ - ? Lo stesso divieto che vale per il tutore è valido anche per sua moglie.

²¹ Un'*Oratio Severi* del 195 d.C. sancì la nullità delle alienazioni dei beni immobili del pupillo, ameno che tali alienazioni non dipendessero dalla volontà del padre espressa nel testamento o dalla necessità di soddisfare ad obbligazioni del pupillo, e vi fosse stata una previa autorizzazione del pretore urbano.

CI. 5.28.6, Impp. Dioclet. et Maxim. AA. Domnae (294).

Si tibi pater avunculum testamento recte tutorem dedit nec is excusatus est, eum tutelae iudicio tam administratis quam neglectis, cum administrari deberent, apud competentem iudicem conveni secundum bonam fidem tibi satisfacere iussurum. S. Non. April. Sirmi CC. Conss.

Se tuo padre ti diede giustamente per testamento come tutore lo zio materno e questi non ha chiesto la dispensa, egli è convenuto con giudizio di tutela presso il giudice competente sia per gli affari amministrati che per quelli trascurati, che avrebbe dovuto amministrare. Secondo buona fede egli avrebbe dovuto prestare a te una garanzia.

Nella tutela, com'è noto, va sempre prestata da parte del tutore la *cautio rem pupilli salvam fore*, che in questo caso il tutore non ha prestato. Va osservato l'impiego dell'avverbio *recte*, in quanto tra tutore *patruus* ed *avunculus* è sempre il primo ad essere privilegiato: siamo costretti a pensare che o non esiste alcun tutore in linea maschile ovvero che non era in grado di esercitare la tutela.

CI. 5.28.7, Impp. Dioclet. et Maxim. AA. Tryphaenae (a. 294).

Tutela contra tutorem mota, quem testamento patris (si in eius fuisti potestate) datum proponis, reddi tibi si quid debetur competens iudex aditus iubebit. Curatorem enim inutiliter in testamento dari non ambigitur. D. XVII K. Mai. Sirmi. CC. Conss.

L'azione di tutela avanzata contro il tutore, che asserisci esserti stato dato nel testamento paterno, se fosti in sua potestà, farà sì che il giudice competente da te adito ordinerà che ti sia restituito quanto dovuto se qualcosa è dovuta. Infatti non è oggetto di discussione che inutilmente nel testamento è nominato un curatore.

Questa costituzione è della massima importanza. Innanzitutto dimostra che gli istituti della tutela e della cura non si sono fusi, e siamo nel 294 d.C.; in secondo luogo che anche per una donna di evidente origine orientale valeva il principio della emancipazione dalla potestà paterna, in quanto gli imperatori utilizzano l'avverbio *inutiliter*, cioè inefficace, e che doveva trattarsi di una donna maggiorenne, il che corroborava il principio della equiparazione di una donna ad un uomo.

CI. 5.30.1, Impp. Dioclet. et Maxim. AA. Firminae (a. 290).

Ad avunculos nec masculorum tutelae ex lege duodecim tabularum deferuntur, cum solum patruis, si non excusaverint, id ius tributum sit. PP. VIII K. Iun. ipsis AA. IIII et III Conss.

Da questa norma si sviluppò, nel periodo postclassico, una generale inalienabilità del patrimonio pupillare.

Le tutele, neppure quelle dei maschi, sono deferite agli zii materni in forza della legge delle XII Tavole, perché questo diritto è stato attribuito solo agli zii paterni, a meno che non abbiano chiesto la dispensa.

È degno di essere sottolineato che ancora in età tardoantica, almeno agli inizi, è valido il principio della ‘supremazia’ della linea paterna su quella materna e che per avvalorarlo sia invocata la legge delle XII Tavole, a testimonianza assoluta del rispetto della tradizione da parte degli imperatori e della loro cancelleria.

CI. 5.39.4, Impm. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Maximianae (a. 293).

Si hi, qui te in pupillari aetate constituta fuerunt tutores, postea in administratione perseverantes vel curatores constituti tua praedia locaverunt, eos competenter conveni: sed ex eorum contractu utilis tibi quaeri potuit contra successores conductoris actio. S. III Non. Mart. AA Conss.

Se coloro che furono tuoi tutori in età pupillare, di poi perseverarono nell’amministrazione o nominati curatori dettero in locazione i tuoi fondi, possono essere convenuti appropriatamente. Ma un’utile azione avresti potuto richiedere contro i successori del conduttore.

In questa fattispecie gli imperatori propongono al pupillo divenuto *maiore aetate* due possibilità di azione contro coloro che locarono i fondi del maggiore di età: o l’azione per i negozi gestiti, ovvero un’azione utile *ex contractu* contro i successori del conduttore. L’esistenza della seconda possibilità è chiaramente a favore del minore di età, potendo il conduttore e, conseguentemente i suoi eredi, essere in buona fede.

CI. 5.39.5, Impm. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Onesimae (a.294).

Per tutorem pupillo actio nisi certis ex causis quaeri non potest. D. Iid. Dec. CC. Conss.

Non può attraverso il tutore essere richiesta un’azione contro il pupillo, se non per determinate cause.

Nell’amministrazione patrimoniale del pupillo il tutore andava incontro ad una forma di responsabilità identificabile nella rappresentanza o meglio nella interposizione gestoria. Non in tutti i casi, comunque, gli effetti dei negozi posti in essere dal tutore si verificavano in capo a lui, per ricadere, poi, nella sfera giuridica del pupillo²².

²² In questi casi interveniva il pretore che concedeva, a favore e contro il pupillo, le azioni che sarebbero spettate a favore e contro il tutore: si trattava, dunque, di azioni concesse in via utile, e più precisamente di azioni con trasposizione di soggetti. Così TALAMANCA, *Istituzioni*, cit. p.165.

CI. 5. 59.2, Impp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Serenae (a. 294).

Nec actiones sine tutoris auctoritate in aetate pupillari constituta remittendo quicquam amittere poteris. S. XVII k. Mai. CC. Conss.

Non potrai perdere qualcosa rimettendo le azioni proposte in età pupillare senza l'autorizzazione del tutore.

Il non tener conto della mancanza di un'*auctoritas* del tutore nella proposizione e successiva remissione di azioni intentate dalla pupilla, presumibilmente prossima alla maggiore età, non porta ad essa alcuno svantaggio.

CI. 5.75.5, Impp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Eugeniae (a. 294 ?).

In magistratus municipales tutorum nominatores, si administrationis finito tempore non fuerint solvendo nec ex cautione fideiussionis solidum exigi possit, pupillis quondam in subsidium indemnitis nomine actionem utilem competere ex senatus consulto, quod auctore divo traiano parente nostro factum est, constitit. D. VII id. Dec. ipsis et Conss.

Nei confronti dei magistrati municipali che nominano i tutori, se, finito il tempo dell'amministrazione, questi ultimi non erano stati solvibili, né si poteva esigere in solido sulla base della cauzione fideiussoria, agli ex pupilli già da tempo compete, a sussidio della indennità loro dovuta, un'azione utile ex senatusconsulto, deliberato sotto l'autorità del divino Traiano, nostro parente.

Diocleziano invoca una antica costituzione di Traiano, che disponeva, nel caso *de quo*, un'azione utile contro i magistrati che avevano nominato tutori manifestamente insolventi e fraudolenti come ausilio dell'indennità dovuta.

2.d. – In tema di *donatio*, a partire dall'età postclassica l'affermazione di un altro istituto contribuisce alla creazione di un patrimonio per le necessità dell'unione coniugale. Era usanza, infatti, in Oriente che il fidanzato facesse alla donna una donazione cospicua detta *donatio ante nuptias* in vista delle successive nozze e subordinatamente alla loro conclusione. L'usanza dei doni esisteva anche a Roma, ma si trattava di regali di scarso importo esaurienti la loro funzione all'interno del rapporto di fidanzamento: per recuperarli in caso di rottura, occorreva averli fatti a espressa condizione che seguissero le nozze. Un testo che documenta una donazione posta in essere da uno *sponsus minore* è:

CI. 2.29.1, Impp. Diocl. et Maxim. AA. Theodotae (a. 285).

Si quae res ante nuptias congruenti moderatione a minore annis marito sponsaliorum tempore, etiam curatore praesente, tibi donatae sunt, obtentu aetatis non revocabuntur. S. III Non. Nov. Diocletiano A. et Aristobulo Conss.

Se talune cose, prima delle nozze con conveniente moderazione da un minore di anni 25, marito al tempo degli sponsali, presente anche il curatore, furono donate a te, con il pretesto dell'età non saranno revocate.

Destinataria del rescritto è Teodora, la quale si è rivolta all'imperatore in seguito al tentativo dello *sponsus* di ripetere, una volta concluso il matrimonio, l'oggetto della liberalità compiuta *ante nuptias tempore sponsaliorum*, con il pretesto dell'età. La donazione in questo caso è da considerarsi irrevocabile. Probabilmente l'unica possibilità per ripetere quanto donato, sarebbe stata costituita dalla minore età. L'imperatore però esclude la ripetizione, sul presupposto che i beni erano stati donati alla presenza del curatore e con moderata misura e soprattutto perché le nozze si erano concluse²³.

Si è sostenuto²⁴ che questo passo avrebbe fatto parte di un unico rescritto insieme a CI. 5.71.8, come risulta dall'identità della destinataria e dalla data di emissione:

Impp. Diocletianus et Maximimianus AA. Theodotae. (a. 285).

Praedia rustica, quae contra sentaum consultum donata esse ante nuptias sponsaliorum nomine precum tuarum confessio ostendit, cum proprietas ad te propter iuris interdictum transire, non potuerit, in dominio mariti permanesse palam est. PP. III non. Nov. Diocletiano A. II et Aristobulo cons.

La confessione della tua supplica dimostra che i fondi rustici, contravvenendo il senatoconsulto, furono dati a titolo di sponsali prima delle nozze: la proprietà, per il divieto del diritto, non essendo potuta passare a te, è chiaro che restò nel dominio del marito.

Mentre le donazioni effettuate dal minore al tempo degli *sponsalia* con moderata misura e alla presenza del curatore erano divenute irrevocabili, non così, afferma l'imperatore, per la donazione di fondi rustici che, come la confessione della destinataria nella supplica dimostra, erano stati donati dallo *sponsus* minorene a titolo di sponsali prima delle nozze, contravvenendo al senatoconsulto²⁵ che ne vietava la trasmissione della proprietà alla donna, senza la preventiva emissione del decreto del pretore²⁶. In tal caso la donazione non sarebbe stata valida e la proprietà di quei fondi sarebbe rimasta al marito.

²³ Così P. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, Milano 2000, p. 79.

²⁴ G. CERVENCA, *Studi sulla cura minorum. 3. L'estensione ai minori del regime dell'Oratio Severi*, in BIDR. 82 (1979), 77 s. Su C. 2.29.(30),1, si veda anche G. CERVENCA, *Studi sulla cura minorum. 1. Cura minorum e Restitutio in integrum*, in BIDR 75 (1972), 257 s..

²⁵ Si tratta del senatoconsulto che estendeva l'operatività dell'*Oratio Severi* ai *praedia* dei minori in base al quale tali fondi non potevano essere trasferiti senza la preventiva emissione del decreto del pretore.

²⁶ 'La cancelleria dà per scontato', scrive il CERVENCA, *Studi sulla «cura minorum» 3*, cit., p.77 ss., 'che la donazione di un *praedium rusticum* da parte di un minore di venticinque anni comporti la

Le donazioni inofficiose. - Per donazione inofficiosa si intende una donazione smodata che lede la legittima, ovvero quella parte di patrimonio ereditario che viene riconosciuta ai legittimari. Come rimedio a tale evenienza fu concessa la c.d. *querela inofficiosae donationis ad instar* della *querela inofficiosi testamenti*²⁷.

In CI. 3.29.4, l'imperatore, tuttavia, suggerisce alla postulante Calpurnia Aristaneta, un altro rimedio: la *restitutio in integrum ex filii persona*.

Si filius tuus immoderatae liberalitatis effusione patrimonium suum exhaustit, praesidis provinciae auxilio uteris, qui discussa fide veri, si in integrum restitutionem ex filii persona competere tibi ob improbabilem donationis enormitatem animadverterit, in removendis his quae perperam gesta sunt tibi subveniet. Ideoque non est tibi necessarium adversus immodicas donationes auxilium ad instar inofficiosi testamenti. PP. IIII id. Febr. Mediolani Maximo II et Aquilino Conss.

Se tuo figlio ha prosciugato il suo patrimonio con elargizioni smodate, ti servirai dell'aiuto del governatore della provincia, il quale, dopo aver vagliato la questione alla ricerca della verità, se osserverà che ti compete la *restitutio in integrum ex persona filii*, per la improbabile enormità della donazione, ti verrà in aiuto nel rimuovere tutto ciò che malamente si fece: e perciò non è necessario che contro le smodate donazioni ti avvalga della *querela ad instar inofficiosi testamenti*.

In CI. 8.53.6. Imp. Diocl. et Maxim. AA. Calpurniae Aristaeneta (a. 286), si aggiunge che : *Nec ambigi oportet donationes etiam inter absentes, maxime si ex voluntate donantium possessionem in quibus donatum est nanciscantur, validas esse.* PP. IIII id. Febr. Mediolani Maximo II et Aquilino Conss.

Non si deve dubitare che siano valide anche le donazioni fatte tra assenti, e specialmente se, per volontà dei donanti, acquistano il possesso coloro cui la donazione si fece.

I due frammenti fanno parte di un unico rescritto riportato anche in *Vaticana Fragmenta* 282, indirizzato a Calpurnia Aristeneta, una donna provinciale²⁸. Si tratta di un minore che in vita dilapida il patrimonio familiare, ledendo gli interessi alla *portio legitima* degli altri soggetti chiamati ad una futura successione. Morto il

violazione di un senatoconsulto, e il motivo di tale violazione – e cioè la mancata emissione del decreto da parte del pretore- è addirittura sottinteso²⁷.

²⁷ Questo rimedio, documentato per la prima volta in un rescritto di Severo Alessandro (D. 31.87.3 (*Paulus libro quarto decimo responsorum*)), fu confermato da successive costituzioni imperiali, ma è soltanto con Diocleziano che assurge a rimedio generale, v. per tutti M. DE FILIPPI, *Fragmenta Vaticana*. cit., pp.193, 194.

²⁸ L'HONORE', *Emperors and Lawyers*, London 1994², p.162, e il CORCORAN, *The Empire*, cit., p. 91, individuano come estensore del rescritto Arcadio Carisio, il quale avrebbe rivestito la carica di *magister libellorum*, la prima volta nel 286-287 d.C. nella cancelleria di Massimiano.

minore, la madre di lui si rivolge agli imperatori per sapere quali rimedi porre in essere per reintegrare il patrimonio sperperato dal figlio. Probabilmente la richiedente deve aver prospettato la possibilità di azionare la *querela ad instar inofficiosi testamenti*, se gli imperatori la sconsigliano dal farlo, e le suggeriscono di rivolgersi al governatore della provincia, il quale dopo aver accertato la corrispondenza al vero delle affermazioni materne, verificherà se le compete, piuttosto una *restitutio in integrum ex filii persona*, per la inammissibile enormità della donazione.

Da questa prima parte del rescritto²⁹ è possibile trarre due dati molto interessanti: da un lato si suggerisce alla postulante il ricorso alla *in integrum restituito*, uno strumento più rapido ed efficace in luogo della *querela ad instar inofficiosi testamenti*, il cui esperimento presentava difficoltà tecniche e ‘lungaggini’; dall’altro si attribuisce alla donna la rappresentanza degli interessi del figlio defunto. Quest’ultimo dato, è particolarmente importante perché ‘rivoluziona’, forse per la prima volta, il principio classico della incapacità della donna a gestire gli interessi del figlio per *infirmas sexus* o *levitas animi*³⁰.

Nella seconda parte della costituzione (CI. 8.53.6) si ribadisce, con tono autoritativo (*nec ambigi oportet*), la validità delle donazioni anche *inter absentes*, soprattutto se le cose donate all’assente sono entrate a far parte, a titolo di possesso, nel patrimonio di quest’ultimo, e la donazione è divenuta un atto produttivo di effetti per il diritto civile.

Da Vat. 282 apprendiamo un dato ulteriore, che il rescritto è una benevola risposta dell’imperatore ad Aurelia Aristeneta, la quale, non contenta di una precedente rescritto aveva rivolto un’altra supplica, forse nella speranza di raggiungere il suo scopo.³¹

Idem Calpurniae Aristaenetae. Quoniam non contenta rescripto, quod ad primas preces acceperas, iterato supplicare voluisti, ex iure rescriptum reportabis. Communes res in solidum donari nequeunt, sed portiones eorum qui donat ad eos qui dono accipiunt transitum faciunt. Nec ambigi oportet donationes etiam inter absentes, si ex voluntate donantium possessionem in quibus donatum est nanciscantur, validas esse. Restat ut si filius tuus immoderate liberalitatis effusione patrimonium suum exhausit, iuxta legum placita praesidis provinciae auxilio utaris, qui discussa fide veri, si integri restitutionem ex filii persona competere tibi ob improbabilem donationis enormitatem animadverterit, in removendis his

²⁹ La prima parte del rescritto, CI. 3, 29,4, è stata commentata da G.G. ARCHI, *La donazione. Corso di diritto romano*, Milano 1960, 158 e ss., e da E. CARRELLI, *Sul beneficium restitutionis*, in SDHI 4 (1938), 40 e ss..

³⁰ Così D. PIACENTE, *Aurelio Arcadio Carisio. Un giurista tardo antico*, Bari 2013, pp.32 ss..

³¹ Così VOLTERRA, *Les femmes dans les ‘inscriptiones’*, cit., p. 722.

quae perperam gesta sunt tibi subvenit. Proposita III id. Feb. Mediolani³² Maximo et Aquilino cons.

Vat. 282 riporta il rescritto che appare essere stato, all'origine, più articolato rispetto alla frammentazione dovuta ai compilatori giustiniani: innanzi tutto sappiamo che la postulante si era già rivolta all'imperatore, ma che non contenta della risposta ricevuta aveva inviato a lui una seconda petizione probabilmente più particolareggiata della prima. I quesiti rivolti nella petizione dovevano infatti esser più d'uno: 1) Se le *res comunes* potessero donarsi *in solidum*; 2) Se le *donationes* fatte tra *absentes* fossero valide; 3) Se (come risulta da CI. 3.29.4) contro la donazione smodata del figlio defunto si potesse esperire la *querela inofficiosae donationis*. L'imperatore allora consiglia la donna di rivolgersi al preside della provincia, il quale dopo aver accertato la corrispondenza al vero delle sue affermazioni, valuterà se le competa piuttosto *una restitutio in integrum*.

Una differente risposta di Diocleziano riserva alla petizione, sempre in tema di donazioni inofficose, ad un'altra donna provinciale, in CI. 3.29.6:

Imp. Diocl. et Maxim. AA. Demetrianae (a. 286).

Cum donationibus in fratrem tuum collatis facultates patris tui exhaustas esse eundemque patrem vestrum ea quae superfuerant codicillis inter vos divisisse proponas, si voluntatem eius non agnovisti nec beneficio aetatis adversus haec iuvare poteris nec tantum dos a patre data et fideicommissum continent, quantum ad submovendam querellam sufficiat, de enormitate donationum ad exemplum inofficiosi testamenti praeses provinciae iurisdictionis suae partes exhibebit. PP. VI K. Mai. Maximo et Aquilino Cons.

Mentre proponi che, con donazioni fatte a tuo fratello, furono esaurite le fortune di tuo padre e che lo stesso padre vostro con codicilli tra voi divise quelle cose che vi erano rimaste, se non riconoscesti la sua volontà, non con il beneficio dell'età potrai essere soccorsa contro queste cose, e neppure solo la dote data dal padre ed il fedecommesso contengono quanto basti a rimuovere la querela; sulla enormità delle donazioni il preside della provincia disimpegnerà l'ufficio della sua giurisdizione sull'esempio del testamento inofficioso.

Una tale Demetriana dichiara nella supplica all'imperatore che il fratello con donazioni smodate ha esaurito le fortune del padre, il quale con codicilli divise poi tra lei e il fratello quelle cose che gli erano rimaste. Non condividendo, però, la volontà del padre chiede all'imperatore a quali rimedi può ricorrere per tutelare i suoi

³² Il MOMMSEN, in *Collectio iuris anteiustiniani*, III, Berlin 1890, proponeva come luogo di emissione del rescritto Nicomedia, in quanto non riconosceva ad un Cesare di rispondere ad una supplica. Al contrario il CORCORAN, *The Empire*, 272 ss. scrive: «Massimiano diverrà Augusto il primo aprile del 286 d.C. Questa circostanza non costituiva un impedimento ad avere una propria cancelleria o quanto meno un funzionario *a libellis*, dal momento che ad un Cesare non poteva essere negato almeno il *ius respondendi* anche se in misura ridotta rispetto all'unico Augusto, Diocleziano.

interessi. Non il beneficio dell'età potrà esserle d'aiuto in queste cose e neppure soltanto la dote data dal padre ed il fedecommesso possono rimuovere la querela, l'imperatore, allora, le suggerisce di rivolgersi al preside della provincia che deciderà sulle donazioni inofficiose, che in questo caso, non si revocano per il solido, ma soltanto fino al termine e all'ammontare della *portio legitima*. La *querela inofficiosae donationis*, infatti, a differenza della *querela ad instar inofficiosi testamenti* che aveva una finalità rescissoria dell'intero testamento, mirava alla revoca degli atti lesivi dell'aspettativa alla sola quota legittima, inoltre trattandosi di revoca parziale, con la *q.i.d.* era fatto salvo anche il dovere di *pietas*, del donante, a differenza della *q.i.t.*, che aveva la finalità di dimostrare l'insania del testatore.

Il rescritto è importante perché attesta, insieme ad altri interventi imperiali³³, che solo con Diocleziano si compie quel processo per cui la revoca di donazioni che ledono la legittima, revoca che pure era stata ordinata da imperatori a lui precedenti per motivi di equità, dettati dalle circostanze concrete sottoposte al loro esame, assurge ora con lui a rimedio generale.

Donatio perfecta era considerata, ancora ai tempi di Diocleziano, la donazione eseguita, ormai compiuta, che non poteva più essere facilmente rescissa, come nel caso riportato in CI. 4.38.3.

Imp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Valeriae Viacra.

Si donationis causa venditionis simulatus contractus est, emptio sui deficit substantia. Sane si in possessionem rei sub specie venditionis causa donationis, ut te aleret, induxisti, sicut donatio perfecta facile rescindi non potest, ita legi, quam tuis rebus donans dixisti, parere convenit.

Se con un contratto di vendita è simulata una donazione, manca la sostanza della vendita. Senza dubbio, se sotto specie di vendita hai immesso un altro nel possesso della cosa a titolo di donazione e con patto “che ti desse gli alimenti” siccome la donazione perfetta non può facilmente rescindersi, così conviene che sia fatta osservare la condizione imposta nel donare.

Se si è simulato per un contratto di vendita una donazione, la vendita è nulla in quanto non di vendita si tratterebbe, giacché ne mancherebbero i presupposti, ma, avendo immesso un altro nel possesso della cosa a titolo di donazione e con patto “che ti si dessero gli alimenti”, in questo caso si tratta di una donazione perfetta³⁴, cioè valida per lo *ius civile*, e non più facilmente rescindibile. Conviene, pertanto, che sia fatta osservare la condizione imposta nel donare.

³³ Così M. DE FILIPPI, *Fragmenta Vaticana*. cit., p.192.

³⁴ Nel caso in specie il donante ha voluto simulare con una vendita, il cui prezzo anziché in denaro sarebbe stato costituito dal patto di somministrare gli alimenti ad Aurelia, una donazione.

Ancora di una *donatio perfecta* si tratta in CI. 5.3.14, Impp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Aureliae:

Si consentiente matre sua sponsus filiae tuae mancipia donavit et his acceptis in dotem non aestimatis in matrimonio post decessit, mater eademque heres eius pretium offerens restitutionem eorum improbe recusat.

Se, consentendo sua madre, lo sposo donò a tua figlia degli schiavi, e ricevutigli in dote senza stima, morì in costanza di matrimonio, la madre ed erede di lui inutilmente ricusa che le vengano restituiti, offrendone l'equivalente in denaro.

La mancanza della stima in danaro della dote, non consente alla madre ed erede del figlio che le vengano restituiti gli schiavi, pur avendo questa offerto l'equivalente in danaro, in quanto la donazione-dote rimane pertanto valida.

CI. 5.3.12, Impp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. Timoclae et Cleotimae (a. 294).

Si mater vestra filiae suae sponso vel marito praedia sine ulla repetendi lege donavit et eum in vacuum induxit possessionem, nuptiis divortio solutis perfecta non dissolvitur donatio. S. VI id. Febr. Sirmi CC. Conss.

Se vostra madre allo sposo o al marito di sua figlia donò dei fondi senza alcun patto di ripeterli, e lo immise nel possesso vacante, sciolte le nozze, per divorzio non viene meno però la donazione perfetta.

Le sorelle Timoclea e Cleotima chiedono all'imperatore se si possa rescindere la donazione dei fondi che la madre ha effettuato nei confronti dello sposo o marito di una delle sue figlie, e che, senza aggiungere alcun patto di restituzione, lo immise nel possesso di quelli. La risposta di Diocleziano è negativa in quanto, anche se intervenuto il divorzio, la *donatio perfecta* non può essere revocata

Il pentimento non può rescindere la donazione valida è quanto si ricava da tre rescritti: CI. 5.16.23; CI. 8.53.17; e da CI. 8.56.6. Cominciamo dal primo:

Impp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. Caecilianae. (a. 294).

Si te in vacuum possessionem praedii socrus tua titulo donationis ante matrimonium vel post induxit, ad rescindendam donationem paenitentia nihil proficit. S. k. Nov. Brundisii CC. Conss.

Se tua suocera, prima del matrimonio o dopo, a titolo di donazione, ti immise nel vacante possesso del fondo, non giova il pentimento a rescindere la donazione.

La suocera può fare donazione alla nuora sia prima che dopo il matrimonio, e una volta trasmessole il possesso, la donazione, valida per lo *ius civile*, non può più rescindersi a causa del pentimento della donante.

La madre può donare ai propri figli liberamente, ma non può revocare la donazione perfetta col pretesto dell'assenza del marito e dei figli, giacché la validità di questa non richiede la loro presenza:

CI. 8.56.6. Imp. Diocl. et Maxim. AA. CC. Herenniae (a. 294).

Velles nec ne filio tuo praedia itemque mancipia donare, fuit initio tibi liberum. Desine itaque postulare, ut donatio quam perfeceras revocetur sub praetextu mariti ac liberorum absentiae, cum huius firmitas ipsorum praesentia non indigeret. S. V k. Oct. Viminacii CC. Conss.

Da principio fu in tua libertà, se volevi o no donare a tuo figlio i fondi e gli schiavi ancora, sicché cessa di chiedere, che la donazione che avrai fatta sia revocata col pretesto dell'assenza del marito e dei figli.

Anche in quest'ultimo caso, la madre non può illudersi di pensare di poter revocare, in seguito a pentimento, le donazioni fatte sia ai figli emancipati, sia a quelli sottoposti a potestà del padre, sia a quelli divenuti *sui iuris*:

CI. 8.53.17. Imp. Diocl. et Maxim. AA. CC. Hermiae.

Sive emancipatis filiis res donasti sive in potestate constitutis et sui iuris effectis ac tenentibus non ademisti, blandiri tibi non debes, velut res donatas ex paenitentia liceat auferre. S. VI k. Ian. AA. Conss.

Sia che donasti le cose ai figli emancipati o costituiti in potestà o divenuti *sui iuris*, sia che tenendole non le togliesti loro, non devi illuderti che in seguito a pentimento sia permesso riprendere le cose donate.

Ancora un caso di pentimento da parte di una donna per una donazione fatta in frode ad un altro è riportato in:

CI. 8.55.4, Imp. Diocl. et Maxim. AA. Proculae.

Confiteri in fraudem te alterius donasse professionem inhonestam continere intellegas. Itaque si donationem perfecisti, eam revocare non potes ex memorata adlegatione sub obtentu paenitentiae. PP. k. April. Heracliae AA. Conss.

Mentre confessi che tu hai donato in frode ad un altro ben comprendi che ciò contiene una disonesta confessione. Sicché se eseguisti la donazione, non la puoi revocare per la suddetta allegazione, sotto pretesto di pentimento.

Una donna provinciale di nome Procula confessa nella petizione che ha fatto una donazione in frode ad un altro e chiede all'imperatore se, essendosi pentita possa revocarla. La richiesta, frutto di una disonesta confessione, non può essere accolta, nonostante il pentimento della donna, essendo la donazione divenuta perfetta.

Le donazioni non valide. - Il generale divieto di donazione tra coniugi impediva loro di compiere donazioni valide per lo ius civile in quanto la proprietà di queste non poteva essere trasferita durante il matrimonio né all'inizio né alla fine di esso se fosse intervenuto il divorzio, o se la donataria fosse morta prima del donante, o che quest'ultimo l'avesse poi revocata. È quanto viene ribadito in un rescritto di Diocleziano inviato ad una tale Materna, una donna provinciale:

CI. 5.16.18. Impp. Diocl. et Maxim. AA. CC. Maternae (a. 293).

A marito in uxorem donatione collata matrimonii tempore nec initio dominium transferri potest nec post, si divortium intercesserit vel prior persona quae liberalitatem accepit rebus humanis fuerit exempta vel ab eo qui donavit fuerit revocata, potest convallescere. Sub die IIII k. Iul. Serdicae AA. Conss.

Fatta la donazione del marito alla moglie in tempo di matrimonio, il dominio non può essere trasferito né dal principio, né posteriormente se sia intervenuto il divorzio, o se la persona che ricevette la liberalità sia morta la prima, o colui che donò abbia revocato la donazione, può questa più essere valida.

Neppure il tentativo di aggirare il divieto attraverso una delegazione *in dando* o il ricorso ad una *imaginaria venditio* tra creditore e venditore era consentito al marito per trasferire alla moglie la proprietà della cosa donata alla moglie poiché tanto gli atti che si fanno simultaneamente, quanto quelli che nel tempo del matrimonio fa il marito a causa di donazione in favore della moglie, si tengono come non avvenuti per il divieto del diritto civile, tanto più poiché dici essere la moglie defunta, restando superstite il marito: è quanto apprendiamo da questo rescritto.

CI. 5.16.20. Impp. Diocl. et Maxim. AA. CC. Claudiae (a. 294).

Creditor debito soluto de pignore liberato nihil ad uxorem debitoris quondam transferre potuit. Sed nec consensus eiusdem debitoris per eum qui creditor fuit accedens imaginariae factae venditioni ad dominium transferendum prodesse quicquam potuit, cum tam ea quae simulatae aguntur, quam quae in uxorem a marito donationis causa tempore matrimonii procedunt, propter iuris civilis interdictum (cum proponas uxorem superstite marito rebus humanis exemptam) pro infectis habeantur. D. V id. Aug. Viminaci CC. Conss.

Il creditore, pagato il debito, nulla poté trasferire del pegno liberato alla moglie di colui che fu suo debitore. E neppure il consenso dello stesso debitore dato per mezzo di colui che fu suo creditore poté in nulla giovare all'immaginaria vendita fatta per trasferire il dominio: poiché tanto gli atti che si fanno simulatamente, quanto quelli che nel tempo del matrimonio fa il marito a causa di donazione in favore della moglie si ritengono come non avvenuti per il divieto del diritto civile, poiché alleggi esser la moglie defunta, restando superstite il marito.

Il marito libera il suo pegno dal creditore e lo soddisfa. Dopo simula d'aver tacitamente venduto il pegno al creditore, perché questi lo doni, poi, alla moglie. La domanda della postulante all'imperatore doveva essere di questo tenore: si poteva considerare valida la vendita simulata del pegno fatta per trasferirne la proprietà alla moglie? La risposta della cancelleria imperiale è senz'altro negativa, in quanto tanto gli atti che si fanno simulati, tanto quelli che il marito fa a causa di donazione durante il matrimonio alla moglie sono vietati dallo *ius civile*.

La conferma della donazione fatta nel testamento rende questa valida. - L'antico divieto delle donazioni fra coniugi che le rendeva nulle *ipso iure*, conosce, tuttavia, una convalida:

CI. 5.16.14, Impm. Diocl. et Maxim. AA. Octavianae (a. 290).

Ex verbis, quae in postremis iudiciis inseruntur, licet ad fideicommissum vel legatum utilia sunt, non omnimodo legati vel fideicommissi persecutio datur, sed ita demum, si relinquendi studio huiusmodi verba fuerint adscripta. Unde te voluntatis, non iuris quaestionem in preces tuas contulisse palam est. Cum igitur lecto testamento animadvertimus maritum tuum ex praecedente donatione dominium tibi conservasse securitatis tuae ad obtinendam proprietatem cavisse, inditorum verborum conceptio non fideicommissum relictum ostendit, sed ex senatus consulti auctoritate liberalitatem mariti tui, cui custodiendae etiam moriens prospexit, quatenus firmare potuit dominium, mortis tempore tibi esse addictam. PP. III Non. Oct. ipsis AA. Conss.

Non si può ottenere il legato o il fedecommissio in virtù delle parole che negli atti di ultima volontà si inseriscono, benché siano utili al fedecommissio o al legato: ma allora soltanto se quelle parole siano state scritte con intenzione di lascito: per cui è evidente che le tue suppliche contengano la questione di volontà non la questione di diritto. Ora siccome, letto il testamento, abbiamo rilevato che tuo marito con la precedente donazione ti aveva riservato il dominio ed aveva provveduto alla tua sicurezza circa il conseguimento della proprietà, il modo con cui sono concepite le dette parole nostre non che sia stato lasciato un fedecommissio, ma che per autorità del senato consulto ti è stata attribuita al tempo della morte la liberalità di tuo marito, che, anche morendo, provvide a custodirla, in quanto poté confermarne il dominio.

Ottaviana invia nella sua supplica all'imperatore copia del testamento redatto da suo marito dal quale risulta che in vita aveva provveduto alla sua sicurezza economica donandole una proprietà, donazione che, però, non produceva effetti per diritto civile per il divieto di donazioni tra marito e moglie. Per dare validità alla precedente donazione (di fatto) il marito lascia un fedecommissio nel quale ribadisce la sua volontà di donare alla moglie. La risposta imperiale cancella i dubbi della richiedente affermando che la questione da lei sottoposta riguarda più che la validità

del fedecommesso, peraltro in questo caso inutile³⁵, la conferma della volontà del donante premorto alla donataria in costanza di matrimonio. Conferma che per l'autorità del Senato consulto che, nel 206 d.C.³⁶ era intervenuto a riconoscere la validità delle donazioni fra coniugi, non revocate in vita dal donante.

2.d. – L'Amelotti considera cospicuo l'impulso innovativo che Diocleziano imprime all'adozione³⁷: “A sollecitare l'intervento dell'imperatore in materia”, egli scrive, “è proprio l'ambiente provinciale, specie l'Oriente, come si può desumere dal nome dei destinatari dei rescritti. I provinciali non potevano cogliere le differenze e le finalità dell'*adoptio* da quelle dell'*adrogatio*”. Per il diritto romano l'adozione serviva trasferire un *filiufamilias* dalla potestà di un padre a quella di un altro pater, mentre l'*adrogatio* serviva ad assicurare la perpetuazione di una famiglia a chi ne fosse privo e presumibilmente non potesse più avere figli naturali. I provinciali, erano portati piuttosto a servirsi delle loro forme tradizionali, in particolare dell'atto scritto, e disponevano di un'unica forma di adozione dalla denominazione greca l'ὀλοθεσία³⁸, né potevano percepire l'assurdità che una donna volesse adottare³⁹.

L'imperatore, in CI. 8.47.5, si fa interprete di un'istanza proveniente da Sira, una donna provinciale:

Impp. Diocl. et Maxim AA. Syrae

A muliere quidem, quae nec suos filios habet in potestate, adrogari non posse certum est.

Verum quoniam in solacium amissorum tuorum filiorum privignum tuum cupis in vicem

³⁵ “Sulla scelta del mezzo, attraverso il quale dare efficacia alla *perseverantia voluntatis* inquadrare questa fattispecie in una delle già note disposizioni di ultima volontà a titolo particolare era discusso nelle fonti”, G.G. ARCHI, *La donazione. Corso di diritto Romano*. Milano 1960, pp. 220 ss., sottolinea, in proposito, che “A togliere ogni dubbio sta C. 5.16.14 di Diocleziano, una costituzione nella quale si dice che, se la *donatio* è stata dal coniuge donante esplicitamente confermata in un testamento con parole, che potrebbero essere utili anche per il conferimento di un fedecommesso, ciò non significa affatto che al coniuge donatario si debba concedere senz'altro la *persecutio fideicommissi*. Per concedergliela, bisogna superare una *quaestio voluntatis*, e cioè il coniuge donatario dovrà dimostrare che il coniuge donante, con l'esplicita convalida nel suo testamento, ha voluto si direbbe quasi trasformare la donazione in fedecommesso. Altrimenti si avrà la convalida *ex senatusconsulti auctoritate*, nonostante la disposizione del testamento”.

³⁶ Cfr. E. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione degli atti giuridici mediante 'conversione' in diritto romano*. Napoli 1965, pp. 242 ss. G.G. ARCHI, *L'evoluzione della donazione nell'epoca postclassica*. In *Scritti di Diritto Romano*, II, 1981, p. 1269, ed ivi letteratura.

³⁷ AMELOTI, *Per l'interpretazione*, cit., pp. 124 ss..

³⁸ Nei diritti provinciali, l'adozione per lo più non era diretta ad istaurare un vincolo potestativo, ma solo un rapporto fittizio di filiazione. Sull'adozione in diritto greco e nei diritti orientali, esiste una vasta letteratura, v. per tutti E. VOLTERRA, s.v. *Adozione*, in *NNDI.*, pp. 286-287.

³⁹ Come attestano le fonti orientali, la possibilità dell'adozione da parte della donna era incontrovertibile. Sul punto cfr. E. NARDI, *Poteva la donna nell'impero romano adottare un figlio?*, in St. Biscardi I (Milano 1982) pp. 197 ss..

legitimae subolis obtinere, adnuimus votis tuis secundum ea, quae adnotavimus, et eum proinde atque ex te progenitum ad fidem naturalis legitimique filii habere permittimus. S. Prid. non. Dec. Triballis Tiberiano et Dione Conss.

È chiaro che una donna che non ha in potestà nemmeno i suoi figli non possa arrogare. Ma per compensare la perdita dei tuoi figli, desideri avere in luogo di una legittima discendenza, il tuo figliastro: usiamo condiscendenza al tuo desiderio, secondo quanto abbiamo annotato nella supplica, e permettiamo di averlo non altrimenti, che come da te generato, ed occupare il luogo di figlio naturale e legittimo.

Si tratta di un brano assai noto alla dottrina romanistica, che se ne è occupata sotto vari profili⁴⁰. Secondo la *communis opinio* l'imperatore avrebbe introdotto con questa costituzione una deroga al regime originario dell'*adrogatio*, concedendo eccezionalmente e per la prima volta, ad una donna la possibilità di adrogare, pur nei limiti da lui stesso indicati nel testo; e soprattutto, che l'innovazione sarebbe stata possibile per la spinta proveniente dagli ambienti provinciali.

Riaffermata la regola classica secondo la quale la donna non possa adrogare perché non ha la potestà nemmeno sui propri figli, Diocleziano prospetta la particolarità della fattispecie e la possibilità, sia pure in via eccezionale, di darle una benevola soluzione⁴¹: concede, cioè, alla donna, che ha perso i suoi figli, di considerare il suo figliastro come se fosse stato da lei generato e di ritenerlo come fosse un suo figlio naturale e legittimo.

La soluzione scelta dall'imperatore, quella di ricorrere all'*adrogatio per rescriptum principis*⁴² piuttosto che all'*adoptio* si spiega con la diversa funzione che esplicavano le due forme di adozione: L'*adoptio*, ricordo, serviva a trasferire un *filius familias* dalla *potestas* di un *pater* a quella di un altro *pater*, e rispetto ai due *patresfamilias* interessati, costituiva, dunque, rispettivamente un modo di acquisto della *patria potestas*; l'*adrogatio*, invece per la sua funzione socio-economica non fissava direttamente limiti al compimento dell'atto, era il *pontifex maximus*, in quanto aveva un potere discrezionale, che concedeva la possibilità di creare un *suus heres* a chi ne fosse privo, e presumibilmente non potesse più avere figli naturali. Diocleziano, in quanto *pontifex maximus* concedendo alla donna la possibilità di

⁴⁰ Così CARMELA RUSSO RUGGERI, *Ancora sulla donna adottante*. In *Labeo* v. XXXVI, 1990, pp. 65 ss., ed ivi bibliografia.

⁴¹ Così AMELOTI, *Per l'interpretazione*, cit., p.131.

⁴² 'Probabilmente l'*adrogatio per rescriptum principis*', scrive l'AMELOTI, pp. 125 e ss., 'non sarà stata un'invenzione totale di Diocleziano, completamente avulsa dal passato. Sicuramente Diocleziano è il primo, però, a sancire l'*adrogatio per rescriptum principis* come forma ordinaria che permette l'arrogazione nelle province, e ad aprire la possibilità, cui egli stesso non resta indifferente, di superare certe norme ormai antiquate. Si tratta, dunque, di autentica innovazione diocleziana che vivifica l'antico istituto e l'imperatore, in quanto pontefice massimo, aveva, infatti, titolo per intervenire nelle arrogazioni ed attribuirne a se stesso la concessione nelle province'.

adrogare il *privignus*, le consente di colmare quel vuoto causato dalla perdita dei suoi figli e di creare, un vincolo di parentela fittizia.

Indubbiamente l'indulgenza, volutamente eccezionale, mostrata da Diocleziano verso la provinciale Sira, prova da un lato quanto scrupolo egli abbia avuto, anche nelle sue innovazioni, per la tradizione romana, dall'altro dimostra la presenza nella sua legislazione di una nota umana⁴³.

2.e. – Un caso di *dos recepticia* è quello riportato in un rescritto indirizzato a Dasumiana:

CI. 5.11.5, Impp. Diocl. et Maxim. AA. Dasumianae (a. 293).

Si pro te pater marito tuo stipulanti promisit dotem, non tibi, sed marito contra successores soceri competit actio. D. VIII K. Dec. AA. Conss.

Se il padre tuo promise la dote a tuo marito che stipulava, non a te, ma a tuo marito compete l'azione contro i successori del suocero.

Dasumiana chiede all'imperatore se le compete l'azione contro i successori del padre, ma Diocleziano le risponde che non a lei compete, ma al marito che ha stipulato con il padre che gli promise la dote. La *stipulatio*, infatti, diventa nel periodo postclassico, nella prassi prima e nella legislazione poi, un contratto in forma scritta, l'*instrumentum*, nel quale come residuo dell'antica forma verbale era richiesta la contemporanea presenza delle parti⁴⁴: in questo caso del marito e del padre, nel frattempo defunto e dunque l'azione era esperibile dal marito della donna contro i suoi successori.

Un caso di circonvenzione di una donna per la *dos aestimata* è riportato in CI. 5. 18.6:

Impp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. Alexandriae et Neroni (a. 293).

Si circumscripta matre vestra vilioris pretio dotales res aestimatae sunt, quid super huiusmodi contractuum vitio statutum sit, vulgo patet. Proinde si dolosis artibus mariti circumventam matrem vestram iniqua aestimatione circumscriptam apud praesidem provinciae evidentibus probationibus ostenderitis, quando possidentibus vobis ad obtinenda praedia etiam doli mali exceptionis potestas opituletur, sciet, quatenus religionem iudicationis suae temperare debeat. 2. Sin autem etiam maritus in aestimatione gravatum se adleget, veritate examinata non amplius quam pretium iustum restituere compellatur. 3. Haec tum locum habent, cum res in natura sunt. Si tamen extinctae sint, pretium, quod dotali instrumento inditum sit, id considerabitur. PP. VII k. Nov. ipsis AA. Conss.

⁴³ Così AMELOTTI, *Per l'interpretazione*, cit., pp. 131-132.

⁴⁴ Così TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 149. In periodo postclassico la costituzione della dote, sia che avesse effetti reali che obbligatori presupponeva la redazione di un atto scritto, l'*instrumentum* dotale.

Se ingannata vostra madre, le cose dotali sono state stimate per un prezzo più basso, è risaputo ciò che sia stabilito sopra un simile vizio dei contratti. Ma se, dinanzi al Preside dimostrerete con prove evidenti che vostra madre fu raggirata con arti dolose dal marito ed ingannata nella suddetta stima, laddove, essendo voi nel possesso dei fondi, vi sia data per ritenerli anche l'eccezione di dolo malo, saprà egli in qual misura debba percepire la religione del suo giudizio. Se poi anche il marito si dica gravato dalla stima dei fondi, esaminata la verità, non sarà tenuto a restituire più che il giusto prezzo. Ciò ha luogo quando le cose sono in natura, se poi sono estinte, si avrà considerazione al prezzo consacrato nell'*instrumentum* dotale.

Nella fattispecie la stima della dote era avvenuta *venditionis causa*, nel senso che il marito doveva in seguito restituire non le *res* ma il loro equivalente in danaro. Si trattava in questo caso di un'*aestimatio dotis* simile ad un contratto di vendita che, come tale, prevedeva il trasferimento dei fondi stimati al marito. Poiché nel possesso dei fondi si trovavano invece, Alessandra e Nerone, figli della donna, i quali, denunciano un vizio del contratto stipulato con la loro madre, ingannata con arti dolose dal marito nella stima di quelli, chiedono all'imperatore come fare per ritenerli. La risposta è che, essendo loro nel possesso dei fondi, possono rivolgersi al Preside della provincia dinanzi al quale dopo aver dimostrato, con prove evidenti, il raggiro fatto dal padre alla loro madre concederà loro anche l'*exceptio doli mali*.⁴⁵ Se poi anche il marito affermi di essere stato gravato nella suddetta stima, esaminata la verità, non sarà tenuto a restituire più del giusto prezzo. Ciò ha luogo quando le cose sono ancora esistenti, se poi sono estinte, si avrà considerazione del prezzo stabilito nell'*instrumentum* dotale.

La restituzione del residuo. - In due costituzioni si fa riferimento al pagamento del residuo della dote da parte del marito in caso di scioglimento del matrimonio, si tratta di CI. 5.12.12 e di CI. 5.18.8.

Nel primo si dice che:

CI. 5.12.12. Impp. Diocl. et Maxim. AA et CC. Rufinae (a. 293).

Ex pecunia dotali fundus a marito tuo comparatus non tibi quaeritur, cum neque maritus uxori actionem empti possit adquirere ac dotis tantum actio tibi competat. Unde aditus praeses provinciae, si non te transegisse reppererit, sed ex maiore dote partem consecutam, residuum restitui providebit. D. VIII k. Mai. Heracliae AA. Conss.

Il fondo comprato da tuo marito con danaro dotale non è tuo acquisto, non potendo il marito acquistare alla moglie l'azione di compra: ma ti compete solo l'azione di dote. Onde adito il

⁴⁵ Sull'*exceptio doli mali* v. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 339

preside della provincia se non rileverà che tu abbia transatto ma che hai conseguito la maggior parte della dote ordinerà che ti sia restituito il residuo.

Nel secondo, CI. 5.18.8, Diocleziano rassicura la postulante Sallustia dicendole:

Imp. Dioclet. et Maxim. AA. Sallustiae
Nec maritus, licet post divortium in quantum facere possit condemnandus est, post idoneus factus, qui non reddiderat integrum, residuam probabiliter solutionem recusat. At cum eius heredes in solidum conveniendos non ambigitur, ne cum his solvendo factis experiri non possis, superstitiosam geris sollicitudinem. D. XIII k. April. Sirmi CC. Conss.

Il marito, sebbene dopo il divorzio, non deve essere condannato in quanto possa pagare, giacché divenuto idoneo in seguito, egli che non aveva restituito l'intero della dote, probabilmente si rifiuta di pagare il residuo. Ma poiché è fuori dubbio che i suoi eredi debbano essere convenuti in solido, e mal fondata la apprensione della donna di non poter agire contro costoro divenuti solvibili.

Stando alla lettera di un rescritto riportato in CI. 5.12.14, Diocleziano sembrerebbe aver sancito l'obbligo di dotare, 'addossandolo alla madre'⁴⁶:

Imp. Dioclet. et Maxim. AA. Basilisae.
Mater pro filia dotem dare non cogitur nisi ex magna et probabili vel lege specialiter expressa causa: pater autem de bonis uxoris suae invitae nullam dandi habet facultatem. S. D. III Non. Nov. Philippopoli AA. Conss.

La madre non è tenuta a dotare la figlia, tranne che per una causa importante e probabile o per una legge specialmente espressa: il padre, poi, non ha facoltà di dare la dote dei beni della moglie, quando ella non voglia.

Si è voluto vedere nel rescritto la presenza di una palese interpolazione in cui col termine '*lex*' si sarebbe fatto riferimento alla costituzione giustiniana CI. 1.5.19.3(1), unico caso attestato di obbligo della madre di dotare. In età classica, si è sostenuto⁴⁷, il diritto non conosceva alcun obbligo, neppure del padre, di dotare, trattandosi di un dovere sociale anche se molto sentito. Per una imposizione sul piano giuridico bisogna attendere il periodo postclassico e forse addirittura giustiniano. A parer mio di un vero e proprio obbligo giuridico della madre di dotare, nel rescritto in questione, non vi sarebbe traccia. Quello che l'imperatore dice è che la madre, in alcuni casi, forse perché impegnatasi, per una causa importante e probabile (o perché è rimasta vedova, o perché dotata di un patrimonio più cospicuo rispetto a quello del marito) o

⁴⁶ Così AMELOTI, *Per l'interpretazione*, cit., p. 119.

⁴⁷ Cfr. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 453 e bibl.

per un patto espressamente inserito nell'*instrumentum* dotale⁴⁸, era tenuta a dotare la figlia. Il padre, poi, non poteva costituire in dote beni della moglie senza il suo consenso: era questo un principio classico, risalente addirittura a Sabino come attesta Vat.269⁴⁹, che viene ribadito ancora da Diocleziano nel rescritto.

2.f. – Un atteggiamento favorevole nei confronti di coloro che erano stati manomessi è dato rinvenire in alcuni rescritti diocleziani indirizzati a donne provinciali. È quanto appare ad esempio in

Cl. 6.3.12, Imp. Diocl. et Maxim. AA. CC.Veneriae (a. 293).

Qui manumittuntur, liberum ubi voluerint commorandi arbitrium habent nec a patronorum filiis, quibus solam reverentiam debent, ad serviendi necessitatem redigi possunt, nisi ingrati probentur, cum neque cum patrono habitare liberos iura compellunt. S. VIII k. Iun. ipsis AA. Conss.

Coloro che sono manomessi hanno il libero arbitrio di dimorare dove vorranno, né dai figli dei patroni, ai quali debbono soltanto ossequio, possono essere ridotti all'obbligo di servire, se non si dimostrano ingrati: mentre nemmeno gli *iura* obbligano i liberti ad abitare con loro.

Particolare interesse ha suscitato in passato l'inciso *nisi ingrati probentur* in quanto stando alla redazione attuale de rescritto, Diocleziano avrebbe innovato in tema di *revocatio in servitatem*. E, precisamente, avrebbe esteso il diritto di esercitare questa *revocatio*, contro il liberto ingrato, ai figli del patrono⁵⁰. Al contrario il Buckland e il Taubenschlag⁵¹, avevano sollevato su quell'inciso seri sospetti di interpolazione, in quanto, come ha dimostrato il de Francisci, la *revocatio in servitatem*, a prescindere da occasionali misure di Claudio e forse di Commodo, non sarebbe stata classica, ma introdotta da Costantino⁵². Questi avrebbe ammesso alla *revocatio* il patrono soltanto, mentre l'estensione agli eredi del patrono sarebbe stata operata soltanto in una costituzione di Onorio⁵³.

Ma al di là di questi 'sospetti' sulla genuinità dell'inciso, nessuna riforma del genere può essere attribuita a Diocleziano, il quale, invece, reiteratamente afferma, contro le pretese dei patroni, l'irrevocabilità delle manomissioni⁵⁴. Le pretese che l'imperatore respinge, infatti, provengono spesso dall'ambiente greco-orientale dove

⁴⁸ E non di una *lex*, intesa come costituzione imperiale, come invece si è erroneamente sostenuto.

⁴⁹ Ulpianus libro XLVI ad Sabinum: ... *Merito igitur ait, si inscia uxore vel invita (pater) in dotem dedit, rem mariti non esse factam et ideo vindicari ab herede muliebri posse; quod si sciente ea hoc factum sit, consequens erit dicere in dotem conversum esse id quod datum est.*

⁵⁰ Così AMELOTI, *Per l'interpretazione*, cit., p.115.

⁵¹ BUKLAND, *The Roman Law of Slavery*, Cambridge 1908, 424 n. 4; TAUBENSCHLAG, *Das römische Privatrecht zur Zeit Diocletian's*, Cracovie, 1923, p. 276.

⁵² Cfr. C.6.7.2 (a.326) e C.Th.4.10.1 (a. 332 ?).

⁵³ C.Th 4.10.2 = C.6.7.3 (a. 423).

⁵⁴ Così AMELOTI, *Per l'interpretazione*, cit., p. 116 e nt. 13.

per una pratica molto diffusa le manomissioni erano spesso subordinate alla prestazione di servizi e alla permanenza non solo presso i patroni (παραμονή), ma anche presso i figli di questi. L'atteggiamento dell'imperatore appare chiaro: i liberti non possono essere obbligati a servire i figli dei patroni, né a dimorare presso di loro.

In CI. 7.16.23, un rescritto indirizzato a Muscia, Diocleziano afferma:

Impp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. Musciae.

Si tibi testamento directa libertas a domino relicta est et ex eo successerunt scriptae filiae, non idcirco, quod secundum eius voluntatem vel contra de filiis uni praestas obsequium, ceterae filiae tuam rescindere possunt libertatem.

Se a te per testamento fu lasciata dal padrone la libertà diretta ed in forza dell'atto testamentario succedettero le figlie in esso nominate, né per volontà del *testatore* o al contrario, perché presti ossequio ad una sola delle figlie, le altre possono rescindere la tua libertà.

Ma ancora più chiaro l'atteggiamento di Diocleziano appare dalla risposta che l'imperatore fornisce alla provinciale Eutichia in CI. 7.16.30:

Impp. Diocl. et Maxim. AA. CC. Eutichiae (a. 294).

Solo obsequii non praestiti velamento data libertas rescindi non potest.

Per il solo pretesto (*velamentum*) di non aver prestato ossequio, non può distruggersi la libertà data.

A proposito degli accordi fra padoni e servi. - Una pratica diffusa, già viva prima molto prima di Diocleziano era quella in base alla quale i servi si riscattassero con il loro danaro. Il riscatto giuridicamente valido, avveniva, di solito, con l'intervento di una terza persona, libera, che pagava il padrone affinché manomettesse o acquistasse lo schiavo per poi manometterlo.

In CI. 7.16.8 si è voluto vedere una innovazione non diocleziana, ma compilatoria, in tema di schiavitù, nel riconoscere efficacia giuridica agli accordi fra padroni e servi, per cui il servo che abbia dato del danaro direttamente al padrone in cambio dell'impegno a manomettere lui stesso o altro servo può invocare l'intervento del governatore della provincia affinché l'impegno assunto sia rispettato:

Impp. Diocl. et Maxim. AA. CC. Veneriae (a. 286).

Cum adfirmes placuisse quondam domino tuo, ut pro te et filia tuadato nummo certae quantitatis vos manumitteret, et te tantummodo liberaverit, aditus rector provinciae hortabitur eum salva reverentia, quam patrono liberti solent exhibere, placito suo stare. PP. Prid. . . Sept.

Asserendo tu che al fu tuo padrone piacque che dato un prezzo di una certa quantità per te e per tua figlia, vi manomettesse, e che liberò soltanto te, il governatore della provincia adito

esorterà lui a stare alla propria volontà, salva la riverenza che i liberti sogliono mostrare al padrone.

Per corroborare la sua tesi l'Amelotti mette a confronto CI. 7.16.8 con un altro rescritto sempre di Diocleziano, CI. 4.6.9:

Impp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. Bibulo (294).

Si liber constitutus, ut filiae tuae manumittantur, aliquid dedisti, causa non secuta de hoc tibi restituendo condictio competit. Nam si quid servus de peculio domino dederit, contra eum nullam actionem habere potest: sed dominum, qui semel accipere pecuniam pro libertate passus est, aditus rector provinciae hortabitur salva reverentia (favore scilicet libertatis) placito suo stare. S. III id. Febr. Sirmi. CC. Cons.

Se costituito libero hai dato qualcosa, onde le tue figlie fossero manomesse, non essendosi avverata la causa, ti compete la ripetizione. Infatti, se il servo avrà dato qualcosa del suo peculio al padrone non avrà nessuna azione contro di lui: ma il padrone, una volta acconsentito di ricevere danaro per la libertà, adito il rettore della provincia, questi lo esorterà, fatta salva la riverenza per il favore della libertà ricevuta, a rispettare l'accordo preso.

Il contenuto di questo rescritto, sembra, a mio avviso, deporre proprio il contrario di quanto sostenuto dall'Amelotti e cioè che quanto affermato nella parte finale dei rescritti sarebbe contrario al principio affermato in altre costituzioni diocleziane, secondo cui è incontrovertito il principio secondo il quale *dominos cum servis paciscendum ex placitis teneri atque obligari non posse*, in quanto l'imperatore, dopo aver asserito nella prima parte di esso che, se essendo stato manomesso desti qualcosa affinché le tue figlie fossero manomesse, ti compete la *condictio causa data causa non secuta*, dichiara che se uno schiavo avrà dato qualcosa dal suo peculio al *dominus* contro di lui non può avere alcuna azione: ma poi, ha cura di aggiungere, colui che una volta ha consentito di ricevere del denaro per la libertà, adito il rettore della provincia, sarà da questi esortato a rispettare l'accordo preso, salva la riverenza (che s'intende per il favore dovuto alla libertà)⁵⁵.

Che si tratti invece di un'innovazione introdotta dalla cancelleria diocleziana lo prova anche CI. 7.16.33 indirizzato a Meliziana:

Impp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. Melitianae (a. 294).

⁵⁵ 'Contro la genuinità della parte finale dei due testi, già da tempo messa in dubbio', sostiene l'AMELOTTI, *Per l'interpretazione*, cit., p. 117 s., 'avrebbe depresso l'identità delle parole, improbabile in rescritti emanati a distanza di anni e naturale, invece, in un'aggiunta compilatoria'. Tuttavia potrebbe obiettarsi all'illustre studioso, che potrebbe trattarsi, in questo caso, di formule di rito adoperate dalla cancelleria imperiale e non di un'aggiunta compilatoria.

Licet accepta pecunia dominus te manumisit, tamen tributa libertas rescindi non potuit. S. IIII id. Nov. CC. Conss.

Sebbene il tuo padrone abbia manomesso te ricevendo del danaro, pure la libertà data non deve più essere rescissa.

Una volta avvenuta la manomissione in seguito all'esborso di danaro da parte della ex schiava Meliziana, il *dominus* non può più revocarla.

Obsequium e *reverentia* sono due termini, quasi sinonimi, utilizzati, lo abbiamo visto, in diversi rescritti diocleziane fin qui analizzati, che sembrano alludere ad una nozione più o meno vaga di deferenza e rispetto cui il liberto era tenuto nei confronti del *patronus*, e talvolta anche ai figli di questi, in cambio del *beneficium manumissionis* ricevuto, la cui inosservanza poteva rendere il liberto ingrato. L'*obsequium*, è un valore forte della tradizione romana,⁵⁶ un dovere morale, ma nello stesso tempo un obbligo cui era tenuto il liberto, la cui osservanza serviva ad evitare l'accusa di *ingratus* e la possibile revoca della libertà.

Tuttavia rispetto al passato⁵⁷, per la cancelleria diocleziana l'*obsequium* e la *reverentia* assumono ben altra valenza, sono, sì, concetti che tramandano il rispetto e la riconoscenza che i liberti dovevano ai loro patroni, ma sono intesi nello stesso tempo in maniera meno rigida, tanto da assicurare in CI. 7.16.30 la liberta Eutichia:

Imp. Diocl. et Maxim. AA. CC. Eutichiae (a. 294).

Solo obsequii non praestiti velamento data libertas rescindi non potest.

La libertà è un dono, che, una volta dato, non si doveva più togliere: *quod datum non adimeretur*⁵⁸

⁵⁶ Sul progressivo formarsi di una tutela giuridica e sociale degli schiavi e dei liberti W. WALDENSTEIN, *Opere libertorum. Untersuchungen zur Dienstpflicht freigelassener Sklaven*. Stutgart 1986, p. 50.

⁵⁷ Un testo fondamentale, un 'documento prezioso'⁵⁷ come lo definisce R.QUADRATO, *Beneficium manumissionis e obsequium*, in Index 24,1996, pp. 341 ss., per ricostruire la storia del rapporto che intercorreva in passato tra *patronus* e liberto è un brano di Ulpiano, D. 38.2.1, tratto da libro 42° *ad ed.*, in cui il giurista ricorda, citando Servio Sulpicio Rufo, la condizione durissima nella quale anteriormente versavano i liberti, dai quali i patroni erano soliti *durissimas res exigere*, per ricompensa del *grande beneficium* ricevuto.

⁵⁸ È la conclusione di Tacito che nel libro 13° degli Annali (§27) riferendo di un dibattito avvenuto in senato, tra i fautori della soluzione drastica, quella cioè di punire i liberti ingrati privandoli della loro libertà, e i sostenitori di una linea più morbida che asserivano che la colpa di pochi doveva ricadere soltanto su di loro, senza che venissero menomati i diritti di tutti, data la grande estensione della classe dei liberti, alla fine, racconta, prevalse questa opinione. Il Cesare scrisse al senato che ciascun patrono doveva attentamente valutare i meriti dei suoi schiavi ed essere cauto nel concedere quel dono (la libertà), che una volta dato, non si doveva più togliere.

2.g. – *In tema di foenus nauticum*. - Le azioni esercitoria e institoria erano due azioni connesse con l'esigenze del commercio. L'*actio exercitoria* trovava il suo fondamento nella circostanza che l'armatore (*exercitor*) avesse preposto come *magister navis* uno schiavo all'utilizzazione di una nave nel commercio interno e, soprattutto internazionale. Se l'obbligazione assunta dallo schiavo rientrava nei limiti⁵⁹ della *praepositio* (autorizzazione), il preponente rispondeva, per l'intero (*in solidum*) per le obbligazioni assunte dal sottoposto. L'*actio institoria* A partire dall'inizio del principato l'*actio exercitoria* poteva essere esperita anche quando il *magister navis* per cui era intervenuta la *praepositio* non era sottoposto alla *potestas* del preponente: si sarebbe, pertanto, avuto un caso che in certo qual modo poteva essere avvicinato alla rappresentanza diretta⁶⁰.

In CI. 4.25.4 ci troviamo, forse per la prima volta nelle fonti giuridiche, di fronte ad un caso in cui *exercitor navis*, era una donna, Antigona, una donna provinciale armatrice di una nave, che chiede all'imperatore entro quali limiti dovesse a lei imputarsi la responsabilità per le obbligazioni assunte dal *magister navis* da lei preposto:

Diocl. et Maxim. AA. et CC. Antigonae. (a. 293).

Et si a muliere magister navis praepositus fuerit, ex contractibus eius ea exercitoria actione ad similitudinem institoriae tenetur. D. XVI K. Nov. Sirmi AA. Conss.

Sebbene da una donna sia stato preposto il maestro della nave, ella è tenuta in forza del contratto con l'azione esercitoria, a simiglianza della institoria.

La risposta della cancelleria diocleziana è lapidaria: ella è tenuta, in forza del contratto stipulato col suo preposto, con l'azione esercitoria, che, come apprendiamo dal rescritto, era data a simiglianza o *ad exemplum* della *actio institoria*.

Un tipo particolare di mutuo era costituito dal *foenus nauticum* o *pecunia traiectica*⁶¹ questi era un prestito marittimo che serviva a finanziare specifiche operazioni commerciali. La caratteristica di questo prestito consiste nello stretto collegamento della restituzione del capitale e del pagamento degli interessi a vicenda marina e non a tempo come avveniva per il normale prestito.

Nel rescritto riportato in CI. 4.33.2, Diocl. et Maxim, Aurelia Cosmiana, una donna provinciale, sostiene di aver dato a mutuo del denaro a patto che le fosse restituito nella sacra città e dichiara che l'incertezza e il rischio della navigazione

⁵⁹ I limiti della *praepositio* potevano desumersi dall'attività imprenditoriale esercitata. L'*exercitor* poteva, poi, restringere la propria responsabilità, escludendo determinati negozi e portando queste restrizioni alla conoscenza dei terzi con mezzi idonei (ad esempio con avvisi posti nei locali in cui il preposto svolgeva la propria attività). Cfr. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 86.

⁶⁰ Così TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 86.

⁶¹ Modestino definisce la *pecunia traiectica*: *ea quae trans marem vehitur*.

marittima non è a suo carico e chiede lumi all'imperatore sulle usure che le competono:

Impp. Diocl. et Maxim. AA. Aureliae Cosmianae (a. 286).

Cum dicas pecuniam te ea lege dedisse, ut in sacra urbe tibi restitueretur, nec incertum periculum, quod ex navigatione maris metui solet, ad te pertinuisse profiteris, non dubium est pecuniae creditae ultra licitum te usuras exigere non posse. PP. Prid. id. Mart. Maximo II et Aquilino Conss.

Poiché tu dici di aver dato il danaro a tale condizione, “che ti restituisse nella sacra città⁶² e dichiari che l'incertezza e il rischio che suol tenersi per la navigazione marittima non è a tuo carico, è fuori dubbio che non puoi esigere le usure del danaro mutuo al di là del giusto limite.

L'imperatore risolve il dubbio dell'interrogante sulle usure da esigere per il danaro da lei dato a mutuo, che per le ragioni da lei addotte nella petizione, non potevano superare il giusto limite⁶³.

Ancora un caso di *foenus nauticum* è sottoposto all'imperatore da una tale Aurelia Giuliana in CI. 4.33.4:

Impp. Diocl. et Maxim. AA. Aureliae Iulianae

Cum proponas te nauticum fenus ea condicione dedisse, ut post navigium, quod in africanam dirigi debitor adseverabat, in salonitanorum portum nave delata fenebris pecunia tibi redderetur, ita ut navigii dumtaxat quod in africanam destinabatur periculum susceperis, perque vitium debitoris, nec loco quidem navigii servato, illicitis comparatis mercibus quae navis continebat fiscum occupasse: amissarum mercium detrimentum, quod non ex marinae tempestatis discrimine, sed ex praecipiti avaritia et incivili debitoris audacia accidisse adseveratur, adscribi tibi iuris publici ratio non permittit.

Poiché proponi di aver dato danaro a prestito con la condizione “che ti si restituisse dopo la nave che il debitore asseverava dirigersi in Africa, entrata la nave nel porto dei Saloniti”, sicché il solo rischio a cui ti sottoponevi era quello del bastimento destinato per l'Africa; e che per colpa del debitore, non essendo stato osservato il luogo della nave (in cui doveva dirigersi la nave), siano state confiscate delle merci illecite che quella conteneva; le leggi di diritto pubblico non permettono che ceda a tuo carico il detrimento delle merci perdute, che si

⁶² La città sacra non è Gerusalemme, come credono alcuni, ma Roma.

⁶³ Durante il principato, il tasso usuale fu costituito dalle *centesimae usurae*, l'1% al mese ed il 12% l'anno: si trattava della misura dovuta, quando le parti prevedevano la corresponsione degli interessi, senza stabilirne però l'ammontare. Sul punto vedi M. SOLIDORO MARUOTTI, *Sulla disciplina degli interessi convenzionali nell'età imperiale*, in *L'usura ieri ed oggi* (a cura di S. Tafaro) Bari, 1995 pp.177 ss.; S. TAFARO, *Debitori e debito: nuove prospettive*, in *Annali di Giurisprudenza di Taranto*, Anno I-N.I, Bari, 2008, p. 251; e da ultimo P. CAPONE, “*Unciaria lex*”, Napoli 2002, p. 91.

afferma seguito non per le tempeste del mare, ma per la sconsiderata avidità e l'incivile audacia del debitore.

Se per colpa del debitore è confiscato il carico illecito che il proprietario della nave deteneva, il creditore non perde l'azione contro di lui; e giustamente, giacché se la donna, Valeria Giuliana, si sottomise ai rischi del mare, non mise a suo carico i casi che potevano verificarsi per colpa del debitore. Il prestito per l'acquisto delle merci è nello stretto rapporto della restituzione del capitale con che non l'esito avuto dalla cosa prestata, che non può essere risarcita al creditore solo nell'ipotesi di naufragio. L'evento dannoso, che il debitore vuole addossare alla responsabilità del creditore è la confisca del carico illecito dal primo detenuto. Diocleziano ribadisce che la confisca delle merci illegali, caricate a bordo della nave, concretano un danno che deve essere sopportato dal debitore per sua colpa.

Quasi tutte le costituzioni discusse denunciano un clima di rispetto per il diritto romano e le sue regole, anche quando appare che in pochi casi esse sembrano aggirate. Ho adoperato consapevolmente il termine aggirare, per alcune situazioni particolari risolte con criteri etico politici a Roma non sconosciuti. Il compito dell'imperatore è quello di indirizzare i sudditi verso il rispetto del diritto romano, anche se si frapponivano ostacoli come la lingua e la pretesa di osservanza, da parte di esponenti di alcune comunità, del loro diritto.

A ciò deve aggiungersi che si è proceduto ad una scelta, non del tutto arbitraria, delle costituzioni destinate alle donne, non solo per fare fronte a promesse non mantenute, purtroppo per eventi indipendenti dalla volontà di uno studioso del valore di Volterra⁶⁴, ma per misurare il grado di omogeneità del diritto romano con i diritti locali, strategicamente interessante per comprendere la profondità di questo diritto del tutto occidentale in un tessuto da molti secoli abituato al rispetto del proprio *ius*. Parlare, infatti, di diritto romano come di un'entità unitaria vissuta secondo linee di continuità non è corretto, e conseguentemente, la classicità dell'azione giuridica di Diocleziano, implica la scelta verso un modello di classico essendo quello del periodo adrianeo-antoniniano, sia pure entro limiti determinati, diverso dal restatement che la dinastia dei Severi affida ai giuristi. Ed è a quest'ultimo passaggio che Diocleziano si affida, anche e soprattutto grazie alla cancelleria, costituita da giuristi di notevole valore, quasi tutti allievi dell'ultimo grande giureconsulto, Erennio Modestino. Una rassegna non completa dei testi non fornisce una panoramica a tutto tondo di un piccolo periodo storico, ma elementi utili a comprenderla nella sua 'intimità ontologica'.

⁶⁴ Nel saggio intitolato *Les femmes dans les "inscriptiones"*, cit., p. 723, l'insigne studioso si era proposto di approfondire ancora la ricerca iniziata sull'argomento, in quanto era convinto che i rescritti imperiali indirizzati alle donne, specialmente le provinciali, avevano dato un grande apporto anche se 'indiretto e involontario' alla formazione della legislazione imperiale diocleziana. L'imperatore, rispondeva loro, sottolineava il Volterra, e decideva sulle loro petizioni senza fare alcuna differenza tra loro e gli uomini: questo evidenzia una uguaglianza di posizioni giuridiche degli uomini e delle donne di fronte all'imperatore.

