

Editto pretorio, processo formulare e cognitio extra ordinem nelle costituzioni imperiali dell'età dell'anarchia militare

1. Se la storia dell'editto pretorio è stata oggetto di numerose indagini in riferimento all'età repubblicana ed ai primi due secoli del Principato, lo stesso non può certo dirsi per l'epoca immediatamente successiva alla dinastia dei Severi.

Infatti, il problema della sopravvivenza dell'editto perpetuo nella vita giuridica del periodo ricompreso tra l'età postseveriana e quella prediocleziana è stato sostanzialmente trascurato dagli studiosi, i quali asseriscono che, in questo arco di tempo, l'editto fosse caduto in desuetudine in seguito alla scomparsa del processo formulare¹ e, quindi, concordano nel ritenere che il ricorso diretto all'editto fosse venuto meno a partire già dalla metà o, tutt'al più, dalla fine del III sec. d.C.

A ciò va poi aggiunto che tutti quegli autori che hanno operato una ricostruzione dell'editto perpetuo, quali – tralasciando i più risalenti² e limitandosi ai più recenti – il Rudorff³ ed il Lenel⁴, non hanno dedicato alcuna attenzione alla sorte dell'*edictum perpetuum* nel periodo successivo all'età severiana, la quale ha così rappresentato il *dies ad quem* dei loro tentativi palinogenetici.

A fronte di questo generale silenzio della romanistica intorno ad una questione che pure avrebbe dovuto suscitare il suo interesse dal momento che l'età tardoantica costituisce la tappa finale della storia dell'editto pretorio, occorre dunque porsi il problema del destino di questa importante fonte del diritto in quel cinquantennio che va dalla morte di Alessandro Severo all'avvento di Diocleziano e che è comunemente ricordato come l'«età dell'anarchia militare».

* Questo lavoro è dedicato all'amico Andreas Wacke, al quale sono riconoscente per alcune sue pregevoli osservazioni in ordine al concetto giuridico latino di '*tenor*' – termine, questo, che ricorre in una delle costituzioni esaminate nel mio contributo (C. 7.72.2) – messo in luce magistralmente in un articolo, dal titolo *Das Rechtswort: 'Tenor' – Neun Exegesen*, pubblicato nel numero 137 (2020) della *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* (291-311), nel quale, in chiave comparatistica, si sottolinea il diverso significato che questa locuzione ha nelle sentenze dei tribunali tedeschi e nel linguaggio giuridico delle fonti romane classiche e tardoclassiche.

** Contributo realizzato con fondi per la ricerca di Ateneo - Piano per la Ricerca 2024/2026 (Università di Catania).

¹ P. Collinet, *La procédure par libelle*, Paris 1932, 515.

² Vedili citati e passati accutamente in rassegna dal RUDORFF, '*De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliquae sunt*', Lipsiae 1869, 20 ss.

³ '*De iuris dictione edictum*' cit. *passim*.

⁴ *Das 'edictum perpetuum'. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig 1927³, *passim*.

Pertanto, anche sulla scorta di quanto rilevato dal De Francisci⁵ in aperta critica alla ricostruzione, di stampo puramente terminologico, del Pringsheim⁶, secondo cui l'espressione '*edictum perpetuum*' – saltuariamente adoperata dalla giurisprudenza e dalla cancelleria imperiale severiane in luogo delle ben più diffuse '*edictum praetoris*' o semplicemente '*edictum*' e poi rafforzatasi con Gordiano e, soprattutto, con Diocleziano – sarebbe nata solamente nell'età successiva a questo imperatore e ad opera non della giurisprudenza ma della cancelleria imperiale, occorre collocare nella loro giusta luce alcuni testi, i quali acclarano che, tra il 235 d.C. ed il 284 d.C., l'editto del pretore continuava ad essere richiamato dalle costituzioni imperiali, in parte per tradizione ed in parte per comodità, dalla prassi giudiziaria.

Questi continui rimandi all'editto pretorio dimostrano allora, per un verso, che, in questo periodo, le norme in esso contenute vennero considerate come facenti parte della legislazione imperiale, e, per altro verso, che le forme degli istituti pretori, pur passando senza dubbio in secondo piano in seguito ai mutamenti avvenuti nel processo, non videro diminuito tuttavia il loro valore materiale.

E, da qui, la conseguenza che l'editto costituiva sempre, per le parti e gli organi giudicanti e, più in generale, per gli operatori del diritto dell'epoca, un sicuro punto di riferimento⁷, in quanto generalmente adottato come una guida sicura della giurisdizione in tutte le regioni dell'impero, anche là dove il processo non si svolgeva secondo l'*ordo iudiciorum*, bensì nelle forme della *cognitio extra ordinem*, in ordine alla quale l'editto finiva per configurarsi come un *ordo actionum* quasi necessario per una sua esatta impostazione, e ciò perché, nell'applicarlo, si dava maggiore od esclusiva importanza all'elemento sostanziale, in confronto con quello formale.

Alla luce di quanto ora detto, verranno allora esaminate tutte le costituzioni emanate tra la morte dell'ultimo dei Severi e l'avvento di Diocleziano che menzionano espressamente tanto l'*'edictum perpetuum'* quanto l'*'edictum'* senza ulteriore specificazione o con il riferimento al pretore, al fine, da un lato, di tentare di accertare la reale sopravvivenza dell'editto pretorio e, quindi, la sua concreta applicazione e perdurante utilità a distanza di un secolo dalla sua 'codificazione' giuliano-adrianea o 'cristallizzazione', e, dall'altro, di cercare di individuarne i caratteri ed il contenuto.

⁵ Per la storia dell'editto perpetuo nel periodo postclassico, in RIDA. 4, 1950, 319 ss.

⁶ Zur Bezeichnung des Hadrianischen Ediktes als '*edictum perpetuum*', in *Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel. Otto Lenel zu seinem sechzigjährigen Doktorjubiläum am 16. Dezember 1931 von Freiburger Mitarbeitern und Schülern im römischen Recht zum Zeichen ihrer Dankbarkeit für seine Lehre und sein Vorbild*, Leipzig 1931, 1 ss. [= *Gesammelte Abhandlungen* I, Heidelberg 1961, 102 ss., da cui si cita].

⁷ Così anche De Francisci, *Per la storia dell'editto perpetuo* cit. 359.

Il che, a scanso di equivoci, non significa affatto escludere la possibilità o, forse meglio, la probabilità che il dettato dell'editto pretorio fosse stato modificato in qualche sua parte per effetto delle disposizioni previste appunto dalle costituzioni imperiali⁸.

2. Come si vedrà, tali costituzioni presentano la singolare caratteristica di non essere spalmate più o meno uniformemente nel cinquantennio di cui si è detto, ma di essere concentrate tutte nel periodo che va dal 238 al 244 d.C., cioè durante il governo di Gordiano III, con la sola eccezione di una *constitutio* di Valeriano e Gallieno del 260 d.C.

Ciò premesso, si può passare ad analizzare due costituzioni, inserite dai compilatori giustinianeî sotto il titolo '*De his quae vi metusve causa gesta sunt*', delle quali la prima è un rescritto del 238 d.C. indirizzato ad un tale Gaio⁹:

C. 2.19.3 (Imp. Gordianus A. Gaio, a. 238): *Si vi vel metu fundum avus tuus distrahere coactus est, etiamsi maxime emptor eum alii vendidit, si tamen tu avo tuo heres extitisti, ut tibi reddito a te pretio restituatur, postquam placuit in rem quoque dari actionem, secundum formam perpetui edicti adito praeside provinciae poteris postulare, si modo qui secundo loco comparavit longae possessionis praescriptione non fuerit munitus.*

L'imperatore risponde al richiedente che, se suo nonno era stato costretto a vendere un fondo con la violenza o con l'intimorimento (*Si ... est*)¹⁰ e per quanto nel caso specifico il compratore lo avesse rivenduto ad un altro (*etiamsi ... vendidit*), ove tuttavia il richiedente fosse erede di suo nonno (*si ... extitisti*), affinché il fondo gli fosse restituito dando in cambio il prezzo percepito da suo nonno (*ut ... restituatur*) sembrò opportuno che gli venisse concessa anche

⁸ Così, giustamente, De Francisci, *Per la storia dell'editto perpetuo* cit. 359 s.

⁹ Sul quale v. E. Weiß, *Peregrinische Manzipationsakte*, in ZSS. 37, 1916, 142 nt. 5.

¹⁰ Sulla menzione congiunta della *vis* e del *metus*, che compare in questa frase (*Si vi vel metu*), v. U. Ebert, '*Vi metusve causa*', in ZSS. 86, 1969, 406, secondo cui «auch wo sonst die Ausdrücke *vis* und *metus* gemeinsam zur Kennzeichnung von Erpressungsvorgängen verwendet werden, erwecken sie den Eindruck, eher für zwei verschiedene Erpressungsformen als für zwei Seiten derselben Sache zu stehen; so besonders ... in den Wendungen „*vi vel metu cogi*“ (C. 2,19,3) ...». E, più recentemente, C. Venturini, *Note in materia di concussionem e di 'actio metus'*, in *Iura* 45, 1994, 91, secondo cui la cancelleria di Gordiano, in continuità con quella degli imperatori della dinastia dei Severi, tendeva ad una piena assimilazione concettuale tra la seconda ed il primo quanto alla rilevanza della coazione, e ciò in sintonia «con la linea interpretativa mirante, in concreto, a privare di effetti pratici la semplificazione del testo editale che in sede giurisprudenziale sembra riferibile ad Ulpiano sulla scorta di D. 4.2.1 e che nell'ambito rescrittivo è testimoniata da *Consult. 1.6*». Ma v. pure K.M. Vilacoba Ramos, '*Quod metus causa gestum erit, ratum non habeo*', in *Glossae* 19, 2022, 690 e nt. 22.

un' *actio in rem* (*postquam ... actionem*), da chiedersi, adito il governatore della provincia, secondo quanto previsto dall'editto perpetuo (*secundum ... postulare*)¹¹, purché chi comprò in secondo luogo non fosse tutelato dalla *praescriptio longae possessionis* (*si ... munitus*)¹².

In estrema sintesi, la cancelleria imperiale si trovava alle prese con un caso di vendita di un fondo viziata da *metus*, ed il destinatario del rescritto, nipote della vittima della violenza, aveva fatto ricorso all'imperatore per risolvere il problema della vendita estorta al nonno, del quale era divenuto erede, facendo presente che il fondo, oggetto della vendita estorta, era stato successivamente venduto ad un terzo.

Lo Schulz¹³ ed il von Lübtow¹⁴ hanno ritenuto non genuino l'avverbio «*maxime*» e, inoltre, che i compilatori giustinianeî avessero sostituito «*actionem*» a «*restitutionem*», sicché la frase in questione sarebbe stata «*postquam placuit in rem quoque dari in integrum restitutionem*». E questa opinione è stata condivisa dal Guarneri Citati¹⁵ e dal Pringsheim¹⁶, secondo i quali Giustiniano lasciò il richiamo all'editto perpetuo, falsandone però il contenuto e la portata, e dal Longo¹⁷, secondo cui tale frase comporta che il rimedio normale contro il *metus* fosse l'azione penale in *quadruplum*, ma che solo in certi casi, come appunto quello contemplato dal rescritto, si permetteva di aggiungere il rimedio della *restitutio in integrum* e della rivendicazione rescissoria, per cui, non potendo la costituzione muovere da questo presupposto, si deve concludere che i compila-

¹¹ Sul significato del verbo «*postulare*», che chiude questa frase, come «chiamare in giudizio» v. T. Honoré, *Emperors and Lawyers*, Oxford 1998², 120 e nt. 654 e, più ampiamente, F. Fasolino, «*Postulare iudicem*», in L. Garofalo (a c. di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese II*, Padova 2012, 249, secondo il quale nel testo in esame si fa riferimento alla «richiesta di uno dei *litigatores* finalizzata ad ottenere un provvedimento funzionale all'organizzazione ed allo svolgimento dello schema processuale».

¹² Sulla sicura tecnicità del termine «*possessionis*» e della locuzione «*longae possessionis*», che compaiono nella fase finale del rescritto, la cui genuinità è stata acclarata dall'Erman, *Beiträge zur 'Publiciana' II*, in ZSS. 13, 1892, 200, v., rispettivamente, A. Watson, *Private law in the rescripts of 'Carus', 'Carinus' and 'Numerianus'*, in RHD. 41, 1973, 25 e nt. 51 e C. Lehne-Gstreinthaler, *Zu den klassischen Ursprüngen des Verjährungsrechts*, in ZSS. 137, 2020, 164 e nt. 213. Sul significato dell'esordio di tale frase «*si modo*» come «a condizione che» e sul termine «*munitus*», che vi ricorre, v. Honoré, *Emperors and Lawyers* cit. 55 s. e nt. 128 e 116 s. e nt. 565.

¹³ *Die Lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäft im antiken römischen Reichsrecht*, in ZSS. 43, 1922, 253 s. e nt. 4.

¹⁴ *Der Ediktstitel „Quod metus causa gestum erit“*, Greifswald 1932, 204 s.

¹⁵ «*Exceptio omitta initio – in integrum restitutio – appellatio*» (C. I. VII, 50, 2), in *Ricordo delle onoranze a Silvio Perozzi pel suo XL anno d'insegnamento il 3 giugno 1925 nella R. Università di Roma*, Palermo 1926, 258.

¹⁶ *Zur Bezeichnung des Hadrianischen Ediktes als 'edictum perpetuum'* cit. 109 e 112.

¹⁷ *Note critiche in tema di violenza morale*, in BIDR. 42, 1934, 73 s. e ntt. 1-2.

tori giustinianeî, intendendo la costituzione come riferibile all'*actio quod metus causa*, avessero aggiunto l'inciso in questione.

Secondo il Felgentraeger¹⁸, che il testo sia stato rivisto da una mano successiva, che vi ha apportato grandi cambiamenti, è dimostrato, oltre che da questi due rilievi, anche dalla sua struttura goffa, dall'accumulo di proposizioni condizionali, dall'uso di «*si tamen*» e «*si modo*»¹⁹, dalla grande distanza nella quale è collocato il verbo «*postulare*», dalla mancanza del soggetto '*fundus*' nella frase «*ut tibi reddito a te pretio restituitur*» – ritenuta interpolata nell'inciso «*reddito a te pretio*» dal Solazzi²⁰ – e, infine, dalla mancanza della formulazione (*quod metus causa gestum erit, ratum non habeo*) dell'editto perpetuo al quale la costituzione fa esplicito riferimento.

Il Lenel²¹ ha poi ritenuto fortemente sospetto l'intero testo, rifiutandosi pertanto di proporre una formula per l'*edictum quod metus causa gestum erit*²² sulla base del verbo «*placuit*» che compare nella costituzione, mentre il De Francisci²³ ha affermato che «il passo sia stato rimaneggiato per fondere la *restitutio* con l'azione», senza però che questo implichi «affatto che si debba sospettare del rinvio alla *forma perpetui edicti*».

In favore della genuinità dell'intero testo si è però espresso, con dovizia di argomentazioni, il Maier²⁴, il quale, tra l'altro, ha reputato che l'inciso «*etiamsi maxime*» non sia altro che un '*etiamsi*' «*verstärktes (wenn auch noch so sehr)*»²⁵ e, quindi, certamente classico ed ha dimostrato, sulla scorta di altre fonti, l'originarietà della locuzione «*si tamen*» che introduce la frase successiva a quella in cui ricorre appunto l'*etiamsi maxime*. Il tutto, nondimeno, nella piena consapevolezza che tanto il riferimento all'*actio quod metus causa* quanto quello supposto alla *restitutio in integrum* o, comunque, ad un'*actio rescissoria* non si adattano perfettamente alla decisione imperiale.

Come ben si vede, l'interpretazione del rescritto pone non pochi problemi all'interprete, tra i quali possono segnalarsi quello concernente la buona fede del terzo subacquirente²⁶ e, soprattutto, quello della restituzione del prezzo menzio-

¹⁸ *Antikes Lösungsrecht*, Berlin-Leipzig 1933, 106 e ntt. 17-18.

¹⁹ Su questa locuzione v. T. Honoré, '*Imperial*' Rescripts A.D. 193-305: Authorship and Authenticity, in *JRS*. 69, 1979, 53 e nt. 23.

²⁰ *La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano* I, Napoli 1945³, 28 nt. 4.

²¹ *Das 'edictum perpetuum'* cit. 110 e nt. 10.

²² *Das 'edictum perpetuum'* cit. 110, tit. X '*De in integrum restitutionibus*' § 39.1 '*Quod metus causa gestum erit*'.

²³ *Per la storia dell'editto perpetuo* cit. 327.

²⁴ *Prätorische Bereicherungsklagen*, Berlin-Leipzig 1932, 145 ss.

²⁵ *Prätorische Bereicherungsklagen* cit. 145 s. nt. 2.

²⁶ Sul quale v. F. Peters, *Besprechung von A.S. Hartkamp, Der Zwang im römischen Privatrecht*

nata incidentalmente nella costituzione (*reddito a te pretio*)²⁷, in ordine al quale ci si può chiedere quanto fosse vincolante l'onere di restituzione del prezzo gravante sull'erede della vittima della violenza e, inoltre, quale prezzo dovesse essere restituito dal soggetto intimorito, qualora la persona del convenuto non coincidesse con l'autore della *vis* o, comunque, non fosse stata parte del negozio viziato da *metus*. «Vale a dire, colui al quale era stato indotto timore avrebbe dovuto restituire il prezzo che l'autore della *vis* gli aveva versato o quello che il terzo, nel successivo acquisto, aveva versato all'autore della violenza?»²⁸.

Ma, al di là di ciò, il problema sul quale si discute è, come si è visto in riferimento alla dottrina più risalente e come è dimostrato anche dagli studi più recenti, se il rescritto trattasse di *restitutio in integrum*²⁹ o di *actio quod metus causa*³⁰ o di *actio rescissoria*³¹ o di *actio in rem*³² o, addirittura, di *replicatio metus*³³.

Ora, a prescindere dalla verosimiglianza, o meno, di ciascuna di queste diverse soluzioni, quel che, comunque, esse sembrerebbero avere in comune è la loro riconduzione al processo formulare, ciò che, del resto, appare confermata tanto dall'espresso riferimento della costituzione al *metus* (ed alla *vis*) quanto dal fatto che Gordiano, nell'affermare l'opportunità di concedere anche un'*actio in rem* (*postquam placuit in rem quoque dari actionem*), specifichi che quest'ultima andava chiesta, adito il *praeses provinciae*, «*secundum formam perpetui edicti*».

Tuttavia, il condizionale è d'obbligo, dal momento che il d'Ors³⁴, contestan-

(Amsterdam 1971), in ZSS. 90, 1973, 460; J. Crook, *Classical Roman law and the sale of land*, in M.I. Finley (a c. di), *Studies in Roman property*, London-New York-Melbourne 1976, 78; E. Calore, '*Actio quod metus causa*'. Tutela della vittima e azione 'in rem scripta', Milano 2011, 341 s. e nt. 97, 347 s. e 354.

²⁷ Secondo l'Hartkamp, *Der Zwang im römischen Privatrecht*, Amsterdam 1971, 242, queste parole «entweder als interpoliert angesehen werden müssen oder sich auf den vom Gezwungenen empfangenen Kaufpreis bezogen haben».

²⁸ Calore, '*Actio quod metus causa*' cit. 353.

²⁹ O. Gradenwitz, *Rescripte auf Papyrus*, in ZSS. 23, 1902, 386 e nt. 6; Hartkamp, *Der Zwang* cit. 169, 237 ss. e 263 e nt. 78; C. Castello, *Il regime della violenza nei negozi giuridici*, in RISG. 14, 1939, 314 ss.

³⁰ C. Russo Ruggeri, *Viviano giurista minore?*, Milano 1997, 80 s. e nt. 46 e Calore, '*Actio quod metus causa*' cit. 353 ss.

³¹ M. Kaser, *Zur 'in integrum restitutio', besonders wegen 'metus' und 'dolus'*, in ZSS. 94, 1977, 139 s. e ntt. 139 e 141, che, però, nelle pagine precedenti (136 ss.) propende per l'*actio quod metus causa*.

³² B. Kupisch, '*In integrum restitutio*' und '*vindicatio utilis*' bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht, Berlin-New York 1974, 136 s. e 225 s. e J. Gaulhofer, '*Metus*'. *Der prätorische Rechtsschutz bei Frucht, Zwang und Gewalt*, Wien 2018, 335 ss.

³³ Erman, *Beiträge zur 'Publiciana'* II cit. 199 ss.

³⁴ *El comentario de Ulpiano a los edictos del "metus"*, in AHDE 51, 1981, 230 nt. 19.

do l'opinione del Kupisch³⁵ e del Cervenca³⁶ che l'*actio in rem* in questione – qualificata dal primo come *vindicatio utilis* e dal secondo come *actio rescissoria* diretta ad attuare una *restitutio in integrum ob metum* – fosse riconducibile al processo dell'*ordo* e di origine tardoclassica, ha ritenuto invece che si debba pensare ad una *vindicatio utilis* recepita nel processo cognitorio³⁷, ciò desumendo dalla sfumatura «más causal que temporal» della frase «*postquam placuit in rem quoque dari actionem*», che andrebbe tradotta «‘desde el momento en que también se puede dar una acción real (en la jurisdicción cognitoria)’». Con la conseguenza che, con l'espressione «*secundum formam perpetui edicti*», il rescritto di Gordiano «orienta la jurisdicción cognitoria con el recurso a la analogía del Edicto ya codificado, que, como tal, no tenía por sí mismo carácter vinculante para la jurisdicción cognitoria».

Il che non deve affatto stupire, poiché ormai il processo si svolgeva prevalentemente nelle forme della *cognitio extra ordinem*, che, però, mutuava dall'*ordo* terminologie e categorie sistematiche, per cui l'*edictum perpetuum*, che di quello era stato la fonte, veniva adottato, a Roma e – come è dimostrato dalla menzione del *praeses* nel rescritto (*adito praeside provinciae*) – nelle province, come un modello per la giurisdizione anche dopo il consolidamento giuliano-adrianeo dell'editto pretorio, finendo così per rappresentare una fonte astratta del diritto imperiale.

3. La seconda delle due costituzioni è un rescritto del 239 d.C. indirizzato a due richiedenti, Primo ed Eutiche³⁸:

C. 2.19.4 (Imp. Gordianus A. *Primo et Eutycheti*, a. 239): *Si per vim vel metum mortis aut cruciatus corporis venditio vobis extorta est et non postea eam consensu roborastis, iuxta perpetui formam edicti intra annum quidem agentes, quo experiundi potestas est, si res non restituatur, quadrupli referetis condemnationem, scilicet reddito a vobis pretio: post annum vero causa cognita eadem actio in simplum permittitur: quae causae cognitio eo pertinet, ut ita demum decernatur, si alia actio non sit.*

Se con la violenza o con la minaccia di morte o di tormenti corporali è stata estorta una vendita ai destinatari del rescritto che poi non l'hanno convalidata (*Si ... roborastis*)³⁹, agendo costoro propriamente in conformità all'editto perpe-

³⁵ Kupisch, 'In integrum restitutio' cit. 136 e 226.

³⁶ «*Restitutio in integrum*», in *Labeo* 24, 1978, 219.

³⁷ Così anche M. Kaser – K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996², 450 e nt. 44.

³⁸ Sul quale v. P. Krüger, *Die Ueberlieferung der Adressaten in Haloanders Ausgabe des 'Codex Iustinianus'*, in *ZSS.* 13, 1892, 299.

³⁹ Sulla menzione congiunta della *vis* e del *metus*, che compare in questa frase (*Si per vim vel metum mortis aut cruciatus*), v. Schulz, *Die Lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäft* cit. 233 e nt. 3; G. Cervenca, *Per la storia dell'editto 'quod metus causa' (a proposito di D. 4, 2, 1 e 3)*,

tuo entro un anno (*iuxta ... agentes*), durante il quale si ha la facoltà di esperire l'*actio quod metus causa* (*quo ... est*), se il bene non sia stato loro restituito (*si ... restituatur*), l'imperatore mette in chiaro che essi avrebbero ottenuto una condanna del convenuto al quadruplo (*quadrupli ... condemnationem*)⁴⁰, naturalmente dopo avere restituito il prezzo che gli è stato corrisposto dall'autore della violenza come corrispettivo della vendita (*scilicet ... pretio*), mentre, trascorso l'anno, è concessa, *causa cognita*, la stessa *actio*, ma *in simplum* (*post ... permittitur*), avendo questa *causae cognitio* lo scopo di decidere in ordine alla sola concessione dell'*actio quod metus causa* laddove non si abbia a disposizione un'altra *actio* (*quae ... sit*).

Diversamente dalla costituzione esaminata nel paragrafo precedente, la costituzione in esame contiene un esplicito ed inequivocabile riferimento all'*actio quod metus causa* e, per quanto anche in questo caso la cancelleria imperiale sottolinei l'onere dell'attore di restituire il prezzo di una vendita estorta con *vis* o *metus*⁴¹, l'ipotesi in questione è però diversa, giacché riguarda non «la *restitutio*, potremmo dire, in forma specifica e conseguente allo *iussum iudicis*, ma in seguito alla condanna nel quadruplo»⁴².

Ciò che, però, non ha impedito che, al pari di C. 2.19.3, anche questa costituzione sia stata ritenuta rimaneggiata, in più punti, dai compilatori giustiniane.

Il Biondi⁴³ ha ricostruito la *ratio* del loro ritocco al testo, consistente nell'inserimento della frase «*scilicet reddito a vobis pretio*», in questa maniera: «Se il compratore (autore della violenza) non restituisce, viene condannato al quadruplo, ma egli trattiene la *res*, come il venditore il prezzo; la pena è dunque rappresentata sempre dal quadruplo; ma avendo Giustiniano ammesso che nella condanna in quadruplo fosse compresa la *restitutio rei*, cioè la pena si limitasse al triplo, decise qui che l'attore, cioè il venditore, dovesse restituire il prezzo.

in *SDHI*. 31, 1965, 313 e nt. 7; Ebert, '*Vi metusve causa*' cit. 405 e nt. 10, 407 e 415; Venturini, *Note in materia di concussione* cit. 85 s. e 90; Vilacoba Ramos, '*Quod metus causa gestum erit*' cit. 690 e nt. 22. Sul verbo '*roborare*', che chiude la frase (*roborastis*), v. Honoré, *Emperors and Lawyers* cit. 116 e nt. 553.

⁴⁰ Sul termine di un anno come condizione della *condemnatio in quadruplum* v. A. Pernice, '*Parerga*'. IX. *Der privatrechtliche Standpunkt in der Lehre der römischen Juristen*, in *ZSS*. 19, 1898, 157 s. e nt. 1.

⁴¹ La *restitutio pretii* si riferisce quindi al *iudicium in quadruplum quod metus causa* e non può certo alludere ad una *restitutio in integrum propter metum*: M. Kaser, *Besprechung von W. Felgentraeger, Antikes Lösungsrecht* (Berlin-Leipzig 1933), in *ZSS*. 54, 1934, 439 nt. 1; E. Schönbauer, *Diokletian in einem verzweifelten Abwehrkampfe? Studien zur Rechtsentwicklung in der römischen Kaiserzeit*, in *ZSS*. 62, 1942, 331; Kaser, *Zur 'in integrum restitutio'* cit. 135 e nt. 30; Russo Ruggeri, *Viviano* cit. 81 nt. 46.

⁴² Calore, '*Actio quod metus causa*' cit. 355.

⁴³ *Studi sulle 'actiones arbitrarie' e l'arbitrium iudicis*, Palermo 1912, 70.

Questo concetto messo avanti da Giustiniano che cioè nella condanna al quadruplo fosse inclusa la restituzione della cosa (*res quidem omnimodo contineatur et eius restitutio fiat*), se ben si guarda, non è che un ulteriore svolgimento di quel principio giustiniano secondo cui era permesso al convenuto di restituire la cosa *usque ad sententiam*. Giustiniano non vuole nessun arricchimento da parte dell'attore, e nessun ostacolo di procedura o di forma arretra il legislatore bizantino di fronte al risultato sostanziale: se il convenuto non può o non vuole restituire *ante sententiam*, è giusto che nel quadruplo sia inclusa la *restitutio rei* e la pena vada pertanto limitata al triplo».

E tanto il carattere insitico della frase «*scilicet reddito a vobis pretio*» quanto l'argomentazione che la supporta sono stati fatti propri dal Levy⁴⁴, secondo cui «ergeht das Urteil auf das Vierfache, so keine *rescissio* mehr: Ware und Kaufpreis bleiben, wo sie sind. Umgekehrt mußte Justinian, wenn er damit Ernst machte, neben seinem *triplum* das *restituere* in natura zu erzwingen, folgerecht die Rückerstattung des Kaufpreises an den Erpresser vorweg oder Zug um Zug gegen die Restitution fordern». Dal Felgentraeger⁴⁵, che, inoltre, di tale frase ha sottolineato la scorrettezza formale. E, infine, dal Maier⁴⁶, perché «die Rückzahlung des Preises im klassischen Recht nur als eine Voraussetzung oder Modalität der vom Beklagten zu bewirkenden Restitution, nicht aber, wie hier, nach Ausbleiben der Restitution als Voraussetzung der *condemnatio* erscheinen konnte».

Ma la Calore⁴⁷ ha dimostrato che la previsione della restituzione del prezzo da parte dei venditori attori potrebbe essere genuina, fondando il suo convincimento sulla ricostruzione delle divergenti opinioni di Labeone e Giuliano – riportate da Ulpiano in D. 4.2.14.9, un frammento proveniente dall'undicesimo dei *libri ad edictum*⁴⁸ – derivanti da una diversa considerazione della funzione della condanna al pagamento del quadruplo conseguente al rifiuto di *restitutio*⁴⁹.

⁴⁴ *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht* II.1, Berlin 1922, 165 nt. 10.

⁴⁵ *Antikes Lösungsrecht* cit. 106 e nt. 22.

⁴⁶ *Prätorische Bereicherungsklagen* cit. 146 e nt. 2.

⁴⁷ '*Actio quod metus causa*' cit. 356 ss.

⁴⁸ *Sed et si quis per vim stipulatus, cum acceptum non faceret, fuerit in quadruplum condemnatus, ex stipulatu eum agentem adversus exceptionem replicatione adiuvari Iulianus putat, cum in quadruplo et simplex sit reus consecutus. Labeo autem etiam post quadrupli actionem nihilo minus exceptione summovendum eum, qui vim intulit, dicebat: quod cum durum videbatur, ita temperandum est, ut tam tripli condemnatione plectatur, quam acceptilationem omnimodo facere compellatur.*

⁴⁹ Secondo la Triggiano, '*Nascita dell'azione e problemi di tutela processuale: diritto romano e tradizione romanistica*', in L. Garofalo (a c. di), '*Actio in rem*' e '*actio in personam*'. In ricordo di Mario Talamanca I, Padova 2011, 418, la menzione nella nostra costituzione della cosiddetta '*clausola restitutiva*', avente l'effetto, per il convenuto, di evitare la condanna in *quadruplum*

Lo Schulz⁵⁰ si è invece soffermato sulla frase «*et non postea eam consensu roborastis*», chiarendo che l'imperatore, concedendo l'*actio metus causa* a meno che la vendita estorta non sia stata successivamente confermata con il consenso dei venditori, deve supporre che non ci sia stato alcun consenso preventivo, altrimenti avrebbe dovuto dire 'a meno che non si sia ottenuta una successiva conferma mediante un consenso libero e non estorto'⁵¹. E ciò avrebbe comportato logicamente l'invalidità del contratto consensuale estorto, ma la costituzione non arriva fino a tanto o, almeno, non lo afferma.

Queste conclusioni – criticate dal Longo⁵², poiché l'inciso «*consensu roborastis*» allude alla ratifica, cioè ad un 'nuovo consenso' (libero), e non consente dunque di indurre *a contrario* che nella vendita estorta non vi sia stato un 'primo consenso', e, d'altro canto, il testo del rescritto, dichiarando annullabile con il rimedio pretorio la vendita estorta, ne presuppone evidentemente la validità e, quindi, non può escludere che il consenso vi fosse – sono state condivise ed ampliate dal von Lübtow⁵³, secondo il quale, pur non dovendosi mettere in dubbio la frase «*et non postea eam consensu roborastis*», l'affermazione del principio della validità della vendita (insieme alla quale il testo originale avrebbe riportato anche la *mancipatio*), benché estorta con il *metus*, non è attribuibile a Gordiano, ma a Giustiniano, dal momento che la costituzione genuina avrebbe invece dovuto sancire la nullità di tale vendita, stante il meccanismo processuale dei *iudicia bonae fidei*, per cui il *iudex*, valutando la causa *ex fide bona*, avrebbe respinto in ogni caso e senza bisogno di *exceptio* una vendita viziata dal *metus*.

Ma questa opinione è stata rigettata dal Castello⁵⁴ e, soprattutto, confutata, con dovizia di argomentazioni, dal Sanfilippo⁵⁵, il quale ha preso le mosse proprio dalla frase «*et non postea eam consensu roborastis*», che non avrebbe alcun senso ove si supponesse nulla la vendita estorta, dal momento che non si può *consensu roborare* un atto nullo. Al contrario, tale frase si spiega supponendo che la vendita fosse valida, ma sottoposta a rescissione mediante gli strumenti pretori, sicché questo contratto, valido ma attaccabile, può essere ratificato dal successivo libero consenso e, in tal modo, divenire invulnerabile. L'inciso «*eam*

ristabilendo la situazione giuridica anteriore al compimento del negozio, «persuade ancora di più circa la possibilità di esperire l'azione anche nei confronti dell'eventuale terzo in buona fede, possessore del bene estorto».

⁵⁰ *Die Lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäft* cit. 197.

⁵¹ Hartkamp, *Der Zwang* cit. 50 e 170.

⁵² *Note critiche in tema di violenza morale* cit. 121 nt. 1.

⁵³ *Der Ediktstitel „Quod metus causa gestum erit“* cit. 51 s. e 247.

⁵⁴ *Il regime della violenza* cit. 317 ss.

⁵⁵ *Recensione di U. von Lübtow, Der Ediktstitel „Quod metus causa gestum erit“ (Greifswald 1932)*, in *BIDR.* 43, 1935, 398 s.

consensu roborastis» si inquadrerebbe allora bene nel diritto classico, poiché non si tratta di una vendita successivamente ripetuta con il libero consenso (infatti, in questo caso, gli effetti scaturirebbero dalla seconda vendita perfetta, senza alcun riferimento alla prima estorta, mentre, in base alla costituzione, essi discenderebbero dalla vendita estorta, ora consolidata da una successiva conferma), bensì di un'ulteriore manifestazione tacita del consenso desumibile dal pagamento del prezzo oppure di un *pactum*, con il quale le due vittime della violenza morale promettono di non avvalersi dei mezzi a loro spettanti in base all'editto per rescindere la vendita estorta. Infatti, se l'autore della violenza morale, in questo caso il compratore, agirà poi con l'*actio empti*, il *iudex* del *iudicium bonae fidei* dovrà tenere conto non solo della violenza avvenuta (senza bisogno dell'*exceptio metus*), ma anche del successivo *pactum*, liberamente stipulato e finalizzato a consolidare l'incerta vendita, e, di conseguenza, considererà valido il negozio. Invece, nel caso in cui il successivo *pactum* fosse mancato, il *iudex, ex fide bona*, avrebbe dovuto ritenere nulla la vendita. Ma da ciò non si può fare discendere la nullità dei negozi estorti protetti dai *iudicia bonae fidei*, poiché non è detto che il compratore esperisca necessariamente l'*actio empti* contro la sua vittima, ciò che può avvenire perché non lo vuole oppure perché non vi ha alcun interesse (ad esempio, se già possedeva ad altro titolo il bene oggetto della vendita). In tal caso, la vendita è in sé valida, mentre il venditore, vittima del *metus*, ha certo l'interesse a chiedere al pretore una *restitutio in integrum* od un'*actio metus causa*. E, come risponde Gordiano, il pretore senza dubbio la concederà, avendo però cura l'imperatore di avvertire che, se poi fosse intervenuto un successivo libero patto a sanare l'invalidità pretoria, la concessione degli strumenti edittali non sarebbe stata più ammissibile, dal momento che all'*actio metus causa* del venditore il compratore avrebbe potuto opporre un'*exceptio doli* o *pacti*. Pertanto, nel caso in esame e, in generale, in tutti quei negozi estorti che venivano protetti da *iudicia bonae fidei*, l'inerenza dell'*exceptio metus* non comporta la nullità della vendita. La validità ed il successivo intervento pretorio, ammessi nel rescritto di Gordiano, sono dunque classici, sicché non è necessario attribuire ai compilatori giustiniane una voluta interpolazione nel senso della validità dei negozi estorti con il *metus*.

E, in questo senso, si è espresso, più recentemente, il Finazzi⁵⁶, secondo cui l'inciso «*consensu roborastis*» sembra essere classico, per quanto qualche perplessità desti la menzione dell'*actio quod metus causa* in connessione con una

⁵⁶ *Riflessioni sul rapporto fra convalida e ratifica nell'esperienza giuridica romana*, in C. Cascione e C. Masi Doria (a c. di), *'Fides Humanitas Ius'*. *Studii in onore di Luigi Labruna III*, Napoli 2007, 1919.

venditio, tutelata da un *iudicium bonae fidei*, dovendosi così ritenere che la ragione per la quale la cancelleria imperiale prendeva in considerazione l'*actio quod metus causa gestum erit* andrebbe ricercata nel fatto che alla *venditio* fosse seguita una *traditio* – alla quale però non deve necessariamente pensarsi, «potendosi, invece, ritenere sufficiente una nuova manifestazione di volontà»⁵⁷ – e che questa fosse parimenti viziata da violenza.

Infine, l'Hartkamp⁵⁸ ha ritenuto interpolata la locuzione «*metum mortis aut cruciatus corporis*», dovendosi comunque escludere che essa fosse contenuta nell'editto del pretore.

Ma questa congettura è stata smentita dal Castello⁵⁹, il quale ha sostenuto che i giuristi classici avessero determinato con grande sapienza ed estrema rigidità le ipotesi nelle quali la minaccia potesse definirsi grave e che esse si sarebbero potute ricondurre appunto al *timor mortis vel cruciatus corporis*, al quale l'editto avrebbe fatto esplicito riferimento, dovendosi da ciò concludere che l'*actio quod metus causa* si applicasse unicamente per atti di estrema gravità. E dalla Calore⁶⁰, la quale ha però dimostrato che non si fosse giunti ad una tassativa individuazione delle ipotesi in cui si potesse discorrere di gravità della minaccia e, quindi, di rilevanza del timore, sebbene le minacce di morte e dei tormenti corporali rientravano, naturalmente, tra gli esempi più frequenti di ipotesi di *metus* rilevante.

Anche se va precisato che, «mit der Einschränkung auf eine drohende Körperverletzung engen die Juristen der kaiserlichen Kanzlei den Tatbestand der Rechtsbehelfe wegen Erpressung stärker ein als die Juristen der Hoch- und Spätklassik. Diese bezeichnen die zur Anfechtung eines Geschäfts erforderliche Furcht allgemein als eine solche vor einem großen Übel (*malitas maior*), die auch einen sehr standhaften Menschen (*homo constantissimus*) zu dem erpressen Verhalten veranlasst hätte. Indem sie die Todesfurcht zum Maßstab für die Beurteilung der Bedrohung mit einer kriminalrechtlichen Anklage oder einer Vergewaltigung wählen, liefern sie jedoch zugleich den Ansatzpunkt für die spätere Kaiserrechtsprechung. Die Formel von der Furcht vor Tod oder körperlicher Misshandlung ist offensichtlich Ulpian's Kommentar zur Wiedereinsetzung wegen Abwesenheit entlehnt: Bestimmt der Spätklassiker den hier wiederum vorausgesetzten *metus* als '*timor mortis vel cruciatus corporis*', liegt überaus nahe, diese Definition wegen der identischen Begrifflichkeit auf das eigentliche

⁵⁷ F. Bono, *I rescritti di Valentiniano e Valente nella 'Consultatio'. Un inquadramento esegetico*, in *TSDP*, 16, 2023, 22 nt. 53.

⁵⁸ *Der Zwang* cit. 32 ss. e nt. 8, 40 e 242.

⁵⁹ '*Timor mortis vel cruciatus corporis*', in *AG*, 121, 1939, 145 ss.

⁶⁰ '*Actio quod metus causa*' cit. 93 ss.

metus-Edikt zu übertragen, zumal sich der Rechtsverlust durch erzwungene Abwesenheit im Ergebnis nicht von dem Nachteil unterscheidet, der durch Vornahme eines erpressten Geschäfts entsteht»⁶¹.

Ciò detto, due sono gli aspetti che occorre qui sottolineare.

Il primo è rappresentato dall'esplicita menzione dell'editto perpetuo (*iuxta perpetui formam edicti*), che nessuno degli autori ora ricordati ha messo in discussione e che, come sembra potersi desumere dall'avverbio «*iuxta*», traducibile 'in conformità a' od «according to»⁶², viene ritenuto dal rescritto ancora fonte, per un verso, del processo dell'*ordo* e, per altro verso, del *ius honorarium* quale ordinamento contrapposto al *ius civile*. Ciò che si evince dalla circostanza che, nella fattispecie decisa da Gordiano della vendita viziata da *metus*, «la dialettica fra *ius civile*, sul versante del quale l'atto era valido, e *ius honorarium* sul versante del quale l'atto era nullo, integrava una situazione per certi versi simile a quella della moderna annullabilità, in quanto gli effetti del negozio si producevano *ab origine* e potevano essere rimossi su iniziativa della parte legittimata. E, analogamente, a prescindere dall'eventualità di una convalescenza, l'autore del negozio viziato poteva sanarlo attraverso una convalida»⁶³. Ed allora non può escludersi affatto che il richiamo all'editto perpetuo da parte del rescritto di Gordiano – che è «molto preciso nel riassumere agli istanti i termini delle regole edittali relative all'*actio quod metus causa*»⁶⁴ – fungesse da deterrente per chi, convalidando successivamente con un secondo atto (*consensu*) una vendita estorta con il *metus*, il che avrebbe precluso la possibilità di impugnare come *metu extorta* la vendita, avesse tentato di eludere la normativa edittale sul *metus*⁶⁵, cioè l'*edictum quod metus causa gestum erit*⁶⁶.

Il secondo è costituito dal fatto che il contesto della costituzione sia sicuramente riconducibile⁶⁷, a differenza di quello della costituzione esaminata nel paragrafo

⁶¹ J.D. Harke, *'Iuris prudentia Diocletiana'. Kaiserliche Rechtsprechung am Ende des dritten Jahrhunderts*, Berlin 2019, 32 s.

⁶² Honoré, *Emperors and Lawyers* cit. 623 e nt. 118.

⁶³ Finazzi, *Riflessioni sul rapporto fra convalida e ratifica* cit. 1919 s. Cfr., in chiave comparatistica, M. Müller, *Die Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte nach § 141 BGB*, Berlin 1989, 185 ss.

⁶⁴ Bono, *I rescritti di Valentiniano e Valente* cit. 22.

⁶⁵ Cfr. L. Pellicchi, *Presenza della giurisprudenza classica nelle costituzioni imperiali (II)*, in C. Lorenzi e M. Navarra (a c. di), *Atti del XXV Convegno internazionale dell'Accademia Romanistica Costantiniana in onore di Francesco Amarelli. La costruzione del testo giuridico tardoantico. Culture, linguaggi, percorsi argomentativi e stilistici*, Perugia 2023, 103 s. e nt. 17.

⁶⁶ Lenel, *Das 'edictum perpetuum'* cit. 111 s., tit. X '*De in integrum restitutionibus*' § 39.2 '*Quod metus causa gestum erit*'.

⁶⁷ Così anche e recisamente Triggiano, *'Nascita' dell'azione* cit. 415.

precedente, al processo formulare, come si evince in maniera inoppugnabile dal riferimento alle due ipotesi di *condemnatio in quadruplum* od *in simplum* e dalla doppia menzione della *causae cognitio* (*causa cognita ... quae causae cognitio*)⁶⁸. Ed è allora proprio il reiterato richiamo alla *causae cognitio* che assume particolare importanza se correlato con la citazione dell'*edictum perpetuum*, giacché, se per un verso la costituzione è chiarissima nell'affermare l'evidente necessità di questa *causae cognitio*, il cui significato è però discusso in dottrina⁶⁹, potendosi pensare alla valutazione dell'idoneità della *causa* a giustificare il rimedio dell'*actio quod metus causa in simplum* oppure all'accertamento dell'inesistenza di un'*alia actio* individuabile in «un'*actio in factum* sussidiaria diretta ad ottenere una somma corrispondente all'arricchimento»⁷⁰, per altro verso siffatta *causae cognitio* «non può, quindi, che essere vista sotto il profilo del limite posto dall'editto alla discrezionalità del magistrato»⁷¹, consentendo così all'interprete di concludere che, in C. 2.19.4, l'editto perpetuo continuasse ad essere utilizzato dalla cancelleria imperiale in funzione di regolazione della *iurisdictio* pretoria.

4. Ancora del 239 d.C. è un rescritto, indirizzato ad un soldato, concernente un caso in cui vengono in considerazione lo strumento dell'*exceptio procuratoria* e l'istituto dell'appello:

C. 2.12.13 (Imp. Gordianus A. *Viciano militi*, a. 239): *Ita demum super lite persequenda, quam tibi mater mandavit, actionem intendere potes, si, cum primo litem contestareris, non est tibi eo nomine opposita praescriptio militiae: quod nec, cum appellatio agitur, tibi obici poterit. Nam si integra res est, ratio perpetui edicti acceptam tibi non permittit alieno nomine actionem intendere.*

Gordiano risponde a Viciano che egli avrebbe potuto intentare l'azione, in relazione ad una controversia per la quale sua madre gli aveva dato mandato, soltanto se, avendo dapprima contestato la lite, non gli fosse stata opposta l'eccezione del suo stato militare (*Ita ... militiae*)⁷², la quale non gli poteva essere

⁶⁸ In riferimento alla quale il Castello, *Il regime della violenza* cit. 318 ss., ha ritenuto non genuina la fase finale «*quae causae cognitio eo pertinet, ut ita demum decernatur, si alia actio non sit*», nella quale ricorre la seconda delle due citazioni della *causae cognitio*.

⁶⁹ Per una sua accurata rassegna v. Calore, '*Actio quod metus causa*' cit. 274 s. nt. 35.

⁷⁰ A. Nicoletti, *Sulla politica legislativa di Gordiano III. Studi*, Napoli 1981, 51.

⁷¹ I. Luzzatto, *Il problema d'origine del processo 'extra ordinem'*. I. *Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretori*, Bologna 1965, 63.

⁷² Sul mandato conferito al richiedente dalla propria madre (*tibi mater mandavit*) v. D. Simon, *Aus dem Kodexunterricht des 'Thalelaios'*, in ZSS. 86, 1969, 360. Sulla costruzione della parte finale (*non est tibi eo nomine opposita praescriptio militiae*) di questa frase v. Honoré, *Emperors and Lawyers* cit. 117 s. e nt. 592.

opposta nemmeno nel giudizio d'appello (*quod ... poterit*). Infatti, se la controversia era «*integra*» (*Nam ... est*), la «*ratio*» dell'editto perpetuo non gli avrebbe permesso di intentare un'azione nel nome di un altro (*ratio ... intendere*).

Il richiamo del testo all'*exceptio procuratoria* ed alla «*praescriptio militiae*» pone «problemi non solo di ricostruzione dei meccanismi processuali, ma anche di un eventuale avvicinarsi di regimi»⁷³, che, tuttavia, non hanno scoraggiato la dottrina dall'interessarsene.

Così, il Kolitsch⁷⁴ ha ritenuto che il giudizio di prima istanza menzionato dalla costituzione fosse quello cognitorio, non ostando a ciò il riferimento alla *litis contestatio*, dal momento che, come è noto, quest'ultima era presente anche nella *cognitio extra ordinem*, ma per indicare la *narratio litis* che l'attore faceva, in *contradictio* con il convenuto, all'udienza di trattazione della causa.

Al contrario, il rescritto è stato riferito al processo formulare dal Lauria⁷⁵, il quale lo ha utilizzato per asserire l'inopponibilità in appello di eccezioni dilatorie omesse nel procedimento di prima istanza⁷⁶, rimanendo il dubbio se l'inammissibilità dell'eccezione sia dovuta, come sembra doversi desumere dal testo, alla funzione della *litis contestatio*.

Sulla sua scia, il Sanfilippo⁷⁷, pur non escludendo del tutto l'interpolazione della frase «*quod nec, cum appellatio agitur, tibi obici poterit*»⁷⁸, ha dimostra-

⁷³ M. De Pascale, *Sul divieto per il «miles» di fungere da «cognitor» o «procurator» in giudizio*, in *Index* 15, 1987, 399.

⁷⁴ 'Praescriptio' und 'exceptio' außerhalb des Formularverfahrens, in *ZSS.* 76, 1959, 271 e nt. 36, 274 e 293.

⁷⁵ *Sull'«appellatio»*, in *AG.* 97.2, 1927, 232.

⁷⁶ Secondo il Pergami, *L'appello nella legislazione del tardo Impero*, Milano 2000, 28 s., *Effetto devolutivo e «ius novorum» nel processo romano della «cognitio extra ordinem»*, in C. Cascione e C. Masi Doria (a c. di), *'Fides Humanitas Ius'. Studii in onore di Luigi Labruna VI*, Napoli 2007, 4153 e *Sul processo litisconsortile nell'esperienza giuridica romana*, in *RDR.* 13, 2013, 7, il testo in esame non prova affatto che già all'età dei Severi il sistema della *cognitio extra ordinem* ammettesse le eccezioni dilatorie omesse dal convenuto nel giudizio di primo grado, dal momento che Gordiano – come è stato evidenziato anche dal Tomulescu, *Julien l'Apostat et le code de Justinien*, in *Atti del III Convegno internazionale dell'Accademia Romanistica Costantiniana (Perugia - Trevi - Gualdo Tadino) (28 settembre - 1° ottobre 1977)*, Perugia 1979, 417 – si limita ad affermare che al postulante non poteva essere opposta in appello la «*praescriptio militiae*», senza nulla dire, neppure implicitamente, in relazione alle altre eccezioni dilatorie, sicché sembra veramente avventato non solo generalizzare la precisazione dell'imperatore, estendendola a tutte le eccezioni dilatorie, ma addirittura ricavarne *a contrario* che fossero viceversa ammesse in appello nuove eccezioni perentorie. Così anche S. Liva, *Il procedimento d'appello davanti al giudice «ad quem»: la disciplina del «novum» probatorio*, in *TSDP* 14, 2021, 12 nt. 39 (ivi altra letteratura citata).

⁷⁷ *Contributi esegetici alla storia dell'«appellatio»*. I. *Sull'appello contro la sentenza del giudice formulare nell'impero*, Spoleto 1934, 35 ss.

⁷⁸ Così anche M. Amelotti, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milano 1958, 82

to che il testo si riferisse all'appello avverso la sentenza del *iudex* formulare. Infatti, nel processo dell'*ordo* l'*exceptio dilatoria* doveva essere opposta prima della *litis contestatio*, sicché contro l'omissione di tale *exceptio* non vi era alcun rimedio, né in via di *restitutio in integrum* né in via di *appellatio*. E se, in senso contrario, il Kipp⁷⁹ ha addotto numerosi testi dai quali si evince che nella *cognitio extra ordinem* postdiocleziana continuava a permanere la regola che l'*exceptio dilatoria* dovesse essere opposta all'inizio della trattazione della lite, nella costituzione in esame le frasi «*litem contestareri*» e «*res integra*» sono invece tecniche e tipiche del processo formulare⁸⁰ e fanno perciò supporre con ragione che si trattasse di una causa dell'*ordo*⁸¹ e, quindi, che la menzione dell'*«appellatio»* si riferisse ad una controversia di prima istanza formulare.

In questa stessa direzione, il Simon⁸² ha poi aggiunto che – come avevano già puntualizzato il Collinet⁸³, l'Amelotti⁸⁴ ed il Tomulescu⁸⁵ – la «*praescriptio militiae*» di cui discorre il testo non è altro che la classica *exceptio procuratoria*, sicché la menzione, nel rescritto, di tale *praescriptio* e dell'*appellatio* non sono certo prove sufficienti per ritenere che il giudizio di primo grado fosse in origine quello cognitorio, dovendosi allora pensare che, come i giuristi postdrianei avevano esteso le regole edittali sulla capacità del *cognitor* al *procurator*, così queste stesse regole potevano ora essere trasferite dal processo formulare a quello cognitorio ad opera appunto del rescritto di Gordiano⁸⁶.

E quanto ciò sia vero è dimostrato dal fatto che la cancelleria imperiale richiami non la prescrizione dell'editto perpetuo in quanto tale, come invece aveva fatto in C. 2.19.3 e 2.19.4, esaminate nei due paragrafi precedenti, servendosi delle espressioni «*secundum formam perpetui edicti*» e «*iuxta perpetui formam edicti*», bensì la sua «*ratio*» (*ratio perpetui edicti*), cioè il 'senso' della regola

nt. 190. *Contra* W. Litewski, *Die römische Appellation in Zivilsachen (III)*, in *RIDA*. 14, 1967, 339 nt. 137 e L. De Giovanni, *L'appello nel giurista Marciano*, in *SDHI*. 54, 1988, 154 e *Giuristi severiani*. Elio Marciano, Napoli 1989, 89, secondo i quali l'inciso «*cum appellatio agitur*», che ricorre in tale frase, è sicuramente genuino.

⁷⁹ *Über dilatorische und peremptorische Exzeptionen*, in *ZSS*. 42, 1921, 341 s.

⁸⁰ Ciò che, in riferimento alla *litis contestatio*, non è chiaro secondo il Litewski, *Die römische Appellation in Zivilsachen (II)*, in *RIDA*. 13, 1966, 270 nt. 132.

⁸¹ Così anche Amelotti, *La prescrizione delle azioni* cit. 14 e nt. 29. Cfr. Kaser – Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht* cit. 245 e nt. 24 e 504 e nt. 18.

⁸² *Untersuchungen zum justinianischen Zivilprozess*, München 1969, 77 e nt. 56.

⁸³ *La procédure par libelle* cit. 200.

⁸⁴ *La prescrizione delle azioni* cit. 14 e nt. 29.

⁸⁵ *Julien l'Apostat* cit. 417.

⁸⁶ Cfr. Tomulescu, *Julien l'Apostat* cit. 417 s.

dell'editto pretorio – individuabile non tanto, come ha ritenuto il Pringsheim⁸⁷, nell'*edictum quibus alieno nomine agere liceat*⁸⁸, quanto piuttosto, secondo il De Francisci⁸⁹, nell'*edictum si alieno nomine agatur*⁹⁰ – che vietava ai soldati di fungere da procuratori nelle liti.

Il rescritto dimostra allora, come bene è stato puntualizzato dal Solazzi⁹¹, la «scrupolosa esattezza di Gordiano», il quale, a ben vedere, nel confermare «la validità dei divieti contenuti nell'editto perpetuo»⁹², finisce per configurare l'*edictum perpetuum* come una fonte astratta del diritto imperiale, dal momento che quest'ultimo si ricollega al primo per estendere analogicamente al processo cognitorio dei principii regolanti quello formulare.

Anche se va detto che si intravede nel rescritto «una forma di temperamento al rigore che caratterizzava le prime disposizioni, ossequiose del principio di esclusione contenuto nell'Editto del pretore. V'è da chiedersi se si trattò di una di quelle forme di fidelizzazione, operate in particolare dagli imperatori da e dopo i Severi (i c.d. *Soldatenkaiser*), attraverso provvedimenti che concedevano privilegi o attenuavano restrizioni nei confronti della classe militare»⁹³.

E, invero, nel rescritto, conformemente al disposto dell'editto del pretore, si mitigava la prospettiva di un precedente rescritto di Caracalla, C. 2.12.7 del 223 d.C. indirizzato ad un soldato di nome Macrino⁹⁴, che negava in senso assoluto al *miles* di occuparsi in veste di procuratore⁹⁵ delle controversie dei familiari stretti.

⁸⁷ Zur Bezeichnung des Hadrianischen Ediktes als '*edictum perpetuum*' cit. 109.

⁸⁸ Lenel, *Das 'edictum perpetuum'* cit. 95 s., tit. VIII '*De cognitoribus et procuratoribus et defensoribus*' § 29 '*Quibus alieno nomine agere liceat*'.

⁸⁹ Per la storia dell'editto perpetuo cit. 328.

⁹⁰ Lenel, *Das 'edictum perpetuum'* cit. 502 s., tit. XLIV '*De exceptionibus*' § 271 '*Si alieno nomine agatur (exceptiones cognitoriae, procuratoriae, tutoriae, curatoriae)*'.

⁹¹ *Costituzioni glossate o interpolate nel 'Codex Iustinianus'*, in SDHI. 24, 1958, 13.

⁹² D.A.N. Costa, *Divieti e limiti, processuali e negoziali, applicati ai 'militēs' nel Tardo Impero*, in *Cultura giuridica e diritto vivente* 7, 2020, 3.

⁹³ Costa, *Divieti e limiti, processuali e negoziali, applicati ai 'militēs'* cit. 4.

⁹⁴ *Militem nec pro patre vel matre vel uxore nec sacro rescripto procuratorio nomine experiri oportet, cum neque defensionem alienam suscipere vel redimere negotia vel quasi suffragatorem accedere utilitate publica permittatur*.

⁹⁵ A proposito del quale, il Minale, *L'appello nell'ultima età dei Severi. Per uno studio sul 'De appellationibus' di Emilio Macro*, Napoli 2017, 95 s., dopo avere premesso che «coloro che erano stati implicati nel processo di primo grado lo sarebbero stati anche in quello successivo, padroni della legittimazione ad appellare in forza di un principio che a un certo punto sarebbe stato normato da Gordiano secondo una costituzione del 239 parzialmente conservata in C. 2.12(13).13», afferma che «il ricorso all'esemplificazione mediante la figura del *procurator*, invece, derivava – a parte la rilevanza dello schema giuridico su cui si reggeva, almeno in certa misura, l'esercizio di un vasto segmento delle attività commerciali – dal fatto che il suo profilo era stato oggetto di un processo evolutivo, come noto, che da un'esclusiva portata generale ne aveva

Tuttavia, secondo la Rinolfi⁹⁶, Gordiano «pare discostarsi dall'*edictum perpetuum*, poiché non richiamava la casualità che comportava nel processo la mancata opposizione della eccezione dello stato militare; questa evenienza mi fa ipotizzare che nel rescritto egli permettesse di derogare al divieto in questione in presenza dell'assenso della controparte».

5. Sempre del 239 d.C. è un rescritto, indirizzato ad una tale Sulpicia⁹⁷, inserito dai compilatori giustiniane sotto il titolo '*De causis, ex quibus infamia alicui inrogatur*':

C. 2.11.15 (Imp. Gordianus A. *Sulpiciae*, a. 239): *Decreto amplissimi ordinis luctu feminarum deminuto tristior habitus ceteraque hoc genus insignia mulieribus remittuntur; non etiam intra tempus, quo lugere maritum moris est, matrimonium contrahere permittitur; cum etiam, si nuptias alias intra hoc tempus secuta est, tam ea quam is, qui sciens eam duxit uxorem, etiam si miles sit, perpetuo edicto labem pudoris contrahit.*

L'imperatore spiega che, scemato per decreto del senato il lutto delle donne (*Decreto ... deminuto*), queste vengono dispensate dall'abbigliamento più funesto e da altri segni di tal genere (*tristior ... remittuntur*), e precisa però che non si permette loro di contrarre matrimonio nel periodo di tempo in cui è consuetudine piangere il marito (*non ... permittitur*), per cui, se in questo periodo di tempo la donna si unirà in seconde nozze (*cum ... est*), tanto questa donna quanto colui che scientemente la prese in moglie (*tam ... uxorem*), anche se sia un soldato (*etiam ... sit*)⁹⁸, in forza dell'editto perpetuo subiranno l'onta dell'*infamia* (*perpetuo ... contrahit*).

Il Volterra⁹⁹ – pur consapevole dell'impossibilità di appurare quale fosse il senatoconsulto¹⁰⁰ al quale si riferisce Gordiano all'inizio del rescritto (*Decreto*

ammesso la previsione anche per un solo specifico affare, senza, tuttavia, riuscire a eliminarne il carattere di terzietà rispetto al reale titolare del diritto in gioco».

⁹⁶ 'Arma etenim magis quam iura scire milites': restrizioni e divieti per i soldati romani nella legislazione tardoimperiale, in *Diritto@Storia* 17.16, 2018, 3.

⁹⁷ Sulla quale v. Krüger, *Die Ueberlieferung der Adressaten in Haloanders Ausgabe des 'Codex Iustinianus'* cit. 299.

⁹⁸ Il Campbell, *The marriage of soldiers under the empire*, in *JRS*. 68, 1978, 162, puntualizza che il soldato doveva avere contratto con la vedova un *matrimonium iustum*, «otherwise the soldier and the widow would not be guilty under the edict's provision». Opinione, questa, condivisa dal López Casado, *Las relaciones conyugales de los 'milites' en Hispania a través de la epigrafía*, in *Hispania Antiqua* 39, 2015, 140 s.

⁹⁹ Osservazioni sull'obbligo del lutto nell'editto pretorio, in *RISG*. 8, 1933, 184 ss.

¹⁰⁰ Così anche Watson, *Private law in the rescripts of 'Carus'* cit. 20 e nt. 13.

amplissimi ordinis)¹⁰¹, la cui data non ci è nota¹⁰², potendosi tuttavia immaginare che essa non fosse anteriore di molto a quella del rescritto¹⁰³ o, addirittura, coincidesse con quest'ultima¹⁰⁴ – ha ritenuto tuttavia che appare assai difficile immaginare che si trattasse di una norma generale che avesse abrogato per sempre l'obbligo del lutto, sembrandogli invece più probabile che si sia qui in presenza di quelle remissioni dal lutto temporanee, delle quali abbiamo frequenti accenni nelle fonti, che il senato in un primo tempo e più tardi anche l'imperatore concedevano sia *ad personam* e sia in occasione di feste od avvenimenti solenni. E, in questo senso, non può affatto escludersi che Gordiano intendesse affermare una sua competenza particolare da esercitarsi caso per caso e, quindi, rendere noto a Sulpicia che la *deminutio* generale del lutto disposta con un senatoconsulto avesse la sola efficacia di non obbligare la donna ad indossare abiti speciali, ma non fosse sufficiente per permettere alla vedova di passare a nuove nozze prima che fosse trascorso il *tempus lugendi*, ciò che, invece, poteva essere disposto solamente in seguito ad una richiesta speciale rivolta appunto all'imperatore. In ogni modo, comunque si voglia interpretarla, la costituzione non prova affatto che l'obbligo del lutto era imposto unicamente alle donne – apparendo assai debole l'argomento letterale che il rescritto discorresse solo delle donne (*mulieribus*) – e dimostra invece che, nel diritto della compilazione giustiniana, le cerimonie pagane del lutto erano state abrogate e che sussistesse solamente l'obbligo, finalizzato ad evitare la *turbatio sanguinis*¹⁰⁵ e ad assicurare la legittimità della prole, di non passare a nuove nozze prima dell'anno.

Lo stesso Volterra¹⁰⁶, esaminando nuovamente il rescritto di Gordiano, ha poi addotto tale *constitutio* come prova del fatto che contrarre un secondo matrimo-

¹⁰¹ Secondo la Giomaro, *La 'comitiva' e le sue graduazioni: la visione dei codici*, in C. Lorenzi e M. Navarra (a c. di), *'Militia inermis' e 'militia armata'. Apparati civili e militari nella tarda antichità. Atti del XXIV Convegno internazionale dell'Accademia Romanistica Costantiniana in onore di Maria Campolunghi*, Perugia 2021, 551 nt. 27, l'*'amplissimus ordo'* sarebbe il senato cittadino. Ma in senso decisamente contrario v. E. Levy, *'Paulus' und der Sentenzenverfasser*, in ZSS. 50, 1930, 290 s., il quale ha dimostrato che l'espressione *'amplissimus ordo'* s'impose a quella di *'senatus'* solamente a partire dal 350 d.C. (278 ss.). Sull'utilizzo del termine *'decretum'* v. F. Arcaria, *'Senatus censuit'. Attività giudiziaria ed attività normativa del senato in età imperiale*, Milano 1992, 147 s.

¹⁰² R.J.A. Talbert, *The Senate of Imperial Rome*, Princeton 1984, 456.

¹⁰³ J. Evans Grubbs, *Women and the law in the Roman Empire. A sourcebook on marriage, divorce and widowhood*, London-New York 2002, 222.

¹⁰⁴ E. Volterra, *'Senatus consulta'*, in NNDI. 16, Torino 1969, 1078 (nr. 198).

¹⁰⁵ Cfr. T.A.J. McGinn, *The Law of Roman Marriage in Late Antiquity*, in *Iura* 62, 2014, 238 e nt. 102.

¹⁰⁶ *Un'osservazione in tema di impedimenti matrimoniali*, in P. Ciapessoni (a c. di), *Studi in memoria di Aldo Albertoni. I. Diritto romano e bizantino*, Padova 1935, 414 s.

nio durante il *tempus lugendi* non comportava la nullità di tale matrimonio e, invero, l'espressione «*duxit uxorem*» e, insieme, il fatto di distinguere se il secondo marito si fosse sposato sapendo, o meno, dell'obbligo del lutto, dimostrano che il secondo matrimonio veniva sì punito con la comminazione dell'*infamia* ad entrambi i coniugi, ma rimaneva tuttavia pienamente valido civilmente. E, in effetti, se è immune da *infamia* chi contrae un matrimonio nell'ignoranza del lutto, è evidente che tale sanzione non concerne la validità del secondo matrimonio, sembrando pertanto strano immaginare che una simile causa di nullità dovesse dipendere solamente dalla *scientia* del trasgressore.

L'Humbert¹⁰⁷, dopo avere ribadito che le *deminutiones* generali dal lutto lasciavano intatto il divieto di risposarsi entro l'anno, si è invece soffermato su due aspetti del rescritto, cioè l'esonero per le donne dal «*tristior habitus*» e dai «*ceteraque hoc genus insignia*», nei quali trovavano ancora rifugio le vestigia dell'antica prescrizione religiosa che imponeva il rispetto del periodo di vedovanza¹⁰⁸, ed il ricorso al termine '*pudor*' (*labem pudoris*)¹⁰⁹ per giustificare che il matrimonio non era consentito «*intra tempus*», mettendo in luce che questo lemma non si riferiva agli obblighi della vedova nei confronti del marito defunto, ma indicava solamente che un nuovo matrimonio frettoloso era contrario alla correttezza, come è dimostrato dal fatto che il secondo marito, pur non vincolato da alcun dovere nei confronti del primo marito, era tuttavia anch'egli segnato da questo *labes pudoris* che generava a suo carico l'*infamia*. Sanzione, questa, che dimostra come in origine almeno il pretore avesse preso in considerazione l'obbligo del *lugere* nel suo aspetto morale e religioso, ciò che può evincersi anche dal richiamo del rescritto al *mos* (*moris est*), da intendersi qui come «*der durch das sittliche Bewußtsein geforderte Brauch*»¹¹⁰.

Il *mos*, al quale l'imperatore imputa l'introduzione del divieto di contrarre matrimonio durante il *tempus lugendi*, e l'*edictum perpetuum*, che viene menzionato a proposito dell'*infamia* che colpisce la donna risposatasi¹¹¹ ed il secon-

¹⁰⁷ *Le remariage à Rome. Étude d'histoire juridique et sociale*, Milano 1972, 123 s. e nt. 17.

¹⁰⁸ Sul punto v. anche A. López Pedreira, '*Tempus lugendi*' y '*secundae nuptiae*' en *Derecho Romano*, in *RIDR*. 11, 2013, 333 s. e nt. 6, 357 e 360.

¹⁰⁹ Sul significato di questa locuzione – intesa come «stain of shame» dalla Evans Grubbs, *Women and the law in the Roman empire* cit. 222 – v. L. Atzeri, *L'infamia nei rescritti di Diocleziano*, in W. Brandes, L.M. Hoffmann e K. Maksimovič (a c. di), '*Fontes Minores*' XII, Frankfurt am Main 2014, 6 e 8.

¹¹⁰ M. Kaser, '*Mores maiorum*' und *Gewohnheitsrecht*, in *ZSS*. 59, 1939, 81.

¹¹¹ Sul punto v. anche P. Riedlberger, *Prolegomena zu den spätantiken Konstitutionen. Nebst einer Analyse der erbrechtlichen und verwandten Sanktionen gegen Heterodoxe*, Stuttgart-Bad Cannstatt 2020, 361 nt. 152.

do marito (purché «*sciens*»)¹¹², sono dunque i punti di riferimento della cancelleria imperiale, la quale, probabilmente a conoscenza del fatto – debitamente sottolineato da Ulpiano in D. 3.2.11.1, un frammento proveniente dal sesto dei libri *ad edictum*¹¹³ – che ai *mores maiorum* si era rifatto anche il pretore¹¹⁴, in riferimento all’irrogazione dell’*infamia*, comminata forse proprio perché erano stati violati i *mores*¹¹⁵, si limita puramente e semplicemente a richiamare questa sanzione prevista appunto dall’editto pretorio¹¹⁶, nel nostro caso l’*edictum qui ne dent cognitorem*¹¹⁷, che, in quanto recepito da Gordiano *sic et simpliciter*, appare quindi come una fonte del diritto imperiale, che, nel nostro caso, «steht mit den konsolidierten Prinzipien der römischen Rechtsordnung in perfektem Einklang»¹¹⁸.

6. L’ultima delle costituzioni emanate nel 239 d.C. è un rescritto, indirizzato ad un tale Notturmo, in materia di *in ius vocatio*:

C. 2.2.2 (Imp. Gordianus A. Nocturno, a. 239): *Venia edicti non petita patronum seu patronam eorumque parentes et liberos, heredes insuper, etsi extranei sint, a libertis seu liberis eorum non debere in ius vocari ius certissimum est: nec in ea re rusticitati venia praebeatur, cum naturali ratione honor eiusmodi personis debeatur. Cum igitur confitearis patroni tui filium sine permissu praesidis in ius vocasse, poenam edicto perpetuo praestitutam rescripto tibi concedi temere desideras.*

L’imperatore afferma che è diritto incontrovertibile che, senza il permesso dell’editto, non debbano essere chiamati in giudizio dai *liberti* o dai loro figli il *patronus* o

¹¹² Dal requisito della consapevolezza della vedovanza da parte del marito l’Onida, *Il matrimonio dei militari in età imperiale*, in *Diritto@Storia* 15.14, 2016, 12, fa discendere la conclusione che il *miles* potesse contrarre matrimonio in costanza di servizio.

¹¹³ *Etsi talis sit maritus, quem more maiorum lugeri non oportet, non posse eam nuptam intra legitimum tempus collocari: praetor enim ad id tempus se rettulit, quo vir elugeretur: qui solet elugeri propterurbationem sanguinis.*

¹¹⁴ Sul punto v. P. De Francisci, *Appunti intorno ai «mores maiorum» e alla storia della proprietà romana*, in *Studi in onore di Antonio Segni* I, Milano 1967, 627 s. e nt. 36.

¹¹⁵ Cfr. Volterra, *Osservazioni sull’obbligo del lutto* cit. 189.

¹¹⁶ Sul punto v. anche J.G. Wolf, *Das Stigma ‘ignominia’*, in ZSS. 126, 2009, 93.

¹¹⁷ Lenel, *Das ‘edictum perpetuum’* cit. 89 ss. e 90 e nt. 3, tit. VIII ‘*De cognitoribus et procuratoribus et defensoribus*’ § 25 ‘*Qui ne dent cognitorem*’: Pringsheim, *Zur Bezeichnung des Hadrianischen Ediktes als ‘edictum perpetuum’* cit. 109 e De Francisci, *Per la storia dell’editto perpetuo* cit. 328, che ricorda anche l’*edictum qui nisi pro certis personis ne postulent* (Lenel, *Das ‘edictum perpetuum’* cit. 77 ss., tit. VI ‘*De postulando*’ § 16 ‘*Qui nisi pro certis personis ne postulent*’).

¹¹⁸ L. Atzeri, *Die ‘infamia’ in der Rechtssetzung der Soldatenkaiser*, in U. Babusiaux ed A. Kolb (a. c. di), *Das Recht der „Soldatenkaiser“. Rechtliche Stabilität in Zeiten politischen Umbruchs?*, Berlin 2015, 152.

la *patrona*, i loro genitori e figli e, inoltre, gli eredi, benché siano *extranei* (*Venia ... est*), ed in ciò non si mostri riguardo per la *rusticitas* (*nec ... praebeatur*), poiché per la ragione naturale è dovuto rispetto per le persone di tal fatta (*cum ... debeatur*). Pertanto, poiché il richiedente – probabilmente un *rusticus*¹¹⁹ – dichiarava di avere chiamato in giudizio un figlio del suo patrono senza il permesso del governatore della provincia (*Cum ... vocasse*), Gordiano giudica temerario il desiderio – verosimilmente giustificato appunto dalla sua *rusticitas*¹²⁰ – che con un rescritto gli fosse rimessa la pena stabilita dall’editto perpetuo (*poenam ... desideras*).

Il Mitteis¹²¹ ha sospettato il testo di interpolazione poiché il rescritto afferma che anche gli *heredes extranei* del *patronus* non possono essere chiamati in giudizio da parte del liberto.

E questa opinione è stata fatta propria acriticamente dall’Albertario¹²², dal Perozzi¹²³ e dal Lavaggi¹²⁴ e, in maniera argomentata, dal Castelli¹²⁵, il quale non ha avuto dubbi che l’inciso «*heredes insuper, etsi extranei sint*», censurabile anche dal punto di vista stilistico, sia un emblema triboniano, in ciò seguito dal Voci¹²⁶ e dal Gómez-Iglesias Casal¹²⁷.

Conclusione, questa, che non è stata però accolta dal Cosentini¹²⁸, secondo cui si deve piuttosto pensare ad una glossa tardiva introdotta nel testo originario della costituzione in età postclassica, quando, forse sotto l’influenza di concezioni ellenistiche, anche gli *heredes extranei* alla *familia* patronale furono ammessi a godere di diritti che in epoca classica spettavano solamente al *patronus* ed ai membri della sua famiglia.

Questa interpretazione è stata condivisa dal Guarino¹²⁹, il quale ha inoltre espunto dal testo la frase «*nec in ea re rusticitati venia praebeatur, cum naturali ratione honor eiusmodi personis debeatur*», reputata anch’essa di fattura

¹¹⁹ G. Castelli, *Sulla “in ius vocatio”, dell’erede estraneo del patrono* [1913], in E. Albertario (a c. di), *Scritti giuridici*, Milano 1923, 96.

¹²⁰ Castelli, *Sulla “in ius vocatio”, dell’erede estraneo del patrono* cit. 96.

¹²¹ *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians* I, Leipzig 1908, 103 nt. 23.

¹²² *Sul diritto dell’erede estraneo alle opere dei liberti* [1910], in *Studi di diritto romano* IV, Milano 1946, 12 e nt. 4.

¹²³ *Istituzioni di diritto romano. I. Introduzione – Diritto delle persone – Le cose e i diritti sulle cose – Il possesso*, Roma 1928², 283 nt. 5.

¹²⁴ *La successione nei beni dei liberti nel diritto postclassico*, Roma 1947, 16.

¹²⁵ *Sulla “in ius vocatio”, dell’erede estraneo del patrono* cit. 96 ss.

¹²⁶ *Il diritto ereditario romano nell’età del tardo impero. Il V secolo*, in *SDHI*, 48, 1982, 6 e nt. 10.

¹²⁷ *Citación y comparecencia en el procedimiento formulario romano*, Santiago de Compostela 1984, 74.

¹²⁸ *Studi sui liberti. Contributo allo studio della condizione giuridica dei liberti cittadini* II, Catania 1950, 19.

¹²⁹ *Appunti sulla “ignorantia iuris”, nel diritto penale romano*, Milano 1942, 26.

postclassica sulla base della ricorrenza dei termini «*venia*», adoperato nel testo due volte con significati diversi, «*naturali ratione*»¹³⁰ ed «*eiusmodi*», ritenendo altresì che il divieto di *vocare in ius* il patrono senza il permesso del magistrato non avesse un contenuto etico, bensì politico¹³¹.

Ma questa frase è stata invece giudicata genuina dal Buti¹³² e, in precedenza, dal Cosentini¹³³, il quale, soffermandosi sul termine «*honor*» che vi si rinviene, ha dimostrato che questo lemma venne utilizzato dalla cancelleria imperiale di Gordiano per esprimere la condizione di privilegio fatta dall'editto del pretore ai *patroni*, mentre il Costa¹³⁴ ha ritenuto la costituzione immune *in toto* da interpolazioni.

Ed è stato il Mayer-Maly¹³⁵ che, esaminando a fondo il contenuto del rescritto con particolare riferimento alla *rusticitas* come criterio di scusa¹³⁶ – cioè «*venia*» come «clemenza», a differenza della «*venia edicti*», che ricorre all'inizio del rescritto, come «permesso»¹³⁷ del titolare della giurisdizione – ed immaginando che l'argomentazione del richiedente potrebbe essere stata quella che, essendo residente in campagna, egli non aveva familiarità con le disposizioni dell'editto¹³⁸, ha definitivamente fugato ogni dubbio in ordine alla classicità di tale frase, che non può escludersi essere nata anche casualmente, volendo l'im-

¹³⁰ Su questa locuzione v. P. Stein, *The Development of the Notion of 'Naturalis Ratio'*, in A. Watson (a c. di), *Daube noster. Essays in Legal History for David Daube*, Edinburgh-London 1974, 315; W. Waldstein, «*Ius naturale*» im nachklassischen römischen Recht und bei Justinian, in ZSS. 111, 1994, 15 s. e ntt. 51 e 55; D. von Mayenburg, *Gemeiner Mann und Gemeines Recht. Die Zwölf Artikel und das Recht des ländlichen Raums im Zeitalter des Bauernkriegs*, Frankfurt am Main 2018, 125.

¹³¹ Cfr. I. Zambotto, *La struttura polimorfa dell'errore nella sfera degli illeciti di diritto romano*, in *Jus-online* 3, 2022, 128.

¹³² Il «*praetor*» e le formalità introduttive del processo formulare, Napoli 1984, 251 nt. 97.

¹³³ *Studi sui liberti. Contributo allo studio della condizione giuridica dei liberti cittadini I*, Catania 1948, 259.

¹³⁴ *Storia del diritto romano privato dalle origini alle compilazioni giustinianee*, Torino 1925², 531 e nt. 4.

¹³⁵ *Einsicht und Erkundigungspflicht*, in *Iura* 27, 1976, 2 ss. e «*Rusticitas*», in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo I*, Milano 1982, 340 ss.

¹³⁶ Così anche L. Winkel, *Forms of imposed protection in legal history, especially in Roman law*, in *Erasmus Law Review* 3.2, 2010, 160, che intende il richiamo della costituzione alla *rusticitas* come riferentesi alla «simplicity of mind» quale «reason for protection».

¹³⁷ Così anche D. von Mayenburg, *Die Rolle des kanonischen Rechts bei der Entwicklung des 'officium iudicis' als rechtliche Handhabe in Untertanenkonflikten*, in Y. Mäusen, O. Condorelli, F. Roumy e M. Schmoekel (a c. di), *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur. 4. Prozessrecht*, Köln-Weimar-Wien 2014, 128, che discorre di «obrigkeitliche Genehmigung».

¹³⁸ Di questo parere sembra essere essere anche l'Azaraustre Fernández, *Ejercicio de acciones entre padres e hijos. Evolución histórica*, in R.M. de Figueiredo, C. López-Rendo Rodríguez e D. Magalhães (a c. di), *Estudos em Homenagem ao Senhor Professor Doutor António dos Santos Justo*, Coimbra 2024, 34, secondo cui il richiedente avrebbe addotto in suo favore l'ignorantia iuris.

peratore semplicemente dire che non era necessario conoscere l'editto per sapere che non si può chiamare in giudizio il figlio del proprio patrono, ciò che non è così ovvio per il figlio come lo è per il patrono.

Questa ricostruzione ha trovato il plauso del Winkel¹³⁹, il quale, riprendendo uno spunto di tale autore¹⁴⁰, ha chiarito che il ricorso alla *rusticitas* era strettamente legato al *ius gentium*, come è dimostrato anche dal richiamo di Gordiano alla *naturalis ratio*¹⁴¹.

Come ben si vede, numerose sono le disparità di vedute in dottrina in ordine al rescritto di Gordiano e, tuttavia, per quel che qui più ci interessa, nessuno degli autori ora ricordati ha revocato in dubbio la genuinità della duplice menzione dell'editto (*venia edicti* ed *edicto perpetuo*).

Ora, il divieto di *in ius vocare* senza il permesso del magistrato nel caso previsto dal rescritto è riferito al *praeses provinciae* (*sine permissu praesidis*), per cui non si può affatto escludere che esso valesse anche per la *cognitio extra ordinem*, all'interno della quale viene quindi trasposta una disposizione procedurale edittale escogitata dal pretore per il processo formulare mediante un rescritto, con il quale l'imperatore per un verso risponde al richiedente che la *rusticitas* non è una buona scusa e, per altro verso, conferma che il disposto dell'editto pretorio, cioè l'*edictum in ius vocati ut eant aut vindicem dent*¹⁴², «*ius certissimum est*», dicendo in tal modo che, in buona sostanza, «si deve applicare puramente e semplicemente la disposizione dell'editto»¹⁴³, e, di conseguenza, reputa temeraria la richiesta di Notturmo che con il rescritto gli fosse rimessa la pena stabilita dall'*edictum perpetuum*¹⁴⁴.

In questo senso, può allora essere condivisa l'opinione di chi¹⁴⁵ ha ritenuto che

¹³⁹ 'Error iuris nocet': *Rechtsirrtum als Problem der Rechtsordnung*. I. *Rechtsirrtum in der griechischen Philosophie und im römischen Recht bis Justinian*, Zutphen 1985, 144 s.

¹⁴⁰ *Einsicht und Erkundigungspflicht* cit. 5 e *Das 'ius gentium' bei den späteren Klassikern*, in *Iura* 34, 1983, 91 e nt. 3.

¹⁴¹ Sul punto v. anche von Mayenburg, *Die Rolle des kanonischen Rechts bei der Entwicklung des 'officium iudicis'* cit. 128, secondo cui «selbst ein Rechtsirrtum der Betroffenen wird hier nicht enstschuldigt, denn die Ehrerbietung gegenüber dem Patron gilt als naturrechtliche Verpflichtung, über die kein rechtsrelevanten Irrtum bestehen kann».

¹⁴² Lenel, *Das 'edictum perpetuum'* cit. 68 ss. e 68 nt. 9, tit. V 'De in ius vocando' § 11.1 'In ius vocati ut eant aut vindicem dent': Pringsheim, *Zur Bezeichnung des Hadrianischen Ediktes als 'edictum perpetuum'* cit. 109; De Francisci, *Per la storia dell'editto perpetuo* cit. 328; Mayer-Maly, *Einsicht und Erkundigungspflicht* cit. 3 e nt. 7.

¹⁴³ Castelli, *Sulla "in ius vocatio", dell'erede estraneo del patrono* cit. 97.

¹⁴⁴ Secondo la Zambotto, *La struttura polimorfa dell'errore* cit. 128, «l'impiego del termine *venia* sembra suggerire la natura di 'causa di remissione della pena', ma la ricostruzione della fattispecie non pare precludere in toto una diversa interpretazione in chiave di 'esimente'».

¹⁴⁵ A. Fernández Barreiro, *Autorización pretoria para la 'in ius vocatio'*, in *SDHI*. 37, 1971, 287.

«la prohibición de *in ius vocare sine permissu praetoris* se mantuvo en el procedimiento cognitorio. Aunque el régimen y la sanción de aquella prohibición sean ahora distintos, el origen pretorio del precepto permite que se hable indistintamente ... del *permissum praesidis*; y dado que la base jurídica invocada arranca de la cláusula edictal, se alude a la *venia petita* y a *poenam edicto perpetuo praestitutam*», induciendo «a pensar en una continuación sustancial del régimen del *agere per formulas*: así, se afirma la necesidad de que haya existido una verdadera citación por parte de quien debe solicitar la *venia edicti*, rechazándose la aplicabilidad del precepto cuando se trataba de actuaciones procesales esenta de aquel carácter».

7. L'ultima delle costituzioni di Gordiano menzionanti espressamente l'*edictum perpetuum* è un rescritto del 244 d.C. indirizzato ad una tale Marciana:

C. 6.10.1 (Imp. Gordianus A. Marcianae, a. 244): *Quotiens pluribus liberis cessante legitima successione bonorum possessio defertur; beneficium edicti perpetui quibusdam omittentibus his solis qui bonorum possessionem agnoverunt portionem non petentium ad crescere in dubium non venit.*

La costituzione chiarisce che ogniquale volta a più discendenti si deferisce la *bonorum possessio*, non avendo luogo la successione legittima (*Quotiens ... defertur*), non vi è dubbio che, rinunciando alcuni al «*beneficium edicti perpetui*», la porzione di quelli che non l'hanno chiesto si accresca soltanto a coloro che accettarono la *bonorum possessio* (*beneficium ... venit*)¹⁴⁶.

Gordiano precisa dunque che il *ius ad crescendi*, in forza del quale, se uno dei coeredi non può o non vuole accettare la sua quota ereditaria¹⁴⁷, questa si accresce proporzionalmente alle quote degli altri, trova applicazione anche nella *bonorum possessio*, in relazione alla quale si ha cura di specificare che il diritto di accrescimento opera solamente in favore di chi l'aveva accettata. E può qui segnalarsi che la cancelleria imperiale, per qualificare diversamente la *bonorum possessio* citata espressamente per due volte, si serva della locuzione «*beneficium edicti perpetui*»¹⁴⁸, con la quale ci si intende riferire all'*edictum unde liberi*¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Sulla frase finale del rescritto «*in dubium non venit*» v. Honoré, *Emperors and Lawyers* cit. 123 s. e nt. 685.

¹⁴⁷ Quindi, per rinuncia, morte od incapacità sopravvenuta: P. Voci, *Diritto ereditario romano* I, Milano 1967², 691 e nt. 5.

¹⁴⁸ Sul termine «*beneficium*», che compare in questo inciso, v. V. Marotta, *I 'fragmenta Augustodunensia' e l'insegnamento del diritto nelle 'Galliae' alla fine del IV secolo*, in M. Bianchini e C. Lanza (a c. di), *Seminari "Giuliano Crifò" 2018-2023*, Milano 2025, 187 s. e nt. 74.

¹⁴⁹ Lenel, *Das 'edictum perpetuum'* cit. 355, tit. XXV '*De bonorum possessionibus*' § 156 '*Unde liberi*': Pringsheim, *Zur Bezeichnung des Hadrianischen Ediktes als 'edictum perpetuum'* cit. 109 e De Francisci, *Per la storia dell'editto perpetuo* cit. 329.

8. L'*edictum perpetuum* è infine richiamato in un rescritto, indirizzato ad un tale Antioco, che è erroneamente imputato dal Codice di Giustiniano ancora a Gordiano, ma che, come si evince dalla sua datazione al 260 d.C., va invece attribuito a Valeriano e Gallieno¹⁵⁰:

C. 2.11.18 (Imp. Valerianus et Gallienus AA. et Valerianus C. *Antiocho*, a. 260): *Non damnatos quidem dumtaxat iniuriae, sed pactos quoque perpetuum infamat edictum. Verum pactos eos demum, qui ullos adversariis nummos pro mala conscientia ex transactione numerassent, in hac causa placuit intellegi. Ceterum simplex eius rei gratia integram existimationem illibatamque conservat. Quod si iureiurando decisa contentio est, nemo dubitaverit, quin religionem absolutio iudicantis sequatur.*

Nel rescritto si ricorda, in primo luogo, che certamente l'editto perpetuo prevedeva l'*infamia* non solo per i condannati per *iniuria*, ma anche per chi avesse stipulato dei *pacta* inerenti all'*iniuria* (*Non ... edictum*)¹⁵¹, precisandosi tuttavia che, «*in hac causa*», si decise di intendere per 'paciscenti' soltanto coloro che, sentendosi colpevoli in coscienza, in seguito ad una *transactio* avessero sborsato agli avversari una somma di denaro (*Verum ... intellegi*)¹⁵². Subito dopo, si precisa che, del resto, la «*simplex eius rei gratia*» manteneva intera ed intatta l'*existimatio*¹⁵³ di chi ha stipulato il *pactum* (*Ceterum ... conservat*). Infine, si specifica che se la controversia fosse stata decisa con il *iusiurandum*, nessuno avrebbe potuto dubitare che l'assoluzione del giudicante dovesse conformarsi al sacro vincolo del giuramento (*Quod ... sequatur*).

Il Biondi¹⁵⁴ ha espunto dal testo la frase finale concernente il *iusiurandum*, per motivi sostanziali e formali, dal momento che, per un verso, la questione degli effetti processuali della prestazione del giuramento non entrava affatto

¹⁵⁰ P. Krüger, 'Codex Iustinianus', Berolini 1906⁸, 103 e nt. 5.

¹⁵¹ Che si tratti di soggetti paciscenti in ordine all'*iniuria*, nonostante il testo discorra puramente e semplicemente di «*pactos*», è opinione anche del Pringsheim, *Zur Bezeichnung des Hadrianischen Ediktes als 'edictum perpetuum'* cit. 108, che aggiunge appunto il termine '*iniuriae*' dopo la congiunzione «*quoque*». Sull'avverbio «*dumtaxat*», che compare in questa frase, v. G. Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, in ZSS. 66, 1948, 287.

¹⁵² Sulla costruzione «*ex transactione*», che compare in questa frase, v. M.A. Fino, *L'origine della 'transactio'. Pluralità di prospettive nella riflessione dei giuristi antoniniani*, Milano 2004, 187 s. e ntt. 56 e 58.

¹⁵³ Sulla quale v. M. Kaser, '*Infamia*' und '*ignominia*' in den römischen Rechtsquellen, in ZSS. 73, 1956, 231 e nt. 58 ed Atzeri, *L'infamia* cit. 6 s. e 9. Sul concetto di '*existimatio*' nel senso di 'reputazione etico-sociale' v. anche, seppure in un contesto diverso da quello della costituzione in esame, F. Botta, '*Pudicitia*' ed '*existimatio*' della donna violata. Note minime a Cl. 9, 9, 20 e D. 48, 5, 40(39) pr., in G. Luchetti, V. Marotta, G. Papa ed A. Cirillo (a c. di), '*Hestiasis*'. Scritti per Elio Dovere, Bari 2025, 81 ss.

¹⁵⁴ Il giuramento decisivo nel processo civile romano, Palermo 1913, 63.

nell'ordine di idee del rescritto e, per altro verso, l'uso del termine '*religio*' per indicare il giuramento è prettamente bizantino¹⁵⁵.

E che questa parte del testo sia sospetta è sembrato anche al Levy¹⁵⁶, il quale ha tuttavia ritenuto inattaccabili tutte le altre frasi del rescritto, in ordine alle quali non si è espresso il Solazzi¹⁵⁷, secondo cui o già Valeriano e Gallieno o perlomeno Giustiniano avrebbero limitato l'*infamia* ai colpevoli che avevano transatto *cum pretio*.

Ed è proprio l'individuazione della *transactio* come *pactum* di cui al testo che ha dato modo al Bertolini¹⁵⁸ di puntualizzare che il concetto di '*transactio*', originariamente compreso in quello più vasto di '*pactum*', in prosieguo di tempo si era reso indipendente da quest'ultimo, continuando tuttavia a comparire anche in fonti tarde, come appunto la nostra costituzione, quando tale processo di autonomizzazione si era ormai compiuto.

In questo contesto si inserisce il richiamo¹⁵⁹ della cancelleria imperiale di Valeriano e Gallieno all'editto perpetuo (*perpetuum infamat edictum*)¹⁶⁰, con il quale il rescritto è in perfetta linea a tal punto da limitarsi ad applicare le disposizioni in esso previste¹⁶¹, per fare comprendere al richiedente, in definitiva, che il *pactum* transattivo concernente l'*iniuria* estingueva sì l'azione penale, ma non risparmiava tuttavia l'*infamia* al *reus* che avesse transatto, dal momento che lo stesso editto prevedeva tale sanzione nel caso di condanna giudiziale¹⁶², alla quale veniva equiparata la *transactio* probabilmente perché vi si ravvisava una confessione del fatto imputatogli¹⁶³.

¹⁵⁵ Contra T. Finkenauer, '*Religio iudicis vel praetoris*', in I. Fagnoli (a c. di), '*Scripta extravagantia*'. Studi in ricordo di Ferdinando Zuccotti, Milano 2024, 365, che discorre di «Gleichsetzung von *religio* und *iusiurandum*» appunto a proposito della frase finale del rescritto (*Quod si iureiurando decisa contentio est, nemo dubitaverit, quin religionem absolutio iudicantis sequatur*). Sull'utilizzo del termine '*religio*' in ambito romano pagano tardorepubblicano ed imperiale e nella tradizione cristiana dei primi secoli (Cicerone, Tertulliano, Arnobio, Lattanzio ed Agostino) v., con ampia citazione di fonti, G. Sfameni Gasparro, '*Religio*' tra storia e storiografia: per una storia del termine e della nozione di '*religione*', in R. Barcellona, A. Mursia ed A. Rotondo (a c. di), *Politeismi Cristianesimi Paganesimi. Strumenti e metodi per percorsi diacronici fra religioni*, Soveria Mannelli 2025, 66 ss.

¹⁵⁶ Von den römischen Anklägerevergehen, in ZSS. 53, 1933, 200 nt. 3.

¹⁵⁷ Saggi di critica romanistica, in BIDR. 49-50, 1947, 364.

¹⁵⁸ Della transazione secondo il diritto romano, Torino 1900, 112 s.

¹⁵⁹ Sul quale v. Honoré, *Emperors and Lawyers* cit. 129 s. e nt. 778 e D. Liebs, *Juristen als Sekretäre des römischen Kaisers*, in ZSS. 100, 1983, 503 e nt. 137.

¹⁶⁰ Sul significato di «*infamat*» v. Atzeri, *L'infamia* cit. 6 s.

¹⁶¹ Così anche Atzeri, *Die 'infamia'* cit. 138 s.

¹⁶² Così anche M.L. Peterlongo, *La transazione nel diritto romano*, Milano 1936, 244 e nt. 153.

¹⁶³ Bertolini, *Della transazione* cit. 201.

Nonostante il rescritto si occupasse di una fattispecie edittale, cioè l'*edictum qui nisi pro certis personis ne postulent*¹⁶⁴, la controversia, ad onta della menzione, nella parte finale della costituzione, del *iusiurandum*¹⁶⁵, non necessariamente deve essere ricondotta in ambito formulare, ben potendo invece essere ricollegata, come ha ritenuto anche il Kaser¹⁶⁶, alla *cognitio extra ordinem*, ciò che mi sembra potersi desumere dall'espressione «*absolutio iudicantis*»¹⁶⁷, che certo non si attaglia ad una causa svolgentsi nelle forme dell'*ordo*.

Pertanto, il rescritto di Valeriano e Gallieno conferma che l'editto perpetuo era adottato come una guida sicura ed affidabile della giurisdizione¹⁶⁸ anche là dove il processo non si svolgeva nelle forme dell'*ordo*, bensì in quelle della *cognitio extra ordinem*, costituendo così per gli organi giudicanti di quest'ultimo tipo di processo un perdurante e, in taluni casi, imprescindibile punto di riferimento.

9. Completato l'esame delle sette costituzioni che menzionano espressamente l'*edictum perpetuum*, si può passare ora alla trattazione delle altre sei, tutte di Gordiano, nelle quali ricorrono invece le locuzioni '*edictum praetoris*' ed '*edictum*' senza alcuna specificazione.

La prima di tali *constitutiones* è un rescritto del 238 d.C., indirizzato ad un tale Alessandro, che è erroneamente imputato dal Codice di Giustiniano ad Alessandro Severo, ma che, come si evince dalla sua datazione al 238 d.C., deve invece essere attribuito appunto a Gordiano¹⁶⁹:

¹⁶⁴ Lenel, *Das 'edictum perpetuum'* cit. 77 ss. e 77 nt. 9, tit. VI '*De postulando*' § 16 '*Qui nisi pro certis personis ne postulent*': Pringsheim, *Zur Bezeichnung des Hadrianischen Ediktes als 'edictum perpetuum'* cit. 108 e De Francisci, *Per la storia dell'editto perpetuo* cit. 330.

¹⁶⁵ A proposito del quale l'Harke, *Der Eid im klassischen römischen Privat- und Zivilprozessrecht*, Berlin 2013, 94 nt. 101, afferma che «der Eid wird hier neben zwei Arten von *pacta*, dem einfachen und dem entgeltlichen Klageverzicht, genannt, ihnen aber nicht regelrecht gegenübergestellt. Der Wortlaut lässt sogar offen, ob der Eid nicht sogar selbst als eine dritte Art von *pactum* angesehen wird, die ebenso wie der einfache Klageverzicht von der auf entgeltliche Vergleiche beschränkten Infamiefolge der *actio iniuriarum* ausgenommen bleibt».

¹⁶⁶ '*Infamia*' cit. 267 s. e nt. 225.

¹⁶⁷ Il termine «*iudicantis*», nel senso di '*iudicis*', sarebbe interpolato: H. Heumann – E. Seckel, *Handlexicon des römischen Rechts*, Jena 1907, 293, voce '*Iudicare*'. Contra G. Schnebelt, *Reskripte der Soldatenkaiser. Ein Beitrag zur römischen Rechtsgeschichte des dritten nachchristlichen Jahrhunderts*, Karlsruhe 1974, 47 nt. 1.

¹⁶⁸ Il Domingo, *Estudios sobre el primer título del edicto pretorio. I. El edicto por desacato al decreto del magistrado municipal*, Santiago de Compostela 1992, 38, discorre di «referencias municipales», delle quali però la costituzione non reca alcuna traccia.

¹⁶⁹ Krüger, '*Codex Iustinianus*' cit. 109 e nt. 13. Ma v. pure Pringsheim, *Zur Bezeichnung des Hadrianischen Ediktes als 'edictum perpetuum'* cit. 109; Honoré, *Emperors and Lawyers* cit. 115 e nt. 523; F. Nasti, *La tecnica legislativa severiana*, in *Labeo* 47, 2001, 295 nt. 7; D. Liebs,

C. 2.21.2 (Imp. Gordianus A. Alexandro, a. 238): *Eo tempore, quo soror tua auxilio iuvabatur aetatis, si patris intestati bonorum possessionem accipere debuit, licet quinque filios superstitibus habuerit, non tamen ideo minus ad edicti praerogativam pertinet, scilicet si nunc per aetatem beneficium restitutionis largitur.*

L'imperatore risponde al richiedente che, se sua sorella aveva dovuto ricevere la *bonorum possessio* del padre morto intestato nel periodo di tempo in cui poteva giovare dell'aiuto dell'età (*Eo ... debuit*), quantunque avesse avuto cinque figli superstiti (*licet ... habuerit*), tuttavia ella potrà invocare il rimedio dell'editto (*non ... pertinet*)¹⁷⁰, naturalmente se la sua età attuale consente ancora che le venga concesso il beneficio della *restitutio in integrum* (*scilicet ... largitur*).

Un aspetto linguistico che occorre sottolineare¹⁷¹ è costituito dal fatto che la *restitutio in integrum* viene definita sia come una '*edicti praerogativa*' (*ad edicti praerogativam pertinet*)¹⁷² e sia come un «*beneficium*» (*beneficium restitutionis largitur*), espressioni, entrambe, che, insieme all'inciso «*auxilio aetatis*» (*auxilio iuvabatur aetatis*)¹⁷³, sembrano rifarsi al concetto originario di tale rimedio pretorio, ciò che è anche confermato dal verbo «*pertinet*», usato qui in sinonimia con '*competit*'.

Il rescritto, laddove precisa che la *restitutio in integrum propter aetatem* «spetta» (*pertinet*), sembra quindi riflettere la progressiva decadenza dell'auto-

Kommilitonen erhalten Bescheid. Die Reskripte der Soldatenkaiser an Soldaten, in U. Babusiaux ed A. Kolb (a c. di), *Das Recht der „Soldatenkaiser“*. *Rechtliche Stabilität in Zeiten politischen Umbruchs?*, Berlin 2015, 90 nt. 7.

¹⁷⁰ Sul significato della parte iniziale di tale frase «*non tamen ideo minus*» v. J. Platschek, '*SI – AUT – NON*': *Die Ambiguität in D. 34.5.13(14).2-3* (Iul. 'sing. amb. '), in *QLSD* 9, 2019, 184 e nt. 25.

¹⁷¹ Così anche G. Cervenca, *Per lo studio della 'restitutio in integrum' (Problematica e prospettive)*, in *Studi in onore di Biondo Biondi I*, Milano 1965, 614 e nt. 54.

¹⁷² Dal rescritto in esame, che discorre di «*edicti praerogativam*» relativamente alla possibilità stabilita dall'editto del pretore a favore dei minori di valersi di una *restitutio in integrum*, e da altre costituzioni imperiali la Giomaro, *Il prefetto del pretorio Flavio Magno Aurelio Cassiodoro e la sua "squadra": il 'praerogativarius qui secreti munus iudicialis accepit'*, in G. Bassanelli Sommariva, S. Tarozzi e P. Biavaschi (a c. di), *Ravenna Capitale. Giudizi, giudici e norme processuali in Occidente nei secoli IV-VIII. I. Saggi*, Santarcangelo di Romagna 2015, 264 s., ricava che il termine '*praerogativa*' assume «il significato di valutazione complessiva di un dato stato personale che qualifica un determinato soggetto, considerando in tutta evidenza o i connotati della sua posizione di diritto, o le caratteristiche di privilegio che gli derivano dall'appartenere ad una categoria». Cfr. E. János, *A 'lex Laetoria' jogi forrásai*, in *Iustum Aequum Salutare* 20.4, 2024, 19.

¹⁷³ Su questa costruzione quale «rhetorical device to separate the constituents of a nominal phrase» v. Honoré, *Emperors and Lawyers* cit. 117.

nomia del *praetor*, che aveva iniziato a manifestarsi dopo il consolidamento giuliano-adrianeo, e, tuttavia, quando puntualizza che essa è ‘concessa’ (*largitur*), appare invece mantenere intatta la facoltà del magistrato di valutare discrezionalmente la concessione, o meno, di tale *restitutio in integrum*.

Il che, però, non costituisce necessariamente una contraddizione, poiché questa funzione pretoria, per quanto ridottasi sempre più a mera applicazione ai casi concreti delle fattispecie astratte contemplate dalle clausole edittali, doveva comunque estrinsecarsi in armonia con quanto previsto dall’editto pretorio, nel nostro caso l’*edictum de minoribus viginti quinque annis*¹⁷⁴.

Ed in ordine alla menzione di quest’ultimo nel rescritto non si può fare a meno di evidenziare che Gordiano, in realtà, si limita ad un suo semplice richiamo a supporto della sua decisione, che, a ben vedere, finisce per confermare la vigenza e l’indispensabilità dell’editto del pretore, ancora a distanza di cento anni dalla sua atrofizzazione, non solo per il processo formulare, ma anche, come sembra potersi desumere dal fatto che il «*beneficium restitutionis*»¹⁷⁵ di cui discorre la costituzione «non se limitaba ya a una mera sollicitud como antes sino a una exigencia de tutela procesal»¹⁷⁶, per la *cognitio extra ordinem*¹⁷⁷.

Conclusione, questa, che consente perciò di rigettare il sospetto che sia postclassica la frase finale «*scilicet si nunc per aetatem beneficium restitutionis largitur*» nella quale si fa appunto menzione di tale «*beneficium*»¹⁷⁸.

¹⁷⁴ Lenel, *Das ‘edictum perpetuum’* cit. 116, tit. X ‘*De in integrum restitutionibus*’ § 41 ‘*De minoribus viginti quinque annis*’: Pringsheim, *Zur Bezeichnung des Hadrianischen Ediktes als ‘edictum perpetuum’* cit. 109 e De Francisci, *Per la storia dell’editto perpetuo* cit. 327.

¹⁷⁵ Sul quale v., in chiave comparatistica, H. Ankum, *Cessation de la minorité. Études sur le statut juridique des enfants mineurs dans l’histoire du droit privé néerlandais à partir du treizième siècle*, I, in *RHD*. 44, 1976, 310 e nt. 138.

¹⁷⁶ J.L. Murga, *Derecho romano clásico*. II. *El proceso*, Zaragoza 1980, 366.

¹⁷⁷ Così anche Á. Cattán Atala – X. Pulgar Núñez, *Algunas notas sobre la ‘restitutio in integrum’ en la época de Justiniano*, in *Revista Chilena de Historia del Derecho* 15, 1989, 21.

¹⁷⁸ O. Carrelli, *Sul “beneficium restitutionis”*, in *SDHI*. 4, 1938, 14 s., secondo cui indizi formali di un intervento successivo sarebbero forniti dalla costruzione «*scilicet si*» e dall’uso del verbo ‘*largiri*’ (*largitur*) già in molti altri testi risultato spurio, mentre, dal punto di vista sostanziale, la chiusa del rescritto non può essere ricondotta alla cancelleria di Gordiano, dal momento che, a fronte dell’esauriente risposta dell’imperatore, secondo la quale il fratello della minore, se quest’ultima «*patris intestati bonorum possessionem accipere debuit*», può avvalersi della *praerogativa edicti* e rivolgersi al magistrato chiedendo che venisse emanato in suo favore una *restitutio in integrum*, un annotatore bizantino ritenne necessario aggiungere, a chiarimento assai discutibile del testo, che il caso rientrasse in questa *praerogativa edicti* «*scilicet si nunc per aetatem beneficium restitutionis largitur*», senza accorgersi che non era l’imperatore (*nunc*) a concedere con il rescritto il provvedimento, bensì – ma va detto che di ciò il rescritto non fa alcuna menzione – il governatore della provincia, all’esame del quale l’imperatore rinviava il caso della donna.

10. Nell'anno seguente Gordiano emanava un rescritto, indirizzato ai richiedenti Clearco ed Afrodizio¹⁷⁹, concernente ancora la *restitutio in integrum*:

C. 5.71.2.1 (Imp. Gordianus A. *Clearcho et Aphrodisio*, a. 239): *Quod si creditores id fecerint, ita demum iuxta formam edicti beneficium tibi impertietur, si fraudulenta venditione, participante consilium emptore, damnum tibi inflictum esse doceatur.*

L'imperatore, dopo avere escluso nel *principium* la necessità di una *restitutio in integrum* nel caso in cui i tutori od i curatori dei richiedenti avessero venduto un bene posseduto da questi ultimi, benché gravato da pegno (*Non est vobis necessaria in integrum restitutio, si tutores vel curatores vestri possessionem, licet pignori nexam, vendiderunt*)¹⁸⁰, precisa che, nell'ipotesi in cui i creditori avessero fatto ciò (*Quod ... fecerint*), soltanto allora sarebbe stato concesso ai richiedenti il beneficio della *restitutio in integrum* in conformità all'editto (*ita ... impertietur*), a condizione che si dimostri essere stato arrecato ad essi un danno con la vendita fraudolenta, stipulata con il *consilium fraudis* del compratore (*si ... doceatur*).

Nonostante l'evidente sgrammaticatura – costituita dal rivolgersi della cancelleria imperiale ai due destinatari prima con i corretti «vobis» (*Non est vobis*) e «vestri» (*vestri possessionem*) e poi, per ben due volte (*beneficium tibi impertietur* e *damnum tibi inflictum*), con lo scorretto «tibi», ed inoltre dalla frase «partecipante consilium emptore»¹⁸¹ – e l'inciso «vel curatores» abbiano indotto parte della dottrina¹⁸² a ritenere, ma non in maniera inconfutabile¹⁸³, l'origine

¹⁷⁹ Sui quali v. Krüger, *Die Ueberlieferung der Adressaten in Haloanders Ausgabe des 'Codex Iustinianus'* cit. 290 s. e nt. 5.

¹⁸⁰ Sulla costruzione della parte iniziale della frase «*Non est vobis necessaria*» v. Honoré, *Emperors and Lawyers* cit. 118 e nt. 593.

¹⁸¹ Sulla quale v. De Francisci, *Per la storia dell'editto perpetuo* cit. 328 e nt. 23.

¹⁸² Compilatoria è stata ritenuta la menzione dei «curatores»: C. Ferrini, *Pandette*, Milano 1904², 961 nt. 4; H. Peters, *Generelle und spezielle Aktionen*, in ZSS. 32, 1911, 305 nt. 3; S. Solazzi, *La minore età nel diritto romano*, Roma 1912, 115; J. Partsch, *Studien zur 'Negotiorum Gestio'* I, Heidelberg 1913, 91 nt. 3; E. Albertario, *L'oratio Severi* riferita in D. 27, 9 e la cura dei minori [1915], in *Studi di diritto romano* I, Milano 1933, 489; De Francisci, *Per la storia dell'editto perpetuo* cit. 328 e nt. 23.

¹⁸³ Infatti, secondo il Cervenca, *Studi sulla 'cura minorum'*. 3. *L'estensione ai minori del regime dell'Oratio Severi*, in *BIDR.* 82, 1979, 73 s. e nt. 115, l'argomento che viene addotto in favore dell'interpolazione, cioè che all'attenzione di Gordiano non poteva essere sottoposto un caso incerto, è superabile ove si tenga conto che gli interroganti erano due e, quindi, che era ben possibile che uno fosse soggetto a tutela e l'altro a curatela, sicché il «vel curatores» potrebbe riferirsi ai curatori degli impuberi e non a quello dei minori.

triboniana della costituzione¹⁸⁴, anche chi¹⁸⁵ ha imputato la prima grossolana imprecisione linguistica ai compilatori – che, però, appare inverosimile addebitare tanto ad un amanuense quanto ai commissari giustiniane, potendo invece essere spiegata immaginando¹⁸⁶ che due rescritti, non necessariamente entrambi di Gordiano, fossero stati fusi in uno solo – ha dovuto tuttavia riconoscere che si tratta di un «klassisch entschiedener Fall».

Ciò che, invero, è confermato da C. 2.28.1, un rescritto di Diocleziano e Massimiano del 290 d.C., indirizzato a più richiedenti (*Sabinae et aliis*), che, in ordine alla vendita dei beni pignorati da parte dei creditori, richiama la fattispecie della nostra costituzione (*Etiam adversus venditiones pignorum, quae a creditoribus fiunt, minoribus subveniri, si tamen magno detrimento adficiantur, iam pridem placuit. Si igitur pignori captis praediis ac distractis enorme damnum ex huiusmodi venditione passos vos ostenderitis, praesertim cum hodieque vos minores esse adfirmetis, auxilium restitutionis vobis impertietur*), con la quale vi è anche un'assonanza formale rappresentata dalle frasi «*beneficium tibi impertietur*» (C. 5.71.2.1) e «*auxilium restitutionis vobis impertietur*» (C. 2.28.1). E dalla quale, proprio laddove menziona dei «*praedia pignora capta ac distracta*» (*pignori captis praediis ac distractis*) può inoltre ricavarsi che, verosimilmente, la «*possessio pignori nexa*» dei richiedenti rivoltisi a Gordiano (*vestri possessionem, licet pignori nexam*) consistesse in un *praedium*¹⁸⁷ venduto dai tutori o curatori senza il decreto di autorizzazione, previsto dall'*oratio Severi* del 195

¹⁸⁴ Così anche Carrelli, *Sul "beneficium restitutionis"* cit. 22; A. Burdese, *Di un particolare caso di applicazione della „restitutio in integrum“*, in *Festschrift Fritz Schulz I*, Weimar 1951, 90 s., secondo il quale, dal punto di vista sostanziale, in favore dell'interpolazione milita anche la difficoltà di ammettere una deroga nel caso specifico alla normale irrilevanza dell'intenzionalità della lesione determinata al minore, per cui essa potrebbe valere, al massimo, come circostanza concorrente, e non già quale requisito tassativamente richiesto per la concessione della *restitutio in integrum*; K.-H. Schindler, *Justinians Haltung zur Klassik. Versuch einer Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidenden Konstitutionen*, Köln-Graz 1966, 224 s., secondo cui «das Erfordernis der *fraudulenta venditio* steht im klaren Widerspruch zum klassischen Recht, wie auch das in der Konstitution verlangte Zusammenwirken bei der Veräußerung von Sachen des Minderjährigen zu dessen Schaden zwischen Verkäufer und Käufer im klassischen Recht ausdrücklich abgelehnt wird, D. (4.4) 49». *Contra*, decisamente, A. Hartkamp, *Die Drittwirkung der 'in integrum restitutio'*, in A. Watson (a c. di), *Daube noster. Essays in Legal History for David Daube*, Edinburgh-London 1974, 142; D. Liebs, *Der Sieg der schönen 'Rutiliana'*. 'Lex commissoria displicebat', in D. Medicus e H.H. Seiler (a c. di), *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, München 1976, 379 e nt. 21 e 383 e nt. 35; Kaser, *Zur 'in integrum restitutio'* cit. 159 e nt. 217.

¹⁸⁵ Felgentraeger, *Antikes Lösungsrecht* cit. 47 nt. 50.

¹⁸⁶ Solazzi, *Costituzioni glossate* cit. 46.

¹⁸⁷ Cfr. Watson, *Private law in the rescripts of 'Carus'* cit. 25 e nt. 50, che discorre di «property».

d.C.¹⁸⁸, del pretore o, come nel nostro caso, stante la più che probabile origine provinciale (*Clearchos* ed *Aphrodisios*) dei due destinatari del rescritto di Gordiano, del *praeses provinciae*¹⁸⁹, la cui competenza in materia è ugualmente attestata dalle fonti¹⁹⁰.

Come in C. 2.21.2 esaminata nel paragrafo precedente, anche nel rescritto in esame la *restitutio in integrum* viene definita come un «*beneficium*» (*beneficium tibi impertietur*). Espressione, questa, sospettata¹⁹¹ senza alcun fondamento, che sembra riferirsi al concetto originario di tale rimedio pretorio, in ordine al quale la costituzione, laddove puntualizza che esso verrà concesso (*tibi impertietur*) solamente se sarà dimostrato che i richiedenti avevano subito un danno dalla vendita fraudolenta stipulata con il *consilium fraudis* del compratore¹⁹², rimanda alla facoltà del governatore della provincia di valutare discrezionalmente la presenza di queste circostanze al fine di concedere, o meno, la *restitutio in integrum*¹⁹³.

¹⁸⁸ In ordine alla quale mi permetto di rinviare ai miei *L'oratio Severi de praediis pupillorum* ed il 'praetor urbanus', in *Diritto@Storia* 19.18, 2020-2021 (pubbl. 2022), 6 ss. e «Praetor vel praeses». I 'libri de omnibus tribunalibus' di Ulpiano, Napoli 2022, 65 ss. (con ampia citazione di fonti e letteratura).

¹⁸⁹ Così anche Felgentraeger, *Antikes Lösungsrecht* cit. 47 e, dubitativamente, F. Reyes Castillo, 'Secundum edicti formam'. Una aportación al estudio del 'ius novum', in *Revista Chilena de Historia del Derecho* 7, 1978, 70.

¹⁹⁰ D. 27.9.3.1 (Ulp. 35 ad ed.): *Pignori tamen capi iussu magistratus vel praesidis ... potest ...*; D. 27.9.9 (Ulp. 5 opin.): *Quamvis antecessor praesidis decrevisset ...*; D. 27.9.11 (Ulp. 3 de off. procons.): *... causa cognita praeses provinciae debet ei permittere ...*; C. 5.71.1 (Imp. Antoninus A. Muciano, a. 212): *... auctore praetore vel praeside provinciae ...*; C. 5.71.3 (Imp. Valerianus et Gallienus AA. Theodosiano et aliis, a. 258): *... sine praesidis auctoritate ...*; C. 5.71.5 (Imp. Valerianus et Gallienus AA. Sereno, a. 260): *Etsi praeses decreverit ...*; C. 5.71.6 (Imp. Carus Carinus et Numerianus AAA. Varo, a. 283): *... delato ad praetorem vel praesidem provinciae libello ...*; C. 5.71.9 pr. (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Muciano, a. 285): *... praesidis sententia non immerito rescissa est*; C. 5.71.10 (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Grato, a. 290): *... praeses opem feret ...*; C. 5.71.12 (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Leontio, a. 293): *... causa cognita praesidali decreto ... distrahi permittitur*; C. 5.71.13 (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Zenonillae, a. 293): *... sine decreto praesidis distrahi non licet*; C. 5.71.16 (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Eutychiae, a. 294): *... sine decreto praesidis provinciae ...*; C. 5.71.17 (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Philippo, a. 294): *... sine decreto praesidis ...*

¹⁹¹ Carrelli, *Sul 'beneficium restitutionis'* cit. 22 e Burdese, *Di un particolare caso di applicazione della „restitutio in integrum“* cit. 91.

¹⁹² Secondo la Robra, *Die Drittwirkung der Minderjährigenrestitution im klassischen römischen Recht*, Berlin 2014, 133, la costituzione «überrascht, weil sie ungewöhnlich hohe subjektive Hürden für die Rückabwicklung eines Pfandverkaufs durch i.i.r. des Minderjährigen aufstellt: Der Kaiser spricht von einem „betrügerischen Handeln beim Verkauf“ (*fraudulenter venditione*), die Bösgläubigkeit des Pfandkäufers (*participante consilium emptore*) wird zur Voraussetzung der Gewährung der i.i.r. gegen ihn gemacht».

¹⁹³ Così, giustamente, anche Burdese, *Di un particolare caso di applicazione della „restitutio in integrum“* cit. 90.

Ed è importante sottolineare che Gordiano affermi che quest'ultimo rimedio potrà essere concesso «*iuxta formam edicti*», cioè – come si è già evidenziato in sede di esame di C. 2.19.4¹⁹⁴, un rescritto dello stesso Gordiano, al pari di quello ora in esame, singolarmente emanato nel 239 d.C. ed indirizzato a due richiedenti (Primo ed Eutiche) – ‘in conformità all’*edictum*’¹⁹⁵, dimostrando così che l’editto, la cui menzione nel rescritto non è stata messa in discussione dai diversi autori che se ne sono occupati, continuava ad essere considerato dalla cancelleria imperiale, per la sua stabilità ed universalità, fonte, per un verso, degli strumenti approntati in relazione al processo dell’*ordo* quale appunto la *restitutio in integrum* e, inoltre, nel caso particolare deciso dal rescritto, della necessaria *causae cognitio* del governatore provinciale finalizzata alla sua concessione e, per altro verso, dello stesso diritto imperiale, dal momento che la decisione imperiale di indicare il «*beneficium*» della *restitutio in integrum* nel caso della vendita del bene pignorato¹⁹⁶ veniva supportata dal richiamo all’editto¹⁹⁷, individuabile, secondo il Pringsheim¹⁹⁸, ma dubitativamente, nell’*edictum de minoribus viginti quinque annis*¹⁹⁹ oppure, secondo il De Francisci²⁰⁰, nell’*edictum quae fraudationis causa gesta erunt*²⁰¹.

11. Sempre del 239 d.C. è poi un rescritto, indirizzato ad un tale Ercoliano, inserito dai compilatori giustinianeî sotto il titolo ‘*De bonorum possessione contra tabulas liberti, quae patronis vel liberis eorum datur*’:

C. 6.13.1 (Imp. Gordianus A. Herculiano, a. 239): *Licet ex causa fideicommissi manumissus sit, quem ex voluntate patris cum sorore te manumisisse proponis, tamen, si extraneos scripsit heredes, partis legitimae contra tabulas eius bonorum possessionem petendo, vel contra nuncupationem, si testamentum sine scriptis conditum est, intra tempora edicto praestituta eam partem poteris obtinere.*

¹⁹⁴ Paragrafo terzo.

¹⁹⁵ Così anche Honoré, *Emperors and Lawyers* cit. 623 e nt. 118.

¹⁹⁶ Secondo la Robra, *Die Drittwirkung der Minderjährigenrestitution* cit. 126 nt. 459, «die Konstitution welche für die i.i.r. gegen den Pfandkäufer sehr hohe Hürden aufstellt, wird insoweit als Zeugnis einer relativ extremen Einzelentscheidung gewertet, die der Gesamttenenz entgegensteht».

¹⁹⁷ Così anche L. Atzeri, *Vom Prinzipat zur Spätantike*, in U. Babusiaux, C. Baldus, W. Ernst, F.-S. Meissel, J. Platschek e T. Rüfner (a c. di), *Handbuch des Römischen Privatsrechts I*, Tübingen 2023, 80 e nt. 34.

¹⁹⁸ Zur Bezeichnung des Hadrianischen Ediktes als ‘*edictum perpetuum*’ cit. 109.

¹⁹⁹ Lenel, *Das ‘edictum perpetuum’* cit. 116, tit. X ‘*De in integrum restitutionibus*’ § 41 ‘*De minoribus viginti quinque annis*’.

²⁰⁰ Per la storia dell’editto perpetuo cit. 328.

²⁰¹ Lenel, *Das ‘edictum perpetuum’* cit. 435 ss., tit. XLI ‘*De curatoris bonis dando*’ § 225 ‘*Quae fraudationis causa gesta erunt*’.

L'imperatore risponde che, quantunque fosse stata manomessa per fedecom-messo quella persona che il richiedente affermava avere manomesso insieme con sua sorella per volontà del loro padre (*Licet ... proponis*), se pure è vero che aveva istituito eredi *extranei* (*tamen ... heredes*), il richiedente, invocando entro i termini fissati dall'editto, per la parte legittima, la *bonorum possessio* dei beni del liberto contro le tavole testamentarie «*vel contra nuncupationem*», ove il testamento non fosse stato redatto per iscritto (*partis ... praestituta*)²⁰², avrebbe potuto ottenere quella parte (*eam ... obtinere*)²⁰³.

Il Beseler²⁰⁴ ha ritenuto che il testo sia stato alterato in età postclassica sulla scorta del convincimento che a questo periodo risalga la figura della *bonorum possessio secundum nuncupationem*.

Il Solazzi²⁰⁵ ha reputato spuria la frase «*vel contra nuncupationem, si testamentum sine scriptis conditum est*», giacché, nel caso sottoposto all'imperatore, il liberto aveva lasciato un testamento scritto e, perciò, il quesito poteva e doveva essere risolto senza pensare all'ipotesi del «*testamentum sine scriptis conditum*», dovendosi così immaginare che la frase menzionante il testamento nuncupativo sia stata aggiunta da un glossatore o da Triboniano, che, conoscendo un'altra costituzione di Gordiano in materia (C. 6.11.2)²⁰⁶, intesero sottolineare la novità della *bonorum possessio contra nuncupationem*, senza però fare caso al fatto che già l'editto con il quale «*praeteritis liberis contra tabulas testamenti bonorum possessio promittitur*» (Gai. 3.71) indicava la forma ordinaria di testare e non voleva certo escludere dalla sua disposizione i rari testamenti nuncupativi. Opinione, quest'ultima, sul valore originario dei termini dell'editto che non è apparsa però convincente al Di Marzo²⁰⁷.

Il riferimento di Gordiano al testamento nuncupativo è stato invece ritenuto classico dalla dottrina più recente, in particolare Dulckeit²⁰⁸, Voci²⁰⁹, Amelotti²¹⁰,

²⁰² Sull'enfasi dell'espressione «*condere testamentum*», che ricorre in questa frase (*testamentum sine scriptis conditum est*), v. F. Casavola, *Scienza, potere imperiale, ordinamento giuridico nei giuristi del II secolo*, in *Iura* 27, 1976, 24 e nt. 16.

²⁰³ Sulla costruzione finale della frase «*poteris obtinere*» v. Honoré, *Emperors and Lawyers* cit. 117 e ntt. 582-583.

²⁰⁴ *Romanistische Studien*, in *RHD*. 10, 1930, 197.

²⁰⁵ *Gordiano e il testamento orale pretorio*, in *SDHI*. 13-14, 1948, 315.

²⁰⁶ Che verrà esaminata nel paragrafo tredicesimo.

²⁰⁷ *Gordiano e il testamento orale pretorio*, in *SDHI*. 16, 1950, 289.

²⁰⁸ «*Plus nuncupatum minus scriptum*». *Ein Beitrag zur Entwicklung des römischen Testamentsrechts*, in *ZSS*. 70, 1953, 187 s. e nt. 27.

²⁰⁹ *Diritto ereditario romano* II, Milano 1963², 66 e nt. 8.

²¹⁰ *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*. I. *Le forme classiche di testamento*, Firenze 1966, 169 nt. 1.

García-Gallo²¹¹ e Blanch Nougues²¹², in quanto usata in senso tecnico per alludere ad una dichiarazione solenne del tutto orale che comprendeva il formulario e le varie disposizioni del testatore.

Ma chi, più di ogni altro, ha affrontato il problema della genuinità, o meno, dell'inciso relativo alla *bonorum possessio contra nuncupationem* è stato il Lambertini²¹³, che ha ricostruito in tal modo la fattispecie di cui al rescritto: «Ercoliano è un liberto che, su precisa disposizione del proprio padre, si è giovato (con la sorella) della manomissione da parte di un soggetto a sua volta manomesso in via fedecommissaria dal genitore dello stesso postulante. Ora egli chiede al principe se gli sia possibile ottenere il possesso dei beni contro il testamento del *manumissus* - *manumissor* il quale non gli ha riservato la *pars legitima* (metà dell'asse). Gordiano risponde di sì, stante – è ovvio – il rispetto dei tempi previsti dall'editto per l'*agnitio*. Il punto che qui interessa però non è questo: l'imperatore, dopo aver detto – si dovrebbe presumere ricavandolo dai termini della supplica – che il manomissore 'ha scritto' eredi degli estranei, precisa che il postulante potrà conseguire la *bonorum possessio: contra tabulas* – il che, stante la promessa, si capisce –, o *contra nuncupationem*, se – aggiunge – si trattò di testamento orale. E ciò a rigore si capisce meno, perché se si fosse trattato di un atto *mortis causa* nuncupativo evidentemente non ci sarebbero stati eredi 'scritti'».

Ora, continua l'A.²¹⁴, poiché il testo in esame è collocato nel Codice assai vicino a quello dell'or ora ricordata C. 6.11.2 sempre di Gordiano, ciò potrebbe far pensare ad un glossatore (più che ad un intervento compilatorio), il quale, *ratione vicinitatis*, non avrebbe perso l'occasione per una nota di collegamento tra le due *constitutiones*.

Tuttavia, conclude l'A.²¹⁵, bisogna ritenere genuino l'inciso concernente la *bonorum possessio contra nuncupationem*, dal momento che «Gordiano parla forse qui di eredi 'scritti' intendendo eredi 'istituiti', e tiene a precisare, perché evidentemente si tratta di rilievo che gli interessa, che non osta alla concessione della *bonorum possessio* contro il testamento l'eventuale forma orale di quest'ultimo».

Alla luce di ciò, particolare rilievo assume allora la circostanza che l'imperatore, nel momento in cui riconosceva una *bonorum possessio contra nuncu-*

²¹¹ *Del testamento romano al medieval. Las líneas de su evolución en España*, in *AHDE*. 47, 1977, 472 e nt. 161.

²¹² *'Nuncupare heredem'*, in *RIDA*. 47, 2000, 143 nt. 60.

²¹³ *«Bonorum possessio secundum nuncupationem»*, in *Labeo* 46, 2000, 447.

²¹⁴ *«Bonorum possessio secundum nuncupationem»* cit. 447.

²¹⁵ *«Bonorum possessio secundum nuncupationem»* cit. 448.

pationem, ponendola sullo stesso piano di quella *contra tabulas*, estendeva ad essa, «in analoger Anwendung des Edikts»²¹⁶, i «*tempora edicto praestituta*», cioè quelli previsti dall'*edictum de bonis libertorum*²¹⁷, dimostrando così di volersi muovere nel solco di una sostanziale continuità con le disposizioni dell'editto pretorio.

12. Ed ancora di termini fissati dall'editto in riferimento alla *bonorum possessio* si occupa un'altra costituzione del 241 d.C., indirizzata ad un soldato:

C. 6.30.3.1 (Imp. Gordianus A. Florentino militi, a. 241): *Quod si, cum sui iuris esset, ante aditam hereditatem decessit tuque fratri tuo legitimus heres extitisti seu intra tempora edicto praefinita bonorum possessionem agnovisti: quae facultatum sunt vel quae ab alio iniuria detinentur, praesidis diligentia tibi restituentur.*

Nel *principium* l'imperatore spiega a Florentino che, se il figlio di suo fratello al tempo della morte era *in potestate* di suo padre, nel caso in cui fosse stato istituito erede universale sarebbe potuto divenire erede anche prima dell'apertura delle tavole testamentarie e nel caso in cui fosse stato istituito erede in parte nondimeno sarebbe divenuto erede immediatamente, e perciò il richiedente non avrebbe potuto succedere al suo stesso fratello adducendo il fatto che il nipote fosse morto pochi giorni dopo suo padre (*Si fratris tui filius mortis tempore in patris sui fuit potestate, sive ex asse heres institutus est, etiam clausis tabulis heres potuit existere, sive ex parte, nihilo minus statim suus heres ei extitit nec eapropter, quod intra paucos dies mortis patris sui concessit in fatum, tu ad eiusdem fratris tui potes accedere successionem*)²¹⁸. E, nel paragrafo successivo, chiarisce che, se invece il nipote fosse stato *sui iuris* (*Quod ... esset*) e fosse morto prima di accettare l'eredità (*ante ... decessit*) ed il postulante fosse divenuto erede legittimo di suo fratello oppure avesse accettato la *bonorum possessio* entro i termini stabiliti dall'editto (*tuque ... agnovisti*), sarebbe stata cura del governatore provinciale che gli venissero restituiti i beni ereditari o quelli che fossero detenuti illegittimamente da altri (*quae ... restituentur*).

Al di là dei profili sostanziali, concernenti la trasmissibilità della delazione ereditaria e gli impedimenti all'adizione dell'eredità²¹⁹, e di quelli procedurali,

²¹⁶ Dulckeit, 'Plus nuncupatum minus scriptum' cit. 191.

²¹⁷ Lenel, *Das 'edictum perpetuum'* cit. 350 ss., tit. XXV 'De bonorum possessionibus' § 150 'De bonis libertorum': Pringsheim, *Zur Bezeichnung des Hadrianischen Ediktes als 'edictum perpetuum'* cit. 109 e De Francisci, *Per la storia dell'editto perpetuo* cit. 329.

²¹⁸ Si noti l'assoluta atecnicità dell'espressione «*concessit in fatum*»: Honoré, *Emperors and Lawyers* cit. 116 e nt. 554.

²¹⁹ Sui quali v. Voci, *Diritto ereditario* I cit. 456 e nt. 96 e F. Galgano, *Acquisto ereditario e 'transmissio delationis' in alcune costituzioni di Teodosio II e Valentiniano III*, in *SDHI*. 64, 1998, 320 e nt. 90.

inerenti al fatto che grazie alla «*diligentia*»²²⁰ del *praeses provinciae* potevano essere recuperati anche i beni ereditari trattenuti da altri²²¹, merita di essere segnalata la circostanza che il diritto del fratello del *de cuius* alla restituzione dei beni ereditari dipendesse dall'aver egli accettato la *bonorum possessio* «*intra tempora edicto praefinita*», cioè quelli previsti dall'*edictum quis ordo in possessionibus servetur*²²², potendosi immaginare, a mio avviso, che il richiamo della cancelleria imperiale a questi termini edittali fosse dovuto al fatto che Florentino, soldato di stanza nelle province, avesse, a differenza di chi abitava a Roma, una scarsa conoscenza non tanto dell'editto in sé, quanto piuttosto dei suoi dettagli procedurali, quali appunto i «*tempora edicto praefinita*» per accettare la *bonorum possessio*²²³.

13. E sempre di *bonorum possessio* si occupa una costituzione del 242 d.C., indirizzata ad un tale Cornelio, che abbiamo già avuto modo di ricordare in sede di esame di C. 6.13.1²²⁴:

C. 6.11.2 pr. (Imp. Gordianus A. Cornelio, a. 242): *Bonorum quidem possessionem ex edicto praetoris non nisi secundum eas tabulas, quae septem testium signis signatae sunt, peti posse in dubium non venit.*

La risposta dell'imperatore è perentoria: non vi è alcun dubbio (*in ... venit*)²²⁵ che la *bonorum possessio* «*ex edicto praetoris*» non possa essere chiesta che secondo quelle tavole che furono sigillate con i *signa* di sette testimoni (*non ... posse*).

²²⁰ Sull'utilizzo e sul significato di questo termine in specifico riferimento al *praeses provinciae* v. W. Kunkel, '*Diligentia*', in ZSS. 45, 1925, 346 e nt. 1 e P. Voci, '*Diligentia*', '*custodia*', '*culpa*': i dati fondamentali, in SDHI. 56, 1990, 39 e nt. 11.

²²¹ Nicoletti, *Sulla politica legislativa di Gordiano III* cit. 53 nt. 150.

²²² Lenel, *Das 'edictum perpetuum'* cit. 361, tit. XXV '*De bonorum possessionibus*' § 165 '*Quis ordo in possessionibus servetur*': Pringsheim, *Zur Bezeichnung des Hadrianischen Ediktes als 'edictum perpetuum'* cit. 109 e De Francisci, *Per la storia dell'editto perpetuo* cit. 329.

²²³ La Rinolfi, '*Arma etenim magis quam iura scire milites*' cit. 8, annovera il rescritto in esame tra gli ottanta che nel Codice di Giustiniano hanno come destinatari i *milites* e che sono inerenti a svariate materie, e non soltanto alla sfera militare, sottolineando, per un verso, che si tratta di un numero consistente di *constitutiones* che mostra i soldati particolarmente interessati e coinvolti in problematiche giuridiche e, per altro verso, che le loro richieste non appaiono originate dall'ignoranza, dal momento che «molte delle questioni trattate erano di una tale complessità da essere elevate a massime dai commissari giustiniani: la "semplicità dei militari" era quindi solo presupposta, ma non corrispondeva sempre alla realtà dei fatti».

²²⁴ Paragrafo undicesimo.

²²⁵ Su questa frase v. Honoré, *Emperors and Lawyers* cit. 123 s. e nt. 685.

Come è stato sottolineato dall'Amelotti²²⁶, questo «paragrafo iniziale prevede l'ipotesi consueta del testamento scritto, cui l'editto si riferisce, e non dà luogo a osservazioni».

E, inverso, non è un caso che la dottrina²²⁷, con varietà di opinioni e critiche testuali, ha finito per occuparsi ampiamente della nostra costituzione in riferimento pressoché esclusivo al suo paragrafo successivo, nel quale Gordiano afferma che, se si può però dimostrare che lo stesso numero di testimoni fosse stato presente quando venne redatto un testamento non scritto, è diritto assodato che tale testamento sarà considerato valido «iure civili» e che la *bonorum possessio* sarà deferita secondo questo testamento nuncupativo (*Verum si eundem numerum adfuisse sine scriptis testamento condito doceri potest, iure civili testamentum factum videri ac secundum nuncupationem bonorum possessionem deferri explorati iuris est*).

Ciò detto, deve però qui evidenziarsi che, nel *principium*, l'imperatore si limiti semplicemente a ribadire la regola istituzionale, peraltro dichiarata di comune scienza (*in dubium non venit*), che, a norma dell'editto pretorio (*ex edicto praetoris*), la *bonorum possessio* in linea con la volontà del *de cuius* non può essere chiesta che sulla base di tavole testamentarie sigillate con i *signa* di sette testimoni²²⁸.

Ciò che è stato precisato anche dal Guarino²²⁹, secondo il quale «il *principium* di questo rescritto gordiano esprime lucidamente e impeccabilmente la esistenza di un solo tipo di *bonorum possessio* secondativa editale: la *bonorum possessio secundum tabulas septem testium signis signatas*. È chiaro che l'affermazione è fatta a titolo di premessa e che essa non intende risolvere un dubbio dell'interrogante, che sul punto sarebbe stato assurdo».

²²⁶ Il testamento romano I cit. 208.

²²⁷ Si vedano, *ex multis*, B.W. Leist, *Die 'Bonorum possessio'. Ihre geschichtliche Entwicklung und heutige Geltung* I, Göttingen 1844, 191 ss.; P.F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris 1929⁸, 862 s. nt. 4; Solazzi, *Gordiano* cit. 312 ss.; Di Marzo, *Gordiano* cit. 289; S. Solazzi, *Testamenti 'per nuncupationem'*, in *SDHI.* 17, 1951, 262 ss.; Dulckeit, *'Plus nuncupatum minus scriptum'* cit. 189 ss.; A. Guarino, *La forma orale e la forma scritta nel testamento romano* [1956], in *Pagine di diritto romano* VI, Napoli 1995, 329 s.; Amelotti, *Il testamento romano* I cit. 208 s. e 240; Id., *Le forme classiche di testamento. II. Lezioni di Diritto Romano raccolte da Remo Martini*, Torino 1967, 57 ss.; García-Gallo, *Del testamento romano al medievale* cit. 472 e nt. 163; Blanch Nougues, *'Nuncupare heredem'* cit. 135 s. nt. 35 e 143 e nt. 60; Lambertini, *«Bonorum possessio secundum nuncupationem»* cit. 434 ss.; Honoré, *Emperors and Lawyers* cit. 113 e nt. 502, 122 e nt. 664 e 169 s. e nt. 386.

²²⁸ Così anche Leist, *Die 'bonorum possessio'* I cit. 191; Dulckeit, *'Plus nuncupatum minus scriptum'* cit. 189; Amelotti, *Le forme classiche di testamento* II cit. 57; Lambertini, *«Bonorum possessio secundum nuncupationem»* cit. 434 s., 437 s. e 448.

²²⁹ *La forma orale* cit. 329.

E, tuttavia, va rimarcato il fatto che, per quanto l'editto, nel nostro caso l'*edictum de bonorum possessione secundum tabulas*²³⁰, non prevedesse una *bonorum possessio secundum nuncupationem*, ossia sulla base di un testamento orale, questa *bonorum possessio* viene ritenuta dall'imperatore come deferibile secondo questo testamento nuncupativo solamente ove fossero stati presenti alla sua redazione i sette testimoni, che è appunto il requisito previsto dall'editto per la *bonorum possessio secundum tabulas*.

I sette testimoni costituiscono allora il filo rosso, visibile e garantista, che permette a Gordiano di transigere sull'assenza delle formalità civilistiche e che consente perciò all'interprete di concludere che la previsione edittale, che esigeva appunto la presenza di tali testimoni per la validità del testamento scritto e sigillato, dovette incidere in maniera determinante sul riconoscimento della regolarità della prassi del testamento nuncupativo e della *bonorum possessio secundum nuncupationem*.

In altri termini, si vuole mettere in rilievo che l'editto del pretore, richiamato nel *principium* del rescritto, dovette avere un ruolo importante nel riconoscimento del testamento nuncupativo. E, invero, in questa direzione milita la considerazione che, se questo nuovo tipo di testamento, come sembra evincersi dalla costituzione, fosse stato realmente riconosciuto per la prima volta da Gordiano, «non si capirebbe perché egli senta poi la necessità di affermare che quella che ora introduce *ex novo* è, invece, regola *explorati iuris*»²³¹. Ciò che invece si spiega ipotizzando²³² che Gordiano si fosse limitato a rinfrescare la memoria del richiedente su un modello di testamento che aveva una esistenza autonoma rispetto a tale imperatore.

Ed è proprio la frase finale del primo paragrafo, «*explorati iuris est*»²³³, che

²³⁰ Lenel, *Das 'edictum perpetuum'* cit. 348 ss., tit. XXV '*De bonorum possessionibus*' § 149 '*De bonorum possessione secundum tabulas*': Pringsheim, *Zur Bezeichnung des Hadrianischen Ediktes als 'edictum perpetuum'* cit. 109 e De Francisci, *Per la storia dell'editto perpetuo* cit. 329.

²³¹ Lambertini, «*Bonorum possessio secundum nuncupationem*» cit. 443.

²³² Così anche Lambertini, «*Bonorum possessio secundum nuncupationem*» cit. 451.

²³³ Rimarcata debitamente anche dal Voci, *Diritto ereditario* II cit. 75 e nt. 46 e, in precedenza, dal Guarino, *La forma orale* cit. 329 s.: «Il dubbio dell'interrogante Cornelio è risolto nel § 1, ove Gordiano afferma come cosa certa (*explorati iuris est*) che, essendo intervenuti sette testimoni *sine scriptis testamento condito*, il testamento è *iure civili factum* e la *bonorum possessio* si attribuisce *secundum nuncupationem*. Si riferisce qui Gordiano ad una designazione testamentaria orale fatta davanti a sette testimoni, ma non accompagnata dalla *mancipatio familiae*? Questa è l'interpretazione corrente, ma non sembra possibile accoglierla: sia perché nel *principium* l'imperatore tanto esplicitamente ricorda che la *bonorum possessio* secondativa è assegnata dall'editto solo in presenza di *tabulae*, e sia perché contrasta con essa interpretazione la frase *iure civili testamentum factum videri*, mentre è chiaro che non è *iure civili factum* un *testamentum* privo di *mancipatio familiae* ... dato che l'editto parla esplicitamente di *tabulae*, si può chiedere

si configura come «la *ratio* della concessione»²³⁴, dovendosi così ritenere che Gordiano avesse osato innovare «nicht *contra*, sondern nur *praeter edictum praetoris*»²³⁵, ciò che era avvenuto perché egli vedeva ancora nell'editto pretorio, «also auch in seiner nachjulianischen Entwicklung»²³⁶, un punto di riferimento fondamentale per escogitare o confermare nuove soluzioni giuridiche.

14. Infine, di *separatio bonorum* si occupa una costituzione non datata²³⁷, indirizzata ad un tale Aristone, inserita dai compilatori giustinianeî sotto il titolo '*De bonis auctoritate iudicis possidendis seu venumdandis et de separationibus*':

C. 7.72.2 (Imp. Gordianus A. Aristonî): *Est iurisdictionis tenor promptissimus indemnitasque remedium edicto praetoris creditoribus hereditariis demonstratum, ut, quotiens separationem bonorum postulant, causa cognita impetrent. Praeoptabis igitur convenientem desiderii tui fructum, si te non heredum fidem secutum, sed ex necessitate ad iudicium eos provocare demonstraveris.*

L'imperatore, dopo avere ricordato che è chiaramente comprensibile l'evidentissimo «*iurisdictionis tenor*» secondo cui, ogniquale volta i creditori ereditari chiedano la *separatio bonorum*, ottengano «*causa cognita*» tale rimedio previsto dall'editto del pretore (*Est ... impetrent*), chiarisce al richiedente che avrebbe perciò conseguito ciò che desiderava se avesse dimostrato che non si era affidato agli eredi, ma li aveva per necessità chiamati in giudizio (*Praeoptabis ... demonstraveris*)²³⁸.

la *bonorum possessio*, anche soltanto confermativa, di un *testamentum per nuncupationem*? E Gordiano risponde che la soluzione affermativa *explorati iuris est* non offre il fianco a dubbi di sorta, trattandosi solo di confermare un testamento civilisticamente regolare».

²³⁴ Lambertini, «*Bonorum possessio secundum nuncupationem*» cit. 450.

²³⁵ Dulckeit, '*Plus nuncupatum minus scriptum*' cit. 190.

²³⁶ Dulckeit, '*Plus nuncupatum minus scriptum*' cit. 189.

²³⁷ L'Honoré, *Emperors and Lawyers* cit. 114, 117 e nt. 569 e 133 nt. 808, ritiene che la costituzione venne emanata in un periodo ricompreso tra marzo del 238 e giugno del 241 d.C., mentre il Corcoran, *New subscripts for old rescripts: the 'Vallicelliana' fragments of Justinian Code Book VII*, in ZSS. 126, 2009, 418 s., nel 239 d.C.

²³⁸ Sul verbo «*praeoptabis*» e sull'inciso «*convenientem desiderii tui fructum*», che si rinvengono in questa frase, v. Honoré, *Emperors and Lawyers* cit. 133 e nt. 808. Sull'utilizzo del termine '*fructus*' «with an abstract noun in the genitive» nel nostro rescritto ed in molte altre costituzioni del IV e V sec. e di Giustiniano v. J.N. Dillon, *The Emperor's New Prose: the Style of the Legislation of Diocletian*, in W. Eck e S. Puliatti (a c. di), *Diocleziano: la frontiera giuridica dell'impero*, Pavia 2018, 295 e nt. 34.

Il rescritto²³⁹, per quanto non fornisca utili informazioni per risolvere il problema dell'individuazione dell'epoca storica che vide il primo fiorire dell'istituto della *facultas separandi*, tuttavia «ne scandisce la fisionomia con singolare precisione»²⁴⁰ facendone così risaltare nitidamente il suo profilo sostanziale²⁴¹.

Infatti, Gordiano, con la frase «*edicto praetoris creditoribus hereditariis demonstratum*», della cui genuinità ha dubitato il Beseler²⁴² sulla base della ricorrenza del termine «*indemnitas*» che l'introduce (*indemnitasque remedium*), inseriva il «*remedium*» della *separatio bonorum*²⁴³ – inteso come espediente giuridico con il quale si andava incontro a determinate esigenze meritevoli di tutela eliminando le storture del sistema o completando opportunamente la disciplina di un istituto quale appunto la *separatio bonorum*²⁴⁴ – nel contesto normativo dell'editto del pretore, cioè l'*edictum de separationibus*²⁴⁵, e «ne assicurava l'operatività disegnandone il regime»²⁴⁶ con il chiarire che questo beneficio era di esclusivo appannaggio dei creditori dell'ereditando e con il sottolineare che l'attivazione della relativa procedura dipendeva da una loro espressa richiesta.

Con questa istanza di parte, imprescindibile al fine di mettere in moto il meccanismo che avrebbe condotto alla *separatio bonorum*, non si esauriva però l'insieme delle formalità preliminari a ciò finalizzate, dal momento che l'imperatore rimarcava la necessità di una *causae cognitio*²⁴⁷, cioè di un apprezzamento

²³⁹ Addotto dal Pakter, *The Mistery of «Cessio bonorum»*, in *Index* 22, 1994, 324 e 338 nt. 22, come prova della ricorrenza della locuzione '*cessio bonorum*' nel Codice di Giustiniano, ma erroneamente dal momento che essa non si rinviene affatto nella nostra costituzione.

²⁴⁰ P. Giunti, '*Ius controversum*' e '*separatio bonorum*', Cagliari 1993, 20.

²⁴¹ Sul punto v. anche R. Obenchain, *The Roman Law of Bankruptcy*, in *Notre Dame Law Review* 3.4, 1928, 197 e nt. 221 e, più recentemente, F. Longchamps de Bérrier, *Law of Succession. Roman Legal Framework and Comparative Law Perspective*, Warszawa 2011, 146 e nt. 403.

²⁴² *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* II, Tübingen 1911, 116.

²⁴³ Sull'importanza del termine «*remedium*» al fine di comprovare il valore tecnico della locuzione '*separatio bonorum*' v. Giunti, '*Ius controversum*' cit. 132 nt. 58. Ma v. pure R. Świrgoń-Skok, *Beneficjum ('beneficium') w źródłach prawa rzymskiego*, in *Studia Prawnoustrojowe* 7, 2007, 236 s. e nt. 17.

²⁴⁴ Così A. Cenderelli, *Il «remedium» menzionato in «Cons.» 5, 6 e gli effetti della «pluris petitio» in danno dei minori*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso* II, Torino 1968, 390 e nt. 7.

²⁴⁵ Lenel, *Das 'edictum perpetuum'* cit. 433, tit. XL '*Quemadmodum a bonorum emptore vel contra eum agatur*' § 223 '*De separationibus*': Pringsheim, *Zur Bezeichnung des Hadrianischen Ediktes als 'edictum perpetuum'* cit. 109; De Francisci, *Per la storia dell'editto perpetuo* cit. 330; F. Wieacker, *Le droit romain de la mort d'Alexandre Sévère à l'avènement de Dioclétien (235-284 apr. J.-C.)*, in *RHDFE*. 49, 1971, 213 e nt. 32.

²⁴⁶ Giunti, '*Ius controversum*' cit. 20.

²⁴⁷ Il Martini, *Il problema della 'causae cognitio' pretoria*, Milano 1960, 160, ritiene probabile che la menzione di tale *causae cognitio* fosse presente nella clausola editale.

discrezionale del magistrato adito – il *praetor* od il *praeses provinciae*²⁴⁸ – sulle circostanze di fatto del caso concreto²⁴⁹ e, quindi, sul fondamento della richiesta dei creditori ereditari²⁵⁰, che, benché il rescritto non lo dica, in caso di esito favorevole avrebbe comportato, come apprendiamo da un brevissimo frammento di Ulpiano proveniente dal sessantaquattresimo dei *libri ad edictum* (D. 42.6.1 pr.: *Sciendum est separationem solere impetrari decreto praetoris*), l'adozione di un apposito *decretum* di concessione della *separatio bonorum*.

Il cui ottenimento da parte di Aristone, che invocava la pronuncia imperiale, dipendeva però non solo dai requisiti formali focalizzati nel rescritto, ma anche, come specifica Gordiano, dal fatto che il postulante dimostrasse di non avere «*heredum fidem secutum, sed ex necessitate ad iudicium eos provocare*»²⁵¹, addossando così l'imperatore al postulante un onere probatorio riguardante «non già la fondatezza della domanda ma la legittimazione a proporla: sicché non l'insolubilità dell'erede sarà oggetto di prova ma l'improcrastinabile *necessitas* del giudizio instaurato dai *creditores defuncti*»²⁵². Insomma, la cancelleria imperiale dà un buon consiglio al creditore ereditario Aristone: «qu'il ne prouve pas qu'il ait crédit personnellement (car cela ne lui donnerait pas, en tant que créancier personnel de l'héritier, le droit à la *separatio bonorum*), mais qu'il montre qu'il a provoqué *ex necessitate ad iudicium*, c'est-à-dire qu'il a demandé un décret de séparation»²⁵³.

L'espresso richiamo da parte di Gordiano all'editto pretorio (*edicto praetoris*) – dal quale si evince «chiaramente che l'editto concedeva la *separatio* ai creditori ereditari: sino a prova contraria (e tali non sono le discussioni postclassiche circa la legittimazione attiva alla *separatio*) dobbiamo, dunque, ritenere che la concessione fosse specifica nella clausola editale, e non generica»²⁵⁴ – ed alle formalità da esso previste in riferimento alla *separatio bonorum* e, soprattutto, il fatto che l'imperatore non si limiti a citarlo, ma ne interpreti lo spirito del testo, recependo così «l'attività 'rimediale' del pretore (*remedium edicto*

²⁴⁸ D. 42.6.1.14 (Ulp. 64 *ad ed.*): *De his autem omnibus, an admittenda separatio sit nec ne, praetoris erit vel praesidis notio ...*

²⁴⁹ Sul punto v. Giunti, '*Ius controversum*' cit. 110 e nt. 36.

²⁵⁰ A. Guarino, '*Gai*' 2.155 e il «*beneficium*» dell'«*heres necessarius*» [1944], in *Pagine di diritto romano* VI, Napoli 1995, 490.

²⁵¹ Sul significato dell'espressione «*heredum fidem secutum*», che compare all'inizio di questa frase, v. Voci, *Diritto ereditario* I cit. 670 e nt. 13.

²⁵² Giunti, '*Ius controversum*' cit. 120 nt. 44.

²⁵³ Wieacker, *Le droit romain de la mort d'Alexandre Sévère à l'avènement de Dioclétien* cit. 213.

²⁵⁴ Guarino, '*Gai*' 2.155 cit. 492.

praetoris creditoribus hereditariis demonstratum)»²⁵⁵, testimoniano quindi in quanta considerazione l'*edictum* fosse ancora tenuto dalla cancelleria imperiale quasi a metà del III sec. d.C.

E, in questo senso, mi sembra particolarmente importante prestare attenzione anche all'espressione «*iurisdictionis tenor*», che, per quanto certamente generica e, soprattutto, inusuale²⁵⁶, non escluderei possa riferirsi non tanto alla *iurisdictionis* in sé, quanto piuttosto all'*edictum perpetuum*²⁵⁷ quale 'regola continuativa e non interrotta' della giurisdizione, appunto «*iurisdictionis tenor*». Ciò che, a mio avviso, appare confermato dall'aggettivo «*promptissimus*» qualificante il «*tenor*», che, nel suo significato di 'evidentissimo', 'manifestissimo', 'chiarissimo', mi sembra attagliarsi meglio, insieme al termine «*demonstratum*» che chiude la frase in cui ricorre l'inciso «*iurisdictionis tenor promptissimus*», ad un «*iurisdictionis tenor*» riferibile all'editto perpetuo invece che alla giurisdizione.

15. Dall'esame delle 13 costituzioni emanate durante il cinquantennio che va dalla morte di Alessandro Severo all'avvento di Diocleziano si possono trarre le seguenti conclusioni.

In primo luogo, deve rilevarsi che queste costituzioni vennero emanate, ad eccezione di una *constitutio* di Valeriano e Gallieno del 260 d.C. (C. 2.11.18), dal solo Gordiano III, il che dimostra una sua particolare attenzione e predilezione verso l'editto pretorio, qualificato nella metà delle sue 12 costituzioni come '*edictum perpetuum*', in 4 come '*edictum*' senza ulteriori specificazioni ed in 2 come '*edictum praetoris*', terminologia, quest'ultima, che «non viene usata (e

²⁵⁵ O. Sacchi, *Il 'liber singularis de heurematicis' di Modestino e la giurisprudenza 'eurematica': una rilettura retrospettiva dell' 'interpretatio iuris' tra storia e ideologie (antiche e moderne) (seconda parte)*, in *TSDP*. 18, 2025, 17.

²⁵⁶ Honoré, *Emperors and Lawyers* cit. 116 s. e nt. 569.

²⁵⁷ Così, ma senza motivazione, anche Gradenwitz, *Rescripte* cit. 368 e nt. 7 e 369 e nt. 2. Pure il Wieacker, *Le droit romain de la mort d'Alexandre Sévère à l'avènement de Dioclétien* cit. 213, pensa che il testo faccia riferimento all'editto perpetuo, ma non lo individua nell'inciso «*iurisdictionis tenor*», bensì in quello, ad esso successivo, «*edicto praetoris*». Secondo il Wacke, *Das Rechtswort: 'Tenor' – Neun Exegesen*, in *ZSS*. 137, 2020, 294 nt. 18, la locuzione «*iurisdictionis tenor*», che ricorre anche in un'altra costituzione di Gordiano del 239 d.C. indirizzata ad un soldato di nome Rufo (C. 2.19.5: *Non interest, a quo vis adhibita sit patri et patruo tuo, utrum ab emptore an vero sciente emptore ab alio, ut vi metuve possessionem vendere cogerentur. Nam si adhibita vi compulsi sunt possessiones suas quae maiore valebant minimo distrahere, iurisdictionis tenore, ut id quod improbe factum est in priorem statum revolvatur, impetrabunt*), «wird als Bezugnahme auf den Inhalt des prätorischen Edikts verstanden». Così, in precedenza, anche F. De Martino, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova 1937, 159 e 163. Cfr. P. Leuregans, '*Testamenti factio non privati sed publici juris est*', in *RHDFE*. 53, 1975, 245 e nt. 71.

la ragione si intende facilmente) in relazione con l'amministrazione provinciale, dove invece si preferisce parlare di *edictum perpetuum* o anche semplicemente di *edictum*»²⁵⁸.

E questo rapporto vivo con l'editto può trovare una spiegazione nel fatto che la cancelleria gordiana era ancora assai vicina alla tarda giurisprudenza classica, come può desumersi dall'appellativo di '*vir prudentissimus*' e '*non contemnendae auctoritatis iuris consultus*' riservato rispettivamente a Paolo e Modestino da due costituzioni emanate dallo stesso Gordiano nel 239 d.C.²⁵⁹, nel primo caso C. 5.4.6 indirizzata ad una tale Valeria²⁶⁰ e, nel secondo caso, C. 3.42.5 indirizzata ad un soldato di nome Sabiniano²⁶¹.

Pertanto, la cancelleria di Gordiano, non più guidata e sorretta adeguatamente da una scienza giuridica che fosse in grado di riconoscersi fuori dall'attività burocratica, si affida ad un rispetto, spesso rigoroso, della tradizione, rappresentata in maniera esemplare appunto dall'editto del pretore, al quale si fa ricorso, in una linea di evidente continuità, non soltanto al fine di decidere i casi sottoposti all'attenzione di Gordiano in conformità ad esso, ma anche allo scopo di servirsene per supportare la proposizione di nuove soluzioni giuridiche o l'introduzione di innovativi principii giuridici, che, ben lungi dal configurarsi come un 'diritto nuovo' che prende le distanze dall'editto pretorio, vi trova invece la fonte di ispirazione ed un punto di riferimento.

Affermazione, quest'ultima, che è confermata dal numero di rinvii all'editto da parte di Gordiano, che appare in effetti «auffallend»²⁶² dato il breve periodo del principato di questo imperatore (238-244 d.C.).

In secondo luogo, va doverosamente rimarcato il fatto che regole ed istituti riconducibili all'editto, sorti in relazione al processo formulare, sono estesi a quello cognitorio, valendo così per entrambe le procedure (C. 2.19.3, 2.12.13, 2.2.2 e 2.11.18).

In terzo luogo, può notarsi che, in un certo numero di casi (C. 2.11.15, 2.21.2 e 6.11.2 pr.), l'imperatore, nel decidere la questione sottopostagli, si limita ad

²⁵⁸ De Francisci, *Per la storia dell'editto perpetuo* cit. 330.

²⁵⁹ Così anche Pringsheim, *Zur Bezeichnung des Hadrianischen Ediktes als 'edictum perpetuum'* cit. 108.

²⁶⁰ *Etsi contra mandata principum contractum sit in provincia consentiente muliere matrimonium, tamen post depositum officium si in eadem voluntate perseveraverit, iustae nuptiae efficiuntur: et ideo postea liberos susceptos natosque ex iusto matrimonio legitimos esse responsum viri prudentissimi Pauli declarat.*

²⁶¹ *Ad exhibendum actione non tantum eum qui possidet, sed etiam eum teneri, qui dolo fecit, quominus exhiberet, merito tibi a non contemnendae auctoritatis iuris consulto Modestino responsum est.*

²⁶² Pringsheim, *Zur Bezeichnung des Hadrianischen Ediktes als 'edictum perpetuum'* cit. 109.

applicare puramente e semplicemente l'editto, che, in quanto recepito *sic et simpliciter*, si configura quindi come una fonte del diritto imperiale, mentre in altri casi estende analogicamente il disposto edittale (C. 6.13.1) o, comunque, ne interpreta lo spirito del testo (C. 7.72.2), potendosi da ciò dedurre che queste disposizioni edittali fossero state già recepite nella normazione imperiale e, quindi, che esse valessero in tutte le regioni dell'impero.

In quarto luogo, va evidenziato che alcune costituzioni (C. 5.71.2.1 e 6.30.3.1) si servono dell'editto per disciplinare il processo provinciale.

Infine, si è potuto mettere in luce come alcune locuzioni, quale, ad esempio, «*iurisdictionis tenor promptissimus*» (C. 7.72.2), vengano usate in sinonimia con «*edictum perpetuum*», consentendo così di ipotizzare che i richiami all'editto fossero molti di più di quelli esplicitati con la menzione dell'*edictum perpetuum* o semplicemente dell'*edictum*.

Da quanto precede emerge dunque che il ricorso all'editto pretorio non fosse affatto venuto meno, come invece si ritiene comunemente, a partire dai successori di Alessandro Severo e che il suo uso diretto, soprattutto per evidenti ragioni legate alla pratica giudiziaria, non cessò mai nell'età dell'anarchia militare, durante la quale continuò ad essere visto come una fonte del diritto ancora viva e vitale.

E ciò avvenne soprattutto grazie ad un continuo rinvio ai principii edittali da parte delle costituzioni imperiali di questo periodo, che finirono così per attrarlo nella sfera del diritto imperiale, del quale costituì pertanto una vera e propria fonte.

Così, in questo arco temporale, l'editto del pretore non perse la sua utilità nonostante il sempre più accentuato affermarsi della *cognitio extra ordinem*, dal momento che esso rappresentò un *ordo actionum* quasi necessario per un'esatta impostazione del processo da parte dei contendenti in giudizio ed i loro avvocati.

E, inoltre, venne adottato come una guida sicura ed affidabile anche da parte dei giudici del nuovo processo, con la conseguenza che l'editto pretorio poté, nella pratica, resistere ai mutamenti determinati dalle nuove forme processuali cognitive e, in tal modo, dilatare la sua vigenza per molto tempo dopo la sua emanazione.

Presupposto come testo fondamentale nell'esercizio della giurisdizione, l'editto pretorio perpetuò questa sua funzione non solo in riferimento al processo cognitorio, ma anche, ovviamente, in relazione a quello che era stato il suo originario ambito di applicazione, cioè il processo formulare, in ordine al quale molte delle costituzioni esaminate dimostrano la sua ancora perdurante esistenza, sicché è proprio il rimando all'editto in riferimento al processo dell'*ordo* da parte della cancelleria imperiale di questo periodo che confuta le affermazioni del Kaser, secondo cui «bisognerà supporre che in questi decenni la giurisdizione ordinaria sia sfuggita dalle mani del *praetor urbanus* ... e sia passata in

quelle del *praefectus urbi*» e che «la degenerazione del processo formulare è con ogni verosimiglianza compiuta anche in Roma», con la conseguenza che «la contrapposizione fra la procedura ordinaria e quella straordinaria è superata»²⁶³. Al contrario, proprio il fatto che alcune costituzioni esaminate disciplinano delle fattispecie concrete riconducibili esclusivamente al processo formulare dimostra, per un verso, che il processo dell'*ordo*, ben lungi dall'essere quasi estinto, era applicato consistentemente nonostante il progressivo affermarsi della *cognitio extra ordinem* ed era quindi pienamente vitale ancora alla fine del III sec. d.C. e, per altro verso, come è acclarato da C. 2.19.4 e 7.72.2, che l'editto perpetuo continuava ad essere utilizzato dalla cancelleria diocleziana in funzione di regolazione della persistente *iurisdictio* pretoria.

Dalle costituzioni esaminate si evince inoltre che l'editto, tanto quello qualificato come 'perpetuo' quanto quello menzionato senza alcuna altra specificazione, si applicava anche nei casi di dominio della *cognitio extra ordinem*, documentando in maniera inequivocabile il persistente uso dell'editto pretorio, anche se per scopi diversi da quelli originari, in regioni dell'impero nelle quali il processo formulare, legato alla *iurisdictio* del pretore, non ricopriva più come un tempo un ruolo importante, e confermando così, in maniera evidente, il fondamentale valore dell'esperienza edittale per ogni giurista dell'età postseveriana proprio nel momento in cui la *cognitio extra ordinem* si avviava ad una sua sempre più inevitabile generalizzazione.

La presenza di disposizioni vevoli anche per la *cognitio extra ordinem* consente allora di affermare che l'editto perpetuo contribuì non poco, da un lato, alla stabilizzazione ed alla generalizzazione di questo procedimento, che avrebbe trovato negli anni successivi a Diocleziano la sua più ampia ed universale diffusione, e, dall'altro, alla regolamentazione di un tipo di procedimento che non si risolvesse più in una frammentata e non uniforme serie di *cognitiones extra ordinem*, cioè di giudizi che erano tutti accomunati dal solo profilo formale e terminologico di essere al di fuori dell'*ordo* e che tuttavia si configuravano sostanzialmente come singoli tipi di processo a sé stanti e, per di più, l'uno diverso dall'altro.

I rinvii da parte della cancelleria imperiale alle norme dell'editto dimostrano dunque che essa aveva una piena e sicura conoscenza dell'editto perpetuo e che le disposizioni edittali venivano applicate come sicure direttive anche per i giudici della *cognitio extra ordinem*, che in esse vedevano allora un punto di riferimento imprescindibile per l'esercizio delle loro funzioni.

²⁶³ *Gli inizi della «cognitio extra ordinem»*, in *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria* I, Milano 1968, 196.

Pertanto, si può affermare che l'autorità imperiale continuasse a vedere nell'*edictum* la 'fonte' della *iurisdictio*, tanto quella del pretore quanto quella del giudice della *cognitio extra ordinem* e di chi, come il *praeses provinciae*, le esercitasse entrambe, sicché la cancelleria imperiale di questo periodo, proprio laddove si appellava al principio edittale al fine di applicarlo alla *cognitio extra ordinem*, riconosceva che le regole pretorie, predisposte in origine per il processo formulare, continuavano a conservare ed esplicare la loro funzione anche in quello cognitorio, al quale il testo edittale doveva essere adattato anche mediante modifiche ad esso apportate dalla stessa cancelleria.

E, da qui, la conclusione che l'editto pretorio, inteso come testo generale al quale si era pervenuti attraverso una *reductio ad unum* dei vari editti giurisdizionali del pretore succedutisi nel tempo, veicolava l'estensione del 'modello' degli istituti e dei rimedi pretori previsti dall'*ordo* al rito cognitorio e, quindi, operava una vera e propria fusione tra strumenti edittali e regole procedurali proprie dei *iudicia extraordinaria*, che appare consolidata alle soglie dell'avvento di Diocleziano in quanto riconosciuta formalmente come praticabile dalla cancelleria degli imperatori che lo avevano preceduto, pur nella piena consapevolezza che la tutela attuata attraverso il processo formulare avesse perduto, nel nuovo contesto cognitorio, alcune peculiarità procedimentali che l'avevano caratterizzata in precedenza.

Francesco Arcaria
 Università di Catania
 farcaria@lex.unict.it