

**LEX COMMISSORIA E RESTITUTIO IN INTEGRUM IN
PAUL. 1 DECR. D. 4.4.38. PR.***

SOMMARIO: 1. La fattispecie. – 2. La prima parte del frammento. – 3. Lo scopo della *restitutio in integrum* richiesta da Rutiliana. – 3a. La restituzione dell'acconto versato dal padre. – 3b. Il perfezionamento dell'acquisto del fondo. – 3c. La pretesa di carattere reale nei confronti di Claudio Telemaco. – 4. L'approvazione paolina delle decisioni del pretore e del *praefectus urbi*. – 5. L'influenza della circostanza della scadenza del *dies committendi* nel *tempus pupillae* sulla decisione dell'imperatore. – 6. La proposta paolina di concessione della *restitutio in integrum* sulla base del rilievo della rinuncia da parte del venditore all'esercizio della *lex commissoria*. – 7. Il parallelo con il caso dell'alienazione del pegno da parte del creditore pignoratizio, ove il *dies solutionis* cada dopo la morte del debitore. – 8. La *displacentia* dell'imperatore nei confronti della *lex commissoria* e la concessione della *restitutio in integrum*. – 9. La

* Dedico questo saggio, come tributo di riverenza e di affetto, alla memoria del mio compianto Maestro, Professor Mario Talamanca, che ne ha seguito l'intera stesura, sino ad un livello assai avanzato, con la consueta acribia e sincera dedizione. La Sua improvvisa scomparsa ha lasciato dentro di me un vuoto incolmabile, ma l'alta lezione di vita e di scienza impartitami negli anni di collaborazione costituisce per me un dono di inestimabile valore, di cui sarò per sempre grata alla Sua memoria.

pronuntiatio suspectos tutores videri e la sua influenza sulla decisione dell'imperatore. – 10. Rilievi conclusivi.

1. *La fattispecie.*

Nel primo dei suoi *Libri Decretorum* Paolo ci porge una testimonianza che presenta un considerevole interesse sotto diversi profili e che è stata oggetto di particolare attenzione da parte degli studiosi:

Paul. 1 *decr.* D. 4.4.38 *pr.*: *Aemilius Larianus ab Ovinio fundum Rutilianum lege commissoria emerat data parte pecuniae, ita ut, si intra duos menses ab emptione reliqui pretii partem dimidiam non solvisset, inemptus esset, item si intra alios duos menses reliquum pretium non numerasset, similiter esset inemptus. intra priores duos menses Lariano defuncto Rutiliana pupillaris aetatis successerat, cuius tutores in solutione cessaverunt. venditor denuntiationibus tutoribus saepe datis post annum eandem possessionem Claudio Telemacho vendiderat. pupilla in integrum restitui desiderabat: victa tam apud praetorem quam apud praefectum urbi provocaverat. putabam bene iudicatum, quod pater eius, non ipsa contraxerat: imperator autem motus est, quod dies committendi in tempus pupillae incidisset eaque effecisset, ne pareretur legi venditionis. dicebam posse magis ea ratione restitui eam, quod venditor denuntiando post diem, quo placuerat esse commissum, et pretium petendo recessisse a lege sua videretur: non me moveri, quod dies postea transisset, non magis*

quam si creditor pignus distraxisset, post mortem debitoris die solutionis finita. quia tamen lex commissoria displicebat ei, pronuntiavit in integrum restituendam. movit etiam illud imperatorem, quod priores tutores, qui non restitui desiderassent, suspecti pronuntiati erant.

Un certo Ovinio aveva venduto con *lex commissoria* il fondo Rutiliano ad Emilio Lariano ed aveva ricevuto in contanti da costui una parte del prezzo: il resto avrebbe dovuto essere pagato in due termini e per metà, entro i primi due mesi dalla conclusione della compravendita ed entro gli altri due mesi successivi, e, se ciascun pagamento non fosse stato effettuato alla scadenza, il contratto si sarebbe dovuto considerare risolto. Lariano morì prima di versare la seconda rata, e lasciò per erede una figlia impubere, Rutiliana. I tutori di quest'ultima mancarono di pagare alla scadenza dei termini pattuiti, ed Ovinio, avendo rivolto loro inutilmente molte intimazioni, vendette dopo un anno il fondo Rutiliano ad un altro acquirente, Claudio Telemaco. Rutiliana chiese la *restitutio in integrum* al pretore, il quale la rifiutò; si appellò al *praefectus urbi*, che rigettò l'istanza; si rivolse infine all'imperatore, il quale concesse il rimedio.

Nel prosieguo del frammento Paolo espone le proprie argomentazioni — delle quali l'una appare favorevole al diniego della *restitutio in integrum* e l'altra volta a fornire un fondamento più solido al rilascio del medesimo provvedimento — e quelle

dell'imperatore — inclini invece pienamente alla concessione della misura —.

Dapprima il giurista, nell'approvare la decisione conforme del pretore e del *praefectus urbi* di respingere la richiesta di *restitutio in integrum* della pupilla, rileva che si è ben giudicato perché è stato il padre di lei, non la fanciulla stessa, a concludere il contratto; in seguito egli afferma che piuttosto la pupilla avrebbe potuto essere reintegrata perché Ovinio, intimando ai tutori e chiedendo loro il pagamento del prezzo dopo la scadenza del termine fissato nel patto, aveva mostrato di non voler avvalersi della *lex commissoria*.

A stare all'esposizione paolina, le ragioni che invece avevano persuaso l'imperatore ad accordare il provvedimento erano sostanzialmente tre: *a*) la causa della mancata osservanza della *lex venditionis* era stata la contingenza che la scadenza del termine fissato nella stessa *lex* si fosse verificata nel periodo della impubertà della fanciulla (argomento che Paolo riterrà irrilevante controbattendo che anche il creditore pignoratizio poteva vendere il pegno quando il termine per il pagamento del debito fosse scaduto dopo la morte del debitore); *b*) la circostanza che il principe stesso vedeva con disfavore la *lex commissoria*; *c*) il fatto che i primi tutori fossero stati dichiarati sospetti, giacché essi non avevano chiesto che la pupilla fosse reintegrata.

2. *La prima parte del frammento.*

Il contenuto della prima parte del frammento, che costituisce la descrizione della fattispecie, non desta particolari interrogativi¹.

¹ La dottrina peraltro non ha avanzato molti dubbi circa la genuinità del frammento nella sua interezza: cfr. F. WIEACKER, *Lex commissoria. Erfüllungszwang und Widerruf im römischen Kaufrecht*, Berlin, 1932, 60; G.G. ARCHI, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Padova, 1934, 123 ss.; A. BURDESE, *Di un particolare caso di applicazione della 'restitutio in integrum'*, in *Festschrift für F. Schulz zum 70. Geburtstag*, I, Weimar, 1951, 81, nt. 1; E. VOLTERRA, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*, in *La critica del testo. Atti del II Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto*, Firenze, 1971, 984 e nt. 42 (= *Scritti giuridici*, VI, Napoli, 1994, 166 e nt. 42); F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrecht*, Köln-Wien, 1973, 79; D. LIEBS, *Der Sieg der schönen Rutiliana, 'Lex commissoria displicebat'*, in *Festschrift für M. Kaser zum 70. Geburtstag*, München, 1976, 373 ss.; B. KUPISCH, *'Rutiliana pupilla', schön oder energisch?*, in *ZSS*, XCIV, 1977, 247 ss.; F. MUSUMECI, *Ancora sulla 'in integrum restitutio' di Rutiliana*, in *'Cunabula Iuris'. Studi storico giuridici per G. Brogini*, Milano, 2002, 245 ss.; D. LIEBS, *Vor den Richtern Roms. Berühmte Prozesse der Antike*, München, 2007, 149 ss.; A. LOVATO, *Giulio Paolo e il 'decretum principis'*, in *Studi in onore di R. Martini*, II, Milano, 2009, 501, nt.; V. WANKERL, *'Appello ad principem'. Urteilsstil und Urteilstechnik in kaiserlichen Berufungsentscheidungen (Augustus bis Caracalla)*, München, 2009, 95 ss.; M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma²*, Torino, 2011, 639 s.; ID., *Il dialogo tra giuristi e imperatori*, in *'Ius controversum' e processo fra tarda Repubblica ed età dei Severi. Atti del Convegno (Firenze, 21-23 ottobre 2010)*, a cura di V. Marotta, E. Stolfi, Roma, 2012, 183 ss.; M. RIZZI, *'Imperator cognoscens decrevit'. Profili e contenuti dell'attività giudi-*

ziaria imperiale in età classica, Milano, 2012, 363 ss. (colgo qui l'occasione per esprimere la mia gratitudine all'Autrice, che gentilmente mi ha permesso di leggere il paragrafo relativo a Paul. 1 *decr.* D. 4.4.38 pr. nella versione delle seconde bozze di stampa, con un congruo anticipo rispetto alla pubblicazione dell'opera, avvenuta nel novembre 2012; le citazioni qui presenti attengono però alla versione regolarmente pubblicata); B.J. CHOE, *Zur Debatte um den Rutiliana-Fall (Paul. D. 4.4.38 pr.)*. *Wie soll man Text lesen?*, passim (relazione non ancora pubblicata, ma inviata con estremo garbo dall'Autore — che ringrazio vivamente — tenuta dal medesimo il 26 marzo 2013 in occasione del Symposium *Vertiefung der mehrstufigen Exegesen im römischen Recht*, svoltosi dal 25 al 28 marzo 2013 a Fukuoka, presso il Fukuoka Institute of Technology); F. MUSUMECI, *Protezione pretoria dei minori di 25 anni e 'ius controversum' in età imperiale*, Torino, 2013, 235 ss. (anche a questo Autore voglio rivolgere sinceri ringraziamenti, avendomi egli fatto pervenire con molta cortesia il capitolo *La 'in integrum restitutio' di Rutiliana* nella versione delle ultime bozze di stampa, in anticipo rispetto alla pubblicazione dell'opera). Nell'ambito della letteratura più risalente, qualche sommo intervento formale sul testo era stato suggerito dal BASES, in *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, I, a cura di E. Levy, E. Rabel, Weimar, 1929, c. 56, ad h. l. (*eaque <res> effecisset e [qui non restitui desiderassen]*), mentre il BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, V, Leipzig, 1931, 17, aveva rielaborato il frammento ampiamente — pur senza snaturarlo nella propria essenza — ricostruendolo nella maniera seguente: *Aemilius Larianus ab Ovinio fundum Rutilianum lege commissoria emerat data parte pecuniae, ut si intra duos menses [—] reliqui pretii partem dimidiam non solvisset, inemptus esset, item si intra alios duos menses reliquum pretium non numerasset [—]. Intra priores duos menses Lariano defuncto Rutiliana <e heredis tutores cessaverant> [—]. Venditor <literis> [—] tutoribus saepe datis post annum eandem possessio-*

Va soltanto precisato che l'espressione *tutores in solutione cessaverunt* allude alla mancata esecuzione del pagamento del prezzo residuo da parte dei

nem Claudio Telemacho vendiderat. <Rutiliana>[—] in integrum restitui desiderabat: victa tam apud praetorem quam apud praefectum urbi provocaverat. <dicebam:>[—] ‘pater eius non ipsa contraxerat’. imperator autem <illo> motus est quod dies committendi in tempus pupillae incidisset [—]. dicebam <:> [—] ‘non magis <in integrum restitui potest> quam si creditor pignus distraxisset’ [—]. quia tamen lex commissoria displicebat ei pronuntiavit in integrum restituendam. Movit etiam illud imperatorem quod [—] tutores [—] suspecti pronuntiati erant. Il tratto finale del frammento, da *quia tamen* in poi, è stato inoltre depennato dal SANFILIPPO, *Pauli Decretorum libri tres*, Milano, 1938, 22 s., 29, il quale reputava che in esso i compilatori avessero voluto soltanto riepilogare la decisione imperiale, rafforzandola contro le critiche di Paolo ed accorgendosi, nell'ambito dell'operazione di sunto, che la decisione dell'imperatore non era stata ancora menzionata. Oppone il LOVATO, *Giulio Paolo*, cit., 501, nt., che il brano, in quanto diretto ad illustrare tanto le argomentazioni del giurista quanto quelle poste a fondamento della pronuncia imperiale nella scansione in cui esse dovevano svolgersi in origine fino alla conclusione del giudizio, coerentemente si chiude riportando le ragioni del dispositivo. Cfr. anche B.J. CHOE, op. cit., 12, nt. 56. Non esclude la possibilità di un raccorciamento del passo ad opera dei compilatori la NICOSIA, *Sub condicione resolvitur. Le clausole di risoluzione della ‘emptio venditio’*. Parte prima, Catania, 2009, 137, perché a suo avviso la descrizione della fattispecie sarebbe esauriente nella narrazione dei fatti ma ermetica nelle precisazioni giuridiche: cfr. anche EAD., *In diem addictio e ‘lex commissoria’*, Catania, 2013, 170.

tutori², ciò che comporta il rigetto dell'espunzione dell'in *solutione* e

² In tale direzione già la Glossa (*Aemilius. Casus*, in *Digestum Vetus*, Lugduni, 1558, 363) e la maggioranza della dottrina: cfr. P. REBUFFO, *Explicatio ad quatuor primos Pandectarum libros*, Lugduni, 1589, 419; I.B. SCHWARTZENTHALER, *Repetitiones Legum Libri Octavi Codicis Imperialis Tit. XXXVIII. De contrabenda et committenda stipulatione*, Hanoviae, 1603, 631; G. LOUET - J. BRODEAU, *Recueil de plusieurs notables arrêts donnez en la Cour de Parlement de Paris*, II, Paris, 1678, 290; S. STRYKE, *Dissertatio Inauguralis Ad L. Aemilius XXXVIII. de Minorib. de Praescriptione conventionali, Et Minore adversus eam à Principe restituto*, Francofurtum ad Oderam, 1720, 9; J. PUGÆ ET FEIJOO, *Tractatus Academici, sive, Opera omnia posthuma*, I, Lugduni, 1735, 100; J. CUJACIUS, *Commentarius ad tit. de minoribus XXV. annis*, in *Opera omnia*, I, Neapoli, 1758, c. 1007; G.C. BURCHARDI, *Die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*, Göttingen, 1831, 94, nt. 11; R.G. POTHIER, *Le Pandette di Giustiniano*, I, Prato, 1833, 380; P.L. KRITZ, *Sammlung von Rechtsfällen und Entscheidungen derselben*, II, Leipzig, 1839, 262; J.A. ACCARIAS, *Etude historique sur le pacte commissoire et la résolution de la vente pour défaut de paiement*, thèse, Grenoble, 1855, 88; G. LACOUR, *Du pacte commissoire ou résolution à défaut de paiement du prix*, thèse, Poitiers, 1864, 17; R. AUDIAT, *Du pacte commissoire dans la vente*, thèse, Nancy, 1870, 46; L. CAMPISTRON, *Du pacte commissoire en droit romain*, thèse, Toulouse, 1872, 20; J.J. LASSORT, *De la 'lex commissoria' en droit romain*, thèse, Grenoble, 1878, 34, 60; A. LODS, *De la 'lex commissoria' dans la vente en droit romain*, thèse, Dijon, 1878, 20; F. DESCHAMPS, *De la 'lex commissoria' en droit romain*, thèse, Grenoble, 1880, 41; P. VAN WETTER, *Les obligations en droit romain*, I, Gand-Paris, 1883, 380, nt. 24; É. CUQ, *Le conseil des empereurs d'Auguste à Dioclétien*, Paris, 1884, 451; C. PIERINI, *La legge commissoria. Studi intorno al lib. XVIII. tit. 3. del Digesto*, Pisa, 1886, 36, 90; L. HOT, *Des droits du vendeur non payé*, thèse, Paris, 1893,

LXXX; C. GRAVIER, *De la 'lex commissoria' dans la vente*, thèse, Paris, 1896, 54; W. REINECKE, *Die 'lex commissoria' des Kaufes im römischen Recht und ihre Gestaltung im bürgerlichen Gesetzbuch*, Diss. Leipzig, Halle a. S., 1902, 24; V. SCIALOJA, *Compra-vendita: esegesi del tit. 1, lib. 18. del Digesto*, Roma, 1907, 361; P. VAN WETTER, *Pandectes contenant l'histoire du droit romain et la législation de Justinien*, III², Paris, 1910, 288, nt.; S. SOLAZZI, *La 'restitutio in integrum' del pupillo*, in *BIDR*, XXVII, 1915, 303; F. WIEACKER, *Lex commissoria*, cit., 60; G.G. ARCHI, *Il trasferimento*, cit., 125; A. BURDESE, *Di un particolare caso*, cit., 81; A. BISCARDI, *Lezioni ed esercitazioni romanistiche*. I. *Prassi e teoria della 'lex commissoria'*. II. *'Tabulae Herculanenses': antologia negoziale*, Siena, 1959, 9 s.; F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte*, cit., 78; D. LIEBS, *Der Sieg*, cit., 375; B. KUPISCH, *Rutiliana pupilla*, cit., 248; A.A. SCHILLER, *Roman Law. Mechanisms of Development*, The Hague-Paris-New York, 1978, 485; G. BUIGUES OLIVER, *La rescisión de los hechos y actos jurídicos en derecho romano (Premisas para un estudio de la 'Restitutio in integrum')*, Valencia, 1992, 128 s.; T. HONORÉ, *Emperors and Lawyers*², Oxford, 1994, 21; M. PEACHIN, *Jurists and the Law in the Early Roman Empire*, in *Administration, Prosopography and Appointment Policies in the Roman Empire. Proceedings of the first Workshop of the international Network Impact of Empire (Roman Empire, 27 B.C. - A.D. 406) Leiden, June 28 - July 1, 2000*, a cura di L. De Blois, Amsterdam, 2001, 113; M. BIANCHINI - G. CRIFÒ - F.M. D'IPPOLITO, *Materiali per un 'Corpus iudiciorum'*, Torino, 2002, 9; E. JAKAB, *Ein 'fundus cum instrumento legatus' und der 'verbliebene Wein': Scaevola D. 33.7.27.3 zum Kauf mit Anzahlung*, in *ZSS*, CXIX, 2002, 198; F. MUSUMECI, *Ancora sulla 'in integrum restitutio'*, cit., 246 e nt. 1; D. LIEBS, *Vor den Richtern*, cit., 236, nt. 7; L. GARCÍA GÉRBOLES, *La protección procesal del 'minor viginti quinque annis' en derecho romano*, Madrid, 2008, 186; E. JAKAB, *Risikomanagement beim Wein-kauf. 'Periculum' und Praxis im Imperium Romanum*, München, 2009, 114; A. LOVATO, *Giulio Paolo*, cit., 498, 501,

nt.; E. NICOSIA, *Sub condicione*, cit., 138; V. WANKERL, *Appello*, cit., 96 s.; B.J. CHOE, *Is the Emperor touched and moved by her beauty? - An Exegesis: Paul D. 4.4.38 pr. -*, in *The Korean Journal of Legal History*, XLII, 2010, 47 (cito l'articolo secondo l'abstract in lingua inglese, perché il testo integrale — postomi gentilmente a disposizione dall'Autore, che colgo l'occasione di ringraziare sentitamente — è redatto in lingua coreana, a me sconosciuta); T. WALLINGA, *Recensione* a D. LIEBS, *Vor den Richtern Roms. Berühmte Prozesse der Antike*, München, 2007, in *TR*, LXXVIII, 2010, 221; K. WOJCIECH, *Die Stadtpräfektur im Prinzipat*, Bonn, 2010, 149, nt. 657; M. BRUTTI, *Il diritto*², cit., 639 s.; A. CABALLÉ MARTORELL, *Efectos obligacionales y reales del impago del precio en la venta con pacto comisorio*, in *RGDR*, XVI, 2011, 18, nt. 46; G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Lezioni di diritto privato romano. III. Istituzioni*, Rimini, 2012, 308; M. BRUTTI, *Il dialogo*, cit., 183; M. RIZZI, *Imperator*, cit., 364 s., 365, nt. 313; B.J. CHOE, *Zur Debatte*, cit., 3, 13 s.; F. MUSUMECI, *Protezione*, cit., 236 e nt. 1; E. NICOSIA, *In diem addictio*, cit., 170 s. Si vedano inoltre le traduzioni di LE DUC, *Traduction des quatre premiers titres du quatrième livre du Digeste, où il est traité des restitutions en entier*, Paris, 1689, 199; B.A. RODRIGUEZ DE FONSECA, *Digesto teórico-práctico, ó recopilacion de los derechos comun, real y canónico, por los libros y títulos del Digesto*, II, Madrid, 1776, 290; H. HULOT, *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien*, I, Metz-Paris, 1805, 303; F. FORAMITI, *Corpus Iuris Civilis*, I, Venetiis, 1836, c. 1006; C.E. OTTO - B. SCHILLING - C.F.F. SINTENIS, *Das 'Corpus Iuris Civilis' in's Deutsche übersetzt*, I, Leipzig, 1839, 493; S.P. SCOTT, *The Civil Law*, III, Cincinnati, 1932, 95; M.J. GARCÍA GARRIDO, *Diccionario de jurisprudencia romana*³, Madrid, 1993, 457; J.E. SPRUIT - R. FEENSTRA - K.E.M. BONGENAAR, *Corpus Iuris Civilis'. Tekst en Vertaling*, II, 's-Gravenhage, 1994, 385; O. BEHRENDTS - R. KNÜTEL - B. KUPISCH - H.H. SEILER, *Corpus Iuris Civilis', Text und Übersetzung*, II, Heidelberg, 1995, 402; S.

dell'interpretazione della locuzione nel senso della cessazione nell'amministrazione della tutela³ o nel senso dell'*abdicationis tutelae*⁴: in effetti immediatamente nel prosieguo del passo Paolo asserisce che il venditore effettuò delle *denuntiationes* ai tutori — la menzione delle quali appare del tutto funzionale all'affermazione '*tutores in solutione cessaverunt*' — ed inoltre saranno gli stessi tutori ad essere dichiarati *suspecti*⁵. Va aggiunto che il successivo *ne pareretur legi venditionis* — che anch'esso nel contesto del frammento pare chiaramente da correlare al *tutores in solutione cessaverunt* — nei passi concernenti la *lex commissoria* allude usualmente ad un inadempimento nel pagamento del prezzo⁶, e

SCHIPANI, *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*. *Digesti o Pandette dell'Imperatore Giustiniano*, I, Milano, 2005, 331.

³ Così il SANFILIPPO, *Pauli Decretorum libri*, cit., 23 e nt. 2, secondo il quale l'*in solutione* sarebbe stato introdotto dai compilatori in conseguenza del fraintendimento da parte loro del significato tecnico di *cessare*. Cfr. anche G. VON BESELER, *Beiträge*, V, cit., 17.

⁴ Così L. RAGGI, *La 'restitutio in integrum' nel sistema cognitorio di valutazioni plurime della decisione giudiziale*, in *Annali Macerata*, XXVII, 1964, 247; ID., *La 'restitutio in integrum' nella 'cognitio extra ordinem'*. *Contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica*, Milano, 1965, 120 e nt. 1; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Aspetti della giurisdizione civile del 'praefectus urbi' nell'età severiana*, in *Labeo*, XXXIX, 1993, 189, nt.

⁵ Cfr. F. MUSUMECI, *Ancora sulla 'in integrum restitutio'*, cit., 246, nt. 1; ID., *Protezione*, cit., 236, nt. 1; A. LOVATO, *Giulio Paolo*, cit., 501, nt.

⁶ Cfr. ad es. Scaev. 2 *resp.* D. 18.3.6 pr.

che altri frammenti nel Digesto e nel Codice di Giustiniano impiegano l'espressione *in solutione cessare* nel significato di ‘non adempiere un debito’⁷.

L'altro profilo che rileva in questa prima parte del passo e che è significativo ai fini dell'interpretazione del frammento nella sua globalità, è che, tenendo presente l'esposizione della fattispecie, sembra che il venditore, alienando il fondo a Claudio Telemaco⁸, mostri di voler eser-

⁷ Cfr. Marcell. 20 *dig.* D. 46.3.72.1; Scaev. 6 *dig.* D. 20.5.14; Imp. Valerianus et Gallienus AA. et Valerianus nob. C. Aurelio Lucio C. 4.35.8 (a. 259).

⁸ Il LIEBS, *Vor den Richtern*, cit., 150, 235, nt. 2, identifica Claudio Telemaco con un ricco elleno della città di Xanthos, la cui famiglia da generazioni avrebbe goduto i diritti dei cittadini romani (cfr. *AE*, 1981, 842-4: ivi un Claudio Telemaco è citato come sommo sacerdote e segretario, che fu *archiereus* sotto il regno di Commodo, poco dopo il 185 d.C. [*T.A.M.*, II, 1, 175], ed in seguito intraprese una carriera senatoriale fino al proconsolato d'Africa all'inizio del III sec. d.C.; una iscrizione lo onora a Sidyma [*T.A.M.*, II, 1, 194]. Si conosce anche un lichiarca recante gli stessi nomi, sotto il flaminato del quale fu istituita la gerusia di Sidyma, e che potrebbe identificarsi con lui [*T.A.M.*, II, 301-306]. Il dedicatario dell'iscrizione si dice romano e ad un tempo cittadino di Xanthos). Secondo il LEUNISSEN, *Konsuln und Konsulare in der Zeit von Commodus bis Severus Alexander (180-235 n. Chr). Prosopographische Untersuchungen zur senatorischen Elite im römischen Kaiserreich*, Amsterdam, 1989, 191, nt. 271, il Claudio Telemaco menzionato potrebbe essere identificato tanto con il lichiarca proveniente da Xanthos/Sidyma sotto Commodo, quanto con il console figlio di costui.

citare la *lex commissoria*⁹, ma soltanto posteriormente ai fatti che potrebbero indicare nel senso di una sua rinuncia ad avvalersi della clausola, e cioè dopo le *denuntiationes* indirizzate ai tutori in seguito alla scadenza della *lex commissoria*¹⁰.

⁹ Cfr., ad es., l'interpretazione di G. LOUET - J. BRODEAU, *Recueil*, II, cit., 290 s.: «[...] lequel (*scil.*, le vendeur) en consequence de ce, dispose de l'heritage au profit d'un autre, comme estant la clause commise [...]»; quella di J.G. HEINECCIUS, *Recitationes in quinquaginta libros Digestorum*, I, Lovanii, 1750, 177: «[...] intra duos priores menses, Lariano defuncto, Rutiliana pupillaris ætatis successerat, cujus tutores in solutione cessaverant: venditor lege commissoria usus est, quærebatur, an pupilla posset restitui?»; o quella di P. VAN WETTER, *Les obligations*, I, cit., 380, nt. 24: «[...] et le vendeur, considérant la vente comme résolue, vendit l'immeuble à Claudius Telemachus [...]». Nella letteratura più recente, cfr. B.J. CHOE, *Zur Debatte*, cit., 9 e nt. 37. Nell'ambito della letteratura più antica, il PUGÆ ET FELJOO, *Tractatus*, I, cit., 101, ha ipotizzato, isolatamente, un accordo tra il venditore e i tutori: «[...] nam ex ipso textu infertur venditorem postquam pretium petiit, cum tutoribus convenisse, ut ei liceret fundum alii vendere, cum sæpe denuntiasset, nec tamen unquam litem fuisset contestatus: & quia verisimile est tutores qui ut suspecti remoti fuerunt, ne pretium solvere cogerentur, ut sic pupillari pecunia grassarentur, eam conventionem fuisse cum venditore inuitos».

¹⁰ Che l'intimazione al compratore per il pagamento del prezzo effettuata dopo la scadenza della *lex commissoria* possa essere intesa come una rinuncia del venditore ad avvalersi della clausola, è desumibile da chiare enunciazioni presenti nei passi dei giuristi e della cancelleria imperiale: cfr. *Vat. Fragm.* 3 (Pap. 3 *resp.*); Imp. Alexander A. Claudio Iuliano et Proculiano C. 4.54.4; Hermog. 2 *iur. epit.* D.

Ciò potrebbe insinuare dei dubbi riguardo alla circostanza se Ovinio avesse 'receduto' o meno dalla clausola commissoria.

3. *Lo scopo della 'restitutio in integrum' richiesta da Rutiliana.*

Maggiori problemi sono emersi in letteratura in relazione alla interpretazione del prosieguito del frammento, ed in particolare intorno all'identificazione dello scopo della *restitutio in integrum* richiesta dalla pupilla.

18.3.7. Sul significato di *denuntiatio* vd. KIPP, voce *denuntiatio*, in *RE*, V.1, Stuttgart, 1903, 222; E. SECKEL, *Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*⁹, Jena, 1907, 134 ss., voce *denuntiare*; AE. FORCELLINI, *Lexicon Totius Latinitatis*, II, Bononiae-Patavii, 1965, 67 s., voce *denuncio*. Alcuni autori hanno ritenuto che le *denuntiationes* vadano intese come intimazioni formali: cfr. F. MUSUMECI, *Ancora sulla 'in integrum restitutio'*, cit., 260; ID., *Protezione*, cit., 253; E. NICOSIA, *Sub condicione*, cit., 138; EAD., *In diem addictio*, cit., 171. Qualche antico interprete riporta la lezione '*renunciando*' al posto di *denunciando*: cfr. G. HALOANDER, *Digestorum seu Pandectarum libri quinquaginta*, Norembergae, 1529, 166; A. PICHARDO VINUESA, *Priores practicae scholasticae que Disputationes*, Salmanticae, 1606, 48.

3a. *La restituzione dell'acconto versato dal padre.*

Secondo una prima opinione, Rutiliana mirava ad ottenere la restituzione dell'acconto versato dal padre.

In questo filone dottrinale possono farsi rientrare due posizioni: quella della letteratura più antica¹¹, la quale, muovendo dal presupposto che il venditore, al verificarsi della *lex commissoria* configurata come condizione risolutiva, conservasse la somma pagata *ante condicionem* dal compratore in diminuzione del prezzo, riteneva che la *restitutio in integrum* fosse diretta proprio contro quella conseguenza della risoluzione della compravendita consistente nel far perdere alla pupilla l'importo parziale del prezzo; e quella più recente del Kupisch¹², il quale, pur ammettendo il medesimo obiettivo finale della *restitutio in integrum*, e cioè la restituzione dell'acconto versato, ritiene invece rivolto il rimedio contro la compravendita stipulata tra Ovinio ed Emilio Lariano¹³, nel senso che

¹¹ Cfr. A. FABER, *Rationalia in tertiam partem Pandectarum*, Aurelianae, 1626, 351 s., 355; J.P. MOLITOR, *Cours de droit romain*, Paris, 1851, 149 s.; L. NAZ, *Essai sur l'histoire de la résolution de la vente pour défaut de paiement du prix et son état dans le droit français moderne*, Paris, 1870, 124 s.; F.J.B.B. MARTIN, *De la 'lex commissoria' dans la vente en droit romain*, thèse, Paris, 1874, 64 s.; A. LODS, *De la 'lex commissoria'*, cit., 44; C. PIERINI, *La legge commissoria*, cit., 90.

¹² B. KUPISCH, *Rutiliana pupilla*, cit., 253 s., 261, 263 s.

¹³ Anche il MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, II.2, Leipzig, 1887, 985, nt. 2, parla, a proposito del frammento in esa-

Rutiliana avrebbe voluto eliminare il contratto ed essere reintegrata nello stato nel quale suo padre si era trovato precedentemente alla conclusione del medesimo con Ovinio.

Quest’ultimo Autore inoltre, supportando la propria tesi per mezzo del riferimento a testi quali Scaev. 2 *resp.* D. 18.3.6 *pr.*¹⁴ e Scaev. 7 *dig.* D. 18.3.8¹⁵, e ipotizzando che Rutiliana potesse aver chiesto la *restitutio in integrum* prima della vendita del fondo a Claudio Telemaco da parte di Ovinio¹⁶, congettura che la conclusione della com-

me, di «ein Gesuch einer Pupilla um *in integrum restitutio* gegen einen Verkauf», ma egli non precisa se la *in integrum restitutio* sia rivolta contro il contratto intercorso tra Ovinio ed Emilio Lariano o contro quello concluso tra Ovinio e Claudio Telemaco.

¹⁴ *De lege commissoria interrogatus ita respondit, si per emptorem factum sit, quo minus legi pareretur, et ea lege uti venditor velit, fundos inemptos fore et id, quod arrae vel alio nomine datum esset, apud venditorem remansurum.*

¹⁵ *Mulier fundos Gaiio Seio vendidit et acceptis arrae nomine certis pecuniis statuta sunt tempora solutioni reliquae pecuniae: quibus si non paruisset emptor, pactus est, ut arram perderet et inemptae villae essent. die statuto emptor testatus est se pecuniam omnem reliquam paratum fuisse exsolvere (et sacculum cum pecunia signatorum signis obsignavit), defuisse autem venditricem, posteriore autem die nomine fisci testato conventum emptorem, ne ante mulieri pecuniam exsolveret, quam fisco satisfaceret. quaesitum est, an fundi non sint in ea causa, ut a venditrice vindicari debeant ex conventionem venditoris. respondit secundum ea quae proponerentur non commisisse in legem venditionis emptorem.*

¹⁶ L’Autore valuta infatti l’imperfetto *desiderabat* riferito alla pupilla in modo indipendente dal *vendiderat* precedente riferito ad Ovinio, poiché egli considera il tempo

dell'avvenimento qualificato dal punto di vista del soggetto parlante (Paolo), non nell'applicazione di rapporto temporale di un fatto ad un altro. Non trova convincente il discorso del Kupisch il MUSUMECI, *Ancora sulla 'in integrum restitutio'*, cit., 251, nt. 15; ID., *Protezione*, cit., 241 s. e nt. 16, il quale sottolinea come Paolo parli della richiesta di *in integrum restitutio* da parte di Rutiliana dopo aver riferito della conclusione della seconda vendita tra Ovinio e Telemaco: sarebbe stata tale vendita ad indurre Rutiliana ad attivarsi a chiedere la *in integrum restitutio*, al fine di ottenere la possibilità di effettuare il pagamento e di avere lei, e non Telemaco, il fondo Rutiliano. Le critiche della WANKERL, *Appello*, cit., 106, a codesta opinione del Musumeci, rappresentano, ad avviso di quest'ultimo, considerazioni non sufficienti a mettere in discussione il senso più proprio delle parole di Paolo. Non condivide l'opinione del Kupisch neanche la RIZZI, *Imperator*, cit., 369, nt. 336, secondo la quale il confronto tra l'imperfetto *desiderabat* ed il piuccheperfetto *vendiderat* farebbe emergere una successione cronologica degli eventi che vede prima la vendita del fondo a Claudio Telemaco e poi l'attivazione da parte di Rutiliana. Il comportamento dei tutori, che non solo non avevano ritenuto opportuno pagare le rate residue, ma non avevano reputato neanche necessario agire contro Ovinio dopo la vendita del fondo a Claudio Telemaco, starebbe forse a chiarire il dubbio sul perché Rutiliana non si sia attivata prima. Va rilevato, per inciso, che già nella letteratura più antica la richiesta della *in integrum restitutio* era stata collegata in qualche modo con la vendita a Claudio Telemaco: cfr. ad es. G. MASCOVII, *Opuscula Iuridica et Philologica*, Lipsiae, 1776, 482: «Tutores, qui suspecti pronuntiati sunt, cessant in solutione; ideoque Obinius eandem possessionem Claudio Telemacho vendit. Indignantur factum tutores posteriores pupillae Rutilianae, petunt in integrum eam restitui [...]». Contro l'interpretazione complessiva del Kupisch, cfr. ancora B.J. CHOE, *Is the Emperor touched*, cit., 48: egli ritiene

pravendita fosse stata particolarmente svantaggiosa per Emilio Lariano — in relazione alla decadenza delle rate del prezzo ed all'importo dello stesso — e che Rutiliana non avesse condiviso un interesse affettivo nutrito dal padre nei confronti dell'oggetto di acquisto¹⁷.

Va rilevato però che svariate difficoltà si oppongono all'accoglimento di tale ipotesi dottrinale: rispetto alla configurazione datane dal Kupisch, ad es., vanno evidenziati la centralità di quel *cuius tutores in solutione cessaverunt* nell'ambito della esposizione della fattispecie¹⁸, che induce a supporre che la domanda di reintegrazione della pupilla si basasse sulla circostanza che i tutori, dimentichi del proprio dovere, non avessero osservato il termine di pagamento, ed il dato che il discorso che si svolge nell'intero brano suggerisce

che la bellezza di Rutiliana, addotta da Odofredo e Viviano nel XIII secolo come possibile ragione giustificatrice del decreto dell'imperatore, ed evocata indirettamente anche dal Kupisch (*Rutiliana pupilla*, cit., 264 ss.), sia irrilevante ai fini della decisione imperiale. Il dibattito nel *consilium* appare fondato su argomentazioni logiche sostenute da principi stabiliti e da regole giuridiche, prescindendo dalla considerazione della persona della pupilla; ID., *Zur Debatte*, cit., 6, 8, 13 s., 16, 19, 26.

¹⁷ B. KUPISCH, *Rutiliana pupilla*, cit., 253, nt. 26, 261, 263 s.

¹⁸ Anche se va precisato che nell'interpretazione del KUPISCH, *Rutiliana pupilla*, cit., 258 s., 262 ss., sarebbe stata Rutiliana, opponendosi alla esecuzione del contratto ed al fine di liberarsi di esso, ad indurre i tutori a non pagare, cercando in tal modo quasi di realizzare la *restitutio in integrum* di propria iniziativa. Cfr. *infra*, § 5.

che la situazione di danno che andava eliminata fosse da ricondurre a tale condotta omissiva dei tutori, non alla compravendita conclusa tra Ovinio ed Emilio Lariano¹⁹; in secondo luogo il rilievo che, a stare alla soluzione prospettata da Paolo nella propria proposta di reintegrazione (*dicebam* [...] *videretur*), la pupilla non avrebbe potuto ottenere il rimborso dell'acconto, ma avrebbe dovuto pagare il prezzo residuo; inoltre la considerazione che il compratore che ha pagato al venditore un acconto sul prezzo non viene a perderlo automaticamente in seguito all'operatività della *lex commissoria*, perché la portata di codesta include la risoluzione della compravendita e la restituzione delle prestazioni ricevute²⁰; in ultima analisi, il si-

¹⁹ Cfr. F. MUSUMECI, *Ancora sulla 'in integrum restitutio'*, cit., 255; ID., *Protezione*, cit., 247; A. LOVATO, *Giulio Paolo*, cit., 500, nt. 14. Riconosce che il tenore delle argomentazioni poste *in consilio* non possa sostenere la valutazione del Kupisch la RIZZI, *Imperator*, cit., 368.

²⁰ I classici riconducevano la perdita dell'acconto ad una *lex venditionis* diversa dalla clausola commissoria. Soltanto i compilatori avrebbero interpretato la decadenza dell'acconto come effetto della *lex commissoria* e modificato in conformità i testi classici. Nel caso in questione non era stato pattuito che l'acconto prestatato da Emilio Lariano nell'eventualità di un recesso dovesse decadere e rimanere al venditore. Sul punto si vedano F. WIEACKER, *Lex commissoria*, cit., 79 ss.; E. LEVY, *Zu den Rücktrittsvorbehalten des römischen Kaufs*, in *Symbolae Friburgenses in honorem O. Lenel*, Leipzig, 1934, 116, 133 ss. (= *Gesammelte Schriften*, II, Köln-Graz, 1963, 267, 279 ss.); A. BURDESE, *Di un particolare caso*, cit., 86, nt. 2; M. TALAMANCA, *L'arra della compravendita*

in diritto greco e in diritto romano, Milano, 1953, 61 ss., 73; F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte*, cit., 254 ss., 255, nt. 3; D. LIEBS, *Der Sieg*, cit., 386 ss.; F. MUSUMECI, *Ancora sulla ‘in integrum restitutio’*, cit., 250 e nt. 11; P. ZILIOFFO, *Vendita con ‘lex commissoria’ o ‘in diem addictio’: la portata dell’espressione ‘res inempta’*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese*, a cura di L. Garofalo, IV, Padova, 2003, 503 (= *SDHI*, LXIX, 2003, 354 = *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell’area contrattuale*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, 393 s.); D. LIEBS, *Vor den Richtern*, cit., 158, 238, nt. 17; G. LUCHETTI - A. PETRUCCI, *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al ‘Draft Common Frame of Reference’*. I. *Materiali e Commento*, Bologna, 2009, 271; M. RIZZI, *Imperator*, cit., 368; F. MUSUMECI, *Protezione*, cit., 241, nt. 11. In proposito il Pichonnaz (*La condition résolutoire avec effet réel: Quelques réflexions historico-comparatives*, in *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di L. Labruna*, VI, Napoli, 2007, 4268 ss.; ID., *Vom Nutzen des römischen Privatrechts zur Gestaltung eines europäischen Privatrechts am Beispiel der Frage der dinglichen Wirkung der auflösenden Bedingung*, in *Spuren des römischen Rechts. Festschrift für B. Huviler zum 65. Geburtstag*, a cura di P. Pichonnaz, N.P. Vogt, S. Wolf, Bern, 2007, 483 s.) ha rilevato come proprio situazioni quali quella del pagamento parziale del prezzo di vendita (cfr. Paul. 1 *decr.* D. 4.4.38 pr.; Ulp. 32 *ad ed.* D. 18.3.4.1) e quella della consegna dell’oggetto a titolo di precario (cfr. Imp. Alexander A. Felici militi C. 4.54.3) si opponessero a far sì che venisse riconosciuto un effetto retroattivo reale alla condizione risolutiva, posto che in una tale ipotesi il venditore si sarebbe trovato in una posizione molto favorevole, mentre la proprietà del denaro versato non sarebbe stata automaticamente ritrasferita al compratore, il quale sarebbe stato costretto ad esperire allo scopo una *condictio indebiti*. Si veda anche F. STURM, *Lassen sich C.4,54,3 und C.4,54,4 ohne Eingriffe in die Textsub-*

lenzio del giurista riguardo alla onerosità del prezzo per il compratore²¹ ed alla mancata condi-

stanz versöhnen?, in *Roman law as formative of modern legal systems: Studies in Honour of W. Litewski*, II, Krakow, 2003, 158 ss. e nt. 40. Dall'esegesi di Scaev. 7 *dig.* D. 18.3.8, Scaev. 7 *dig.* D. 18.5.10 pr., Scaev. 2 *resp.* D. 18.3.6 pr. e 2, Ulp. 32 *ad ed.* D. 18.3.4.1, Paul. 1 *decr.* D. 4.4.38 pr. e Imp. Antoninus A. Claudiae Diotimae C. 4.54.1 (a. 216), la JAKAB, *Ein 'fundus'*, cit., 196 ss.; EAD., *Risikomanagement*, cit., 112 ss., ha dedotto invece l'esistenza di un modello contrattuale unitario, in cui il pagamento in acconto di una *pars pretii* o *pars pecuniae* o *arra* è collegato sempre con la pattuizione di una *lex commissoria*, secondo la quale, se il prezzo non è pagato completamente dal compratore entro un termine stabilito, la somma pagata deve essere devoluta al venditore e la cosa deve essere considerata come non acquistata. La dazione di una *pars pretii* o *arra* servirebbe a costringere indirettamente il compratore al tempestivo pagamento del prezzo residuo. La pattuizione di un termine tassativo per il pagamento del residuo servirebbe a non far rimanere vincolato indefinitamente il venditore alla propria offerta, ed a far sì che il compratore paghi completamente il prezzo entro quel termine, pena la decadenza della somma pagata al venditore. Le due pattuizioni accessorie sarebbero affini dal punto di vista del contenuto e dello scopo economico perseguito. Che il compratore con *lex commissoria* perdesse le rate già pagate, ove non versasse l'intero prezzo di acquisto, è sostenuto anche dal PÓKECZ KOVÁCS, *A szerződéstől való elállás az adásvétel mellékegyezményeinél a római jogban és továbbélése során*, Pécs, 2012, 250 s. (la monografia, redatta in lingua ungherese — a me sconosciuta — contiene una parte conclusiva in lingua inglese, che gentilmente l'Autore — al quale voglio esprimere in questa occasione la mia gratitudine — mi ha fatto pervenire).

²¹ Pur tuttavia la NICOSIA, *In diem addictio*, cit., 172, nt. 330, rileva come le condizioni contrattuali accettate dal com-

visione da parte di Rutiliana dell’atteggiamento di predisposizione affettiva di Emilio Lariano nei confronti del fondo Rutiliano²².

3b. *Il perfezionamento dell’acquisto del fondo.*

Un’altra tesi avanzata in dottrina ritiene che Rutiliana avesse chiesto la *restitutio in integrum* contro gli effetti del mancato adempimento dei tutori alla scadenza fissata nella *lex commissoria*, desiderando essere ricollocata nello stato precedente al decorso dei termini di pagamento, così da poter perfezionare l’acquisto. In questo caso la *restitutio in integrum* sarebbe servita ad evitare la risoluzione della vendita.

pratore fossero particolarmente gravose, prevedendo esse l’integrale pagamento del prezzo in soli quattro mesi.

²² Cfr. F. MUSUMECI, *Ancora sulla ‘in integrum restitutio’*, cit., 250, 252; ID., *Protezione*, cit., 244; M. RIZZI, *Imperator*, cit., 368; B.J. CHOE, *Zur Debatte*, cit., 6, nt. 22. Non pare connotato da una forte conclusione il ragionamento che il PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte*, cit., 79, adduce contro l’opinione che vede la *restitutio in integrum* rivolta ad eliminare il contratto di compravendita concluso tra Ovinio ed Emilio Lariano: «An dem Kaufvertrag will inzwischen auch Ovinus nicht mehr festhalten; insoweit müßte also nicht durch drei Instanzen gegen ihn prozessiert werden». Condividono invece l’argomentazione del Peters la RIZZI, *Imperator*, cit., 368, ed il CHOE, op. cit., 6, mentre giudica la conclusione dell’Autore tedesco precipitosa il KUPISCH, *Rutiliana pupilla*, cit., 253.

E' una interpretazione già presente nella Glossa²³ ed è quella sostenuta dalla dottrina prevalente²⁴.

²³ Cfr. gl. *restitui* ad D. 4.4.38 pr. (*Digestum vetus*, cit., 364).

²⁴ Cfr. già F. SADARINI, *Responsorum rerumque (a Senatuetiam) iudicatarum quibus amoena quaestiones explicantur, et eruditione ornantur*, Bononiae, 1681, 135; S. STRYKE, *Dissertatio*, cit., 9, 67; J. PUGÆ ET FEIJOO, *Tractatus*, I, cit., 100; J. CUCIUS, *Commentarius ad tit. de minoribus*, cit., c. 1007; M.W. DE RAADT, *Specimen Juridicum Inaugurale, Quo disquiritur, num pupilla Rutiliana ad imperatorem provocans, jure an injuria, sit in integrum restituta, ad legem XXXVIII. D. de minor.*, Groningae, 1765, 8 s.; G.C. BURCHARDI, *Die Lehre*, cit., 94, nt. 11; R.G. POTHIER, *Le Pandette*, I, cit., 380; G. DOMAT, *Scelta di leggi tratte dai Digesti e dal Codice*, Venezia, 1834, 88; F. FORAMITI, *Corpus*, I, cit., c. 1004; J.A. ACCARIAS, *Etude*, cit., 88 s.; A. CHARVET, *Etude sur la 'lex commissoria'*, thèse, Grenoble, 1868, 50 ss.; L. CAMPISTRON, *Du pacte commissoire*, cit., 20; J.J. LASSORT, *De la 'lex commissoria'*, cit., 58 ss.; F. DESCHAMPS, *De la 'lex commissoria'*, cit., 41 s.; P. VAN WETTER, *Pandectes*, III², cit., 288, nt.; G. VON BESELER, *Beiträge*, V, cit., 17; F. WIEACKER, *Lex commissoria*, cit., 60; C. SANFILIPPO, *Pauli Decretorum libri*, cit., 25, 28; G. CERVENCA, *Studi vari sulla 'restitutio in integrum'*, Milano, 1964, 63 s.; F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte*, cit., 80; D. LIEBS, *Der Sieg*, cit., 375; T. HONORÉ, *Emperors*², cit., 21; A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli, 2001, 898, nt. 78.3; M. BIANCHINI - G. CRIFÒ - F.M. D'IPPOLITO, *Materiali*, cit., 9; F. MUSUMECI, *Ancora sulla 'in integrum restitutio'*, cit., 250 s.; A.H. SCHELTEMA, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, Den Haag, 2003, 78, nt. 129; D. LIEBS, *Vor den Richtern*, cit., 238, nt.; A. LOVATO, *Giulio Paolo*, cit., 499; E. NICOSIA, *Sub condicione*, cit., 139; M. BRUTTI, *Il diritto*², cit., 639 s.; G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Lezioni*, III, cit., 308; M. BRUTTI, *Il dialogo*, cit., 185 s.;

A sostegno di essa possono rilevarsi la posizione-chiave della proposizione *ne pareretur legi venditionis*, collocata alla fine di un periodo fraseologico in cui Paolo riferisce ciò che aveva indotto l'imperatore a concedere la *restitutio in integrum*, quasi ad indicare che erano proprio le conseguenze della mancata osservanza della *lex venditionis* quelle che Settimio Severo²⁵ voleva neutralizzare

M. RIZZI, *Imperator*, cit., 367, 369 ss.; B.J. CHOE, *Zur Debatte*, cit., 13 s.; F. MUSUMECI, *Protezione*, cit., 241 s.; E. NICOSIA, *In diem addictio*, cit., 171 s. La WANKERL, *Appello*, cit., 99, ha ritenuto invece che, sulla base del tenore del testo, lo scopo del mezzo restitutorio debba rimanere nell'incertezza tra la reintegrazione nel momento precedente al decorso dei termini di pagamento e quella nello stadio precedente alla conclusione del contratto di vendita: il primo scopo apparirebbe ovvio, posto che «[...] es der nächstgelegene Zeitpunkt ist, bei dem Rutiliana als Handelnde schutzwürdig erscheinen könnte», ma, poiché un pagamento parziale era stato effettuato, potrebbe ipotizzarsi anche che Rutiliana mirasse al rimborso dell'acconto versato. Va rimarcato però che questa posizione di compromesso appare difficile da sostenere, dati i rilievi da noi avanzati nel testo contro la seconda ipotesi dottrinale (cfr. *supra*, § 3a) ed a favore della prima (cfr. immediatamente nel testo).

²⁵ Per l'appartenenza di Paolo al *consilium principis* sotto Settimio Severo cfr. A.M. HONORÉ, *The Severan Lawyers: a preliminary survey*, in *SDHI*, XXVIII, 1962, 218 (dello stesso Autore vd. anche *Emperors*², cit., 20 s.); J.A. CROOK, 'Consilium principis'. *Imperial councils and counsellors from Augustus to Diocletian*, Cambridge, 1965, 79 s., 168; L. RAGGI, *La 'restitutio in integrum' nel sistema*, cit., 249, nt. 4; ID., *La 'restitutio in integrum' nella 'cognitio'*, cit., 122, nt. 4; H. TAPANI KLAMI,

Julius Paulus. Comments on a roman lawyer's career in the III century, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, IV, Napoli, 1984, 1835 ss.; W. KUNKEL, *Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*, Köln-Weimar-Wien, 2001, 244, nt. 503; M. STOLLEIS, *Juristen: Ein biographisches Lexikon; von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, München, 2001, 490; L. DE GIOVANNI, *Istituzioni, Scienza giuridica, Codici nel mondo tardo antico: alle radici di una nuova storia*, Roma, 2007, 86 e nt. 170; V. WANKERL, *Appello*, cit., 95, 107, 108, nt. 602; T. WALLINGA, *Recensione a D. LIEBS, Vor den Richtern Roms*, cit., 221; M. BRUTTI, *Il diritto*², cit., 656. A favore della ipotesi che l'Imperatore menzionato nel passo sia Settimio Severo, cfr. inoltre P.-E. VIGNEAUX, *Essai sur l'histoire de la 'praefectura urbis' à Rome*, Paris, 1896, 73, nt. 4; A. CHASTAGNOL, *La préfecture urbaine à Rome sous le Bas-Empire*, Paris, 1960, 130 e nt. 7; G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, II, Milano, 1963, 129, nt. 25; D. LIEBS, *Der Sieg*, cit., 373, 376, 385 ss., 389; P. FREZZA, 'Responsa' e 'Quaestiones'. *Studio e politica del diritto dagli Antonini ai Severi*, in *SDHI*, XLIII, 1977, 232; M.V. GIANGRIECO PESSI, *Situazione economico-sociale e politica finanziaria sotto i Severi*, Napoli, 1988, 105, nt. 181; J.-P. CORIAT, *Le prince législateur. La technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit imperial à la fin du Principat*, Rome, 1997, 287, 330 s., 331, nt. 138, 434, nt. 482; M. PEACHIN, *Jurists*, cit., 113, 116; D. LIEBS, *Vor den Richtern*, cit., 150 s., 157; F. MUSUMECI, *Utiquaeque res erit, animadvertam'. Protezione edittale dei minori e mezzi pretorii adottati per la sua attuazione*, in *Studi per G. Nicosia*, V, Milano, 2007, 453, nt. 27 (= RGDR, X, 2008, 8, nt. 27); ID., *Protezione*, cit., 47, nt. 50, 179, nt. 30, 235, 237 (più dubbioso circa la identificazione dell'imperatore con Settimio Severo l'Autore si manifesta invece in *Ancora sulla 'in integrum restitutio'*, cit., 247, nt. 2); E. NICOSIA, *Sub condicione*, cit., 137, nt. 237; EAD., *In diem addictio*, cit., 169, nt. 235; T. WALLINGA, *Recensione a D. LIEBS, Vor den Richtern Roms*, cit., 221; M. BRUTTI, *Il diritto*², cit., 640; G. BASSANELLI

SOMMARIVA, *Lezioni*, III, cit., 308; M. BRUTTI, *Il dialogo*, cit., 181, 185 s.; M. RIZZI, *Imperator*, cit., 378, nt. 363 (nell'Appendice però, a p. 427, il frammento è attribuito ad imperatore incerto, così come a p. 109, nt. 11). Più incerti B. KUPISCH, *Rutiliana pupilla*, cit., 249, nt. 8; e A. LOVATO, *Giulio Paolo*, cit., 498, nt. 9. Fa riferimento ad Antonino Caracalla la dottrina più antica: cfr. E. BARON, *Ad τὰ πρῶτα Digestorum seu Pandectarum ab Iustiniano Casare editarum, perpetui commentarij*, Parisiis, 1548, 173; L. RUSSARDO, *Ius Civile, Manuscriptorum Librorum ope, summa diligentia & integerrima fide infinitis locis emendatum, & perpetuis notis illustratum*, Lugduni, 1561, 53; F. DE CALDAS PEREYRA, & CASTRO, *Commentarius analyticus, ad celebratissimam L. Si curatorem habens. C. de in integrum restitutione minorum*, Venetiis, 1586, 189; P. REBUFFO, *Explicatio*, cit., 419; A. PICHARDO VINUESA, *Priores practicae*, cit., 48; R. CHOPPINI, *De Legibus Andium Municipalibus. Libri duo posteriores*³, Parisiis, 1611, 73; R.P.I. GIBALINI, *De Universa Rerum Humanarum Negotiatione, Tractatio Scientifica, Utrique foro perutilis. Ex Iure Naturali, Ecclesiastico, Civili, Romano, & Gallico*, I, Lugduni, 1663, 646; G. LOUET - J. BRODEAU, *Recueil*, II, cit., 290 s.; I. UMEAU, *De Jure Emphiteutico Quaestiones Legales et Forenses*, Parisiis, 1679, 151; B. RUTILIO - I. BERTRANDO - G. GROTIUS, *Vitae Tripartita Iurisconsultorum Veterum*, Halae Magdeburgicae, 1718, 57; S. STRYKE, *Dissertatio*, cit., 7, 9 s., 50, 52, 67 s.; J. PUGÈ ET FEIJOO, *Tractatus*, I, cit., 99 ss.; A. SCHULTING, *Jurisprudentia vetus ante-justiniana*, Lipsiae, 1737, 213; D. GOTHOFREDUS, *Corpus Iuris Civilis Romani*, Lipsiae, 1740, 171, nt. 45; J. CUJACIUS, *Commentarius ad tit. de minoribus*, cit., c. 1007; ID., *Paratitla in Lib. IX. Codicis Justiniani*, in *Opera omnia*, II, Neapoli, 1758, c. 290; M.W. DE RAADT, *Specimen*, cit., 7; G. MASCOVII, *Opuscula*, cit., 483; J. MAFFEJJI, *De restitutionibus in integrum et de praecipuis vitiis contractuum libri duo, pars prior*, Neapoli, 1783, 117; A. CHARVET, *Etude*, cit., 53, 96; L. NAZ, *Essai*, cit., 104, 125; F.J.B.B. MARTIN, *De la 'lex commissoria'*, cit., 36, 42, 64; A. LODS, *De la 'lex*

con la concessione del provvedimento; inoltre l'asserzione *quia tamen lex commissoria displicebat ei, pronuntiavit in integrum restituendam*, che rivela una sorta di avvicendamento alternato tra la *lex commissoria* e la *restitutio in integrum*, nel senso che l'imperatore accolse la richiesta di reintegrazione della pupilla poiché la *lex commissoria* gli dispiaceva: se egli cioè non avesse concesso la *restitutio in integrum*, sarebbe stata operativa la *lex commissoria*: ne consegue che la *restitutio in integrum* sarebbe stata rivolta contro gli effetti dell'avveramento del contenuto della clausola, i quali, insieme al funzionamento della stessa nel caso concreto, non piacevano all'imperatore; in terzo luogo, la denominazione del fondo come *Rutilianus*, che induce a supporre che il possesso fosse appar-

commissoria', cit., 44; C. PIERINI, *La legge commissoria*, cit., 42; A. SACCHI, *Sul patto commissorio in diritto romano*, in *AG*, LV, 1895, 473; ma anche la traduzione più recente di O. BEHREND - R. KNÜTEL - B. KUPISCH - H.H. SEILER, *Corpus*, II, cit., 402, e B.J. CHOE, *Zur Debatte*, cit., 3, mentre il PICHONNAZ, *La condition*, cit., 4269, riconosce nell'Imperatore citato nel testo Alessandro Severo (così sembrerebbe anche ad avviso dello STURM, *Lassen sich C.4,54,3 und C.4,54,4*, cit., 158, 160). Già P. AYRAULT, *Decretorum, rerumve apud diversos populos ab omni antiquitate iudicatarum, libri duo*, Parisiis, 1567, 59; TH. ZWINGER - J. ZWINGER, *Theatri Humanae Vitae*, XVIII, Basileae, 1586, 3270; e L. BEYERLINCK, *Magnum theatrum vitae humanae*, Lugduni, 1666, 87, identificavano l'imperatore menzionato nel testo con Alessandro Severo.

tenuto agli antenati di Rutiliana²⁶, esprimendo così un’implicazione di carattere affettivo che si po-

²⁶ I fondi traevano in effetti il proprio nome dal nome gentilizio e talvolta dal cognome, e *Rutilianus* sarebbe da collocare tra i *cognomina* derivanti dai *gentilicia* (cfr. I. KAJANTO, *The latin cognomina*, Roma, 1982, 154). Il DOMAT, *Scelta*, cit., 88, nt. 2, in relazione a questo frammento rilevava invece come «i Romani costumassero di appropriarsi i nomi dei fondi». Il FORAMITI, *Corpus*, I, cit., c. 1004, da parte sua traduceva: «Emilio Lariano comperò da Obinio un fondo della famiglia Rutilia [...]». Ad avviso del LIEBS, *Der Sieg*, cit., 374 e nt. 5, il primo proprietario del fondo doveva essere stato un certo Rutilio e lo stesso possedimento potrebbe rappresentare la cellula germinale dell’odierna Rutiliano a sud di Bari, cittadina che sembra risalire ad un *fundus Rutilianus* (cfr. A. SCHULTEN, voce *fundus*, in *DE*, III, Roma, 1922, 340); nell’opera più recente il medesimo Autore perviene però a congetturare che Rutilio potrebbe essere stato un antenato di Rutiliana e che per questo motivo la fanciulla potrebbe aver nutrito un particolare interesse affettivo nei confronti del fondo (cfr. D. LIEBS, *Vor den Richtern*, cit., 152). Secondo la NICOSIA, *In diem addictio*, cit., 172, nt. 330, la circostanza che Emilio Lariano avesse accettato condizioni contrattuali gravose potrebbe indurre a supporre che egli fosse interessato a recuperare un bene già appartenuto alla propria famiglia. Un altro frammento in cui emerge un interesse sentimentale del minore ad ottenere la *restitutio in integrum* allo scopo di recuperare un bene appartenuto ai propri antenati è Hermog. 1 *iur. epit.* D. 4.4.35, su cui vd. F. MUSUMECI, *Ancora sulla ‘in integrum restitutio’*, cit., 253; ID., *Protezione*, cit., 245; A. WACKE, *Das Affektionsinteresse: heute und in römischen Rechtsquellen*, in *Ars Iuris. Festschrift für O. Behrends zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 2009, 580 s.; ID., *El interés de afección: hoy y en el derecho romano*, in *Sem. Compl.*, XXII, 2009, 532 s.; M. KINDLER, *Affectionis aestimatio. Vom Ursprung des Affektionsinteresses im*

ne in direzione contraria all'idea che la pupilla mirasse alla eliminazione della compravendita stipulata dal padre.

3c. *La pretesa di carattere reale nei confronti di Claudio Telemaco.*

Secondo una terza ipotesi dottrinale, formulata in particolare dal Burdese, Rutiliana avrebbe voluto essere reintegrata in una «pretesa di carattere reale verso il secondo compratore»²⁷. Emilio

römischen Recht und seiner Rezeption, Berlin, 2012, 147 ss. La lezione '*fundum Puteolanum*' è invece presente presso alcuni antichi interpreti: cfr., ad es., G. HALOANDER, *Digestorum seu Pandectarum libri*, cit., 165; E. BARON, *Ad τὰ πρῶτα*, cit., 173; P. AYRAULT, *Decretorum*, cit., 58; TH. ZWINGER - J. ZWINGER, *Theatri*, XVIII, cit., 3270; P. REBUFFO, *Explicatio*, cit., 418; A. PICHARDO VINUESA, *Priores practicae*, cit., 47; F. DE CALDAS PEREYRA, & CASTRO, *Commentarius*, cit., 189; L. BEYERLINCK, *Magnum theatrum*, cit., 86; V. DE FRANCHIS, *Decisiones Sacri Regii Consilii Neapolitani*, IV, Venetiis, 1747, 229; I.M. GESNERI, *Novus Linguae Latinae Thesaurus*, I, Lipsiae, 1749, c. 1058; J.L.G. BECK, *Corpus iuris civilis*, I, Lipsiae, 1829, 107; P.L. KRITZ, *Sammlung*, II, cit., 261, nt. *; C.F. MÜHLENBRUCH, *Delectus legum quae in Mühlenbruchii doctrina pandectarum laudantur*, Bruxellis, 1839, 24.

²⁷ A. BURDESE, *Di un particolare caso*, cit., 82, nt. 1. Ma si veda anche A. BISCARDI, *Lezioni*, cit., 10, che, più in generale, intende che la richiesta di *restitutio in integrum* da parte di Rutiliana riguardasse la seconda vendita; ed É. CUQ, *Le conseil*, cit., 451: «Lésée par cet acte, la pupille demanda l'*in integrum restitutio*». Tra gli interpreti più antichi, P. AYRAULT, *Decretorum*, cit., 58; TH. ZWINGER - J. ZWINGER,

Lariano infatti avrebbe ricevuto la proprietà del fondo da Ovinio²⁸, il quale, di fronte all’inadempimento dei tutori della pupilla e dopo le inutili intimazioni loro rivolte, si sarebbe avvalso della *lex commissoria*. In ottemperanza al loro obbligo, i tutori avrebbero restituito ad Ovinio il fondo tramite *traditio*. Poi Ovinio avrebbe trasferito il medesimo fondo per mezzo di *traditio* a Claudio Telemaco²⁹. La rinuncia tacita di Ovinio

Theatri, XVIII, cit., 3270; e L. BEYERLINCK, *Magnum theatrum*, cit., 86, supponevano che la richiesta di *restitutio in integrum* da parte di Rutiliana fosse rivolta così contro Ovinio come contro Claudio Telemaco, mentre E. BARON, *Ad τὰ πρῶτα*, cit., 174, così osservava: «Denunciando post diem committendi (*scil.*, venditor), ut reliquum precium solvatur, legi commissoriae renunciare videtur, nec variare potest, sed Ex vendito precium petere. Quare & pupilla Ex empto agere potest vt res tradatur, soluto reliquo precio. Quae res nō impedit quò minus in integrum restituatur aduersus secundum emptorem».

²⁸ Il Burdese pensa si possa pervenire ad ammettere questo trasferimento ritenendo interpolato il principio secondo cui l’acquisto della proprietà in base a compravendita sarebbe condizionato al pagamento integrale del prezzo, o considerando escluso tale principio nei casi di acquisto della proprietà mediante *mancipatio*.

²⁹ Sull’eventuale trasferimento della proprietà o del possesso del fondo tra Ovinio ed Emilio Lariano e tra Ovinio e Claudio Telemaco si è espressa anche altra dottrina. Così il WIEACKER, *Lex commissoria*, cit., 60, ad avviso del quale nella prima vendita si sarebbe avuta *traditio* di un *fundus Italicus*, mentre nella seconda vendita avrebbe avuto luogo una *mancipatio* priva della presenza dell’oggetto, cosicché Claudio Telemaco sarebbe divenuto proprietario quiritario

ed alla sua azione di rivendica esperita dopo la decadenza della *lex commissoria* non avrebbe potuto essere opposta l'*exceptio rei venditae et traditae* da parte della prima acquirente. Secondo PARCHI, *Il trasferimento*, cit., 125 s., l'espressione generale del testo *Aemilius Larianus* [...] *emerat* consente di ipotizzare che usualmente nelle vendite con *lex commissoria* non si procedesse alla *mancipatio*, posto che questa, a causa della mancanza di pagamento del prezzo, non avrebbe trasferito il *dominium*: dunque Ovinio si sarebbe limitato alla semplice *traditio*, rimanendo *dominus ex iure Quiritium*. Similmente il SANFILIPPO, *Pauli Decretorum libri*, cit., 27, nt. 1, a cui il BURDESE, *Di un particolare caso*, cit., 82, nt. 1, oppone la difficoltà che potesse avere efficacia in favore dell'erede una *traditio* i cui effetti fossero sospensivamente condizionati al verificarsi del pagamento integrale del prezzo da parte del compratore, essendo questi morto senza effettuarlo. Il FLUME, *Die Aufhebungsabreden beim Kauf — 'Lex commissoria', 'in diem addictio' und sogenanntes 'pactum displicentiae' — und die Bedingung nach der Lehre der römischen Klassiker*, in *Festschrift M. Kaser zum 70. Geburtstag*, München, 1976, 315 (= *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn-München-Wien-Zürich, 1990, 157), reputa che la *mancipatio* del fondo da Ovinio ad Emilio Lariano fosse stata riservata per il momento del pagamento del prezzo. Diverso il parere del LEVY, *Zu den Rücktrittsvorbehalten*, cit., 118 (= *Gesammelte Schriften*, II, cit., 268), ad avviso del quale Paolo non menziona se al primo od al secondo compratore fosse stata trasferita la proprietà od il possesso perché ciò sarebbe stato senza importanza ai fini della questione dell'efficacia del recesso: dal frammento emergerebbe soltanto che il venditore, dopo l'esercizio del diritto di recesso, avesse rivenduto il fondo. Secondo il LIEBS, *Vor den Richtern*, cit., 153, Ovinio, dopo aver trasferito *precario* il fondo ad Emilio Lariano prima del pagamento del prezzo, avrebbe dichiarato la propria volontà di revoca contempo-

all'esercizio del patto commissorio sarebbe stata vincolante solo se la controparte non avesse aderito alla applicazione del regime commissorio. In questo caso invece i tutori restituivano il fondo al venditore, ciò che avrebbe fatto sì che la rinuncia tacita fosse superata e la vendita fosse considerata risolta. Di qui la necessità del ricorso alla *restitutio in integrum*, la quale però non avrebbe rescisso gli effetti del mancato adempimento dei tutori alla scadenza fissata nella *lex commissoria*, quanto l'atto con cui la parte acquirente, restituendo il fondo, avrebbe tolto efficacia alla precedente rinuncia tacita dell'alienante all'esercizio del patto.

In buona sostanza dunque l'Autore ritiene che l'intimazione di pagamento di Ovinio, di fronte al comportamento successivo dei tutori, non possa continuare ad impedire sia la risoluzione del contratto, sia l'efficacia della *traditio* effettuata in conseguenza dai tutori ad Ovinio³⁰.

Nei confronti di questa interpretazione va rilevato preliminarmente come non sembri emergere dal frammento che Rutiliana abbia qualche

raneamente al proprio recesso, avrebbe poi ripreso possesso del fondo e l'avrebbe trasferito a Claudio Telemaco (ma vedasi anche ID., *Der Sieg*, cit., 377 s.): oppone il MUSUMECI, *Protezione*, cit., 240, nt. 9, che nel testo non si fa alcuna menzione di questi passaggi del fondo a Lariano ed a Telemaco. Si vedano inoltre F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte*, cit., 80; F. MUSUMECI, *Ancora sulla 'in integrum restitutio'*, cit., 249; ID., *Protezione*, cit., 239 s.; B.J. CHOE, *Zur Debatte*, cit., 4 s.

³⁰ Cfr. A. BURDESE, *Di un particolare caso*, cit., 83, nt.

pretesa da avanzare nei confronti di Claudio Telemaco. Ella avrebbe potuto agire se fosse stata, ad esempio, la parte venditrice in un contratto di compravendita con Ovinio, il quale poi avrebbe rivenduto a propria volta a Claudio Telemaco, ma non in questo caso. Reputando diversamente, Claudio Telemaco apparirebbe quasi una parte in causa, mentre egli non era parte, al massimo avrebbe potuto essere soggetto ad eventuali effetti della *restitutio in integrum*³¹.

³¹ Il KUPISCH, *Rutiliana pupilla*, cit., 249, nt. 6, 259 s., aggiunge che il fatto che «[...] ist Restitutionsgegner Claudius Telemachus [...] verträgt sich schon nicht mit dem Restitutionsvorschlag des Paulus», e che «[...] die i.r. ist gegen Ovinius beantragt, und von einer Erstreckung auf Telemachus ist nirgendwo die Rede». Similmente D. LIEBS, *Der Sieg*, cit., 377, nt. 14: «Insbesondere Pauls Argumente, aber auch des Kaisers Displizenz passen nur zu einem Prozeß gegen den Verkäufer selbst»; ID., *Vor den Richtern*, cit., 237, nt. 10: «Richtig ist [...] dass die Wiedereinsetzung nicht die sachenrechtliche Lage betrifft, sondern nur den schuldrechtlichen Kaufvertrag Rutilianas mit Ovinius». Aderisce la WANKERL, *Appello*, cit., 99: «[...] der Kläger hat sich bei der *restitutio in integrum* gegen den Vertragspartner zu wenden, gegenüber dem er die *restitutio* begehrt, nicht gegen einen unbeteiligten Dritten». La RIZZI, *Imperator*, cit., 369, nt. 335, condivide il rilievo del Kupisch secondo il quale l'ipotesi del Burdese sarebbe in contrasto anche con la seconda spiegazione di Paolo, contenuta nell'inciso «*dicebam [...] videretur*». Nell'avviso del SANFILIPPO, *Pauli Decretorum libri*, cit., 28, una *restitutio in integrum* al fine di rescindere gli effetti della seconda vendita sarebbe stata superflua, posto che Rutiliana era già tutelata da mezzi processuali ordinari. Contro l'interpretazione del

In secondo luogo, è da riconoscere che il testo — che dice soltanto *Aemilius Larianus ... emerat e venditor ... vendiderat* — di per sé non offre indicazioni da cui risulti che la compravendita conclusa tra Emilio Lariano ed Ovinio sia stata eseguita, anche se, di primo acchito, potrebbe apparire insolito che il venditore mantenesse la disponibilità del fondo e poi pattuisse la *lex commissoria*.

Così come in nessun tratto del frammento affiora che i tutori avessero restituito il fondo ad Ovinio e che poi lo stesso lo avesse a propria volta trasferito a Claudio Telemaco. Se non si fosse

Burdese, cfr. inoltre F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte*, cit., 80, che considera solo ipotetica la ricostruzione dell'Autore; F. MUSUMECI, *Ancora sulla 'in integrum restitutio'*, cit., 249; ID., *Protezione*, cit., 239 s.; A. LOVATO, *Giulio Paolo*, cit., 499, nt. 11; E. NICOSIA, *Sub condicione*, cit., 139, nt. 242; EAD., *In diem addictio*, cit., 172, nt. 330; B.J. CHOE, *Zur Debatte*, cit., 4, che asserisce: «Da es sich beim Auflösungsvorbehalt praktisch um einen Eigentumsvorbehalt handelt, hat Rutiliana anscheinend kein Eigentum an dem Grundstück, das sie an Telemachus übertragen könnte. Ferner ist *ex silentio* darüber nicht davon auszugehen. Es ist auch unwahrscheinlich, daß sie, die trotz der wiederholten Mahnungen (*denuntiationibus tutoribus saepe datis*) nicht gezahlt haben, nach dem Kaufvertrag zwischen Ovinius – Telemachus freiwillig das Eigentum an Telemachus übertragen und wieder verlangen, es an Rutiliana zu restituieren.»; ed a p. 6: «Die Ansicht, daß der Restitutionsgegner Ovinius sei, ist deshalb wohl zwingend, weil sowohl Paulus als auch der Kaiser nichts anderes als die *lex commissoria* in Betracht ziehen.».

fatto presente questo duplice trasferimento, sarebbe venuto a mancare un dato essenziale nella esposizione della fattispecie. Possibile che il giurista — peraltro nell'ambito di una rappresentazione alquanto analitica — avesse taciuto l'elemento decisivo ai fini della soluzione del caso?

Nell'ipotesi ulteriore in cui il trasferimento fosse avvenuto, la discussione e la decisione sarebbero state articolate in modo notevolmente diverso.

Tutto ciò induce a supporre che fra Ovinio ed Emilio Lariano prima e fra Ovinio e Claudio Telemaco poi fosse stato soltanto concluso il contratto di compravendita, senza che esso fosse stato accompagnato da un atto traslativo di proprietà o di possesso³².

³² Cfr. F. MUSUMECI, *Ancora sulla 'in integrum restitutio'*, cit., 249; ID., *Protezione*, cit., 240, il quale rileva anche come Ovinio non avesse trovato difficoltà a rivendere il fondo a Claudio Telemaco, proprio perché lo aveva ancora materialmente a disposizione; A. LOVATO, *Giulio Paolo*, cit., 499, nt. 11; E. NICOSIA, *Sub condicione*, cit., 139, nt. 242; EAD., *In diem addictio*, cit., 172, nt. 330; M. RIZZI, *Imperator*, cit., 369; B.J. CHOE, *Zur Debatte*, cit., 7. Il PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte*, cit., 80, aggiunge che se nel passo fosse stata in questione la proprietà del fondo, ci si attenderebbe che fosse rappresentata più puntualmente la situazione reale del fondo, mentre soltanto una volta si parla di *eandem possessionem* e per di più in un significato atecnico. Qui *possessionem* in effetti indica il fondo stesso: cfr. C.A. CANNATA, *Possessio' 'possessor' 'possidere' nelle fonti giuridiche del basso impero romano. Contributo allo studio del sistema dei rapporti reali nell'epoca postclassica*, Milano, 1962, 9 ss. Sul significato

In terzo luogo va osservato che nella compravendita con *lex commissoria*, in seguito all'inadempimento del compratore, il venditore ha due alternative, di cui l'una esclude l'altra: o egli esercita il patto commissorio, o rinuncia ad avvalersi di esso, e la scelta che egli fa a questo riguardo fissa il suo diritto, nel senso che egli non può più mutare parere³³: non si comprende dunque come possa essere il comportamento della controparte — in questo caso i tutori — a determinare quale delle due strade abbia la prevalenza: ciò infatti si ammette nel momento in cui si afferma che è la non adesione o l'adesione della controparte all'applicazione del regime commissorio a decretare il carattere vincolante o meno della rinuncia del venditore ad avvalersi della *lex commissoria*.

non tecnico di *possessionem* nel passo si veda anche M. BRETONE, *Volgarismo e proprietà postclassica*, in *Labeo*, XI, 1965, 194, nt. 4, che non è d'accordo con il Cannata circa la volgarità di questo uso.

³³ Cfr. Pomp. 35 *ad Sab.* D. 18.3.2; Scaev. 2 *resp.* D. 18.3.6 pr. e 2; Scaev. 7 *dig.* D. 18.5.10.1; *Vat. Fragm.* 3 (Pap. 3 *resp.*); *Vat. Fragm.* 4 (Pap. 3 *resp.*); Ulp. 32 *ad ed.* D. 18.3.4.2; Ulp. 30 *ad ed.* D. 18.3.3; Imp. Alexander A. Claudio Iuliano et Proculiano C. 4.54.4; Hermog. 2 *iur. epit.* D. 18.3.7. Si noti l'espressione plastica di cui si serve il DE RAADT, *Specimen*, cit., 8: «[...] si semel (scil., venditor) alterutrum elegerit, mutare deinceps nequeat, et ex prima electione emtori statim jus acquiratur [...]».

Del resto, dal modo di esprimersi del Burdese in due incisi del proprio contributo³⁴, è lecito inferire come la rinuncia tacita di Ovinio ad esercitare il patto commissorio sia considerata antecedente alle pretese di applicazione del regime commissorio da parte del medesimo: non si comprende cioè come tale rinuncia non abbia una propria autonoma rilevanza, nel senso che prima si considera il venditore aver rinunciato implicitamente all'esercizio del patto e poi lo si vede avanzare pretese di applicazione del regime commissorio, e solo nel momento in cui la controparte avrà corrisposto a tali pretese, allora si potrà dire che la rinuncia precedente dell'alienante non avrà avuto alcun effetto.

Se poi si ammette che la *restitutio in integrum* venga a rescindere — piuttosto che gli effetti del mancato adempimento del compratore alla scadenza fissata nella *lex commissoria* — l'atto di restituzione del fondo da parte dei tutori, si entra in un circolo vizioso, giacché — dati i presupposti della tesi appena illustrata — il 'recesso' di Ovinio dal patto viene di nuovo ad essere vincolante.

³⁴ A. BURDESE, *Di un particolare caso*, cit., 84, nt.: «Qui la controparte [...] si presume non essersi affatto avvalsa della rinuncia, implicita nelle istanze del venditore, anzi aver acceduto alle sue susseguenti pretese di applicazione del regime commissorio, col consegnargli la cosa»; «[...] si avrebbe [...] rescissione dell'atto con cui la parte acquirente, restituendo il fondo in ottemperanza del regime commissorio, avrebbe tolto efficacia alla precedente rinuncia tacita, della controparte alienante, all'esercizio del patto».

4. L'approvazione paolina delle decisioni del pretore e del *praefectus urbi*'.

Riservandoci di chiarire nel prosieguo del contributo la nostra opinione in relazione all'identificazione dello scopo della *restitutio in integrum* richiesta da Rutiliana, esaminiamo ora gli altri snodi sui quali si articola la struttura del frammento.

Paolo fa presente che egli era contrario alla concessione della *restitutio in integrum* alla fanciulla — allo stesso modo del pretore e del *praefectus urbi*³⁵ — poiché il contratto era stato concluso dal padre di Rutiliana, non dalla pupilla.

³⁵ Ritiene che non si possa affermare con sicurezza se l'istanza al *praefectus urbi* configuri un appello contro la prima decisione od una nuova autonoma richiesta il SARGENTI, *Aspetti e problemi giuridici del III sec. d. C. Corso di diritto romano*, Milano, 1983, 263, nt. 79. Recentemente la NICOSIA, *In diem addictio*, cit., 173, nt., ha sostenuto che il modo di esprimersi di Paolo, in particolare l'uso dei due avverbi *tam* e *quam* in correlazione nella frase *victa tam apud praetorem quam apud praefectum urbi provocaverat*, potrebbe suggerire una posizione paritaria e concorrente, non di graduazione, dei due organi aditi, onde la richiesta avanzata da Rutiliana al *praefectus urbi* sarebbe una riproposizione ad organo diverso e concorrentemente competente della medesima istanza (diversamente in EAD., *Sub condicione*, cit., 140, nt. 243). Nel senso di un appello la maggioranza della dottrina: cfr. già E. BARON, *Ad τὰ πρῶτα*, cit., 174; A. FABER, *Rationalia in primam et secundam partem Pandectarum*, s. I., 1619, 665; S. STRYKE, *Dissertatio*, cit., 11; P. VAN WETTER, *Les obligations*, I, cit., 380, nt. 24; O. GRADEN-

WITZ, *Interpolationen in den Pandekten*, in *ZSS*, VII, 1886, 64 e nt. 1; TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, II.2, cit., 985, nt. 2; F.C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, VI, trad. it., Torino, 1896, 319 s. e nt. m; ID., *Sistema del diritto romano attuale*, VII, trad. it., Torino, 1896, 161; P.-E. VIGNEAUX, *Essai*, cit., 73 e nt. 4; M. BRANCHER, *La jurisdiction civile du 'praefectus urbi'*, Paris, 1909, 44 ss.; P. VAN WETTER, *Pandectes*, III², cit., 288, nt.; E. BALOGH, *Beiträge zum justinianischen Libellprozess*, in *Studi in onore di S. Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, II, Palermo, 1936, 497, nt. 17; C. SANFILIPPO, *Pauli Decretorum libri*, cit., 23; A. BURDESE, *Di un particolare caso*, cit., 81, 83; A.A. SCHILLER, *The Jurists and the Praefects of Rome*, in *BIDR*, LVII-LVIII, 1953, 84, 345; E. SACHERS, voce *Praefectus urbi*, in *RE*, XXII.2, Stuttgart, 1954, 2523; G. VITUCCI, *Ricerche sulla 'praefectura urbi' in età imperiale (sec. I-III)*, Roma, 1956, 71 e nt. 3; F. GUIZZI, voce *Praefectus*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1957, 529; A. CHASTAGNOL, *La préfecture*, cit., 130 e nt. 7; G. SCHERILLO, *Lezioni sul processo. Introduzione alla 'cognitio extra ordinem'. Corso di diritto romano*, Milano, 1960, 279 s.; G. CERVENCA, *Studi*, cit., 63 ss.; L. RAGGI, *La 'restitutio in integrum' nel sistema*, cit., 248 ss.; G. CERVENCA, *Per lo studio della 'restitutio in integrum' (Problematica e prospettive)*, in *Studi in onore di B. Biondi*, I, Milano, 1965, 624, nt. 107; L. RAGGI, *La 'restitutio in integrum' nella 'cognitio'*, cit., 93, 118, 121 ss.; M. KASER, *Studi sulla 'in integrum restitutio'*, in *Labeo*, XII, 1966, 238, 244 s.; F. FABBRINI, *Per la storia della 'restitutio in integrum'*, in *Labeo*, XIII, 1967, 220 s.; G. CERVENCA, voce *Restitutio in integrum*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 742 e nt. 12; N. PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d. C. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi*, Milano, 1974, 176, nt. 128, 180, nt. 144; M.V. GIANGRIECO PESSI, *Situazione*, cit., 30, nt.; F. ARCARIA, *'Senatus censuit'. Attività giudiziaria ed attività normativa del senato in età imperiale*, Milano, 1992, 129 s. e nt. 221; G. BUIGUES OLIVER, *La rescisión*, cit., 124, 129; L. SOLI-

Probabilmente il giurista si poneva il problema di concedere a Rutiliana la *restitutio in integrum* in base all’editto relativo ai minori di 25 anni, nel quale veniva fatta allusione soltanto ad atti e negozi compiuti con il minore³⁶. Il testo con il quale

DORO MARUOTTI, *Aspetti*, cit., 188 s.; T. HONORÉ, *Empereurs*², cit., 21 e nt. 121; M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München, 1996, 465, nt. 44, 505, nt. 25; J.-P. CORIAT, *Le prince*, cit., 287, 330 s., 434 e ntt. 482 e 487, che rileva anche come il frammento fornisca per l’età dei Severi l’unico esempio esplicito di un processo con due appelli successivi, dal pretore al *praefectus urbi* — competente da questa epoca per conoscere dei ricorsi contro i decreti dei pretori — e dal *praefectus urbi* all’imperatore; F. PERGAMI, *L’appello nella legislazione del tardo impero*, Milano, 2000, 418 e nt. 70; ID., *Recensione* a F. NASTI, *L’attività normativa di Severo Alessandro. I. Politica di governo riforme amministrative e giudiziarie*, Napoli, 2006, in *Iura*, LVI, 2006-2007, 316; D. LIEBS, *Vor den Richtern*, cit., 150; L. GARCÍA GÉRBOLES, *La protección*, cit., 186 s.; A. LOVATO, *Giulio Paolo*, cit., 499; M. BRUTTI, *Il diritto*², cit., 639; M. RIZZI, *Imperator*, cit., 366, nt. 316.

³⁶ Cfr. già E. BARON, *Ad τὰ πρῶτα*, cit., 174: «Paulus qui in sacro auditorio fuit, opinatus est bene iudicatum a Prætorē, & à Praefecto, quem pupilla prouocauerat: quia cum patre pupillæ contractum fuerat, nec ex hoc edicto restitui potest minor, nisi cum quo aliquid gestum constet»; L. RUSSARDO, *Ius Civile*, cit., 53; A. FABER, *De erroribus pragmaticorum et interpretum iuris*, I, Lugduni, 1658, 354: «Illa autem potissima est, qua & Paulus movetur in d. l. Æmilius quod nihil causæ sit cur pupillo succurri debeat in ea re de qua pater eius non ipse contraxerit [...] Quoties enim pupillus aut minor in integrum restitui vult ob ætatem, necesse est ut probet se læsum, nec sufficit probari ætatem [...] Fieri autem non potest ut propter lubricum

ætatis minor læsus sit, si nihil ipse contraxerit, sed pater eius, tametsi patris heres ipse proponatur. Qua de causa sic concepta sunt verba edicti *De minoribus*. *Quod cum minore quam 25. annis natu gestum esse dicitur, uti quæque res erit, animaduertam. l. I. §. I. l. ait Prætor 7. eod.* ut intelligamus si nihil omnino gestum sit cum minore, sive pupillus, sive adultus ille sit, (neque enim Prætor distinguit) nullam subesse causam indulgendæ restitutionis.»; R.P.I. GIBALINI, *De Univerſa Rerum Humanarum Negotiatione*, I, cit., 646; F. SADARINI, *Responsorum*, cit., 135: «[...] in illis verbis *putabam bene iudicatum, quòd pater eius non ipsa contraxerat*, apertè demonstrans dari restitutionem in integrum adversus tempus conventionale, etiam sub conditione resolutiva concessum, ubi minor, vel miles, postea absens contraxisset.»; J. PUGÆ ET FEIJOO, *Tractatus*, I, cit., 97; J.G. HEINECCIUS, *Recitationes*, I, cit., 177: «Secundum requisitum, ut minori competat restitutio, est, ut cum ipso pupillo vel minore aliquid gestum sit, & ex illo gesto pupillus sit læsus [...] & recte responsum, ei denegandam esse restitutionem, quia scilicet, negotium, non cum minore, sed cum patre ejus, cujus fidem secutus fuerat venditor, gestum est»; M.W. DE RAADT, *Specimen*, cit., 6 s., 11: «In nostro igitur casu, cum nihil a pupilla gestum fuerit, sed totum negotium a patre peractum, sententia Pauli optime se habet [...] lubrico ætatis pupilla Rutiliana nullo modo potuit læsa dici, quia pater ejus, non ipsa, contractum celebraverat [...] Dicendum enim est, non ex capite minoris ætatis eam restituendam fuisse, quia cum ipsa nihil gestum fuerat, nec ex clausula edicti generali, quia uti non poterat obtentu ignorantiae propter saepius tutoribus ejus factas denuntiationes»; T.M. RICHERI, *Universa Civilis, et Criminalis Jurisprudencia juxta seriem institutionum ex naturali, et romano jure depromta, et ad usum fori perpetuo accommodata*, II, Taurini, 1774, 380: «[...] respondit (*scil.*, Paulus), non esse pupillam in integrum restituendam; eamque affert rationem, quod, non ipsa pupilla, sed pater ejus contraxerat; adeoque æquitas non patiatur,

ut, qui cum pupillo nullum contractum gessit, sed fortuito in eum incidit, ex ejus persona damnum sentiat». Dopo aver esposto le tre motivazioni particolari che avrebbero indotto l'imperatore a concedere la *restitutio in integrum* alla pupilla, lo stesso Autore conclude: «Firma ergo manet Pauli sententia, his adjunctis præcisis, restituendum non esse minorem contra præscriptionem conventionalem descendentem ex contractu inito cum ejus patre, vel alio, cui ipse heres extiterit»; G. MASCOVII, *Opuscula*, cit., 484; J. MAFFEJI, *De restitutionibus in integrum*, cit., 117: «Et sane si Rutiliana fundum lege commissoria emisset, æquum fuisset eam restitui: neque de eo posset dubitari: at quoniam Larianus emerat, cui Rutiliana successit, iniquum videtur, hanc, cum qua nihil fuerat gestum, restitutionem impetrare». Nella dottrina del XIX secolo, vd. G.C. BURCHARDI, *Die Lehre*, cit., 94, nt. 11; A. CHARVET, *Etude*, cit., 53 s.; R. AUDIAT, *Du pacte commissoire*, cit., 46; L. NAZ, *Essai*, cit., 198; M. SPALTENSTEIN, *Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*, Berlin, 1873, 98; A. DÉTÉ, *De la 'lex commissoria' dans la vente en droit romain*, thèse, Paris, 1875, 30; J. LASSORT, *De la 'lex commissoria'*, cit., 60; F. DESCHAMPS, *De la 'lex commissoria'*, cit., 42; H. DUGUÉ, *De la 'lex commissoria'*, thèse, Caen, 1883, 33; C. PIERINI, *La legge commissoria*, cit., 36, nt. 2, 41. Secondo J. PARTSCH, *Studien zur 'negotiorum gestio'*, I, Heidelberg, 1913, 83, nt., il passo di Paolo denota che la prassi ancora accettava il requisito edittale che dovesse trattarsi di un negozio intrapreso dal minore stesso. Più recentemente, il MUSUMECI, *Ancora sulla 'in integrum restitutio'*, cit., 254 e nt. 21; ID., *Quod cum minore ... gestum esse dicitur. Formulazione edittale e sua concreta attuazione in età imperiale*, in *RHD*, LXXXIV, 2006, 524 ss.; ID., *Protezione*, cit., 45, 246 e nt. 24, ritiene che Paolo avesse condiviso la decisione del pretore e del *praefectus urbi* perché nel caso non sarebbe stato riscontrabile quel *cum minore gestum* contemplato nell'editto sui minori, alla cui formulazione letterale il giurista avrebbe voluto rigorosamente attenersi. Ad avviso

il pretore prometteva il proprio intervento in favore dei minori di 25 anni, considerati meritevoli di speciale protezione in considerazione della loro giovane età e della sprovvedutezza che essa comportava, ci è stato tramandato in un brano di Ulpiano:

Ulp. 11 *ad ed. D. 4.4.1.1: Praetor edicit: "Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam"*³⁷.

del LOVATO, *Giulio Paolo*, cit., 499 s., Paolo avrebbe ritenuto preferibile allinearsi con le decisioni già adottate dal pretore e dal *praefectus urbi*, i quali avrebbero considerato inapplicabile l'editto *de minoribus XXV annis*, poiché la pupilla era rimasta estranea alla conclusione dell'atto negoziale. Si vedano inoltre D. LIEBS, *Vor den Richtern*, cit., 155; E. NICOSIA, *Sub condicione*, cit., 140 s.; EAD., *In diem addictio*, cit., 174; V. WANKERL, *Appello*, cit., 107 ss.; G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Lezioni*, III, cit., 308 e nt. 22; M. RIZZI, *Imperator*, cit., 370 s., 380, la quale ritiene giustificabili le decisioni emesse dal *praetor* e dal *praefectus urbi*, così come la posizione assunta da Paolo durante la discussione *in consilio*, in quanto conformi ad una rigorosa applicazione della clausola edittale; B.J. CHOE, *Zur Debatte*, cit., 10 ss.

³⁷ Cfr. O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, Leipzig, 1927, 116. Come si ha occasione di constatare, l'editto è formulato in termini assai generali, sia per ciò che attiene alla casistica considerata (*Quod [...] dicetur*), sia in quanto il *praetor* dichiara genericamente di impegnarsi ad *animadvertere uti quaeque res erit* su qualsiasi atto cui abbia preso parte un minore, senza preconstituire alcuna condizione che possa circoscrivere la concessione del rimedio, e senza fare allusione ai mezzi di protezione cui egli avrebbe fatto ricorso ed agli effetti che avrebbe voluto realizzare. Ma, come è stato

Muovendo dal presupposto della necessità dell’esistenza di un nesso di causalità tra il comportamento del minore (o del tutore e del curatore) e la situazione giuridica che si voleva rescindere, ai fini dell’ammissibilità della *restitutio in integrum* — così come era stata inizialmente affermata dalla giurisprudenza nella interpretazione di questa clausola edittale³⁸ — il Sanfilippo osserva-

recentemente rilevato (cfr. F. MUSUMECI, *L’editto pretorio relativo ai minori di 25 anni e la sua ‘interpretatio’ in età imperiale*, in *Iuris Antiqui Historia*, IV, 2012, 56, 58 s.; ID., *Protezione*, cit., passim), la prescrizione edittale dovette essere oggetto di una considerevole elaborazione interpretativa ad opera dei giuristi e della cancelleria imperiale riguardo alla precisazione dei casi che erano da includere in essa. Anzi, le testimonianze tramandate dalle fonti rivelano che in età imperiale la protezione pretoria fu accordata al minore in relazione ad una casistica che si estendeva oltre il limite edittale del ‘*cum minore gestum*’, probabilmente perché, anche a causa dell’accrescersi delle contingenze in cui si trovavano implicati interessi economici del minore, la formulazione letterale dell’editto dovette risultare troppo limitata rispetto ai casi per i quali la protezione del minore si rendeva necessaria.

³⁸ Va precisato però che al tempo di Paolo l’interpretazione giurisprudenziale faceva rientrare nel *gestum* edittale anche una qualsiasi omissione (del minore, del tutore o del curatore), comunque riportabile alla minore età, che determinasse conseguenze giuridiche dannose per il minore, e che la *restitutio in integrum* veniva applicata anche agli effetti giuridici di comportamenti omissivi (cfr. G.C. BURCHARDI, *Die Lebre*, cit., 92 ss.; F.C. VON SAVIGNY, *Sistema*, VII, cit., 145 ss., 184 s.; A. BURDESE, *Di un*

va che la notazione di Paolo *quod pater eius, non ipsa contraxerat* sarebbe stata giusta se la fanciulla avesse chiesto la *restitutio in integrum* contro la compravendita stipulata dal padre, in quanto in questo caso sarebbe mancato un nesso causale tra la minore età e la lesione, e la reintegrazione non sarebbe stata ammissibile³⁹. Mentre se si supposeva che Rutiliana avesse richiesto la *restitutio in integrum* contro le conseguenze dell'inadempimento dei tutori alla scadenza fissata, l'osservazione di Paolo sarebbe stata inesatta, giacché questo caso avrebbe rappresentato una giusta reintegrazione a causa di minore età, posto

particolare caso, cit., 78 s., 85 s.; F. MUSUMECI, *Quod cum minore ... gestum*, cit., 523 ss.; ID., *Protezione*, cit., 44, 47 ss.). Già Scevola aveva ammesso a certe condizioni la protezione del minore per il caso in cui questi avesse omesso di accettare un'eredità o di richiedere la *bonorum possessio* (Paul. 1 *sent.* D. 4.4.24.2); Ulpiano poi riconosceva che il minore potesse essere reintegrato nel caso in cui aveva omesso di fare appello contro una sentenza (Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.7.11), o non si era attivato al fine di far realizzare la condizione cui era sottoposta la propria istituzione di erede (Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.3.8), o aveva omesso di richiedere la *bonorum possessio contra tabulas* (Ulp. 40 *ad ed.* D. 37.6.1.2). Allo stesso modo Paolo consentiva la protezione del minore che avesse trascurato di allegare un mezzo di prova (Paul. 5 *sent.* D. 4.4.36), e Settimio Severo e Caracalla concedevano la possibilità di essere reintegrati nel diritto di fare appello contro una sentenza a dei minori che non lo avevano proposto entro i termini (Imp. Severus et Antoninus AA. Romano et aliis C. 2.43[44].1 [a.204]).

³⁹ C. SANFILIPPO, *Pauli Decretorum libri*, cit., 24 s. Cfr. già G.C. BURCHARDI, *Die Lehre*, cit., 94, nt. 11.

che l’inadempimento dei tutori alla *lex commissoria* era legato da un nesso di dipendenza alla minore età della pupilla.

Il Kupisch evince da questa osservazione un argomento a favore della propria tesi, in quanto ritiene che Paolo non meriti la critica rivoltagli dal Sanfilippo, ove si ammetta che Rutiliana mirasse alla restituzione dell’acconto, e dunque alla eliminazione del contratto stipulato dal padre, mentre se si reputi che Rutiliana volesse appellarsi ad un evento che soltanto dopo la morte del padre era sopraggiunto, come l’omissione di pagamento, ciò non avrebbe avuto nulla a che vedere con la conclusione del contratto⁴⁰. Egli connette inoltre la notazione di Paolo al successivo argomento dell’imperatore relativo alla caduta del *dies committendi* nel *tempus pupillae*, che andrebbe inteso nel senso che Rutiliana non avesse concluso personalmente il rischioso contratto, ma il contenuto di esso l’avrebbe riguardata in quanto erede.

Di recente la Wankerl ha però opposto che quand’anche Rutiliana aspirasse alla reintegrazione nel momento precedente alla inosservanza dei termini di pagamento a cagione proprio di questa omissione, ella si sarebbe richiamata ad un motivo che aveva la propria causa nel contratto di compravendita, in quanto da questo scaturiva l’obbligo di pagamento, «die als Faktum im Rahmen der Universalerbfolge hinzunehmen ist»⁴¹.

⁴⁰ B. KUPISCH, *Rutiliana pupilla*, cit., 255 ss.

⁴¹ V. WANKERL, *Appello*, cit., 102.

La critica del Sanfilippo è ritenuta ingiustificata anche dal Peters, che pur aderisce alla tesi secondo la quale la *restitutio in integrum* sarebbe stata volta a far ritornare operante la prima vendita. L'Autore tedesco disloca su un altro piano l'interpretazione dell'osservazione paolina, mettendola in rapporto con il parallelo operato dal giurista in materia di pegno e considerandola in relazione di opposizione alla successiva proposta di reintegrazione di Paolo⁴². Il giurista cioè, esprimendosi in tal modo, avrebbe ritenuto motivo determinante della risoluzione del contratto non il mancato pagamento della rata del prezzo, che avrebbe trovato la propria causa nella minore età della istante, ma il fatto che la pattuizione della *lex commissoria* fosse avvenuta indipendentemente dalla minore età della pupilla. Anche nell'ambito del diritto di pegno il creditore pignoratizio non sarebbe stato ostacolato a sfruttare un pegno che era maturato soltanto dopo la morte del debitore. Ed «Auch in diesem Bereich, so läßt

⁴² F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte*, cit., 81. Aderisce in parte la WANKERL, *Appello*, cit., 99 s., che sembra però orientata verso una soluzione di compromesso: l'argomentazione di Paolo *quod pater eius, non ipsa contraxerat*, potrebbe addirsi tanto ad un eventuale scopo della *restitutio in integrum* volto alla rimozione del contratto di compravendita, perché alluderebbe alla mancanza di causalità tra la minore età ed il danno derivante dal contratto, quanto ad uno scopo di cancellazione della inosservanza dei termini di pagamento, poiché anche la *lex commissoria* era stata pattuita dal padre.

sich der Gedanke ergänzen, könne ein minderjähriger Erbe eine *in integrum restitutio* gegen die Verwertung des Pfandes nicht mit der Begründung beantragen, daß ihn seine Minderjährigkeit an der Auslösung des Pfandes gehindert habe. Der Verlust des Pfandes beruhe vielmehr primär auf der Verpfändung durch den Erblasser»⁴³.

Il Musumeci, più di recente, ritiene che l'osservazione paolina sottintenda il riferimento alla formulazione letterale dell'editto sui minori di 25 anni, e che essa consenta di ricostruire il filo del ragionamento seguito dal giurista, nel senso che egli si sarebbe collocato implicitamente nella stessa ottica della richiedente con il ritenere che la *lex commissoria* fosse divenuta operante a seguito del mancato pagamento delle rate residue, e che la *restitutio in integrum* mirasse ad ottenere che la prima vendita potesse ancora dispiegare i propri effetti⁴⁴.

Va ricordato come in età imperiale l'operatività dell'editto si fosse estesa persino ad ipotesi in cui il minore non aveva partecipato all'atto per lui pregiudizievole⁴⁵, e come lo stesso

⁴³ F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte*, cit., 81. Il KUPISCH, *Rutiliana pupilla*, cit., 257, nt. 37, ha reputato però codesto un tentativo alquanto forzato di conciliare il criterio di interpretazione oggettiva con il testo.

⁴⁴ F. MUSUMECI, *Ancora sulla 'in integrum restitutio'*, cit., 254 e nt. 21; ID., *Protezione*, cit., 246 e nt. 24. Cfr. anche A. LOVATO, *Giulio Paolo*, cit., 499 s.

⁴⁵ Il Musumeci in diversi contributi (F. MUSUMECI, *L'interpretazione dell'editto sui minori di 25 anni secondo Ofilio e*

Paolo in altri casi prendesse in considerazione comportamenti ascrivibili esclusivamente al mi-

Labeone, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto. Dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor F. Gallo*, II, Napoli, 1997, 39 ss.; ID., *Editto sui minori di 25 anni e 'ius controversum' nell'età dei Severi*, in *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, VI, Napoli, 2001, 33 ss.; ID., *Pretore, giudice e protezione dei minori di venticinque anni*, in *Labeo*, L, 2004, 64 ss. [= *Panta rei. Studi dedicati a M. Bellomo*, IV, Roma, 2004, 205 ss.]; ID., *Quod cum minore ... gestum*, cit., 513 ss.; ID., *Pregiudizio del minore e protezione edittale in età imperiale*, in *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di L. Labruna*, VI, Napoli, 2007, 3715 ss.; ID., *Uti quaeque res erit*, cit., 443 ss. [= *RGDR*, X, 2008, 1 ss.]; ID., *L'editto pretorio*, cit., 53 ss.) e nella recente monografia già citata (F. MUSUMECI, *Protezione*, cit., 29 ss.) ha evidenziato come la varietà di fattispecie in relazione alle quali la tutela pretoria risulta riconosciuta appaia più estesa rispetto a quella consentita dalla formula *Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur*, concernendo non solo atti a cui il minore aveva partecipato insieme ad altri, ma anche atti compiuti dal minore in via esclusiva, ed addirittura atti al cui compimento il minore era del tutto estraneo — ma le cui conseguenze venivano a ricadere sulla sua sfera patrimoniale — ed atti in cui non era stato il minore a cagionare la realizzazione dell'evento contro cui egli riceveva la protezione edittale (riguardo a queste due ultime categorie di atti cfr. Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.13.1 per la posizione di Labeone ed Ulpiano; Iul. 57 *dig.* D. 21.2.39 pr.; Gai. 4 *ad ed. prov.* D. 4.4.15; Scaev. 1 *resp.* D. 4.4.47 pr.-1; Imp. Antoninus A. Muciano C. 5.71.1 [a. 212]; Callistr. 1 *ed. monit.* D. 4.4.45 pr.). Cfr. anche A. LOVATO, *Giulio Paolo*, cit., 499 s.

nore⁴⁶, diversi rispetto al *cum minore gestum* inteso in senso proprio.

E' stato rilevato⁴⁷ come l'atteggiamento di oscillazione tra il rispetto della formulazione edit-tale⁴⁸ ed il superamento di essa si riscontri anche presso altri giuristi⁴⁹ ed imperatori⁵⁰, ed esso starebbe a testimoniare le difficoltà che l'attività interpretativa dell'editto sui minori incontrava in quanto ispirata, da un lato, all'esigenza di tutelare l'interesse del minore, e, dall'altro, a quella di rimanere aderenti al dettato formale dell'editto.

Paolo, ligio nel caso in questione a tale dettato testuale, voleva con ogni probabilità limitarsi a far intendere che l'ambito di operatività dell'editto era escluso dalla circostanza che la pupilla non ri-

⁴⁶ Cfr. Paul. 1 *sent.* D. 4.4.24.4 e Paul. 5 *sent.* D. 4.4.36, in cui il giurista ammette la protezione del minore dissipatore e del minore che ha omesso di allegare un mezzo di prova.

⁴⁷ F. MUSUMECI, *Ancora sulla 'in integrum restitutio'*, cit., 254 e nt. 21; ID., *Quod cum minore ... gestum*, cit., 524 ss.; ID., *Protezione*, cit., 48.

⁴⁸ Oltre a quello rappresentato in Paul. 1 *decr.* D. 4.4.38 pr., sussistono ulteriori casi in cui viene considerata la formulazione dell'editto secondo il suo significato più letterale: ad es., quelli previsti in Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.11.2, ed Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.7.2.

⁴⁹ Cfr. Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.7.2; Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.13.1; Ulp. 35 *ad ed.* D. 4.4.49; Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.7.11; Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.3.8; Ulp. 40 *ad ed.* D. 37.6.1.2; Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.7 pr.

⁵⁰ Per Settimio Severo cfr. il già menzionato Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.11.2; Imp. Severus et Antoninus AA. Romano et aliis C. 2.43(44).1 (a. 204).

sultasse coinvolta nella vicenda, avendo concluso la compravendita il padre: ne conseguiva l'inaammissibilità della *restitutio in integrum*⁵¹.

⁵¹ Altro problema è se la motivazione paolina collimasse con quella effettivamente adottata dal *praetor* e dal *praefectus urbi* nel respingere l'istanza di reintegrazione della pupilla. In dottrina è stato in vario modo ipotizzato che il magistrato ed il funzionario imperiale avessero deciso scorrettamente — e che l'imperatore avesse ricondotto il caso ai giusti principi — perché avrebbero applicato il criterio che i minori non potessero essere reintegrati a causa della loro minore età contro i contratti in cui essi erano succeduti soltanto come eredi, mentre Rutiliana avrebbe chiesto la *restitutio in integrum* contro una omissione dei suoi tutori, al fine di salvaguardare la vendita, caso in cui la minore età sarebbe stata una giusta causa di reintegrazione (cfr. G.C. BURCHARDI, *Die Lehre*, cit., 94, nt. 11); o al contrario che avessero deciso correttamente, perché Rutiliana chiedeva la *restitutio in integrum* contro la compravendita stipulata dal padre, e per questo obiettivo la minore età non poteva essere una causa di reintegrazione, posto che la fanciulla non aveva concluso il contratto (cfr. B. KUPISCH, *Rutiliana pupilla*, cit., 255 s.); ovvero che i due organi giurisdizionali reputassero che la rinuncia tacita al beneficio del patto commissorio non potesse indursi dalla semplice *denuntiatio* del venditore (cfr. J.A. ACCARIAS, *Etude*, cit., 93); o ancora che essi avessero fatto applicazione del principio secondo il quale la circostanza che il compratore avesse lasciato trascorrere il termine fissato nel contratto di vendita senza liberarsi sarebbe stata sufficiente perché la risoluzione della vendita si verificasse, onde questi non avrebbe potuto addurre a pretesto per es. la propria assenza, la propria ignoranza del termine o l'esistenza di un caso fortuito per ottenere di essere reintegrato contro la decadenza (cfr. L. CAMPISTRON, *Du pacte commissoire*, cit., 19); o che i due

avessero giudicato inutile la *restitutio in integrum* al fine di far rivivere la prima vendita, che non era mai venuta meno, e superflua la stessa al fine di rescindere gli effetti della seconda vendita, posto che Rutiliana avrebbe potuto ottenere questo scopo avvalendosi di mezzi ordinari di tutela (cfr. C. SANFILIPPO, *Pauli Decretorum libri*, cit., 29); o ancora che sarebbe più verisimile, sulla base del riferimento a Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Severae et Clementianae C. 2.28.2 (a. 294), che la motivazione addotta dal *praetor* e dal *praefectus urbi* coincidesse con quella fatta propria da Paolo, in quanto sarebbe ingenuo immaginare una parte attrice tanto avventata e priva di discernimento da indirizzare la medesima richiesta di *restitutio in integrum* in appello al *praefectus urbi* ed in ultima istanza all'imperatore, invece di seguire la via più evidente e più certa dell'esperimento di un mezzo ordinario di tutela (cfr. A. BURDESE, *Di un particolare caso*, cit., 83, nt.). Probabilmente alla base delle decisioni del *praetor* e del *praefectus urbi* doveva essere stata la motivazione addotta da Paolo, nel senso però che i due organi avessero preferito conformarsi al significato immediato ed inequivocabile della formulazione letterale dell'editto (come già rilevato nella nt. 48, dall'esame di altri casi, oltre a quello in questione, si evince che questa tendenza affiora anche fra i giuristi: cfr. Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.11.2; Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.7.2). Il MUSUMECI, *Ancora sulla 'in integrum restitutio'*, cit., 253 s., ammette la coincidenza delle motivazioni con dubbio. Più deciso A. LOVATO, *Giulio Paolo*, cit., 499 s. Secondo il CHOE, *Zur Debatte*, cit., 9, dalla spiegazione approvativa di Paolo potrebbe dedursi che il *praetor* ed il *praefectus urbi* ritenessero che certamente Rutiliana avesse ereditato tutti i diritti e gli obblighi derivanti dal contratto di compravendita, ma, non essendo stata parte contraente, non avrebbe avuto alcuna legittimazione a presentare una istanza di *restitutio in integrum* riguardante il contratto di compravendita. Si vedano inoltre D. NÖRR, *Rechtskritik in der römischen Antike*, Mün-

5. *L'influenza della circostanza della scadenza del 'dies committendi' nel 'tempus pupillae' sulla decisione dell'imperatore.*

A questo punto Paolo, introducendo il proprio discorso con una congiunzione avversativa quale è l'*autem* — che usualmente nella lingua latina unisce concetti opposti tra di loro — e prescindendo da una precedente relazione del decreto imperiale, espone una delle motivazioni che avrebbero indotto l'imperatore ad accogliere la richiesta della pupilla: Settimio Severo sarebbe stato colpito dalla circostanza che la scadenza del termine per il pagamento si era verificata durante il tempo della impubertà di Rutiliana, ciò che aveva fatto sì che la *lex venditionis* non venisse osservata⁵².

E' necessario innanzitutto precisare la portata dell'espressione *tempus pupillae*, perché, mentre la maggioranza degli autori ha riferito la locuzione alla circostanza che l'omissione di pagamento si sarebbe verificata nel periodo dell'età pupillare di

chen, 1974, 128; D. LIEBS, *Vor den Richtern*, cit., 155; V. WANKERL, *Appello*, cit., 101; M. RIZZI, *Imperator*, cit., 380. Nella letteratura più antica vd. M.W. DE RAADT, *Specimen*, cit., 11.

⁵² Sarebbe questo, secondo il GUARINO, *Diritto privato*¹², cit., 898, nt. 78.3, il motivo che avrebbe spinto l'imperatore a dare ragione a Rutiliana. Cfr. anche, nella dottrina più antica, L. NAZ, *Essai*, cit., 104.

Rutiliana⁵³, vi è stato invece chi ha sostenuto che l'imperatore, affermando ciò, volesse riallacciarsi al precedente argomento di Paolo, nel senso che Rutiliana non aveva concluso personalmente il contratto, ma il contenuto di questo l'avrebbe riguardata in quanto erede⁵⁴; altri ha poi similmente

⁵³ Cfr. già la Glossa: *Aemilius. Casus*, in *Digestum vetus*, cit., 363. Inoltre si vedano P.L. KRITZ, *Sammlung*, II, cit., 262; G. LACOUR, *Du pacte commissoire*, cit., 17; R. AUDIAT, *Du pacte commissoire*, cit., 46; L. NAZ, *Essai*, cit., 104; J.J. LASSORT, *De la 'lex commissoria'*, cit., 59; A. LODS, *De la 'lex commissoria'*, cit., 20; C. PIERINI, *La legge commissoria*, cit., 36; L. HOT, *Des droits*, cit., LXXX; A. SACCHI, *Sul patto commissorio*, cit., 473; C. SANFILIPPO, *Pauli Decretorum libri*, cit., 24; A. BURDESE, *Di un particolare caso*, cit., 81; A. BISCARDI, *Lezioni*, cit., 10; F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte*, cit., 78; T. HONORÉ, *Emperors*², cit., 21; A. GUARINO, *Diritto privato*¹², cit., 898, nt. 78.3; E. NICOSIA, *Sub condizione*, cit., 141; EAD., *In diem addictio*, cit., 174 (in quest'opera più recente, a p. 177, l'Autrice rileva come la precisazione di Paolo relativa a ciò che aveva mosso l'imperatore a decidere di concedere la *in integrum restitutio* [*imperator ... legi venditionis*] sembri quasi sottolineare che vi fosse una differenza tra la condizione della richiedente al momento in cui i fatti si erano svolti e quella della medesima nel momento in cui la questione era stata sottoposta al *princeps*, nel senso che forse in quest'ultimo tempo Rutiliana era diventata pubere); G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Lezioni*, III, cit., 308. Tra i traduttori cfr. H. HULOT, *Les cinquante livres*, I, cit., 303; R.G. POTHIER, *Le Pandette*, I, cit., 380; G. DOMAT, *Scelta*, cit., 88; F. FORAMITI, *Corpus*, I, cit., c. 1006; G. VIGNALI, *Corpo del Diritto*, II, Napoli, 1856, 700; S.P. SCOTT, *The Civil Law*, III, cit., 95; J.E. SPRUIT - R. FEENSTRA - K.E.M. BONGENAAR, *Corpus*, II, cit., 386.

⁵⁴ Cfr. B. KUPISCH, *Rutiliana pupilla*, cit., 256.

interpretato nel senso che la scadenza dei termini convenuti avesse avuto luogo nel tempo in cui Rutiliana era subentrata come erede, ma deducendone al contrario che l'imperatore venisse ad assumere come punto di riferimento non la vendita conclusa da Emilio Lariano, bensì il mancato pagamento delle rate residue, nel senso che la situazione di danno da eliminare non andava ricondotta alla vendita suddetta, ma a quella condotta omissiva, da attribuirsi alla stessa pupilla⁵⁵; altri ancora ha inteso che: «Für den Kaiser [...] wesentlich sei vielmehr [...] daß sich erst, als die

⁵⁵ F. MUSUMECI, *Ancora sulla 'in integrum restitutio'*, cit., 247, 255; ID., *Protezione*, cit., 238, 247. Adesivamente M. RIZZI, *Imperator*, cit., 372. Il LOVATO, *Giulio Paolo*, cit., 500, interpretando nel senso che il decorso del tempo previsto per il pagamento del residuo si era verificato quando già esisteva il rapporto tutelare, ne arguisce come per mezzo di questa affermazione l'imperatore superi il problema della legittimazione a chiedere la *restitutio in integrum*, spostando la propria attenzione sulla individuazione della responsabilità per il mancato pagamento in capo ai tutori. Il CHOE, *Zur Debatte*, cit., 3, pur intendendo il *tempus pupillae* come il periodo posteriore all'acquisto dell'eredità da parte della pupilla, pone ad un tempo l'accento sulla circostanza che la medesima si trovasse sotto tutela, traducendo in tal maniera: «Den Kaiser [Caracalla] bewog jedoch, daß der Verfallstag in die Zeit [nach dem Erbschaftserwerb] des Mündel gefallen war und daß es, als sie (Rutiliana) unter der Vormundschaft stand, dazu gekommen war, daß der Verfallsabrede deswegen nicht Folge geleistet wurde.»

schutzbedürftige Rutiliana Partei geworden war, die Dinge zu ihrem Nachteil entwickelten»⁵⁶.

A nostro avviso sembra preferibile ricollegare l'espressione *tempus pupillae* — che indubbiamente ha una propria peculiarità e che si comprende maggiormente sotto il profilo sostanziale che sotto quello formale — al precedente *Rutiliana pupillaris aetatis successerat*, ed intenderla nel senso di *tempus pupillaris aetatis*, o *tempus minoris aetatis*. Probabilmente la presenza di essa è da ricondurre alla circostanza che Paolo prendeva annotazioni durante l'udienza e le pubblicava così, *sic et simpliciter*⁵⁷. In questa interpretazione va tenuto presente

⁵⁶ D. LIEBS, *Der Sieg*, cit., 376. Nell'opera più recente (ID., *Vor den Richtern*, cit., 150, 236, nt. 7) l'Autore però interpreta: «[...] maßgeblich war für ihn, dass die Fälligkeitstermine in die Zeit der Unmündigkeit und Schutzbedürftigkeit des an die Stelle des Käufers getretenen Mädchens gefallen waren [...]»; «Der Kaiser stellte jedoch darauf ab, dass der Verfallstermin in die Zeit der Vormundschaft gefallen [...]». Egli ne arguisce (*op. ult. cit.*, 155) che l'imperatore, esprimendosi in tal modo, intendesse ribattere all'opinione del pretore, del *praefectus urbi* e di Paolo, i quali avevano negato l'opportunità di una tutela della minore perché ad agire a livello negoziale era stato Emilio Lariano: nell'avviso di Settimio Severo invece la fanciulla sarebbe stata danneggiata effettivamente in rapporto alla compravendita, per quanto a causa di un'omissione dei suoi tutori. Il Liebs rileva tuttavia come il semplice lasciar trascorrere un termine a causa di mancanza di liquidità o di trascuratezza non possa esser paragonato ad un'attività di carattere negoziale.

⁵⁷ Peraltro è stato ipotizzato che Paolo nel consiglio imperiale, almeno in relazione alle materie giuridiche, svolgesse

che l'imperatore era stato 'motus'⁵⁸ dal fatto che il *dies committendi* fosse caduto nel *tempus pupillae*, mentre intendendo l'espressione come riferita esclusivamente al subentrare di Rutiliana in quanto erede, rimane difficile comprendere cosa fosse stato ad indurre Settimio Severo a concedere il provvedimento⁵⁹.

anche la funzione di segretario: un segretario che però avrebbe espresso spesso la propria opinione, registrando talora come l'imperatore fosse sensibile all'argomentazione retorica (cfr. anche Paul. 1 *decr.* D. 14.5.8; Paul. 2 *decr.* D. 32.27.1; Paul. 3 *decr.* D. 49.14.50; Paul. *ex lib. sex lib. pr. imp. sent. in cognit. prol.* D. 50.16.240). La decisione del caso sarebbe spettata in ultima analisi al *princeps*, mentre i giuristi avrebbero dovuto formulare il contenuto di essa in maniera ufficialmente accettabile (cfr. H. TAPANI KLAMI, *Iulius Paulus*, cit., 1837). Che i giuristi fossero stati validi collaboratori del *princeps* nella formulazione degli atti normativi, è rilevato anche dal DE FRANCISCI, *Per la storia della legislazione imperiale durante il principato*, in *BIDR*, LXX, 1967, 218 s. La WANKERL, *Appello*, cit., 98, congettura che in questa occasione Paolo fosse stato il relatore che aveva approntato il caso. Di un ruolo dei giuristi nel consiglio imperiale 'purely advisory' parla invece F. MILLAR, *The Emperor in the Roman World (31 BC - AD 337)*, London, 1992, 238.

⁵⁸ Per le varie accezioni del verbo *moveo*, cfr. *infra*, § 8.

⁵⁹ Allo stesso modo, l'espressione non sembra traducibile alla maniera di C.E. OTTO - B. SCHILLING - C.F.F. SINTENIS, *Das Corpus*, I, cit., 493: «Der Kaiser aber wurde [zu anderer Ansicht] deshalb bewogen, weil der Zeitpunkt, wo der Nebenvertrag des Verfalls in Wirksamkeit trat, in die Zeit [des Besitzes] der Unmündigen gefallen wäre [...]»; del CUQ, *Le conseil*, cit., 452: «Ce qui le touchait, c'est que l'échéance fixée dans le pacte commissoire avait eu lieu alors que le fonds était devenu la propriété de la pupille»

(contro questa interpretazione vedasi anche M. RIZZI, *Imperator*, cit., 372, nt. 343, che la reputa non collimante con la lettera dell'argomentazione di Paolo); e di A. D'ORS - F. HERNANDEZ-TEJERO - P. FUENTESECA - M. GARCIA-GARRIDO - J. BURILLO, *El Digesto de Justiniano*, I, Pamplona, 1968, 205: «[...] el plazo para cumplir la condición había vencido en el tiempo <en que el fundo era> de la pupila [...]» (la medesima traduzione è rinvenibile in M. GARCÍA GARRIDO, *Diccionario*³, cit., 457). La traduzione dello S. SCHIPANI, *Iustiniani Augusti Digesta*, cit., 331, pare attribuire alla fanciulla una eccessiva maturità di giudizio: «l'imperatore invece è stato indotto <ad ammettere la reintegrazione> dal fatto che il termine del patto commissorio era scaduto nel periodo in cui era una pupilla <a decidere>»; così quella analoga del BRUTTI, *Il diritto*², cit., 639: «L'imperatore invece si è mosso a favore della *restitutio*, poiché il termine del patto commissorio era scaduto nel periodo in cui era una pupilla a decidere»; cfr. anche ID., *Il dialogo*, cit., 183, 185, dove l'Autore chiarisce la propria interpretazione nel senso che ad avviso dell'imperatore Rutiliana andava reintegrata in quanto era minore di venticinque anni nel momento in cui la *lex commissoria* non era stata rispettata: essendo morto il padre era lei a decidere, lei responsabile del mancato pagamento, e quindi era meritevole di una *restitutio*, che le avrebbe dato la possibilità di adempiere alla propria obbligazione. In una direzione simile sembra collocarsi la traduzione dello SCHILLER, *Roman Law*, cit., 485: «The emperor, however, was moved by the fact that the due date occurred in the time when the ward was liable (for the payment) [...]». Chiarificano in modo circostanziato l'espressione A. WATSON, *The Digest of Justinian*, I, Philadelphia, 1985, 137: «[...] (that is, after her father's death) [...]»; e O. BEHRENDTS - R. KNÜTEL - B. KUPISCH - H.H. SEILER, *Corpus*, II, cit., 402: «[...] [nach dem Erbschaftserwerb] [...]». A quest'ultima traduzione si uniforma quella della WANKERL, *Appello*, cit., 96, la quale

Va poi rilevato che — come è già possibile arguire dalla versione che abbiamo dato del brano in esame — non è condivisibile l'interpretazione dell'*eaque effecisset* avanzata dal Kupisch⁶⁰, dal Musumeci⁶¹ e dalla Rizzi⁶². Questi autori infatti riferiscono l'*ea* a Rutiliana, attribuendo alla stessa un ruolo attivo nel far sì che non si ottemperasse alla *lex commissoria*⁶³.

ne arguisce (cfr. *op. cit.*, 97) che per tale motivo Rutiliana era da tutelare come erede minore. Nell'ambito della letteratura più antica, ad avviso del GIBALINI, *De Universa Rerum Humanarum Negotiatione*, I, cit., 648, la *ratio* '*quod dies committendi [...] legi venditionis*', «[...] est ipsa quaestio de qua disputatur, an scilicet contra tempus à maioribus contrahentibus conventum, ubi in diem minoris aetatis incidit, posset minor restitui, ne res committatur». Interpretano in maniera non letterale il MASCOVII, *Opuscula*, cit., 484: «[...] sive, quia contractus a patre quidem coeptus, sed a filia consummandus fuisset»; ed il VAN WETTER, *Pandectes*, III², cit., 288, nt.: «[...] la vente avait été résiliée vis-à-vis de la pupille et non vis-à-vis de son père».

⁶⁰ B. KUPISCH, *Rutiliana pupilla*, cit., 258 s.

⁶¹ F. MUSUMECI, *Ancora sulla 'in integrum restitutio'*, cit., 255 e nt. 22; ID., *Protezione*, cit., 238, 247.

⁶² M. RIZZI, *Imperator*, cit., 372.

⁶³ Cfr. anche la traduzione di O. BEHRENDTS - R. KNÜTEL - B. KUPISCH - H.H. SEILER, *Corpus*, II, cit., 402: «[...] das Mündel bewirkt hatte, daß der Verkaufsabrede nicht Folge geleistet wurde». Fra gli antichi autori, già il REBUFFO, *Explicatio*, cit., 419, sembrava adottare questa interpretazione: «[...] tamen Imperator Anto. pupillae restitutionem non denegavit, eò quòd dies committendi in tempus pupillae incidisset, quamvis pater contraxerit: nam per eam stetit, ne legi venditionis pareretur, cùm ipsa non obtulerit pre-

Ad avviso del Kupisch — secondo il quale tale interpretazione sarebbe inevitabile sotto il profilo linguistico se non si vogliono sospettare le fonti e si adatterebbe in modo eccellente alla congettura che Rutiliana si rivolgesse con la *restitutio in integrum* contro il contratto concluso dal padre — era stata la pupilla stessa ad imporre ai tutori di non pagare il prezzo residuo, nel senso che ella «suchte, soweit ihr das möglich war, sozusagen auf eigene Faust die i.i.r. zu verwirklichen, indem sie die Zahlung des restlichen Kaufpreises verhinderte, und zwar mehrmals, wenn man an die wiederholten Zahlungsaufforderungen des Ovinus denkt. Auf den Kaiser hat die Tatkraft des Mädchens, das noch keine zwölf Jahre alt war, als es den Tutoren seinen Willen aufzwang, ihren Eindruck nicht verfehlt»⁶⁴.

tium, nec intra primos duos menses, nec quidem intra alios duos».

⁶⁴ B. KUPISCH, *Rutiliana pupilla*, cit., 259. *Contra*, cfr. B.J. CHOE, *Zur Debatte*, cit., 13, secondo il quale l'interpretazione del Kupisch «[...] ist [...] durchaus unverständlich, weil sie die öffentliche Debatte im kaiserlichen Rat *ad absurdum* führte. Wieso denn Rutiliana durch die Instanzen hindurch nach der *in integrum restitutio* trachtet, wenn schon die Nichtzahlung des Kaufpreises genügt, um vom Vertrag loszukommen? Wie kann man die Verurteilung der Tutoren wegen des unterlassenen Antrages auf die *in integrum restitutio* erklären, wenn es wahrlich ihrem Willen entsprochen hätte, die Kaufpreiszahlung zu verhindern?». Il Choe tuttavia riconosce la correttezza dell'identificazione da parte del Kupisch dell'*ea* con Rutiliana ed interpreta così il brano (op. cit., 14): «Dann besagt

Il Musumeci invece ne desume che in tal modo l'imperatore «intendeva [...] attribuire quel comportamento omissivo (*scil.*, il mancato pagamento delle rate residue) direttamente a Rutiliana, nonostante che esso fosse stato concretamente posto in essere dai tutori, per il fatto che [...] essendo stati dichiarati *suspecti*, essi non potevano più, a suo giudizio, considerarsi affidabili rappresentanti della pupilla. Mancando la mediazione dei tutori, era direttamente a Rutiliana che il suddetto comportamento omissivo andava allora riferito. L'editto relativo ai minori, per conseguenza, poteva trovare applicazione, secondo l'imperatore, anche con riguardo al caso in questione»⁶⁵.

die Passus *eaque effecisset, ne pareretur legi venditionis*, daß die Nichtbeibehaltung der vertraglichen Bestimmung auf 'ea = Rutiliana' zurückgeht». Egli giustifica in tal modo la propria traduzione dell'inciso (cfr. *supra*, p. 55, nt. 55).

⁶⁵ F. MUSUMECI, *Ancora sulla 'in integrum restitutio'*, cit., 255, nt. 22; ID., *Protezione*, cit., 247, nt. 25, in cui l'Autore rileva al contempo che, trattandosi di mero comportamento omissivo, l'idea dell'imperatore muoveva da una considerazione del '*cum minore gestum*' in senso non rigoroso. Ad avviso della RIZZI, *Imperator*, cit., 372, l'imperatore crea in tal modo un collegamento tra la richiesta restitutoria ed il mancato pagamento delle rate residue, ricondotto alla stessa Rutiliana. Già il MAFFEJI, *De restitutionibus in integrum*, cit., 118, aveva in un certo senso collegato la scadenza del *dies committendi* nel *tempus pupillae* con il *cum minore gestum* editale: «Verum pace tantorum virorum ipse contra sentio Rutilianam merito restitutam, quod tempus committendi

Nei confronti delle interpretazioni esaminate può essere osservato però che, tenendo presente il complesso delle circostanze che costituiscono il tessuto del frammento, le eventuali azioni della pupilla non hanno alcun rilievo. Allo stesso modo non sembra che i tutori siano così sprovveduti da farsi dominare dalla stessa, la quale invece esce nell'insieme dallo scenario tratteggiato nel frammento come una figura danneggiata. Il contenuto del passo sembra andare dunque nella direzione contraria a quella di ascrivere un ruolo troppo dinamico ed efficiente a Rutiliana. Le opinioni ricordate urtano eccessivamente contro il dato che *l'eaque effecisset, ne pareretur legi venditionis* è preceduto da quell'*imperator autem motus est, quod dies committendi in tempus pupillae incidisset*, il che indica che agli occhi dell'imperatore non era dipeso dalla pupilla — proprio perché ella si trovava in quel periodo sotto tutela — il fatto che non si effettuasse il pagamento nel giorno di scadenza.

Ai fini di una soddisfacente interpretazione dell'espressione *eaque effecisset*, appare preferibile ipotizzare dunque, già con il Bases⁶⁶, che dopo *l'eaque* sia caduto un *res*, intendendo la locuzione

in tempus pupillae incidisset: neque dici posse nihil cum pupilla gestum, cui fundus fuerat ablatum».

⁶⁶ Cfr. *Index Interpolationum*, I, cit., c. 56, ad h. l. Si vedano anche R.P.I. GIBALINI, *De Universa Rerum Humanarum Negotiatione*, I, cit., 646, 648, e J. PUGÆ ET FEIJOO, *Tractatus*, I, cit., 97.

nel senso di ‘questa circostanza’, ‘ciò’⁶⁷, e ricollegando la portata di essa alla congiuntura dell’*incidere del dies committendi nel tempus pupillae*.

⁶⁷ Cfr., ad es., le traduzioni di S. SCHIPANI, *Iustiniani Augusti Digesta*, I, cit., 331, e di M. BRUTTI, *Il diritto*², cit., 639; ID., *Il dialogo*, cit., 183. Puntuale l’interpretazione di J.E. SPRUIT - R. FEENSTRA - K.E.M. BONGENAAR, *Corpus*, II, cit., 386: «[...] en zij er de oorzaak van geweest was [...]». Si vedano anche la traduzione di LE DUC, *Traduction*, cit., 199: «[...] & que c’est ce qui avoit empêché qu’on n’eût accompli la loi du contract»; quella di B.A. RODRIGUEZ DE FONSECA, *Digesto*, cit., 290: «[...] y que en ella había consistido el que no se obedeciese la condicion puesta en la venta»; quella di G. DOMAT, *Scelta*, cit., 88: «[...] e che per questo era stata trasgredita la condizione della vendita», e quella di S.P. SCOTT, *The Civil Law*, III, cit., 95: «[...] this was good cause why the condition of the sale should not be observed [...]». La NICOSIA, *Sub condicione*, cit., 141; EAD., *In diem addictio*, cit., 174, interpreta: «[...] e la conseguenza era stata che lei (*scil.*, Rutiliana) non aveva potuto adempiere alla *lex*», mentre il CHOE, *Is the Emperor touched*, cit., 47, traspone: «[...] and on that ground, as he seemingly thought, the conditions of the sale were not observed» (ma vd. anche *supra*, p. 55, nt. 55 e p. 60, nt. 64). Da ultimo la BASSANELLI SOMMARIVA, *Lezioni*, III, cit., 308, traduce: «[...] e da questo era derivato il non rispetto del patto previsto nella compravendita». Alcuni traduttori ricollegano invece a senso l’*eaque* all’impubertà della pupilla: cfr. H. HULOT, *Les cinquante livres*, I, cit., 303; F. FORAMITI, *Corpus*, I, cit., c. 1006. Fra gli autori, cfr. A. LODS, *De la ‘lex commissoria’*, cit., 20; L. HOT, *Des droits*, cit., LXXX, mentre lo STRYKE, *Dissertatio*, cit., 10, interpreta esplicitamente: «[...] *eaque pupillaris nimirum aetas effecisset* [...]». Così anche A. FABER, *Rationalia in primam*, cit., 664: «[...] Solàque aetas puellae effecerat ne pareretur legi venditio-

6. La proposta paolina di concessione della ‘restitutio in integrum’ sulla base del rilievo della rinuncia da parte del venditore all’esercizio della ‘lex commissoria’.

Resta da chiarire la diversa soluzione proposta da Paolo per giustificare la concessione della *restitutio in integrum* a Rutiliana. Il provvedimento si sarebbe dovuto ammettere non tanto perché il *dies committendi* era caduto nel *tempus pupillae*, ma perché il venditore, continuando ad insistere presso i tutori con intimazioni e richieste di prezzo dopo la scadenza del giorno in cui si era stabilito si verificasse la *lex commissoria*, sembrava aver rinunciato all’esercizio del patto⁶⁸.

nis». D. GOTHOFREDUS, *Corpus*, cit., 171, nt. 48, annotava all’*eaque*: «vel aetas pupillae». Difficile da accettare risulta la traduzione della WANKERL, *Appello*, cit., 96, che identifica l’*ea* con ‘der Verfallstag’: peraltro talvolta la sua interpretazione dell’inciso appare in contrasto con questa identificazione, come in EAD., *op. cit.*, 103: «Der Kaiser wurde mithin dadurch bewegt, dass der Verfallstag nach dem Erbfall eintrat und deshalb nicht gezahlt wurde. Er stellt so einen Zusammenhang zwischen Erbfall und Nichtzahlung des Restpreises her [...]». Considera l’interpretazione della Wankerl una forzatura rispetto al senso naturale dell’inciso il MUSUMECI, *Protezione*, cit., 248, nt.

⁶⁸ Va rilevato che questa motivazione addotta da Paolo appare in primo piano nella versione del passo riportata nei Basilici (Bas. 10.4.38 ed. Heimbach = Bas. 10.4.38 ed. Scheltema): Ἀγοράσας ὑπὸ ἐμπρόθεσμον ὄρον ἐνδαψιλευμένου τοῦ χρόνου ἐτελεύτησα ἐπὶ ἀνήβῳ κληρονόμῳ, καὶ μὴ καταβάλλοντος αὐτοῦ τὸ λοιπὸν τοῦ τιμήματος μετὰ τὴν

προθεσίαν διαμαρτυρίαις ὁ πρᾶτης ἐχρήσατο πρὸς τὸν ἐπίτροπον καὶ μὴ καταβαλόντος αὐτοῦ διαπέπρακεν ἑτέρῳ τὸ πρᾶγμα. καλῶς ὁ ἄνηβος ἀποκαθίσταται· διαμαρτυρόμενος γὰρ μετὰ τὴν προθεσίαν ὁ πρᾶτης ἀπεῖπε τῇ προθεσίᾳ· εἰ γὰρ μὴ τοῦτο ἔπραξε, καλῶς ἂν αὐτῇ ἐκέχρητο, ὥσπερ ὁ δανειστής καλῶς τὸ ἐνέχυρον πιπράσκει, τῆς προθεσμίας τῆς καταβολῆς μετὰ θάνατον τοῦ χρεώστου πληρουμένης. Vers. Heimbach: *Emto fundo lege commissoria, intra diem committendi decessi, pupillo herede relicto: et cum is reliquum pretium non solveret, venditor post diem finitam tutori eius testato denunciaverat, ut solveret, et cum neque is solveret, alii rem vendidit. Pupillus iure restituitur. Quoniam enim venditor post diem finitam denunciavit, legi commissoriae renuntiavit: nam si hoc non fecisset, recte ea lege uteretur: sicut creditor recte pignus distrabit, die solutionis post mortem debitoris finito.* Secondo l'Anonimo la pupilla poteva essere reintegrata a buon diritto perché il venditore, avendo intimato ai tutori dopo il *dies committendi*, aveva rinunciato alla *lex commissoria*: giacché, se non avesse fatto ciò, avrebbe usato rettamente di quella legge: allo stesso modo il creditore avrebbe distratto il pegno correttamente, essendo il giorno del pagamento scaduto dopo la morte del debitore. Similmente É. CUQ, *Le conseil*, cit., 452, secondo il quale Paolo avrebbe giustificato la concessione della *restitutio in integrum* perché il venditore, con il proprio comportamento, non si sarebbe conformato alle clausole del contratto. Il CHOE, *Zur Debatte*, cit., 15 s., trova significativa la circostanza che il passo dei Basilici valorizzi soprattutto la motivazione di Paolo: il diritto bizantino seguirebbe piuttosto la dottrina dei giuristi che l'autorità imperiale. Già P. REBUFFO, *Explicitio*, cit., 419, peraltro interpretava: «Igitur ista est ratio ad istum text. nam postquam venditor petierat pretium à tutoribus, renuntiare videbatur legi commissoriae, & sic no-

lebat inemptum esse fundum, ideò non potuit variare, & illum vendere Telemacho, & sic pupilla Rutiliana poterat restitui, ut solveret pretium comprehensum in venditione.»; e J.G. HEINECCIUS, *Recitationes*, I, cit., 178: «[...] ast verius est sententiam imperatoris recte latam fuisse, ex hac ratione, quæ etiam Paulum movit, scilicet, quia post diem legis commissoriae elapsam, venditor a tutoribus minoris petendo pretium videbatur recessisse a pacto legis commissoriae, & quasi novum negotium cum minore gessisse [...] verum quidem est quod Paulus innuat imperatorem motum fuisse aliis rationibus, puta, quod lex commissoria ipsi displiceret, quod tutores, ut suspecti, remoti essent; sed hæ rationes non fuerunt sufficientes ad movendum imperatorem, verum, hanc, quam jam allegavimus, sufficientem fuisse, non negat Paulus». Anche I.G. WAGNERI, *Resolutiones Pandectarum, methodo demonstrativa adornatae*, IV, Lignitii, 1745, 201, in relazione al recesso del venditore dalla *lex commissoria* affermava: «[...] quasi novus contractus erat [...]». Secondo il RICHERI, *Universa Civilis, et Criminalis Jurisprudencia*, II, cit., 380, questa sarebbe la motivazione precipua che avrebbe indotto l'imperatore a concedere la *restitutio in integrum* alla pupilla. Menziona soltanto questa motivazione lo SCHWARTZENTHALER, *Repetitiones*, cit., 631. Sul rapporto tra il testo del Digesto ed il testo dei Basilici cfr. S. NISHIMURA, *Paul. D. 4,4,38 pr. und Bas. 10,4,38. Eine Bemerkung zur Summe des Anonymus in Bas. 10,4*, relazione inedita tenuta nell'ambito della XLIV Sessione della SIHDA (*Les droits locaux et régionaux dans le monde antique*, Seville-Jerez de la Frontera, 2-5 ottobre 1990), la cui 'Zusammenfassung' ho potuto visionare solo per la cortesia dell'Autore, che colgo l'occasione di ringraziare vivamente. Egli osserva in sostanza — desumendone il carattere autonomo del testo dei Basilici rispetto a quello del Digesto e constatando come la traduzione o il sunto siano generalmente frutto dell'interpretazione del traduttore — come le ragioni della decisione dell'Imperatore (pupillarità

Va premesso per inciso che — come abbiamo già accennato⁶⁹ — la risoluzione della vendita a causa della *lex commissoria* non si verifica automaticamente alla scadenza del termine convenuto in seguito all'inadempimento del compratore, restando in facoltà del venditore avvalersi o meno della clausola⁷⁰, e che una richiesta di pagamento

dell'erede, atteggiamento ostile alla *lex commissoria*, destituzione dei *tutores*) non siano riportate nella *Summa* greca dell'Anonimo, ma sia resa nota soltanto la spiegazione 'teorica' di Paolo circa la perdita del diritto di recesso da parte del venditore a causa dei ripetuti solleciti effettuati ai tutori per il pagamento del prezzo dopo la scadenza prevista.

⁶⁹ Cfr. *supra*, § 3c.

⁷⁰ Cfr. Pomp. 35 *ad Sab.* D. 18.3.2; Ulp. 32 *ad ed.* D. 18.3.4.2; Ulp. 30 *ad ed.* D. 18.3.3. Su questo diritto di scelta del venditore, si veda già J. CUJACIUS, *Comment. in Lib. III. Respons. Papin.*, in *Opera omnia*, IV, Neapoli, 1758, cc. 969 s.; E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, Berlin, 1918, 33 s.; F. WIEACKER, *Lex commissoria*, cit., 34 s., che lo considera come un elemento di dettaglio disperso nelle fonti in modo asistematico, ciò che induce l'Archi (cfr. *La restituzione dei frutti nelle vendite con 'in diem addictio' e con 'lex commissoria'*, in *Studi in memoria di U. Ratti*, Milano 1934, 328, nt.) a muovergli l'appunto di non ascrivere il giusto valore a tale istituto; G.G. ARCHI, *Il trasferimento*, cit., 120, 134; E. LEVY, *Zu den Rücktrittsvorbehalten*, cit., 113 s. (= *Gesammelte Schriften*, I, cit., 265); C. LONGO, *Corso di diritto romano. Parte speciale, La compravendita*, Milano, 1937, 378; F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte*, cit., 71, 74, 77, 116 s.; B. KUPISCH, *Rutiliana pupilla*, cit., 259 e nt. 43; D. LIEBS, *Der Sieg*, cit., 375 e nt. 7, 382; C. SICKINGER, *Gefahrtragung und Haftung beim Rücktritt vom Kaufvertrag*, Diss., Bonn, 1994, 91 ss.; E. RODRÍGUEZ

del prezzo da parte del venditore effettuata dopo il termine di scadenza può essere interpretata in senso concludente come rinuncia a giovare della *lex commissoria*⁷¹. Tutto ciò rappresenta una conseguenza della circostanza che il contratto di com-

DÍAZ, *De la noción de contrato al ‘pactum displicentiae’ en derecho romano*, Oviedo, 1998, 167, nt. 30; P. ZILLOTTO, *Vendita con ‘lex commissoria’*, cit., 504 ss. (= *SDHI*, LXIX, 2003, 355 ss. = *Scambio e gratuità*, cit., 395 ss.); E. NICOSIA, *Sub condicione*, cit., 125 ss.; EAD., *In diem addictio*, cit., 157 ss.; M. NASSER OLEA, *Asimilaciones a la compraventa en el derecho romano (Distintas formas de la ‘causa pro emptore’)*, Santiago, 2010, 130 s.

⁷¹ Già Scaev. 2 *resp.* D. 18.3.6.2 aveva parlato di un ‘recesso’ del venditore dalla *lex commissoria* a seguito del suo *accipere* una parte del residuo prezzo dopo il *dies committendi* (*Post diem lege commissoria comprehensum venditor partem reliquae pecuniae accepit. respondit, si post statutum diem reliquae pecuniae venditor legem dictam non exercuisset et partem reliqui debiti accepisset, videri recessum a commissoria*); poi Papiniano, nel libro terzo dei suoi *Responsa* (*Vat. Fragm.* 3: *Venditor, qui legem commissoriam exercere noluit, ob residuum pretium iudicio venditi recte agit; quo secuto, legi renuntiatum videtur*), aveva arguito la rinuncia del venditore all’esercizio della *lex commissoria* solo dopo l’esperimento dell’*actio venditi* per il residuo del prezzo. Più tardi una conseguenza diversa dalla stessa premessa veniva tratta da Alessandro Severo in Imp. Alexander A. Claudio Iuliano et Proculiano C. 4.54.4 (*Commissoriae venditionis legem exercere non potest, qui post praestitutum pretii solvendi diem non vindicationem rei eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit*), mentre la definitiva sanzione della modalità in questione avrebbe avuto luogo ad opera di un giurista di età diocleziano-costantiniana, e cioè Ermogeniano (2 *iur. epit.* D. 18.3.7: *Post diem commissoriae legi praestitutum si venditor pretium petat, legi commissoriae renuntiatum videtur, nec variare et ad hanc redire potest*).

pravendita con *lex commissoria* viene per lo più interpretato dai giuristi romani — anziché come un contratto sottoposto a condizione risolutiva⁷² —

⁷² Ciò che è invece ritenuto da una parte della dottrina: cfr. L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, Leipzig, 1908, 178 ss.; R. HENLE, *Die rechtliche Natur der 'in diem additio' beim Kaufvertrage*, in *Festschrift P. Koschaker zum 60. Geburtstag überreicht von seinen Fachgenossen*, Weimar, 1939, 188 ss.; G. SCHERILLO, *Corso di istituzioni di diritto romano*², Milano, 1962, 432; M. KASER, *Das römische Privatrecht. I. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*², München, 1971, 257 (ma si veda anche l'edizione del 1955, p. 221); F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte*, cit., 93 ss.; M. TALAMANCA, *Recensione a F. PETERS, Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrecht*, Köln-Wien, 1973, in *Iura*, XXIV, 1973, 376 e nt. 35, 392 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, II, rist. anast., Napoli, 1980, 405 ss. (con revirement di posizione dalle *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1960, 84 s.); M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 251 s., 592; ID., *Elementi di diritto privato romano*, Milano, 2001, 133, 306 (ma in una presa di posizione successiva, e cioè nel saggio *La risoluzione della compravendita e le conseguenti azioni di restituzione nel diritto romano*, in *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione* [Seminaro ARISTEC per Berthold Kupisch, Roma 20-22 giugno 2002], a cura di L. Vacca, Torino, 2006, 13, quest'ultimo Autore afferma che «le dette clausole risolutive — *scil.*, i 'Rücktrittsvorbehalte' tipici della compravendita — non funzionano come condizioni risolutive immediatamente collegate all'evento considerato, ma attribuiscono soltanto un diritto di recesso alla parte interessata». Dal punto di vista della consapevolezza e delle concettualizzazioni dei giuristi romani potrebbero residuare però a suo avviso dei dubbi, che emergerebbero in particolare da Ulp. 28 *ad Sab. D.* 18.2.2 pr. e da Ulp. 28 *ad Sab. D.* 18.3.1, te-

sto in cui l'espressione *sub condicione resolvi* sembrerebbe indicare nel senso della condizione risolutiva [cfr. *ibidem*, 14, nt.); W. KUNKEL - H. HONSELL - TH. MAYER-MALY - W. SELB, *Römisches Recht*⁴, Berlin-Heidelberg, 1987, 92, 321 e nt. 17; M. KNELLWOLF, *Zur Konstruktion des Kaufes auf Probe. Die Gefallensbedingung und ihr Verhältnis zur Wollensbedingung, Resolutivbedingung und Rücktrittsrecht (dargestellt nach pandektistischen Grundsätzen)*, Diss., Zürich, 1987, 108 ss., 119 ss., 126, 160; L. HERNANDEZ-TEJERO, *Pactos añadidos a la compraventa*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor J.L. Murga Gener*, Madrid, 1994, 567; D. JOHNSTON, *Sale and transfer of title in Roman and Scots law*, in *The Roman law tradition*, Cambridge, 1994, 183 s.; B.B. QUEIROZ DE MORAES, *A configuração das condições no Direito Romano e a 'in diem additio'*, in *Rev. Fac. Dir. Fund. A. A. Penteadó*, IV, 2007, 64 ss.; ID., *A configuração da 'in diem additio' como condição resolutive no direito clássico*, in *RGDR*, XIII, 2009, 1 ss.; ID., *Pacto de melhor comprador: configuração no direito romano ('in diem additio') e projeções no direito atual*, Madrid, 2010, 74 ss.; A. PÓKECZ KOVÁCS, *Rücktrittsvorbehalt und 'pactum displicentiae' (Ulp. D. 19.5.20 pr.)*, in *RIDA*, LVIII, 2011, 320 ss.; ID., *Advantages and Disadvantages ('commodum et incommodum') by the 'in diem additio'*, in *Liber Amicorum G. Tsuno*, a cura di F. Sturm, Ph. Thomas, J. Otto, H. Mori, Frankfurt am Main, 2013, 324 ss. (colgo l'occasione per ringraziare l'Autore, che mi ha cortesemente inviato quest'ultimo articolo subito dopo la pubblicazione nella raccolta, la quale non era reperibile nelle biblioteche italiane. In relazione alla configurazione delle clausole di recesso, nell'ambito della esegesi di Ulp. 28 *ad Sab. D. 18.2.2 pr.*, egli però, a p. 324, afferma: «Of course, the Romans themselves did not differentiate between the modern categories of condition precedent (*condicio suspensiva*) and condition subsequent (*condicio resolutive*), but they realized the difference between the legal consequences of these legal categories»; e a p. 327: «This thesis is based on the fact

that the legal consequences of a purchase contract concluded without conditions came to force immediately (*pura emptio*). The situation is the same if the parties agreed that the valid contract becomes null and void retrospectively if certain — but future and insecure in their nature — conditions emerge (*sub condicione resoluitur*). It seems, the legal consequences are the same as the legal consequences of *condicio resolutive*. Contrary to this, no valid contract is concluded if it depends on a condition (*condicionalis emptio*): in this case the contract becomes valid only in the absence of a more advantageous offer. In this case the legal consequences are the same as in case of a condition precedent (*condicio suspensiva*)». Tale ultima affermazione sembra tuttavia contraddetta a p. 325: «[...] the expression of ‘*condicionalis emptio*’ did not refer to a conditional sale, but to a purchase contract concluded with a condition subsequent». Ritiene invece il MISERA, *Der Kauf auf Probe im klassischen römischen Recht*, in *ANRW*, XIV, Berlin-New York, 1982, 564, che sia possibile rinvenire nelle fonti sia formulazioni che ricordano la vigente condizione risolutiva, sia la costruzione dell’*emptio pura* collegata con un patto di risoluzione sottoposto a condizione sospensiva. Analogamente M. HOHLWECK, *Nebenabreden. ‘Pacta’ im römischen und im modernen Recht*, Bielefeld, 1996, 17 s., ed A.H. SCHELTEMA, *De goederenrechtelijke werking*, cit., 64 ss., 407 s. (su cui cfr. TH. FINKENAUER, *Recensione* ad A.H. SCHELTEMA, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, Den Haag, 2003, in *ZSS. Germ.*, CXXIII, 2006, 440 s.; e F. WUBBE, *Recensione* ad A.H. SCHELTEMA, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, Den Haag, 2003, in *ZSS*, CXXIII, 2006, 468 ss.), il quale sostiene che senz’altro i giuristi romani avessero potuto configurare un tipo di condizione risolutiva conforme a quello attualmente vigente, ma non esclude che secondo il loro avviso l’effetto risolutivo potesse essere ottenuto anche

come un contratto puro accompagnato da un patto di risoluzione condizionato sospensivamente, in cui l'avverarsi dell'evento futuro ed incerto oggetto della condizione previsto dalle parti (il mancato pagamento del prezzo entro un certo termine) opera solo in via mediata, quale presupposto del potere di recesso del venditore⁷³.

per mezzo di un patto di risoluzione condizionato sospensivamente.

⁷³ Cfr. in tal senso proprio una testimonianza di provenienza paolina, Paul. 54 *ad ed.* D. 41.4.2.3, ed Ulp. 28 *ad Sab.* D. 18.3.1. Già ad avviso della dottrina pandettistica i giuristi classici non avrebbero ancora compiuto il cammino evolutivo nella direzione di un riconoscimento giuridico della tecnica condizione risolutiva in senso proprio, bensì avrebbero interpretato il contratto di compravendita con clausola risolutiva come concluso ‘pure’, cioè non condizionatamente, ma affiancato da un patto che ne prevedesse la risoluzione, sottoposto a propria volta a condizione sospensiva. Tale orientamento si è poi tramandato alla letteratura del XX secolo: cfr. F. SENN, *L’“in diem addictio”*, in *NRHD*, XXXVII, 1913, 292 ss.; R.P. CLEVERINGA, *De zakelijke werking der ontbindende voorwaarde*, diss., Leiden, 1919, 6 ss.; C. LONGO, *Sulla “in diem addictio” e sulla “lex commissoria” nella vendita*, in *BIDR*, XXXI, 1921, 40 ss., 46 ss.; G. VON BESELER, *Miscellanea critica. In diem addictio*, in *ZSS*, XLIII, 1922, 434; P.E. VIARD, *Les pactes adjoints aux contrats en droit romain classique*, Paris, 1929, 61 ss.; F. WIEACKER, *Lex commissoria*, cit., 31 ss.; H. SIEG, *Quellenkritische Studien zur Bessergebotsklausel (“in diem addictio”) im römischen Kaufrecht*, Hamburg, 1933, 10 s.; G.G. ARCHI, *La restituzione*, cit., 327 e nt. 1; ID., *Il trasferimento*, cit., 120, 122, nt. 1; G. VON BESELER, *Romanistische Studien. Zu den Rücktrittsvorbehalten des römischen Kaufs*, in *ZSS*, LIV, 1934, 6; E. LEVY, *Zu den Rücktrittsvorbehalten*, cit., 110 (= *Gesammelte*

Schriften, II, cit., 262); S. ROMANO, *Note sulla 'in diem addictio'*, in *Studi Pavia*, XXII, 1937, 289 ss.; S.A. PAUTASSO, *La 'in diem addictio'*, in *BUC*, XV, 1951, 54 ss.; F. DE FONTETTE, *Recherches sur l'in diem addictio'*, in *Studi in onore di P. de Francisci*, III, Milano, 1956, 548; P. RASI, *Il patto di riscatto nella compravendita*, I, in *Annali Camerino*, XXIV, 1958, 19 ss.; G.G. ARCHI, voce *Condizione (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 743 ss.; A. BISCARDI, *La 'lex commissoria' nel sistema delle garanzie reali*, in *Studi in onore di E. Betti*, II, Padova, 1962, 577; J.H. MICHEL, *L'influence de la 'lex venditionis' sur les règles du contrat de vente*, in *RIDA*, XIII, 1966, 335; U. WESEL, *Zur dinglichen Wirkung der Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufs*, in *ZSS*, LXXXV, 1968, 104; V. KURZ, *Vor- und Rückwirkungen im klassischen römischen Recht*, Diss., Freiburg i. Br., 1971, 27 ss.; G. WESENER, *Pendenz, Vorwirkungen und Rückwirkung der aufschiebenden Bedingung im römischen Recht*, in *Festgabe für A. Herdlitzka zu seinem 75. Geburtstag*, a cura di F. Horak, W. Waldstein, München-Salzburg, 1972, 265, 269; A. D'ORS, *Una nota sobre la contractualización de las entregas a prueba en derecho romano*, in *AHDE*, XLV, 1975, 595; H.G. LESER, *Der Rücktritt vom Vertrag*, Tübingen, 1975, 17; B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, 1982, 327 ss., 332 e nt. 357; P. CERAMI, voce *Risoluzione del contratto (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1287; G. JAHR, *Auflösende Bedingungen und Befristungen im klassischen römischen Recht*, in *Festschrift für H. Niederländer zum siebenzigsten Geburtstag am. 10. Februar 1991*, a cura di E. Jayme, A. Laufs, K. Misera, G. Reinhart, R. Serick, Heidelberg, 1991, 27 ss., 30, ntt. 14 e 30, 34, 39; L. MANNA, *'Actio redhibitoria' e responsabilità per i vizi della cosa nell'editto 'de mancipiis vendundis'*, Milano, 1994, 89 ss.; C. SICKINGER, *Gefahrtragung*, cit., 91; F.J. ROVIRA JAÉN, *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles (su razón histórica)*, Madrid, 1996, 41 ss.; G. BRANDI, *Il patto di riscatto nel diritto romano*, in *Studi urb.*, LXV, 1996-1997, 126 ss.; A. GUZMAN BRITO, *Derecho Privado Romano*, II, Barcelona-Buenos Aires-

México D. F.-Santiago de Chile, 1997, 151 ss.; E. RODRÍGUEZ DÍAZ, *De la noción*, cit., 157 s., 167, nt. 30, 180 s., 222; ID., *Antecedentes históricos del art. 1453 del Código civil español*, in *RIDA*, XLV, 1998, 606, 609 ss., 644 ss. Quanto alla letteratura del XXI secolo, si vedano M. PENNITZ, *Das ‘periculum rei-venditae’. Ein Beitrag zum ‘aktionrechtlichen Denken’ im römischen Privatrecht*, Wien-Köln-Weimar, 2000, 246; L. GAROFALO, *Scienza giuridica, Europa, Stati: una dialettica incessante*, in *Iura*, LII, 2001, 141 ss. (= *Europa e dir. priv.*, VI, 2004, 918 ss. = *Harmonisation involves history? Il diritto privato europeo al vaglio della comparazione e della storia [Foggia 20-21 giugno 2003]*, a cura di O. Troiano, G. Rizzelli, M.N. Miletta, Milano, 2004, 100 ss. = L. GAROFALO, *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Saggi*, Padova, 2005, 128 ss. = ID., *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova, 2008, 12 ss.); TH. FINKENAUER, §§ 158-163, *Bedingung und Zeitbestimmung*, in *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB. I. Allgemeiner Teil*, §§ 1-240, a cura di M. Schmoeckel, J. Rückert, R. Zimmermann, Tübingen, 2003, 885; A.M. GIOMARO - C. BRANCATI, *Percorsi guidati e metodologia di analisi giuridica*, Pesaro, 2005, 87; E. NICOSIA, ‘*Conditio*’ e *clausole di risoluzione della ‘emptio venditio*’, I, Catania, 2005, passim; R. KNÜTEL, *I compiti della romanistica nel nostro tempo*, in *Dieter Nörr e la romanistica europea tra XX e XXI secolo. Atti del convegno (Torino, 26-27 maggio 2005)*, a cura di E. Stolfi, Torino, 2006, 142 s.; A. MOHINO MANRIQUE, *Pactos en el contrato de compraventa en interés del vendedor*, Madrid, 2006, 68, 128 s.; E. CHEVREAU - Y. MAUSEN - C. BOUGLÉ, *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, 2007, 27; D. LIEBS, *Vor den Richtern*, cit., 149, 154 s.; G. ROSSETTI, *Interdipendenza delle obbligazioni e ‘risoluzione’ della ‘emptio venditio’: alcune soluzioni casistiche della giurisprudenza classica*, in *La compravendita e l’interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2007, 12; O. SACCHI, ‘*Lex commissoria*’ e *divieto del patto commissorio. Autonomia negoziale o tutela del contraente più debole?*, in *Ius Antiquum*, XIX, 2007, 2 ss.; D.

EFFER-UHE, *Die Wirkung der 'condicio' im römischen Recht*, Baden-Baden, 2008, 125 ss.; P. PICHONNAZ, *Les fondements romains du droit privé*, Genève-Zurich-Bâle, 2008, 448; A. LOVATO, *Giulio Paolo*, cit., 501, nt. 17; E. NICOSIA, *Sub condicione*, cit., passim; V. WANKERL, *Appello*, cit., 98; H. HONSELL, *Römisches Recht*⁷, Berlin-Heidelberg, 2010, 139; D. CAMACHO ALONSO, *Transmisión y reserva de la propiedad en el contrato de compraventa*, in RGDR, XV, 2010, 25; M.B. ALVAREZ, *Pactos accessorios al contrato de compraventa en el derecho romano y su recepción en el derecho argentino*, in RGDR, XVI, 2011, 1 s.; A. CABALLÉ MARTORELL, *Efectos*, cit., 11 ss.; V. MANNINO, *Introduzione alla storia del diritto privato dei Romani*², Torino, 2011, 353 ss., 463 s.; D. TUZOV, *La 'rescissio' della compravendita nel diritto romano tardo classico e postclassico*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'*. In ricordo di Mario Talamanca, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2011, 846 ss., 858; P. APATHY - G. KLINGENBERG - M. PENNITZ, *Einführung in das römische Recht*⁵, Wien-Köln-Weimar, 2012, 186 s.; G. MANCINI, *Profili di storia del diritto privato romano*, II, Villamagna, 2012, 581; G. PUGLIESE - F. SITZIA - L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 2012, 160, 333; B.J. CHOE, *Zur Debatte*, cit., 6 s.; E. NICOSIA, *In diem addictio*, cit., passim; A. LOVATO - S. PULIATTI - L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto romano privato*, Torino, 2014, 229 s. Tiene fuori dalla propria analisi tale questione dogmatica la ZILLOTTO, *Vendita con 'lex commissoria'*, cit., 476, nt. 1 (= SDHI, LXIX, 2003, 335, nt. 1 = *Scambio e gratuità*, cit., 368, nt. 1), ma dall'uso di talune espressioni pare potersi arguire che l'Autrice si collochi in questo filone dottrinale: cfr. pp. 479, nt. 5, 482, nt. 8, 496, nt. 27, 504, nt. 51, 505, nt. 53 (= SDHI, LXIX, 2003, 338, nt. 5, 339, nt. 8, 349, nt. 27, 355, nt. 51, 356, nt. 53 = *Scambio e gratuità*, cit., 372, nt., 374, nt. 8, 388, nt. 27, 396, nt., 397, nt. 53). Un orientamento che diverge dalle due correnti dottrinali ricordate è quello seguito dal FLUME, *Die Aufhebungsabreden*, cit., 309 ss.; ID., *Rechtsakt*, cit., 147 ss. (cfr., adesivamente, K. LUIG, *Recen-*

Ora l'affermazione paolina — in cui è di rilievo la presenza del *dicebam*, non ad es. di un *cogitabam*, nel senso che pare trattarsi più di una dichiarazione data per certa che della formazione di un contenuto mentale definibile in rapporto ad una supposizione, come se l'idea espressa da

sione a W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn-München-Wien-Zürich, 1990, in *Ius Commune*, XIX, 1992, 293, 296), secondo il quale le 'Nebenabreden' sarebbero semplici convenzioni sulla base delle quali il venditore può risolvere la vendita, prevedendo esse un meccanismo risolutorio non condizionato, ma destinato a funzionare eventualmente ed in un certo modo: poiché la dommatica dei giuristi romani avrebbe riferito la condizione all'atto giuridico, e non al rapporto, e poiché una condizione risolutiva avrebbe potuto essere concepita esclusivamente in relazione al rapporto, i *prudentes* avrebbero conosciuto solo la condizione sospensiva. Di recente, L'EFFER-UHE, *Die Wirkung*, cit., passim, è pervenuto alla conclusione che fino al periodo alto-classico sussistessero una teoria sabiniana, secondo la quale l'atto giuridico condizionato si sarebbe perfezionato solo al momento dell'avveramento della condizione, ed una concezione contraria serviana seguita dai primi proculiani, che avrebbe considerato solo l'effetto giuridico come sospeso dalla condizione, mentre l'atto si sarebbe già potuto perfezionare *pendente condicione*: in quanto risultato della convergenza delle scuole, la concezione della 'Bedingtheit' dell'atto giuridico si sarebbe imposta al più tardi nel periodo alto-classico. Tuttavia nel campo del diritto delle obbligazioni, a differenza che nell'*ususfructus*, una pura condizione risolutiva, pur possibile concettualmente per i sostenitori dell'opinione serviana, sarebbe rimasta sempre sconosciuta.

quell'asserzione rappresentasse già *ius receptum*⁷⁴ — mette in evidenza un presupposto: la possibilità di *restituere in integrum*, che il giurista invece, attraverso la precedente motivazione *quod pater eius, non ipsa contraxerat*, aveva negato. Il 'Klauselverfall' secondo Paolo aveva avuto luogo, ma il venditore vi aveva rinunciato con il chiedere il pagamento del prezzo ai tutori dopo il *dies committendi*: ciò avrebbe determinato l'ammissibilità della reintegrazione⁷⁵.

⁷⁴ Il *dicebam*, ad avviso del CHOE, *Zur Debatte*, cit., 15 «deutet wohl auf die Hartnäckigkeit des Paulus hin, dem der Fall vermutlich als ein Machtspruch erscheint». Paolo, in effetti, argomenterebbe secondo la dottrina giuridica vigente (cfr. ID., op. cit., 17).

⁷⁵ Proprio ai fini di spiegare la possibile correlazione esistente tra l'ammissibilità della *restitutio in integrum* e la rinuncia del venditore alla *lex commissoria*, la dottrina più antica (cfr. M.W. DE RAADT, *Specimen*, cit., 9; J.A. ACCARIAS, *Etude*, cit., 93; J. LEVEILLÉ, *De la résolution pour inexécution des charges*, thèse, Rennes, 1858, 38 s.; L. NAZ, *Essai*, cit., 57 ss.; A. DÉTÉ, *De la 'lex commissoria'*, cit., 24; F. DESCHAMPS, *De la 'lex commissoria'*, cit., 42 ss.; C. PIERINI, *La legge commissoria*, cit., 33 ss.) si concentrava sulla natura e sugli effetti della *denuntiatio*, della *interpellatio* e della *petitio pretii*, e sul rapporto di esse con l'esercizio della *lex commissoria*, estendendo la propria analisi anche ad altri frammenti, quali Ulp. 32 *ad ed.* D. 18.3.4.4, Afr. 7 *quaest.* D. 44.7.23, Scaev. 7 *dig.* D. 18.5.10 pr., Hermog. 2 *iur. epit.* D. 18.3.7, Imp. Iustinianus A. Menae pp. C. 8.38.12 (a. 529): mentre cioè alcuni *prudentes* avrebbero inteso la *petitio pretii* nel senso di una domanda extragiudiziale del prezzo, ed accomunato ad essa la *denuntiatio* e la *interpellatio*, ritenendo che tutte e tre potessero implicare, una volta avanzate dopo il *dies*

committendi, una rinuncia del venditore ad esercitare la *lex commissoria*, altri avrebbero distinto da un lato la *denuntiatio* e la *interpellatio* come intimazioni extragiudiziali, e dall'altro la *petitio pretii*, come domanda giudiziale, reputando che solo l'esperienza di quest'ultima dopo il *dies committendi* concretizzasse l'intenzione del venditore di rinunciare ad avvalersi della clausola commissoria. Fra questi ultimi giuristi si sarebbe collocato ad es. Marcello, che in Ulp. 32 *ad ed.* D. 18.3.4.4 mostrava di esigere un'*interpellatio* preliminare all'esercizio della *lex commissoria*, quasi come se ritenesse che tale intimazione non facesse perdere al venditore il diritto di agire per la risoluzione del contratto, mentre Ulpiano avrebbe reputato che ai fini di evitare le conseguenze della *lex commissoria* il compratore avrebbe dovuto offrire il pagamento, piuttosto che attendere di essere interpellato, facendo intendere così che la *lex commissoria* potesse aver luogo indipendentemente da ogni *interpellatio*. Africano in D. 44.7.23 (7 *quaest.*) e Scevola in D. 18.5.10 pr. (7 *dig.*) avrebbero fatto applicazione di quest'ultimo principio, sanzionato infine da Giustiniano in Imp. Iustinianus A. Menae pp. C. 8.38.12 (a. 529). Ermogeniano, invece, allo stesso modo di Marcello, avrebbe considerato soltanto la *petitio pretii* giudiziale effettuata dopo il *dies committendi* come una rinuncia decisiva all'azione in risoluzione del contratto (2 *iur. epit.* D. 18.3.7): questo sarebbe stato anche l'avviso dell'imperatore in Paul. 1 *decr.* D. 4.4.38 pr., mentre Paolo avrebbe usato la parola *petitio* nel senso di domanda stragiudiziale del prezzo, come sinonimo di *denuntiatio*, ed avrebbe visto — anche se con una certa esitazione — in questo reclamo del prezzo un comportamento che poteva essere considerato come implicante la rinuncia del venditore all'esercizio della *lex commissoria*. Antonio Fabro si sarebbe basato sulla opinione di Ulpiano in D. 18.3.4.4 (32 *ad ed.*) e sulla tesi che sosteneva Paolo in D. 4.4.38 pr. (1 *decr.*), quando affermava che se il venditore non era obbligato a rivolgere al compratore un'*interpellatio*, allo scopo di

ottenere il pagamento del prezzo, era perché prima della scadenza del termine l'*interpellatio* non sarebbe stata lecita, ed una volta scaduto il termine, essa sarebbe stata pericolosa, giacché se in questo caso il venditore l'avesse effettuata, avrebbe rinunciato per ciò stesso ad avvalersi della risoluzione del contratto, e avrebbe preso partito per l'adempimento di esso (A. FABER, *Rationalia in tertiam partem Pandectarum*, cit., 353 s.). Questa spiegazione era stata criticata dal Cuiacio, il quale rimproverava al Fabro di aver confuso in modo increscioso la domanda giudiziale del prezzo (*petitio*) e l'interpello extragiudiziale (*interpellatio* o *denuntiatio*). Soltanto la domanda giudiziale del prezzo avrebbe comportato rinuncia all'azione in risoluzione del contratto: la semplice *denuntiatio* effettuata dopo il termine di scadenza non avrebbe impedito al venditore di domandare la risoluzione della vendita. Il giureconsulto francese poteva basarsi in questo senso sulla soluzione di Marcello in Ulp. 32 *ad ed.* D. 18.3.4.4, sul rigetto che l'imperatore faceva dell'avviso di Paolo in Paul. 1 *decr.* D. 4.4.38 pr., e sull'opinione di Ermogeniano in D. 18.3.7 (2 *iur. epit.*). Nel *Commentarius ad tit. de minoribus*, cit., c. 1008, egli, in riferimento alla rinuncia alla *lex commissoria* posta in essere dal venditore attraverso la *denuntiatio* effettuata dopo il giorno di scadenza della clausola e la richiesta di pagamento del prezzo, affermava: «Verum hæc ratio si fuit idonea, cur eam non spectavit Imperator? cur non Prætor? cur non Præf. urbi? & nihilominus ipse Paulus cur putabat a Præto-re, & Præf. urbi esse bene iudicatum? Non dixi idoneam esse, sed probabiliorem ceteris. Idonea non est, quia denuntiavit tantum, non etiam petiit per iudicem. Ut vero recessisse a lege commissoria videatur, necesse est eum, vel pretii partem accipere, vel pretium petere per iudicem, l. 4. §. *eleganter*, l. *de die*, §. *ult. l. pen. inf. de lege commis.* nam si petiit extra iudicium, ei licuit variare». Cfr., in senso analogo, J. PUGÆ ET FEIJOO, *Tractatus*, I, cit., 99: «Cum quo sæpè venditor super pretii petitionem tutoribus denuntia-

tionem fecisset, nec tamen litem unquam contestatus cum eis fuisset, rectè potuit legem commissoriam exercere [...] at verò jus eligendi quod habet venditor resolutò contractu non consumitur per extrajudicalem pretii petitionem, sed potius per litem contestationem, quia actionem habet, electionem scilicet actionis ex vendito, & rei vindicationis ad rem recipiendam, aut actionis ex vendito ad pretium petendum; non verò potest actio electa dici, nisi quæ in iudicium deducta fuerit, qua ratione judicialis pretii petitio exigitur, ut legi commissoriæ renuntiasset venditor intelligatur»; R.P.I. GIBALINI, *De Universa Rerum Humanarum Negotiatione*, I, cit., 649. Più recentemente la NICOSIA, *In diem addictio*, cit., 219 ss., ha ritenuto che tanto Ulpiano 32 *ad ed.* D. 18.3.4.2 (richiamando l’opinione di Papiniano, sulla quale vd. pure *Vat. Fragm.* 4) quanto Ermogeniano 2 *iur. epit.* D. 18.3.7, impiegando il verbo *petere*, facciano chiaramente riferimento ad una pretesa vantata processualmente. L’*interpellatio* cui fa riferimento Marcello (e con lui Ulpiano) in D. 18.3.4.4 (32 *ad ed.*) sarebbe invece una richiesta informale di pagamento, la quale, a differenza della domanda giudiziale, non comporterebbe la perdita delle facoltà spettanti in virtù della *lex commissoria*. Il CHOE, *Zur Debatte*, cit., 17 s., crede invece che il Cuiacio non interpreti adeguatamente l’opinione di Paolo: una richiesta extragiudiziale del pagamento del prezzo sarebbe stata sufficiente a concretizzare una rinuncia alla *lex commissoria*, perché il motivo della irrevocabilità della scelta del venditore avrebbe risieduto nella tutela della fiducia costituita dalla scelta presso il compratore. Qualche antico interprete, isolatamente, subordinava poi l’efficacia della rinuncia del venditore alla *lex commissoria* alla condizione ‘*si emptor tunc solvat*’: cfr. L.A. DE DIEUDONNÉ, *Dissertatio inauguralis juridica de interpretatione ambiguitatum obscuritatumque quae in conventionibus ac testamentis saepissime inveniuntur*, Lovanii, 1825, 59 s.: «[...] legem 7. ff. de lege comm. sic intelligi debere: quod venditor post diem petendo pretium tacite quidem renuntiaverit legi

Al fine di chiarire la portata di questa osservazione di Paolo, alcuni autori hanno congetturato che il giurista cercasse in qualche modo di motivare su basi giuridiche la soluzione equitativa dell'imperatore, posto che le ragioni che avevano determinato quest'ultimo a decidere sarebbero state ragioni di fatto — attinte nelle circostanze particolari della fattispecie che gli era stata sottoposta — che non potevano servire da argomento per generalizzare la sua soluzione. Se l'avviso dell'imperatore era fondato, occorreva piuttosto giustificarlo dal punto di vista del diritto⁷⁶.

commissoriae, sed tantum sub conditione *si emptor tunc solvat*, si vero non solvat, redire possit ad legem commissoriam. Hic explicanda est lex 38. ff. de minor. [...] per hanc enim petitionem venditor minori, facultatem dabat, ut posset legem comm. evitare, si adhuc solvere vellet, perinde itaque ac si venditor pupillae promississet, ut si ipsa solveret, renuntiaret legi comm. Haec lex probat venditorem, qui die legis comm. elapso. petit pretium, tantum renuntiare sub conditione: “Si emptor nunc pretium solvere velit”. Ita ut si hic adhuc in mora maneat, iterum possit venditor in possessionem fundi venditi redire; nam in casu legis 38 de minor. pupilla non indignisset restitutione in integrum, sed venditor nullo modo bona recuperare potuisset, si in aeternum renuntiare censeretur petendo pretium”.

⁷⁶ Nella letteratura più antica cfr. M.W. DE RAADT, *Specimen*, cit., 8: «Ne tamen directe opinionem Caracallae oppugnet Paulus, eam potius inivit viam, ut colorem quaereret, memor, se disputare cum eo, qui propter majestatem Imperatoriam sacrosanctus sit habendus [...] Temperamentum hoc colorem voco, dum non per restitutionem in integrum, quam Imperator indulserat, sed via juris solita urgeri poterat, venditorem, pretium petendo, pacto legis

Ma vi è stato invece chi ha sostenuto che fosse Paolo a ricorrere a ragioni equitative per favorire l'istante ed a far leva sulla situazione di fatto — piuttosto che su quella di diritto — nel momento in cui egli si appigliava alle intimazioni di pagamento effettuate dal venditore dopo la scadenza del termine, ed interpretava l'atteggiamento di Ovinio come rinuncia tacita all'esercizio del patto commissorio⁷⁷.

commissoriae renunciasset»; G. LACOUR, *Du pacte commissoire*, cit., 17; A. CHARVET, *Etude*, cit., 53; L. HOT, *Des droits*, cit., LXXX. Nella dottrina del XX secolo si vedano V. SCIALOJA, *Compra-vendita*, cit., 362; G.G. ARCHI, *La restituzione*, cit., 347; M. SARGENTI, *Aspetti*, cit., 264, nt., secondo il quale Paolo, dopo aver espresso l'opinione che il pretore ed il *praefectus urbi* avessero rettamente deciso, di fronte al diverso orientamento manifestato dall'imperatore, ripiegava su un argomento subordinato, che gli sembrava potesse giustificare meglio la *restitutio in integrum*: il che, pur dimostrando una certa adattabilità al punto di vista imperiale, non si traduceva in un'acquiescenza tale da far dimenticare la ricerca di un adeguato fondamento giuridico della decisione. Per la base giuridica della soluzione paolina, cfr. anche C. SANFILIPPO, *Pauli Decretorum libri*, cit., 26; F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte*, cit., 80; e B.J. CHOE, *Zur Debatte*, cit., 15. Ad avviso dell'HONORÉ, *Emperors*², cit., 21, Paolo avrebbe voluto persuadere Severo a porre la sua decisione su una base più tradizionale. Il NÖRR, *Rechtskritik*, cit., 128 e la WANKERL, *Appello*, cit., 103, 160, nt. 831, ritengono che la giustificazione alternativa di Paolo mirasse a fornire un sostegno dogmatico più convincente alla decisione dell'imperatore.

⁷⁷ Cfr. A. BURDESE, *Di un particolare caso*, cit., 81 s.

Un'altra parte della dottrina ha intravisto un vizio nel ragionamento di Paolo: se il venditore aveva rinunciato ad avvalersi del patto commissorio, il contratto di compravendita avrebbe continuato ad esistere, insieme ai mezzi ordinari di tutela, per cui Rutiliana non avrebbe avuto più bisogno di essere rimessa nella posizione precedente, trovandosi ancora in essa. Allora la *restitutio in integrum* invocata dalla fanciulla non avrebbe rievisto alcuna utilità al fine di far riacquistare efficacia alla prima compravendita, la quale non sarebbe mai venuta meno⁷⁸.

⁷⁸ Già il GIBALINI, *De Universa Rerum Humanarum Negotiatione*, I, cit., 648 s., rilevava: «[...] hæc tamen ratio si quid probaret, ostenderet pupillam in hac specie fuisse ipso iure tutam, nec eguisse restitutione, & multò maiori ratione, petenti concedendam fuisse à Prætore, aut præfecto urbi, neque recurrendum fuisse ad Principem, qui nihil potest facere contra ius, maximè in damnum alterius.»; e lo STRYKE, *Dissertatio*, cit., 10: «Sed hæc ratio si valida esset, via juris jus suum prosequi potuisset pupilla: Aut enim traditus fundus est; Aut non; Si traditum vindicet Venditor ex Lege Commissoria, poterit ipsi opponi Exceptio Renunciationis, quod nimirum beneficio suo ex pacto commissorio sibi competenti pretium petendo renunciaverit. Non traditum fundum pupilla petere potest actione Empti; Cui si Praescriptionis Conventionalis opponatur Exceptio, pari modo de renunciatione replicando se posset defendere». Cfr. inoltre G. VON BESELER, *Beiträge*, V, cit., 17; C. SANFILIPPO, *Pauli Decretorum libri*, cit., 26 s., il quale considera acuta e ben fondata l'argomentazione di Paolo, ma discutibile la conclusione cui egli perviene; F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte*, cit., 80 s.; D. LIEBS, *Der Sieg*, cit., 379 s., che tuttavia rileva: «Das ist folgerichtig, aber doch eine recht

Si è cercato in vari modi di superare questa presunta mancanza di congruenza in Paolo.

Così, in epoca di pieno interpolazionismo, il Beseler eliminava la frase in questione, e ricostruiva in tal maniera, cercando di salvare la logica:

*dicebam <:> [—] ‘non magis <in integrum restitui potest> quam si creditor pignus distraxisset’ [—]*⁷⁹

Circa vent’anni dopo il Burdese, oltre a rilevare che, se il contratto di vendita avesse continuato ad esistere, allora Rutiliana si sarebbe conformata senz’altro al percorso più lineare ed altrettanto efficace dell’esperimento di un mezzo ordinario di tutela⁸⁰, osservava come la motivazione addotta

esoterische Logik. Ob man sie dem Mädchen hätte verständlich machen können?»; F. MUSUMECI, *Ancora sulla ‘in integrum restitutio’*, cit., 257 ss.; ID., *Protezione*, cit., 250. Nei limiti posti da una trattazione a carattere istituzionale, sembra invece prescindere da questo rilievo dottrinale il BRUTTI, *Il diritto*², cit., 640, quando egli afferma semplicemente che Paolo prospetta un’altra soluzione possibile, ritenendo che non vi siano ostacoli alla reintegrazione dell’erede Rutiliana nella posizione anteriore alla scadenza dei termini poiché il venditore ha posto nel nulla il patto commissorio col chiedere il prezzo dopo tale scadenza: ma cfr. anche ID., *Il dialogo*, cit., 185.

⁷⁹ G. VON BESELER, *Beiträge*, V, cit., 17, che qualifica problematica questa rigida interpretazione di un esercizio del diritto.

⁸⁰ A. BURDESE, *Di un particolare caso*, cit., 83, nt., 84, nt. Anche il LIEBS, *Der Sieg*, cit., 380, nt. 27, trova «unver-

da Paolo fosse omogenea alla precedente notazione del giurista ‘*quod pater eius, non ipsa contraxerat*’: siccome la *restitutio in integrum* sarebbe stata concepibile soltanto svincolando dalla figura del *pater* la situazione giuridica di cui si chiedeva la rescissione, e dacché gli effetti del patto commissorio, anche verificandosi dopo la morte di Emilio Lariano, erano stati pur sempre in certo modo voluti da costui, l’unico modo di superare la difficoltà frapponentesi all’ammissibilità della concessione del provvedimento sarebbe stato quello di considerare il venditore rinunciante all’esercizio del patto commissorio.

Sceglieva un’altra strada il Peters: per dare un senso alla presa di posizione di Paolo, egli ipotizzava che — probabilmente in seguito ad un errore di copista — dopo *ea ratione* e prima di *restitui* fosse caduta la negazione *non*⁸¹.

ständiglich [...] warum das Mädchen dann nicht sofort, schon beim Stadtprätor, die *actio empti* erhoben hat. Sollte sie nur um Recht zu bekommen den Instanzenzug ausgeschöpft haben?».

⁸¹ F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte*, cit., 80 s. E’ doveroso ricordare che l’Autore, in altro luogo della propria ricerca (ID., *Die Rücktrittsvorbehalte*, cit., 81, nt. 30), propone in subordine una diversa possibilità di interpretazione della frase di Paolo: «Weniger sinnvoll, aber gleichfalls vertretbar erscheint eine Ergänzung des Fragments in dem Sinne, daß Mahnungen nach dem Zahlungstermin zwar gemeinhin als Verzicht auf den Rücktritt gewertet würden, daß dieser Grundsatz hier aber wegen der Länge der verstrichenen Zeit den Verkäufer unbillig belasten würde und deshalb nicht anzuwenden sei». Il CHOE, *Zur Debatte*, cit.,

Ma il Liebs replicava che l’inserimento del *non* avrebbe male armonizzato sotto il profilo linguistico con il *posse magis*⁸² e, muovendo dalla concezione di una *restitutio in integrum* intesa in senso ampio, come di un istituto che nel diritto classico «muß sich in der Gewährung passender Rechtsbehelfe nach Billigkeitsprüfung erschöpft haben»⁸³, attribuiva al *magis* della frase in questione il senso della locuzione avverbiale ‘tutt’al più’, ciò che avrebbe confermato come Paolo dapprima avesse rifiutato la *restitutio in integrum*, ed in seguito l’avesse ammessa per venire incontro al punto di vista dell’imperatore, ma sempre senza manifestare molta convinzione in ciò, considerando cioè soltanto come soluzione di fortuna il munire la decisione imperiale della relativa migliore giustifi-

18, trova però metodologicamente inadeguato questo modo di procedere del Peters, connotato da un argomentare non conseguente, ma a seconda dello scopo *in utramque partem*.

⁸² D. LIEBS, *Der Sieg*, cit., 380, nt. 23: «Mit *non* könnte *posse magis* nicht stehenbleiben, auch Verb und Anknüpfung müßten ausgewechselt werden». Si vedano anche B. KUPISCH, *Rutiliana pupilla*, cit., 250, secondo il quale l’ipotesi di Peters sarebbe «sprachlich nicht annehmbar»; V. WANKERL, *Appello*, cit., 105; M. RIZZI, *Imperator*, cit., 375, nt. 352; B.J. CHOE, *Zur Debatte*, cit., 18, ad avviso del quale «[...] scheint [...] diese Auslegung des Peters mit seinen folgenden, sicher richtigen Deutungen von der Argumentation des Paulus nicht zusammenzupassen.».

⁸³ D. LIEBS, *Der Sieg*, cit., 381.

cazione⁸⁴. L'interpretazione del modo di agire del venditore come rinuncia definitiva al recesso sarebbe stata allora almeno «anfechtbar», posto che «auch Paulus selbst hielt diese nur für die zweitbeste Lösung»⁸⁵.

Anche questa ipotesi desta però perplessità innanzitutto dal punto di vista linguistico, perché

⁸⁴ D. LIEBS, *Der Sieg*, cit., 382. L'Autore mette anche in rilievo come nella descrizione della fattispecie si faccia solo riferimento alle *denuntiationes*, mentre Paolo nella presentazione della propria giustificazione alternativa dice «*denuntiendo [...] et pretium petendo*»: quest'ultimo inciso potrebbe essere frutto della interpretazione del giurista, già impegnato nella direzione di un accordo con l'imperatore (cfr. *op. cit.*, 375, nt. 6). Nell'opera più recente dell'Autore (*Vor den Richtern*, cit., 236, nt. 7) il *magis* è interpretato ugualmente nel senso di 'allenfalls'. In una direzione simile si colloca il CHOE, *Zur Debatte*, cit., 19 s., a parere del quale Paolo, in seguito al dibattito con l'imperatore, deve seguire la decisione di costui e motivarla senza volerlo, pur insistendo ad un tempo, in base alla propria logica giuridica, sulla circostanza che la tutela di Rutiliana potrebbe non basarsi sulla minore età della stessa.

⁸⁵ D. LIEBS, *Der Sieg*, cit., 383. Tale interpretazione dell'Autore è riconfermata in ID., *Vor den Richtern*, cit., 156: Ovinio non avrebbe inteso trarre profitto dalla propria facoltà di recesso per mantenersi aperte entrambe le possibilità — di rinuncia al diritto di recesso o di esercizio di esso — su un più lungo periodo ed attendere l'evoluzione più vantaggiosa. Egli avrebbe avuto riguardo soltanto per la situazione di lutto ed avrebbe dimostrato pazienza, lasciando ai nuovi amministratori il tempo di impraticarsi degli affari del defunto. Per questo non sarebbe giustificato intendere tale comportamento di riguardo come rinuncia.

è difficile comprendere come possa essere restituito il *magis* con 'tutt'al più', essendo esso un avverbio comparativo che denota una misura più elevata dal punto di vista qualitativo, con il significato di 'maggiormente', 'piuttosto', 'di più'⁸⁶. In secondo luogo, intendere la *restitutio in integrum* come un istituto che «muß sich in der Gewährung passender Rechtsbehelfe nach Billigkeitsprüfung erschöpft haben», perviene ad attribuire al provvedimento una portata troppo ampia, passibile di applicazioni illimitate, a dilatare cioè il suo significato fino ad un'accezione estremamente lata e vaga, lontana dal concetto di base di esso come rimedio comportante il sostanziale ripristino della situazione giuridica quale era prima dell'evento o dell'atto i cui effetti giuridici il magistrato voleva rimuovere per motivi di equità:

⁸⁶ Già il RODRIGUEZ DE FONSECA, *Digesto*, cit., 290, traduceva: «Tambien decia yo que podia mas bien ser restituida por esta razon [...]». Con il consueto nitore il WATSON, *The Digest*, I, cit., 137, traspone: «I said that a better reason for granting *restitutio* would be [...]». Cfr. anche A. D'ORS - F. HERNANDEZ-TEJERO - P. FUENTESECA - M. GARCIA-GARRIDO - J. BURILLO, *El Digesto*, I, cit., 205, e M. GARCÍA GARRIDO, *Diccionario*³, cit., 457: «Decía yo que la pupila podía obtener la restitución <quizá> con más razón [...]», dove però resta difficile da comprendere l'inserimento di quel 'quizá'; e J.E. SPRUIT - R. FEENSTRA - K.E.M. BONGENAAR, *Corpus*, II, cit., 386: «Ik betoogde dat men haar veeleer herstel kon verlenen [...]». Il KUPISCH, *Rutiliana pupilla*, cit., 251, dà al *magis* il senso di 'vielmehr' e contesta l'interpretazione del Liebs. Aderisce la RIZZI, *Imperator*, cit., 374 e nt. 346.

tanto che l'Autore è indotto a concludere che «Auch der Schönheitsfehler, daß der vorige Stand, wie er beim Erbfall bestanden hatte, insofern nicht wiederhergestellt wäre, als Rutiliana der Gefahr der *lex commissoria* ja nicht mehr ausgesetzt wäre, ändert daran nichts. Das geht ja nicht zu ihren Lasten; auch wenn sie besser gestellt wird, mag man das [...] noch eine Wiedereinsetzung nennen»⁸⁷. Ma proprio questo è il punto debole della sua interpretazione: i presupposti sui quali generalmente si basa l'istituto restitutorio sono la validità formale dell'atto contro cui esso è rivolto e la ponderata valutazione delle ragioni equitative che suggeriscono un diverso esito della situazione. L'idea centrale che caratterizza dunque il rimedio è quella di essere diretto a porre nel nulla una situazione già valida e produttiva di effetti per lo *ius civile*, ma sostanzialmente iniqua, evocando d'un tratto una situazione giuridica anteriore, facendo compiere un salto indietro nel tempo, onde far sì che tutto possa ricominciare da capo, ritenendo esistente solo lo *status quo ante*, e mai avverata la situazione formalmente valida. Tutto ciò sembra mancare nella visuale del Liebs, se egli riconosce che lo stato antecedente, corrispondente al momento dell'apertura della successione, per Rutiliana potrebbe non essere ristabilito, e tuttavia, «auch wenn sie besser gestellt wird», per la

⁸⁷ D. LIEBS, *Der Sieg*, cit., 381.

fanciulla potrebbe parlarsi egualmente di una reintegrazione⁸⁸.

Ad avviso del Kupisch invece non si può comprendere l’asserzione di Paolo nel senso che egli si uniformasse alla volontà imperiale e si dichiarasse d’accordo con la concessione della *restitutio in integrum* sulla base di una diversa motivazione⁸⁹. Se nella condotta del venditore fosse stata da vedere una rinuncia ad avvalersi della *lex commissoria*, non vi sarebbe stato bisogno della reintegrazione. Piuttosto qui il *restitui* non doveva essere stato usato nella propria accezione tecnica, nel senso che esso prescindeva da un riferimento alla *restitutio in integrum*⁹⁰, ed il termine *ratio* sareb-

⁸⁸ Secondo l’opinione del KUPISCH, *Rutiliana pupilla*, cit., 250: «[...] stellt Liebs’ Betrachtungsweise eine gravierende Auflösung des Instituts der i.i.r. dar [...]».

⁸⁹ B. KUPISCH, *Rutiliana pupilla*, cit., 250 s., 259 s.

⁹⁰ A tale proposito non sembra inutile ricordare la tesi sostenuta dal Kupisch riguardo alla natura della *restitutio in integrum* nella sua monografia di tre anni precedente all’articolo in questione (*In integrum restitutio’ und ‘vindictio utilis’ bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht*, Berlin-New York, 1974): egli, prendendo le mosse dalla teoria che nega la necessità di un decreto di restituzione produttivo di effetti rescissori, perviene ad identificare l’*in integrum restitutio* con il *iudicium restitutorium*, cioè con una comune *actio*. In questa ottica il termine *in integrum restitutio* non verrebbe a designare soltanto la *restitutio* ‘pretoria’, cioè il mezzo che il magistrato appronta al fine di rescindere sul piano del diritto onorario gli effetti giuridici di un atto o di un negozio, bensì sarebbe comprensivo anche della *restitutio* giudiziale, che è compiuta dal giudice attra-

be stato impiegato nel significato di modo o maniera, per cui l'intera locuzione avrebbe alluso all'*actio empti* con la quale la pupilla avrebbe potuto ottenere il rimborso dell'acconto sul prezzo: «Aber ist es überhaupt ausgemacht, daß es hier (nur) um Begründung geht? Wenn ich berücksichtige, daß *ratio* auch die Bedeutung 'Art und Weise' hat, dann ergibt sich mir folgender Sinn: Rutiliana kann vielmehr auf diese Weise restituiert werden etc.»⁹¹; e ancora: «Rutiliana könne vielmehr in der Weise restituiert werden, daß man des Ovinus Verhalten nach dem Verfallstag als Verzicht auf die *lex commissoria* deute»⁹²; «Des Paulus Auslegung verschafft Rutiliana die *actio empti* [...] kann die *actio empti* Rutiliana nur zur schlichten Liquidation des Vertrags verhelfen, mit anderen Worten: zur *litis aestimatio* in Höhe der von Rutilianas Vater erbrachten Anzahlung»⁹³.

verso il *insum de restituendo* delle azioni arbitrarie, in base al quale il convenuto, se vuole evitare la condanna, deve reintegrare l'attore nel suo status primitivo.

⁹¹ B. KUPISCH, *Rutiliana pupilla*, cit., 251. Anche la WAN-KERL, *Appello*, cit., 96, traduce: «Ich sagte, sie (Rutiliana) könne eher auf diese Art wiedereingesetzt werden [...]». Ad avviso dell'Autrice Paolo «[...] will dem Kaiser lediglich verdeutlichen, dass er sein Ziel, das Mündel zu schützen, durch seine Auslegung wie bei einer *restitutio erreich*» (cfr. EAD., *op. cit.*, 105).

⁹² B. KUPISCH, *Rutiliana pupilla*, cit., 259.

⁹³ B. KUPISCH, *Rutiliana pupilla*, cit., 259 s. *Contra*, B.J. CHOE, *Zur Debatte*, cit., 19. Il Kupisch perviene a circoscrivere lo scopo dell'*actio empti* in tal modo in seguito alla constatazione che dopo la vendita a Telemaco Ovinio non

Paolo sarebbe stato dunque fedele al proprio rifiuto della *restitutio in integrum*, in nessun modo si sarebbe piegato dinanzi alla volontà imperiale, ed avrebbe soltanto avanzato «den Vorschlag einer anderen Möglichkeit der Restitution»⁹⁴.

L'ipotesi di un uso atecnico del verbo *restitui* — anche se non quella dello scopo dell'*actio empti*, che invece sarebbe stata rivolta ad ottenere la consegna del fondo Rutiliano — è condivisa dal Musumeci⁹⁵, secondo il quale Paolo — che restava fermo nel proprio convincimento circa la inammissibilità della *restitutio in integrum* — intendeva dire che la pupilla potesse essere reintegrata nell'aspettativa ad ottenere il fondo, sulla base di una *ratio* diversa da quella tenuta in considerazione dall'imperatore⁹⁶. Quest'ultimo sarebbe partito

è più in grado di adempiere il proprio obbligo di venditore nei confronti di Rutiliana, ma codesta non rappresenterebbe alcuna violazione di cui Ovinio dovrebbe assumere la responsabilità, posto che egli si era mostrato disposto all'adempimento per un anno.

⁹⁴ B. KUPISCH, *Rutiliana pupilla*, cit., 251. *Contra*, B.J. CHOE, *Zur Debatte*, cit., 16.

⁹⁵ F. MUSUMECI, *Ancora sulla 'in integrum restitutio'*, cit., 258 s.; ID., *Protezione*, cit., 249 ss.

⁹⁶ Aderisce a questa interpretazione la RIZZI, *Imperator*, cit., 376, 379, secondo la quale essa, oltre ad aver il merito di evitare di dover considerare contraddittoria la posizione assunta da Paolo, mostrerebbe l'inclinazione del giurista a conformarsi ai principi giuridici vigenti, tanto nella prima argomentazione (*putabam [...] contraxerat*), con l'esclusione della possibilità di configurare nel caso le premesse per la concessione della *restitutio in integrum propter aetatem*, quanto

dal presupposto che la *lex commissoria* fosse divenuta operante a causa del mancato pagamento del prezzo residuo, ed avrebbe accordato la *restitutio in integrum* contro la risoluzione della vendita, mentre Paolo avrebbe ritenuto che la vendita fosse ancora efficace ed avrebbe ammesso a favore di Rutiliana l'*actio empti*.

Nei confronti di entrambe le interpretazioni da ultimo ricordate può però essere osservato come non appaia ben fondata la premessa da cui esse muovono: in un passo in cui si fa riferimento per lo più agli aspetti tecnici e processuali della *restitutio in integrum*, non può comparire un uso atecnico di *restitui* da parte del giurista: rileviamo che il verbo si trova in posizione intermedia, preceduto come è qualche rigo prima da un *in integrum restitui* e seguito come è da un *in integrum restituendam*, e peraltro esso è troppo connesso con il discorso antecedente, vertente sulla opportunità o meno della concessione della *restitutio in integrum*, perché possa assumere all'improvviso una valenza atecnica. A sostegno di questa interpretazione interviene la presenza di quel *magis ea ratione*, che collega inscindibilmente l'esposizione con i motivi avanzati precedentemente a favore e contro la *restitutio in integrum*, denotando che esisteva pure un'altra ragione per la quale la *restitutio in integrum*

nella seconda (*dicebam [...] finita*), dove egli tenderebbe a far conseguire il bene attraverso l'esperimento degli ordinari mezzi di tutela, posta l'esistenza del diritto al fondo in capo a Rutiliana.

potesse essere concessa. Inoltre, anche nella frase finale del passo compare l’infinito presente passivo *restitui*, e non vi è il minimo dubbio che qui esso si riferisca alla *restitutio in integrum*. Soltanto in un caso l’uso atecnico di *restitui* avrebbe potuto avere una giustificazione: nel momento in cui cioè Rutiliana avesse avuto precedentemente il fondo, il che sembra da escludere.

D’altra parte entrambi gli Autori paiono contraddirsi, quando, in altri luoghi dei loro contributi⁹⁷, interpretano la seconda parte dell’inciso, *non me moveri [...] die solutionis finita*, nel senso che ad avviso di Paolo, ai fini della concessione della *restitutio in integrum*, non aveva rilievo la circostanza che la scadenza dei termini convenuti si fosse verificata dopo che Rutiliana aveva acquistato l’eredità, o dopo la morte del compratore. Insomma, dopo aver usato *restitui* in senso atecnico, di colpo Paolo tornerebbe a parlare della *restitutio in integrum* in senso tecnico, per di più in una frase congiunta con la precedente. Mentre invece proprio la presenza del *posse magis ea ratione restitui eam* nella proposizione *dicebam [...] videretur* fa pensare che anche l’inciso seguente *non me moveri [...] finita* si riferisse ad una possibile ragione di concessione della *restitutio in integrum*, pur non condivisa da Paolo.

⁹⁷ B. KUPISCH, *Rutiliana pupilla*, cit., 257 e nt. 38; F. MUSUMECI, *Ancora sulla ‘in integrum restitutio’*, cit., 247, 256; ID., *Protezione*, cit., 238, 248.

In una delle interpretazioni più recenti, quella del Lovato⁹⁸, si sostiene che il divario di opinione fra Paolo e l'imperatore avrebbe investito soltanto il metodo seguito per giungere all'emanazione della sentenza, giacché Paolo, proponendo la seconda alternativa, sarebbe pervenuto alla medesima soluzione dell'imperatore sulla base di argomenti e presupposti diversi⁹⁹. In particolare, la giustificazione della concessione della *restitutio in integrum* sarebbe stata frutto di una scelta consapevole del giurista, diretta a rafforzare la decisione del principe con una motivazione considerata più congrua, posto che non doveva essergli sfug-

⁹⁸ Cfr. A. LOVATO, *Giulio Paolo*, cit., 502 s., 507.

⁹⁹ Anche la NICOSIA, *Sub condicione*, cit., 141 s.; EAD., *In diem addictio*, cit., 174 s., sostiene che Paolo sarebbe stato d'accordo con la decisione adottata dal *princeps*, ma non avrebbe concordato sulla *ratio* sulla quale Settimio Severo si era basato per concedere la *restitutio in integrum*: quest'ultimo avrebbe ritenuto pienamente operante la *lex commissoria* a causa del mancato adempimento del compratore ed avrebbe individuato il *gestum* che giustificava la *restitutio in integrum* proprio nel mancato rispetto dei termini previsti con la compravendita per l'adempimento a causa dell'età ancora impubere di Rutiliana; mentre il giurista avrebbe reputato la concessione della *restitutio in integrum* legittimata dalla rinuncia del venditore all'esercizio della *lex commissoria* e dalla conseguente circostanza che la vendita non si era mai risolta. Ma l'Autrice non si pronuncia sul problema della congruenza o meno fra il ragionamento di Paolo e la concessione della *restitutio in integrum*, limitandosi a citare la dottrina che ha sollevato questo interrogativo (cfr. E. NICOSIA, *Sub condicione*, cit., 142, nt. 245; EAD., *In diem addictio*, cit., 175, nt. 333).

gito che in base ad un contratto valido sarebbe stato necessario intentare i rimedi ordinari. Se la sentenza imperiale avesse recepito la sua linea di pensiero, si sarebbe aperta la strada verso la possibilità di azionare mezzi giudiziari straordinari in presenza di un contratto valido.

Ma il Lovato non chiarisce quale sarebbe stato l'obiettivo della *restitutio in integrum* nell'opinione di Paolo in presenza di un contratto di compravendita valido¹⁰⁰, né si comprende facilmente la maggiore 'congruità' di questa seconda motivazione del giurista, diretta a rafforzare la decisione imperiale, se si muove dal presupposto che ad avviso dell'imperatore si era verificata la risoluzione del contratto¹⁰¹. Peraltro rimane ancora irrisolta la contrapposizione tra le due motivazioni alternative di Paolo¹⁰², tanto più quando il Lovato opina che la tesi del giurista espressa nelle parole

¹⁰⁰ Mentre a p. 499 del suo saggio, egli connette la prima motivazione enunciata da Paolo (*'quod pater eius, non ipsa contraxerat'*) al presupposto di risoluzione della compravendita nell'ottica di Rutiliana, posto che ella mirava, per mezzo della *restitutio in integrum*, a porre nel nulla l'effetto preclusivo legato al decorso del tempo fissato per il pagamento della somma restante.

¹⁰¹ Come sembra fare il LOVATO, *Giulio Paolo*, cit., 499, 503.

¹⁰² Ad avviso del BRUTTI, *Il diritto*², cit., 640; ID., *Il dialogo*, cit., 186, peraltro, il fatto che Paolo prospetti ed argomenti due soluzioni opposte tra le quali occorre scegliere, denoterebbe l'interiorizzazione del *ius controversum* da parte del giurista, la relatività degli schemi da lui impiegati.

quod pater eius, non ipsa contraxerat presuppone la circostanza che a causa del mancato pagamento del prezzo residuo si fosse verificata la risoluzione del contratto, mentre la giustificazione della concessione della *restitutio in integrum* avrebbe postulato che il contratto fosse ancora valido¹⁰³: asserire che Paolo sarebbe stato consapevole di questo contrasto e che avrebbe voluto soltanto avvicinarsi alla tesi imperiale e rafforzarla per mezzo di argomenti diversi ritenuti più congrui¹⁰⁴, appare un po' ardito¹⁰⁵.

A nostro avviso Paolo si pone da un angolo visuale diverso rispetto a quello dell'imperatore, il quale concede la *restitutio in integrum* contro la risoluzione della vendita, come è possibile arguire dal brano *imperator autem motus est [...] legi venditionis*, da cui appare chiaro che il provvedimento è diretto a capovolgere gli effetti indotti dal *ne pareretur legi venditionis*, e dunque a far sì che il primo contratto fosse considerato come non risolto. Nel convincimento di Paolo invece il 'Klauselverfall' si era verificato ma Ovinio vi aveva rinunciato perché egli, avendo rivolto le intimazioni ai tutori dopo il *dies committendi* ed avendo chiesto il pagamento del prezzo, aveva perduto definitivamente

¹⁰³ Cfr. A. LOVATO, *Giulio Paolo*, cit., 499, 501 s. e nt. 17.

¹⁰⁴ A. LOVATO, *Giulio Paolo*, cit., 501 s., 507.

¹⁰⁵ Secondo il MUSUMECI, *Protezione*, cit., 251, nt. 36, il Lovato non chiarirebbe in maniera convincente la ragione per la quale nell'inciso '*dicebam [...] videretur*' si parli di *in integrum restitutio*.

te¹⁰⁶ il diritto di esigere la risoluzione del contratto e non avrebbe potuto più avvalersene *post annum*.

Il problema è però proprio quello del rapporto di questa posizione di Paolo con la posizione da lui stesso assunta precedentemente, perché denota una certa contraddittorietà di atteggiamento l’approvare dapprima la decisione del pretore e del *praefectus urbi*, che avevano respinto la domanda di reintegrazione, e poi il ragionare per venire a concludere in favore della reintegrazione stessa. E l’altra difficoltà è che l’argomentazione del giurista relativa alla rinuncia del venditore ad avvalersi della *lex commissoria*, rispetto all’assunto dell’imperatore immediatamente antecedente concernente la caduta del *dies committendi* nel *tempus pupillae*, sposta su un piano del tutto discordante le motivazioni del rilascio del provvedimento — quasi a configurare un dialogo tra sordi — rappresentando, nei confronti di quell’assunto, una precisazione pressoché priva di senso, od almeno una risposta incongrua: l’uno cioè concederebbe la *restitutio in integrum* perché per una qualche circostanza non si è osservata la *lex venditionis*; l’altro sarebbe propenso ad ammettere la *restitutio in integrum* per un motivo totalmente eterogeneo, perché Ovinio cioè per mezzo del proprio atteggiamento

¹⁰⁶ Già P. AYRAULT, *Decretorum*, cit., 59, interpretava: «[...] venditorem denunciando post diem commissoriae legi praestitutum, & precium petendo, à lege sua recessisse: ideoque variare & ad hanc redire non potuisse [...]».

giamento avrebbe mostrato di recedere dalla *lex venditionis*: nell'un caso si sarebbe sfociato nella risoluzione della compravendita, nell'altro nell'efficacia della compravendita, ma paradossalmente la *restitutio in integrum* avrebbe avuto un fondamento in entrambi i casi.

Altrettanto singolare è che Paolo enunci dapprima una ragione più adeguata a favore della concessione della *restitutio in integrum* e poi — osservando che non lo toccava il fatto che il *dies committendi* fosse caduto dopo la morte del compratore — si opponga ad un argomento in base al quale l'imperatore aveva accordato lo stesso rimedio.

Peraltro il *tamen* successivo che introduce la frase relativa alla *displicentia* dell'imperatore nei confronti della *lex commissoria*, ha una valenza di opposizione rispetto a ciò che Paolo ha asserito subito prima. Se il giurista cioè avesse voluto fornire una ragione dissimile, più fondata rispetto a quella dell'imperatore, alla concessione della *restitutio in integrum* alla pupilla, non si capirebbe per quale motivo poi riferisca che, *malgrado tutto ciò*, l'imperatore accordò la *restitutio in integrum* a Rutiliana.

In ultima analisi, se il provvedimento veniva concesso a Rutiliana contro una decadenza, il giurista avrebbe dato la *restitutio in integrum* sulla base di un argomento che rendeva lo stesso provvedimento inutile: che senso esso avrebbe avuto infatti, se la decadenza non aveva più effetti?

Perché dunque la presa di posizione di Paolo acquisisca un minimo di conformità ai criteri della logica, sembra necessario ipotizzare — in parte aderendo alla tesi del Peters — la presenza della negazione *non* tra il *dicebam* ed il *posse*¹⁰⁷, con ogni probabilità caduta in seguito ad una svista involontaria di copista. In questo modo Paolo riprenderebbe a riferire ciò che aveva detto nel *consilium*, ritornando semplicemente sul proprio discorso precedente, in cui egli aveva mostrato di condividere le decisioni del *praetor* e del *praefectus urbi*: egli enuncerebbe cioè una ragione in più a fondamento del proprio rifiuto della concessione della *restitutio in integrum* alla pupilla ed eventualmente dell'avviso che in favore della stessa sarebbe stato ammissibile uno strumento di tutela diverso, il quale non poteva essere altro che l'*actio empti*, posto che la compravendita non era stata risolta ed aveva continuato a produrre i propri effetti.

In tal maniera l'incongruenza sopra rilevata fra la motivazione enunciata da Paolo e quella fatta propria dall'imperatore verrebbe ad essere superata, perché il giurista, adducendo un'argomentazione che si collocava a monte di quella di Settimio Severo — come sembra denotare anche l'uso del *magis*, che in questo caso ha il significato di 'ancor di più', 'a maggior ragione'

¹⁰⁷ Figurando il *non* prima del *posse*, invece che tra *ratione* e *restitui* — come riteneva il Peters — pare emergere maggiormente la valenza di opposizione dell'argomentazione di Paolo a quella dell'imperatore.

— affermava l'impossibilità di concedere la *restitutio in integrum* conseguentemente all'inesistenza dell'obiettivo contro cui il provvedimento stesso avrebbe potuto essere rivolto, ammesso che Ovinio con il proprio comportamento aveva manifestato la volontà di mantenere in vita il contratto di compravendita. Ciò sottintendeva che anche nell'avviso di Paolo il provvedimento reclamato dalla fanciulla sarebbe stato rivolto contro la decadenza dalla possibilità della stessa di avere l'*actio empti* contro il venditore, con cui ella — pronta a pagare il prezzo residuo — avrebbe chiesto la consegna del fondo.

7. *Il parallelo con il caso dell'alienazione del pegno da parte del creditore pignoratizio, ove il 'dies solutionis' cada dopo la morte del debitore.*

Paolo prosegue la propria esposizione facendo un caso di paragone: egli, a differenza di Settimio Severo, ai fini della concessione della *restitutio in integrum* ritiene irrilevante la circostanza che il *dies committendi* sia caduto dopo la morte del compratore¹⁰⁸, allo stesso modo come non era ri-

¹⁰⁸ Il *postea* viene interpretato variamente in dottrina. Si vedano ad es., nella dottrina più antica, E. BARON, *Ad τὰ πρῶτα*, cit., 174: «Ratio Imperatoris sola non me mouebat, inquit, quòd dies postea transisset, id est, quòd dies committendi post mortem patris (qui cōtraxerat) transisset»; e G. LOUET - J. BRODEAU, *Recueil*, II, cit., 291: «[...]»

le temps de la loy commissoire ayant commencé contre le pere majeur, il avoit couru contre la fille mineure, sans esperance de restitution, la condition & qualité de l'heritier mineur, ne pouvant pas changer ny retracter ce qui a esté fait avec le defunt majeur, & capable de contracter». Ritienne che il *postea* vada posto in relazione all'acquisto dell'eredità da parte di Rutiliana il KUPISCH, *Rutiliana pupilla*, cit., 257, secondo il quale ciò farebbe sì che Paolo rimanga fedele al proprio argomento iniziale (*quod pater eius, non ipsa contraxerat*): «Unerheblich war für den Juristen, daß der Verfallstermin nachher, d. h. nachdem Rutiliana geerbt hatte, ablief. Mit anderen Worten: Daß der vertraglich vorgesehene Verfallstag wegen der Rechtsnachfolge nun für Rutiliana galt, war kein Grund, Rutiliana, wie beantragt, qua Minderjährigkeit von dem Vertrag freizustellen; denn nicht sie hatte den Vertrag geschlossen, sondern der Vater». *Contra*, B.J. CHOE, *Zur Debatte*, cit., 16 s. Alcuni traduttori collegano il *postea* al *tempus pupillae*: così LE DUC, *Traduction*, cit., 199: «[...] je n'étois pas plus touché de la raison que le terme n'étoit expiré que du tems de la pupille [...]»; e PHULOT, *Les cinquante livres*, I, cit., 303: «Il me paroissoit indifférent que le jour de la condition fût tombé dans la minorité de la pupille»; in maniera pressoché identica volge il POTHIER, *Le Pandette*, I, cit., 380. Analogamente interpreta il LIEBS, *Der Sieg*, cit., 376, che fa riferimento alla tutela: «Seiner Ansicht nach sei es unwesentlich, daß die Frist unter der Vormundschaft, also bei einer von Rechts wegen zu Schützenden abgelaufen sei», mentre nell'opera più recente (ID., *Vor den Richtern*, cit., 151, 237, nt.) l'Autore allude da un lato al momento posteriore alla successione, dall'altro a quello posteriore al divenire parte contraente di Rutiliana: «Er, Paulus, würde nicht darauf abstellen, dass der Zahlungstermin erst nach dem Erbfall eingetreten war [...]»; «ich würde nicht darauf abstellen, dass der Termin erst danach (nachdem eine Unmündige Vertragspartner geworden war) verstrichen war [...]». Nel

levante il fatto che il creditore pignoratizio alienasse il pegno quando il termine per la *solutio* fosse andato a cadere dopo la morte del debitore che lo aveva costituito.

E' evidente l'intenzione del giurista di rispondere alla considerazione dell'imperatore che il termine di pagamento era sopravvenuto nel periodo in cui la pupilla era incapace¹⁰⁹.

senso del testo, cfr. A. CHARVET, *Etude*, cit., 53; C. SANFILIPPO, *Pauli Decretorum libri*, cit., 24; A. BISCARDI, *Lezioni*, cit., 10; F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte*, cit., 78; D. NÖRR, *Rechtskritik*, cit., 128; A.A. SCHILLER, *Roman Law*, cit., 485; F. MUSUMECI, *Ancora sulla 'in integrum restitutio'*, cit., 247, 256; ID., *Protezione*, cit., 238, 248; A. LOVATO, *Giulio Paolo*, cit., 502; E. NICOSIA, *Sub condicione*, cit., 142; V. WANKERL, *Appello*, cit., 97; B.J. CHOE, *Is the Emperor touched*, cit., 48; G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Lezioni*, III, cit., 308; M. BRUTTI, *Il dialogo*, cit., 185; M. RIZZI, *Imperator*, cit., 373, 379; B.J. CHOE, *Zur Debatte*, cit., 3, 20; E. NICOSIA, *In diem addictio*, cit., 175 s. Tra i traduttori cfr. A. D'ORS - F. HERNANDEZ-TEJERO - P. FUENTESECA - M. GARCIA-GARRIDO - J. BURILLO, *El Digesto*, I, cit., 205, e M. GARCÍA GARRIDO, *Diccionario*³, cit., 457: «[...] no me hacía fuerza el hecho de que el plazo hubiese vencido después <de la muerte del comprador> [...]»; A. WATSON, *The Digest*, I, cit., 137: «I also said that I was not concerned by the fact that the time had run out after the death of the father»; O. BEHRENDTS - R. KNÜTEL - B. KUPISCH - H.H. SEILER, *Corpus*, II, cit., 402: «In dieser Ansicht mache mich nicht wankend, daß die [Zahlungs] Frist erst später [nach dem Tode des Käufers] abgelaufen sei».

¹⁰⁹ Cfr. già A. FABER, *De erroribus*, I, cit., 353; S. STRYKE, *Dissertatio*, cit., 10, 52 s.; J. PUGÆ ET FEIJOO, *Tractatus*, I, cit., 97; R.G. POTHIER, *Le Pandette*, I, cit., 380. Intendono

Per comprendere il caso di paragone, va ricordato che, secondo il dettato di Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Severae et Clementianae C. 2.28.2 (a. 294)¹¹⁰, il minore erede di un debitore che aveva costituito un pegno a garanzia del debito, non poteva ottenere la *restitutio in integrum propter aetatem* contro la vendita del pegno — conseguenza dell’inadempimento — effettuata dal creditore pignoratizio dopo la morte del debitore¹¹¹.

la notazione di Paolo in replica all’argomentazione dell’imperatore relativa alla scadenza del *dies committendi* nel *tempus pupillae*, anche se interpretano diversamente rispetto al testo quest’ultima locuzione, F. MUSUMECI, *Ancora sulla ‘in integrum restitutio’*, cit., 256 s.; ID., *Protezione*, cit., 248 s.; A. LOVATO, *Giulio Paolo*, cit., 502; M. RIZZI, *Imperator*, cit., 373 s., 379.

¹¹⁰ *Rem, quam a patre vestro quondam creditor eius obligatam sibi distraxit, per aetatem vestram postulantium revocari desiderium non habet rationem. 1. Quod iuris est et si extraneo successistis: nam si creditor non bona fide versatus est, ipsum magis vel tutores sive curatores vestros, qui hanc venumdari passi sunt, convenite.*

¹¹¹ La maggior parte degli autori pone il contenuto dell’inciso in relazione con quello di Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Severae et Clementianae C. 2.28.2 (a. 294): cfr. R.P.I. GIBALINI, *De Universa Rerum Humanarum Negotiatione*, I, cit., 651; G. LOUET - J. BRODEAU, *Recueil*, II, cit., 291; S. STRYKE, *Dissertatio*, cit., 10; J. PUGÆ ET FEIJOO, *Tractatus*, I, cit., 97 s.; M.W. DE RAADT, *Specimen*, cit., 8; G. MASCOVII, *Opuscula*, cit., 484; J.A. ACCARIAS, *Etude*, cit., 89 s.; A. CHARVET, *Etude*, cit., 53 s.; R. AUDIAT, *Du pacte commissoire*, cit., 47; A. BURDESE, *Di un particolare caso*, cit., 82 ss.; D. LIEBS, *Der Sieg*, cit., 376, 383; B. KUPISCH, *Rutiliana pupilla*, cit., 257, nt. 38; F. MUSUMECI,

Ancora sulla 'in integrum restitutio', cit., 256 s.; ID., *Protezione*, cit., 248 s.; V. WANKERL, *Appello*, cit., 104 s.; M. RIZZI, *Imperator*, cit., 373 s.; B.J. CHOE, *Zur Debatte*, cit., 21, nt. 92. Il MUSUMECI, *Ancora sulla 'in integrum restitutio'*, cit., 256 s.; *Protezione*, cit., 248 s., chiarisce tale rapporto affermando che anche nella fattispecie considerata da Paul. 1 *decr. D.* 4.4.38 pr., nella quale il debitore era morto e gli era succeduta una minore, contro la conseguenza del successivo inadempimento (la risoluzione della vendita) costei non avrebbe potuto avere la *restitutio in integrum*. Ad avviso del LIEBS, *Der Sieg*, cit., 376, 383, Paolo vorrebbe intendere che in questo caso non interviene la speciale tutela del minore, così come non interviene quando a causa della scadenza dei termini i pegni divengono maturi, ed il creditore è autorizzato immancabilmente allo sfruttamento di essi anche nei confronti di un debitore minore (cfr. anche D. LIEBS, *Vor den Richtern*, cit., 151, 237, nt.). Mette invece in rilievo il carattere empirico del ragionamento che avrebbe condotto i classici al diniego della *restitutio in integrum propter aetatem* contro la vendita del creditore pignoratizio il BURDESE, *Di un particolare caso*, cit., 82, 86 s.: avendo effettuato il *pater* la costituzione di pegno, egli avrebbe già previsto l'eventualità dell'inadempimento con le relative conseguenze, sicché non sembrerebbe potersi imputare integralmente alla minore età del *filius* il danno derivante dalla vendita pignoratizia. Paolo avrebbe richiamato ad analogia l'impossibilità di applicare la *restitutio in integrum propter aetatem* contro la vendita pignoratizia quando la costituzione di pegno fosse stata effettuata dal *pater*. Anche secondo il parere del CHOE, *op. cit.*, 21, l'elemento comune ai due casi confrontati sarebbe la circostanza che, in seguito al decorso del termine di pagamento ed alla mancanza di adempimento da parte del pupillo erede, a costui deriverebbe uno svantaggio da una disposizione adottata dal creditore sulla base del contratto concluso tra lui ed il testatore. Già il CUJACIUS, *Commentarius ad tit. de minoribus*, cit., c. 1007,

aveva in qualche modo collegato l'inciso con la prima motivazione addotta da Paolo: «Paulus existimat, ob omissam oblationem, sive solutionem pretii non esse restituendam, hac ratione, quod non cum ea, sed cum patre contractum proponitur: qua de causa constat etiam ob creditæ pecuniæ solutionem omissam minorem non restitui adversus venditionem pignoris a defuncto contracti, licet dies solvendi in tempus minoris inciderit, l. 2. C. si advers. vend. pig.». Nell'interpretazione del KUPISCH, *Rutiliana pupilla*, cit., 257, nt. 38, «Daß die Verkaufsabrede nach dem Erbfall praktisch wird, ist unerheblich. Minderjährige Erben können die Veräußerung nicht mit der i.i.r. angreifen. Vgl. Diocl. et Max. C. 2, 28, 2 (a. 294). Im übrigen sei davor gewarnt, den Gedanken des Vergleichsfalls, hinter dem die Wiedergewinnung des Pfandes steht, derart auf unseren Fall zu übertragen, daß es Rutiliana um die (Wieder-) Gewinnung des Grundstücks gehe. An Hand des Vergleichsfalls zieht Paulus m. E. keine Parallele zum Inhalt der beantragten Restitution, sondern zu deren Unbegründetheit». La diversità delle due situazioni era già stata evidenziata, sotto un altro profilo, dal MAFFEJI, *De restitutionibus in integrum*, cit., 118 s.: «Hoc, inquam, minime obstat: nam dispar est utriusque quæstionis ratio: etenim minor, qui adversus venditionem pignorum, quæ defunctus dederat, restitutionem petit, is vi ipsa postulat defuncti factum revocari (quod non licet) nempe pignorum constitutionem: quum non alia de causa id queat postulare, quam quod ea pignora data sint, quæ non expediebat, ut superiori capite dictum est. Contra minor, qui restitutionem petit ob commissam rem, quam defunctus emerat, non quærit factum defuncti revocari, hoc est emtionem: sed sibi desidia gratiam fieri, seu suum ipsius factum rescindi, quo rem a defuncto emtam amiserit». Tornando alla letteratura più recente, la NICOSIA, *Sub condicione*, cit., 142 s.; EAD., *In diem addictio*, cit., 176, ha ritenuto che Paolo volesse mettere in luce che le facoltà nascenti dall'accordo dei contraenti po-

tevano comunque essere esercitate in virtù dell'accordo, indipendentemente dalla circostanza che un contraente fosse deceduto: così come il creditore poteva vendere il pegno dopo la scadenza del termine anche se il debitore fosse deceduto, allo stesso modo il venditore poteva decidere di avvalersi o meno della *lex commissoria*, essendo irrilevante che l'eventuale inadempimento fosse imputabile al compratore o all'erede di costui. Tale interpretazione sembra però tenere poco in conto che l'inciso *non me moveri* [...] *finita*, legato in qualche modo al *magis ea ratione* presente nella frase precedente, contiene la replica di Paolo all'argomentazione dell'imperatore che il *dies committendi* era caduto nel *tempus pupillae*, e che ciò aveva causato la mancata osservanza della *lex venditionis* (cfr. ad es. già J. PUGÆ ET FEIJOO, *Tractatus*, I, cit., 97: «Aliud Imperatori visum fuit, ea potissimum ratione quod dies committendi in tempus pupillae incidisset, eaque res fecisset, ne pareretur legi venditionis, hanc rationem impugnat Paulus; ait enim non se moveri quod dies postea transiisset, non magis quam si creditor pignus distraxisset post mortem debitoris, die solutionis finita: addit tamen ea probabiliori ratione posse pupillam in integrum restitui, quoniam venditor denuntiando & pretium petendo post legis commissoriae diem ei, renuntiasse videretur [...] Putabat Paulus in ea specie pupillam non esse in integrum restituendam, quia pater ejus, non ipsa contraxerat, nec interesse quod dies committendi in tempus pupillae incidisset.»; cfr. inoltre ID., *op. cit.*, 100): Paolo dunque non sembra tanto concentrarsi sulla facoltà del venditore di avvalersi o meno della *lex commissoria*, quanto sulle possibili ragioni di concessione della *restitutio in integrum*. Va rilevato comunque che nell'opera più recente (cfr. E. NICOSIA, *In diem addictio*, cit., 175 s.) l'Autrice riconosce che l'osservazione di Paolo relativa alla irrilevanza della scadenza del termine dopo la morte del compratore si contrappone alla *ratio* adottata dal *princeps* dell'individuazione del *gestum* nel mancato rispetto dei ter-

In questa interpretazione chiaramente la locuzione *post mortem debitoris*, riferentesi al tempo in cui andava a cadere il *dies solutionis*, è considerata alludere alla necessità implicita che vi fosse un erede impubere, e che si fosse verificata anche

mini per l'adempimento previsti con la compravendita a causa della età ancora impubere di Rutiliana. Nell'ambito della letteratura più antica, era il REBUFFO, *Explicatio*, cit., 419, ad intravedere in qualche modo nei due casi di paragone la presenza dell'elemento della rinuncia alla *lex commissoria*: «Respondet, non me mouet, & dat simile, si debitor dederit pignus creditori, & voluerit, si intra mensem, pecunia soluta non fuerit, quod pignus remaneat, & sit creditoris, si post mensem, & sic finita die solutionis, ac post mortem debitoris, creditor vendiderit pignus, quod ex lege commissoria retinere poterat, legi commissoriae renuntiare videtur, licet transiisset dies. Sic, & hoc casu venditor, postquam transit dies solutionis pretij, si petierit pretium, videtur legi commissoriae renuntiare, & sic tenebat emptio [...]». Ad avviso della WANKERL, *Appello*, cit., 104 s., Paolo, oltre a voler mostrare che l'agire della pupilla, in riferimento alla situazione ereditata, non potrebbe rappresentare alcun ‘*cum minore gestum*’ nel senso dell'Editto, intende paragonare la *lex commissoria* alla *pactio de vendendo* nel diritto di pegno, applicando al caso della *lex commissoria* l'esempio del passaggio della posizione di rischio nell'ambito del diritto di pegno. Il BRUTTI, *Il dialogo*, cit., 185, nt. 187, individua l'analogia dei due casi nella circostanza che la garanzia reale del credito è tassativamente fissata nel contratto di pegno e resta ferma con la morte del debitore, così come resta fermo l'obbligo derivante dalla *lex commissoria*. Per l'interpretazione del Peters, cfr. *supra*, pp. 47 s.

qui una situazione in cui il *dies* andasse ad *incidere* nel *tempus pupilli haeredis*¹¹².

8. La *'displicentia'* dell'imperatore nei confronti della *'lex commissoria'* e la concessione della *'restitutio in integrum'*.

Nel portare avanti il proprio 'Referat', Paolo riferisce che l'imperatore, malgrado le ragioni in contrario, pronunciò che la pupilla dovesse essere reintegrata, poiché la legge commissoria gli dispiaceva.

Quest'ultimo inciso sembra implicare che, secondo la visuale dell'imperatore, e malgrado l'argomentazione opposta di Paolo, la *lex commissoria* nella fattispecie era divenuta operante, a cagione di comportamenti non riconducibili alla volontà della pupilla, ed aveva prodotto effetti pregiudizievoli per la stessa. La *restitutio in integrum*

¹¹² L'AYRAULT, *Decretorum*, cit., 59, ad es. interpretava esplicitamente: «[...] non magis quam si creditor pignus distraxisset post mortem debitoris, in tempus pupilli hæredis die solutionis finita»; ed il MAFFEJI, *De restitutionibus in integrum*, cit., 118: «Neque huic meæ sententiæ obstat, quod supra de pignorum venditione dictum est, quodque cautum reperitur in L. 2. C. si adversus vendit. pign. nempe minori restitutionem denegari adversus venditionem pignorum, quæ non ipse, sed defunctus, cui successit, dederat; quamvis pignorum distractio in tempus minoris inciderit: non alia de caussa, quam quod initium contractus a majore cœperit». Si veda inoltre J. CUJACIUS, *Commentarius ad tit. de minoribus*, cit., c. 1007.

concessa dal principe tendeva in effetti a far considerare come non avvenuta la risoluzione della vendita.

La stringatezza e la fermezza dell’asserzione paolina inducono però ad un tempo ad ipotizzare che quello di Settimio Severo potesse rappresentare un modo di replicare a Paolo che tradiva probabilmente l’intendimento di non andare a verificare se vi fosse stata la rinuncia al diritto di recesso da parte di Ovinio — di cui l’imperatore in linea di fatto dubitava il ricorrere — e di concedere così la *restitutio in integrum* puramente e semplicemente. In effetti, più che se si fosse verificato il ‘Klauselverfall’ — circostanza che era pacifica poiché il prezzo non era stato pagato e poiché Rutiliana, invocando la *restitutio in integrum*, dichiarava implicitamente che la decadenza avesse avuto luogo — il problema appariva quello di capire se il venditore avesse rinunciato o meno ad avvalersi della clausola risolutiva¹¹³. Ovinio, vendendo

¹¹³ Che il momento in cui la *lex* è *commissa* e quello in cui il venditore deve decidere se avvalersi o meno della clausola siano distinti emerge chiaramente da alcuni passi dei giuristi: si veda ad es. Pomp. 35 *ad Sab.* D. 18.3.2: *Cum venditor fundi in lege ita caverit: ‘si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit’, ita accipitur inemptus esse fundus, si venditor inemptum eum esse velit, quia id venditoris causa caveretur [...]*; Scaev. 2 *resp.* D. 18.3.6.2: *Post diem lege commissoria comprehensum venditor partem reliquae pecuniae accepit. respondit, si post statutum diem reliquae pecuniae venditor legem dictam non exercuisset et partem reliqui debiti accepisset, videri recessum a commissoria*; Ulp. 32 *ad ed.* D. 18.3.4.2: *Eleganter Papinianus libro tertio responsorum*

il fondo a Claudio Telemaco, aveva mostrato di voler esercitare la *lex commissoria*, ma solo posteriormente alle *denuntiationes* che avrebbero potuto indicare nel senso di una sua rinuncia a servirsi della clausola. L'imperatore, nel dubbio se il venditore avesse 'receduto' o meno dalla 'propria legge' prima di alienare il fondo a Claudio Telemaco, e tenendo conto della impostazione di Rutiliana, preferiva dare la *restitutio in integrum*, senza addentrarsi in un discorso più complicato, quale sarebbe stato quello relativo alla concessione dell'azione contrattuale¹¹⁴. Egli non era sicuro che

scribit statim atque commissa lex est statuere venditorem debere, utrum commissoriam velit exercere an potius pretium petere, nec posse, si commissoriam elegit, postea variare; Hermog. 2 iur. epit. D. 18.3.7: Post diem commissoriae legi praestitutum si venditor pretium petat, legi commissoriae renuntiatum videtur, nec variare et ad hanc redire potest.

¹¹⁴ In letteratura il fondamento della decisione dell'imperatore è stato variamente inteso. Il Cuiacius non vedeva il decreto conforme ai principi, considerandolo piuttosto come un atto arbitrario emanante dal potere imperiale: *a principe posse* (cfr. J. CUJACIUS, *Commentarius ad tit. de minoribus*, cit., c. 1008). Secondo G. LOUET - J. BRODEAU, *Recueil*, II, cit., 291 «[...] la resolution du Jurisconsulte est claire & generale en la loy *Æmilius*, & celle de l'Empereur est volontaire & particuliere, & un sentiment de fantaisie & de preoccupation, & comme telle ne doit point estre tirée en consequence, mais reformée en son espece». Il RODRIGUEZ DE FONSECA, *Digesto*, cit., 291, nel commento alla propria traduzione, reputava che gli organi giurisdizionali si fossero conformati ai fondamenti del diritto nel negare la *restitutio in integrum*, mentre il principe sarebbe stato indotto a concederla dalle ragioni riferite da

Paolo. Similmente il RICHERI, *Universa Civilis, et Criminalis Jurisprudencia*, II, cit., 380, che a proposito della concessione della *restitutio in integrum* alla pupilla da parte dell'imperatore afferma: «[...] id factum fuit contra generales juris regulas ex specialibus adjunctis, quæ ex jureconsulti responso eruuntur». Nella *conclusio decimaquinta* presente in PH.F.J.B.J. VANDERHAEGHEN - H. GOESSENS, *Repetitio conclusionum XXIV. De negotiis gestis et in integrum restitutionibus*, Lovanii, 1782, è ritenuto invece che fosse stato l'imperatore a decidere in conformità ai principi giuridici. Ad avviso del KRITZ, *Sammlung*, II, cit., 262, Paolo però avrebbe considerato la decisione dell'imperatore una «principlose Willkühr». Intravedeva l'unico fondamento della decisione nel buon gusto del principe il LASSORT, *De la 'lex commissoria'*, cit., 60, mentre per l'HOT, *Des droits*, cit., LXXX, sarebbe stato proprio il disfavore dell'imperatore verso la *lex commissoria* la causa in fatto della riforma della sentenza dei precedenti giudici, il cui parere Paolo avrebbe altrimenti ritenuto meglio fondato. Il REINECKE, *Die 'lex commissoria'*, cit., 24, ravvisa nella concessione del provvedimento un atto di grazia. Di un orientamento dell'imperatore basato in parte su motivi di equità parla il BUIGUES OLIVER, *La rescisión*, cit., 129. Vede nella decisione un'anticipazione della *simplicitas iuris* dominante nella legislazione giustiniana il SANFILIPPO, *Pauli Decretorum libri*, cit., 30: l'imperatore avrebbe preferito al gioco alterno dell'*actio*, dell'*exceptio* e della *replicatio*, un rimedio straordinario di più facile e rapida attuazione. Ma questa interpretazione, secondo l'opinione del Lovato (cfr. A. LOVATO, *Giulio Paolo*, cit., 503 e nt. 22), sarebbe stata corretta solo se il principe avesse accolto la tesi sostenuta da Paolo della possibile giustificazione della concessione della *restitutio in integrum* sulla base della circostanza che il venditore aveva rinunciato alla *lex commissoria*: piuttosto la portata innovativa della pronuncia imperiale sarebbe consistita soltanto nell'estendere il rimedio restitutorio previsto dall'editto *de*

minoribus XXV annis all'ipotesi del minore succeduto al contraente defunto (simile fondamento paternalistico alla decisione dell'imperatore è ravvisato anche da T. HONORÉ, *Emperors*², cit., 22). Nell'avviso del PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte*, cit., 82, Paolo, con le proprie considerazioni differenzianti, non avrebbe potuto attrarre dalla propria parte l'imperatore, il quale, tenendo conto delle particolari circostanze del caso, avrebbe preferito concedere a Rutiliana una tutela sicura attraverso la *restitutio in integrum*. La disapprovazione di un accordo che non era illegale, né contrario ai buoni costumi, è considerata invece il motivo più importante, a livello sintattico, menzionato da Paolo per giustificare la decisione dell'imperatore, dal LIEBS, *Der Sieg*, cit., 373 e nt. 2, 385 ss., 389: «Septimius Severus lehnte sich gegen eine privatautonom getroffene Vereinbarung offen auf, ohne sie freilich grundsätzlich in Frage zu stellen»: una vendita a credito con patto di risoluzione sarebbe rientrata secondo l'imperatore fra i contratti particolarmente rischiosi, a causa della possibilità di pattuizione tra le parti o di imposizione da parte del venditore della decadenza dell'acconto versato dal compratore, ed essa non avrebbe potuto ripercuotersi a svantaggio di un pupillo. La concessione del provvedimento avrebbe dunque rappresentato uno degli speciali sforzi messi in atto dal principe ai fini della tutela del compratore a credito — parte socialmente più debole del venditore — nel periodo tardo-classico. Ad avviso del KUPISCH, *Rutiliana pupilla*, cit., 252, però tale interpretazione del Liebs — tenuto conto anche dell'opinione di costui in merito all'obiettivo della *restitutio in integrum* — non sarebbe compatibile con la *displacencia* dell'imperatore, tanto più quando lo stesso Liebs (*Der Sieg*, cit., 381) afferma: «[...] versetzte der Kaiser [...] Rutiliana derart in den vorigen Stand, daß sie erneut den Gefahren der *lex commissoria* ausgesetzt war». Inoltre la circostanza che la concessione della *restitutio in integrum* sia talvolta annoverata dal Liebs tra gli speciali sforzi messi in

atto dall'imperatore al fine di tutelare il compratore a credito, talaltra qualificata come un ‘Trostpflaster’, poi ancora come un ‘kühnster Schritt’ nei confronti delle decisioni di Scaev. 7 *dig.* D. 18.3.8 ed Ulp. 32 *ad ed.* D. 18.3.4.1, infine come un atto con il quale l'imperatore si rivolgeva contro una pattuizione adottata nell'ambito dell'autonomia privata senza però metterla fondamentalmente in dubbio, si rivelerebbe del tutto insoddisfacente rispetto alla proposta paolina rifiutata dall'imperatore, la quale «[...] doch die *lex commissoria* ebensowenig in Frage stellte, hinter dem der kaiserlich verordnete Schutz, so wie Liebs ihn sieht, aber wesentlich zurückblieb». In M. BIANCHINI - G. CRIFÒ - F.M. D'IPPOLITO, *Materiali*, cit., 10, la motivazione che accompagna la decisione dell'imperatore è considerata molto interessante, soprattutto se confrontata con il parere del giurista. Secondo la WANKERL, *Appello*, cit., 107 ss., l'imperatore adotterebbe una decisione discrezionale e di equità, effettuando un paragone di valore tra la tutela dei minori ed il principio della ‘*Verbindlichkeit*’ dei contratti implicante il passaggio in eredità delle situazioni di rischio, e pervenendo a scegliere la tutela dei minori, sebbene ad avviso di Paolo non esistesse alcun motivo a giustificazione di una simile decisione equitativa, ma fosse necessario fondare dogmaticamente la soluzione. Questa decisione imperiale avrebbe avuto ripercussioni nell'ambito della stipulazione dei contratti di compravendita, in particolare sul comportamento delle parti con potenziali eredi minori, giacché una *lex commissoria* avrebbe potuto essere pattuita senza rischi solo se nessun potenziale erede minore della parte contraente fosse presente. Sotto il profilo retorico, la controversia delineantesi nel passo avrebbe avuto luogo al livello del *genus legale*, poiché mentre secondo Paolo, mancando la causalità, i presupposti della *restitutio in integrum* non sarebbero stati adempiuti, l'imperatore avrebbe adottato, in nome dell'*aequitas* ed allo scopo della maggiore tutela dei minori, una interpretazione estensiva della clausola

la soluzione di Paolo potesse tenere, in linea di fatto o sul piano di diritto. Facendo ricorso ad una terminologia moderna, si potrebbe dire che egli pensasse di andare *ultra petita*, con l'affermare che la pupilla potesse esercitare l'*actio empti*.

edittale, pervenendo a concedere la *restitutio in integrum* oltre l'editto, a prescindere dal nesso di causalità tra minore età e danno. Anche secondo la RIZZI, *Imperator*, cit., 379 s., la decisione dell'imperatore sarebbe espressione di un orientamento volto ad interpretare in maniera lata l'ambito di applicazione della clausola edittale, giacché egli concede il rimedio restitutorio al di là dei casi in cui un soggetto abbia 'gestito' a livello negoziale con il minore. La decisione sarebbe nuova in quanto riterrebbe meritevole di interpretazione estensiva un caso sul quale sino ad allora non vi erano stati interventi né imperiali né giurisprudenziali. Da parte sua il CHOE, *Zur Debatte*, cit., 13, ritiene che l'opinione dell'imperatore «[...] berücksichtigt nicht alle Beziehungen der betroffenen Parteien gebührend, sondern dem Kaiser liegen einseitig die Schutzwürdigkeit des Mündels und die Verantwortung der in die Pflicht zu nehmenden Vormünder im Sinn. Daran könnte man vielleicht eine laienhafte Einstellung erkennen.». Il decreto imperiale, pur non caratterizzandosi come un 'Willkürspruch' — ciò che sarebbe stato comunque impedito dal ruolo di garanzia del *consilium principis* — non avrebbe corrisposto al diritto vigente e sarebbe stato connotato da una *clementia* eccessiva nei confronti di Rutiliana, tenuto conto della circostanza che ella aveva acquisito la propria posizione attraverso la successione. La ragione effettiva della vittoria della pupilla non sarebbe tanto da rinvenire nella sua energia, come pure aveva supposto il Kupisch, quanto nella benevolenza dell'imperatore nei confronti dei minori di venticinque anni (cfr. ID., *op. cit.*, 15, 23, 25, 27).

Tutto ciò presuppone naturalmente che l'inciso *lex commissoria displicebat ei* si riferisse alla concreta *lex commissoria* pattuita fra Ovinio ed Emilio Lariano¹¹⁵, nel senso che l'imperatore ve-

¹¹⁵ In tale direzione cfr. C. SANFILIPPO, *Pauli Decretorum libri*, cit., 28 s., che però ritiene l'inciso uno sciatto ed inconcludente riassunto dell'atteggiamento dell'imperatore ascrivibile ai compilatori; B. KUPISCH, *Rutiliana pupilla*, cit., 252 e nt. 23; D. LIEBS, *Der Sieg*, cit., 373, nt. 2, 385 ss., 389, ma nella sua monografia del 2007 (ID., *Vor den Richtern*, cit., 151, 157) l'Autore sembra mutare posizione: «Dem Kaiser habe jedoch [...] die Verfallsabrede überhaupt missfallen [...]»; «Aber der Kaiser nahm, was Paulus als Hauptgrund für den Sieg Rutilianas angibt, an der Verfallsklausel überhaupt Anstoß [...] Offenbar empfand er sie überhaupt als zu hart und meinte, Käufer vor ihren Härten schützen zu müssen [...]»; si conforma apparentemente a quest'ultimo avviso del Liebs il WALLINGA, *Recensione a D. LIEBS, Vor den Richtern*, cit., 221. Pare invece collocarsi nell'orientamento adottato nel testo la NICOSIA, *Sub condicione*, cit., 143; EAD., *In diem addictio*, cit., 176, quando interpreta: «[...] dal momento che l'applicazione della *lex commissoria* non gli era gradita». La RIZZI, *Imperator*, cit., 377, sebbene riferisca l'*ei* alla pupilla, riconosce che nel caso si riferisse l'*ei* all'imperatore, l'avversione dell'imperatore dovrebbe interpretarsi come relativa allo specifico accordo concluso tra Emilio Lariano ed Ovinio. Anche nell'avviso del CHOË, *Zur Debatte*, cit., 22, la *displicentia* dell'imperatore sarebbe limitata alla concreta *lex commissoria*, pur contenendo la sua decisione finale un forte intento di politica del diritto, in quanto diretta a concedere ai pupilli una tutela più efficace. Al contrario, non rinviene alcuna prova che sostenga l'interpretazione della limitazione della disapprovazione imperiale alla concreta *lex commissoria* il PETERS,

deva con disfavore il funzionamento della *lex commissoria* in questo frangente: dare all'espressione la valenza di una contrarietà di massima, quasi per partito preso, addirittura di un principio giuridico accettato dal decretante in ogni conseguenza¹¹⁶, o farla risalire ad un indirizzo di politica del diritto¹¹⁷, equivale ad ampliarne

Die Rücktrittsvorbehalte, cit., 79 e nt. 23. Trova strano l'argomento della *displicentia* il BISCARDI, *Lezioni*, cit., 10.

¹¹⁶ Così A. SACCHI, *Sul patto commissorio*, cit., 473. Vedasi inoltre l'interpretazione di G. LOUET - J. BRODEAU, *Recueil*, II, cit., 291, orientata in questa direzione, anche se più di compromesso: «*Paulus* remarque une autre grande particularité, que bien que l'Empereur n'improuvast point la loy, ou le pact commissoire, neanmoins *ei in univsum displicebat*»; di E. BARON, *Ad τὰ πρῶτα*, cit., 174: «Significat Paulus Imperatorem cōtra tenorem rationis pronunciasse pupillam restituendam, quòd in vniuersum lex commissoria in contractibus ei displiceret»; e di J. CUJACIUS, *Commentarius ad tit. de minoribus*, cit., cc. 1007 s.: «Pronuntiavit ergo contra assidentis Pauli sententiam, & contra rationem juris, ut & in specie *l. ult. inf. de jur. fisc. l. Paula*, §. 1. *inf. de legat. 3. l. ult. inf. quod cum eo, l. Clodius, inf. de acquir. her.* quia, inquit Paulus, lex ei commissoria in univsum displicebat. Non improbat eam quidem, ut apparet ex *l. 4. inf. de lege comm.* Sed displicebat, ideoque adversus eam facile integri restitutionem dabat» (cfr. anche J. CUJACIUS, *Paratitla*, cit., c. 290).

¹¹⁷ Così M. BRUTTI, *Il diritto*², cit., 640; ID., *Il dialogo*, cit., 185 s., con la giustificazione che probabilmente la clausola commissoria rendeva più incerta la compravendita, la quale avrebbe potuto venir meno nei suoi effetti obbligatori. L'affermazione dell'A. che la motivazione del *princeps* richiami un indirizzo politico appare avere una portata ec-

in maniera ingiustificata la portata e impedisce di comprendere la funzione di quel *quia tamen* posto all’inizio della frase, in cui la presenza di una congiunzione che introduce un rapporto di causa, e di un’altra congiunzione con valore avversativo

cessivamente generalizzante di un sentimento suscitato invece dalle concrete circostanze della fattispecie. Intende la *lex commissoria* in senso generale anche la WANKERL, *Appello*, cit., 98, 105: «Das Imperfekt bei *displiebat* zeigt in erster Linie eine durative Einstellung des Kaisers gegen die *lex commissoria* generell an [...]»; «Denn er macht diese Abrede für die gefährliche Situation des Mündels verantwortlich, die durch das Bestehen der Verfallsfristen entstand [...] Er stellt daher im Zweifel die Schutzwürdigkeit Minderjähriger über die Wirksamkeit von Vertragsvereinbarungen». Ad un tempo però l’Autrice riconosce che la decisione dell’imperatore non appare aver avuto alcun influsso sulla prassi, poiché nessuna decadenza sarebbe evidente nell’impiego della *lex commissoria*, anzi ad essa sarebbe dedicato un intero titolo nei Digesti, qualche frammento del quale proverrebbe proprio dall’epoca di Settimio Severo. Forse la critica di Paolo avrebbe condotto a passare sotto silenzio la decisione e ad impedire la sua applicazione dal punto di vista effettivo. Ma più generalmente la mancanza di riflessi nella prassi avrebbe potuto indicare anche nella direzione di un fallimento della politica del diritto attraverso lo strumento del *decretum*, e nello stesso tempo di un consolidamento dei *decreta* — malgrado il loro carattere di costituzione — sulla base di principi giuridici riconosciuti universalmente (cfr. EAD., *op. cit.*, 108). Già G. LOUET - J. BRODEAU, *Recueil*, II, cit., 291, in relazione alla decisione dell’imperatore, avevano osservato: «[...] quod decretum, sive sententia imperialis (ut pleraeque aliae) Paulo non approbante, prolatum fuit, ut notat Cujac. lib. 2. observ. c. 26 in prin.».

che si oppone all'affermazione precedente di Paolo¹¹⁸, conferisce all'inciso quasi una valenza di

¹¹⁸ La valenza avversativa del *tamen* sembra invece tenuta in scarsa considerazione dal BRUTTI, *Il diritto*², cit., 640, quando egli afferma che l'opinione di Paolo favorevole alla possibile reintegrazione della pupilla perché il venditore aveva rinunciato ad avvalersi della *lex commissoria*, veniva accolta dall'imperatore, il quale inoltre motivava 'anche' con una ragione di politica del diritto. In M. BRUTTI, *Il dialogo*, cit., 185, l'Autore conferisce maggiore rilevanza all'avverbio: l'imperatore accoglierebbe sostanzialmente la soluzione prospettata da Paolo, ma non seguirebbe il ragionamento del giurista e, *d'altro canto*, sarebbe mosso dalla ragione di politica del diritto della *displicentia* nei confronti della *lex commissoria*. Nella letteratura del XVI secolo, già il REBUFFO, *Explicatio*, cit., 419 s., interpretava il testo nella direzione dell'accoglimento da parte dell'imperatore dell'opinione paolina: «Etiam alia ratione fuit motus Imperator, quia venditor denuntiando tutoribus, ut solverent, post tempus petendo pretium, videtur à lege commissi discessisse, videlicet ut inemptus sit fundus: ergo si emptio valida erat, non poterat venditor alij vendere [...] Imperator eam concedit (*scil.*, restitutionem), dicens maximè esse concedendam, non obstâte iudicum sententia, eò quòd post diem pretium petendo, quo placuerat esse commissum, à lege commissoria recessisse videbatur.». Il PUGÆ ET FEIJOO, *Tractatus*, I, cit., 101, parlava poi di un convenire di Paolo con la decisione dell'imperatore: «Paulus [...] non improbat sententiam Imperatoris, quam potiùs ea urgentissima ratione confirmat, sed rationem qua movebatur Imperator. Dices tamen, cur ergo in vers. *putabam* ait bene iudicatum fuisse à Prætore, & Præfecto urbi, qui restitutionem pupillæ denegarunt? Respondeo Paulum illud priùs existimasse, sed tandem re meliùs perpensa in vers. *dicebam* contrarium docuisse, & sententiæ Antonini Imperatoris

richiamo nei confronti delle circostanze dell’*incidere* del *dies committendi* nel *tempus pupillae*¹¹⁹ e dell’*efficere* dell’*eaque <res>*, *ne pareretur legi venditionis*.

Quanto alle altre interpretazioni della *displicentia* dell’imperatore avanzate in dottrina, poiché muove dal presupposto dell’efficacia reale della risoluzione del contratto di compravendita, la quale è da escludere per il periodo classico¹²⁰, va rigettata quella che individuava la causa della ‘antipatia’ del principe nei confronti della *lex commissoria* nell’eccessiva rigidità degli effetti del patto verso il contratto, il quale sarebbe stato vanificato *ipso iure* al momento dell’avverarsi del contenuto di quello¹²¹.

consensisse; & hæc, si quid mei iudicii est, vera est textus in l. 38. mens & sententia».

¹¹⁹ Il RICHERI, *Universa Civilis, et Criminalis Jurisprudentia*, II, cit., 380, ad es., interpretava: «Primum est, quia Imperatori displicebat lex commissoria, quæ maxime inciderat in tempus pupillæ».

¹²⁰ Cfr., per tutti, E. CHEVREAU - Y. MAUSEN - C. BOUGLÉ, *Introduction*, cit., 27 s.

¹²¹ Fra i rappresentanti di questa interpretazione, cfr., ad es., il gesuita lionese R.P.I. GIBALINI, *De Universa Rerum Humanarum Negotiatione*, I, cit., 648; ed A. FABER, *Rationalia in primam*, cit., 664 s.: «Creditor esse odiosa, quia per eam fit ut bonæ fidei contractus ipso iure rescindatur, ob solam non solutionem precij [...]». Ma vd. anche, più di recente, l’interpretazione di M. PEACHIN, *Jurists*, cit., 113: «[...] because he was displeased by the clause allowing revocation of the contract [...]».

Né può essere recepita, poiché va contro l'inammissibilità dell'automatica perdita dell'acconto da parte del compratore in seguito al verificarsi della *lex commissoria*, l'interpretazione della più antica letteratura — seguita con diverse movenze dal Kupisch¹²² — secondo cui l'imperatore disapprovava la *lex commissoria* in quanto eccessivamente onerosa¹²³ per il compratore, il quale poteva perdere l'importo del prezzo versato¹²⁴, posto che i pagamenti parziali rimane-

¹²² B. KUPISCH, *Rutiliana pupilla*, cit., 260 s.: «[...] das kaiserliche Unbehagen in bezug auf die *lex commissoria* [...] sich nicht auf die Rechtsfigur der *lex commissoria* bezog, sondern allein auf die konkret vereinbarte, das heißt darauf, daß nicht nur die erste Kaufpreisrate, die Anzahlung, sondern auch die zweite verfallen sein sollte, falls nicht vereinbarungsgemäß gezahlt wurde»; ID., *op. cit.*, 264: «Der Kaiser mißbilligte die extrem käuferfeindliche *lex commissoria*, bei der dem Käufer unter Umständen mehr als die Hälfte des Kaufpreises verloren gehen konnte». Cfr. anche A. PÓKECZ KOVÁCS, *A szerződéstől*, cit., 250 s.

¹²³ Lo SCIALOJA, *Compra-vendita*, cit., 362, traduce invece: «gli pareva che la legge commissoria fosse troppo severa», ma non ne precisa il motivo.

¹²⁴ Cfr. già la Glossa (*Aemilius. Casus*, in *Digestum vetus*, cit., 363): «Quia lex commissoria est odiosa: unde non debet huic puellae obstare», e gl. *Displicebat* ad D. 4.4.38 pr. (in *Digestum vetus*, cit., 364): «Quia est odiosa, et in fraudem usurarum inducta»; J.G. HEINECCIUS, *Recitationes*, I, cit., 179: «Sed cur dicitur, quod lex commissoria imperatori displiceret? Quia videbatur ibidem hoc actum, ut pars pretii soluta, apud venditorem maneret, licet postea res inempta fieret, ut in casu *L. 4. §. 1. ss. de leg. comm.* quod durum videbatur»; M.W. DE RAADT, *Specimen*, cit., 10: «Et sane si

verum fateri volumus, erat haec satis dura. Quid enim iniquitati adfinius, quam brevissimi temporis spatium negligi non posse, in secunda praecipue commissione, nisi cum dispendio majoris partis pretii?»; G. MASCOVII, *Opuscula*, cit., 486; J.A. ACCARIAS, *Etude*, cit., 90; A. CHARVET, *Etude*, cit., 96; L. NAZ, *Essai*, cit., 125; F.J.B.B. MARTIN, *De la 'lex commissoria'*, cit., 64 s.; A. LODS, *De la 'lex commissoria'*, cit., 44; C. PIERINI, *La legge commissoria*, cit., 90. Si veda anche F. PRINGSHEIM, *Der Kauf mit fremdem Geld. Studien über die Bedeutung der Preiszahlung für den Eigentumserwerb nach griechischem und römischem Recht*, Leipzig, 1916, 81, nt. Pur riconoscendo la possibilità dell'esistenza di questa ragione alla base della *displacentia* dell'imperatore nei confronti della *lex commissoria*, il PUGÆ ET FEJOO, *Tractatus*, I, cit., 100, attenua il rilievo di essa in tal senso: «Ea ergo vera est ratio, ob quam Imperator legem commissoriam odiosam appellavit, non quidem generaliter, sed solùm in specie proposita, quod & admittit Ossuald. *d. lib. 16. comment. cap. 19. litt. C.* Verùm licet hæc ratio subtili hoc modo exposita moverit Imperatorem, tamen eam etiam inefficacem esse ex eo facile ostendo; non enim probat odiosam esse legem commissoriam in allata specie; nam etsi fateamur secluso beneficio restitutionis pupillam amittere partem pretii, quam pater ejus emptor venditori persolverat, tamen etiam dicere debemus, eam in hujus damni compensationem lucrari fructus medio tempore perceptos *d. l. 4. §. 1. hoc tit.* quas alioqui resoluta contractu si nulla pars pretii esset soluta, restituere teneretur venditori *d. l. 4. in princip. & l. 5. hoc tit.* Cum ergo damnum amissionis partis pretii solutæ compensetur cum lucro fructuum medio tempore perceptorum, adhuc in proposita specie lex commissoria odiosa videri non debuit, & consequenter immeritò displicuit Imperatori.»

vano nelle mani del venditore all'avverarsi della condizione¹²⁵: queste conseguenze eccessivamente rigorose per l'acquirente avrebbero turbato il sentimento di equità del principe e motivato la concessione della *restitutio in integrum*, la quale avrebbe mirato a proteggere l'impubere sollevandola dagli effetti della *lex commissoria*.

Difficile da comprendere rimane poi l'esatta portata della interpretazione del Peters, che afferma cripticamente, senza circostanziare ulteriormente la propria asserzione: «[...] der Hinweis auf die *lex commissoria* dem Kaiser nicht gefiel»¹²⁶, mentre da escludere è la congettura del

¹²⁵ Proprio con riferimento a questo inciso invece il PICHONNAZ, *La condition*, cit., 4269, rileva: «[...] l'Empereur Alexandre était apparemment très sceptique sur les bienfaits de la *lex commissoria* [...]», sulla base della ipotesi che a partire dal III sec. d.C. i giuristi e la cancelleria imperiale si sarebbero resi conto della iniquità dell'effetto retroattivo reale della condizione risolutiva in caso di pagamento parziale del prezzo da parte del compratore e lo avrebbero rigettato: mentre infatti altrimenti, in seguito alla risoluzione della compravendita, il venditore avrebbe riottenuto automaticamente la proprietà dell'oggetto venduto, lo stesso non sarebbe accaduto per quanto riguarda la proprietà del denaro versato a titolo di pagamento parziale del prezzo dal compratore, il quale avrebbe dovuto necessariamente ricorrere ad una *condictio indebiti* per il recupero dell'importo pagato. *Adde* ID., *Vom Nutzen*, cit., 483 s.; F. STURM, *Lassen sich C.4,54,3 und C.4,54,4*, cit., 158 e nt. 40.

¹²⁶ F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte*, cit., 79. Trova l'osservazione del Peters poco convincente, e richiama il parere del Gothofredus, che sul *displicebat ei* notava attenuando: *non tamen improbat* (D. GOTHOFREDUS, *Corpus*,

Musumeci, il quale, sulla base della constatazione della scarsa verisimiglianza di una valutazione dell'imperatore di carattere puramente soggettivo ed incomprensibile sul piano giuridico, ritiene che l'*ei* sarebbe da riferire alla pupilla, nel senso che la *restitutio in integrum* venne accordata in quanto la *lex commissoria displicebat* a Rutiliana, a causa del pregiudizio che la clausola le arrecava¹²⁷.

cit., 171, nt. 52; cfr. anche J. CUJACIUS, *Paratitla*, cit., c. 290), il KUPISCH, *Rutiliana pupilla*, cit., 252, nt. 23. Giudica invece del tutto incomprensibile la notazione del Peters il LIEBS, *Der Sieg*, cit., 373, nt. 2. Tra gli antichi interpreti, il GIBALINI, *De Universa Rerum Humanarum Negotiatione*, I, cit., 648, precisava: «Quamvis igitur lex commissoria non fuerit improbata in venditionibus, æquitas tamen fert, ut in dubio contra eam pronuntietur, sed de ea lege inferiùs plura. In venditione verò proposita nihil planè erat quod dubiã faceret eam legem, aut eius obseruatione eximeret.»

¹²⁷ F. MUSUMECI, *Ancora sulla 'in integrum restitutio'*, cit., 251 s.; ID., *Protezione*, cit., 242 ss. Adesivamente A. LOVATO, *Giulio Paolo*, cit., 500 e nt. 15, secondo il quale il giudizio negativo sulla clausola sarebbe da collegare al danno patrimoniale arrecato alla pupilla e confermerebbe la precedente motivazione dell'imperatore relativa al verificarsi del *dies committendi* nel momento in cui già esisteva il rapporto tutelare. Esclude assolutamente che l'*ei* si possa riferire a Rutiliana C. SANFILIPPO, *Pauli Decretorum libri*, cit., 28, nt. 2. Riferisce l'*ei* all'imperatore la maggior parte della dottrina: cfr., ad es., É. CUQ, *Le conseil*, cit., 452; F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte*, cit., 79; D. LIEBS, *Der Sieg*, cit., 385 ss.; ID., *Vor den Richtern*, cit., 237, nt. 8, in cui l'A. rileva anche come, a questo punto del frammento, Rutiliana non compaia già da molte righe, mentre la figura dell'imperatore appaia nelle vicinanze immediate dell'*ei*: non condivide pe-

rò questo rilievo il MUSUMECI, *Protezione*, cit., 243, nt. 18, ad avviso del quale sarebbe naturale — proprio perché tutto il discorso che si svolge nel frammento è incentrato sulla richiesta avanzata da Rutiliana — intendere l'inciso in questione nel senso che l'imperatore accolse tale richiesta a causa del pregiudizio che la *lex commissoria* cagionava a Rutiliana. Se poi ci si conformasse al criterio richiamato dal Liebs, la stessa espressione *restituendam*, che chiude l'inciso, si accorderebbe perfettamente con l'*ei* ove si riferisse il pronome a Rutiliana, mentre se lo si riferisse all'imperatore, l'espressione risulterebbe sintatticamente scollegata in quanto troppo distante dal luogo del frammento dove Rutiliana figura menzionata. Pur comprendendo come tale argomentazione del Musumeci miri *in primis* ad evidenziare l'inadeguatezza del criterio adottato dal Liebs, va comunque rilevato che la presenza del *restituendam* non sembra possa rappresentare un sufficiente elemento di conferma ai fini del riferimento inevitabile dell'*ei* alla pupilla. Anche riferendo l'*ei* all'imperatore, l'espressione adempie bene al proprio ruolo: nei tratti precedenti del passo in effetti la pupilla è citata varie volte, anche indirettamente (*victa [...] ipsa [...] tempus pupillae [...] restitui eam*), ed ogni volta si comprende chiaramente come ci si stia riferendo a lei, senza trascurare poi che l'*in integrum restituendam* è ben coordinato con i precedenti *pupilla in integrum restitui desiderabat*, e con il *dicebam posse magis ea ratione restitui eam*; B. KUPISCH, *Rutiliana pupilla*, cit., 249, 252; T. HONORÉ, *Emperors*², cit., 21; M. PEACHIN, *Jurists*, cit., 113, 117, che sottolinea ad un tempo come, a causa di questa *displacentia*, «the emperor decides to void a perfectly legal clause in a contract for sale»; P. PICHONNAZ, *La condition*, cit., 4269; ID., *Vom Nutzen*, cit., 484; E. NICOSIA, *Sub condicione*, cit., 143; V. WANKERL, *Appello*, cit., 106, secondo la quale, poiché la frase *displicebat ei* sarebbe da ascrivere alle parti del testo che riportano il dibattito tra l'imperatore e Paolo, l'*ei* sarebbe usato anaforicamente,

Si conforma a questa interpretazione anche la Rizzi¹²⁸, ad avviso della quale, riferendo l’*ei* a Rutiliana, si potrebbe intendere l’inciso nel senso che l’imperatore avrebbe in tal modo dato una riprova della propria precedente argomentazione, confermando ulteriormente la necessità di considerare l’avvenuta scadenza del termine nel momento in cui nel rapporto di compravendita era subentrata come erede la pupilla, come determinante per la concessione della *restitutio in integrum*: essendo stata Rutiliana a far sì che non si ottemperasse alla *lex venditionis*, la *lex commissoria* dispiaceva a lei.

Nei confronti delle ultime posizioni citate, può però essere rilevato che già la mancanza del soggetto al *pronuntiavit* potrebbe essere supplita per mezzo del riferimento dell’*ei* all’imperatore, senza trascurare che il pronome è collocato nella frase proprio vicino al *pronuntiavit*, anche se in una posizione oggettivamente alquanto singolare¹²⁹.

rinviano all’imperatore già menzionato prima, e sarebbe sufficiente proprio in considerazione dell’impostazione dialogica, essendo riprodotta precedentemente l’asserzione dell’interlocutore: il MUSUMECI, *Protezione*, cit., 243, nt. 18, oppone però che tali considerazioni dell’Autrice non possono dimostrare che con *ei* si facesse necessariamente riferimento all’imperatore; M. BRUTTI, *Il diritto*², cit., 639 s.; ID., *Il dialogo*, cit., 184; E. NICOSIA, *In diem addictio*, cit., 176.

¹²⁸ M. RIZZI, *Imperator*, cit., 376 s.

¹²⁹ Ritiene che il *pronuntiavit* abbia come soggetto il *princeps*, a cui si è appena fatto riferimento con la frase *displicebat ei*, la NICOSIA, *Sub condicione*, cit., 137, nt. 238; EAD., *In diem*

Ma è da riconoscere che codesto argomento non è molto consistente, anche perché — oltre al rilievo della regolarità grammaticale del riferimento dell'*ei* alla pupilla — si potrebbe obiettare che l'*in integrum restituendam* sarebbe ugualmente ricollegabile all'*ei*. Però va sottolineato che l'azione del verbo *displicere* si rivolge in genere sul soggetto, e che esso esprime un motivo di rammarico, di rincrescimento, di disappunto¹³⁰, che potrebbe esse-

addictio, cit., 170, nt. 326. Sotto un diverso profilo, va rilevato come secondo una parte della dottrina la forma verbale *pronuntiare* sia riferibile ad una decisione emessa dal *princeps* in funzione giudicante: cfr. E. VOLTERRA, *Il problema*, cit., 982 (= *Scritti*, VI, cit., 164); N. PALAZZOLO, *Potere*, cit., 60; D. NÖRR, *Aporemata apokrimaton (P. Columbia 123)*, in *Proceedings of the XVI. International Congress of Papyrology (New York, 24-31 luglio 1980)*, Chico, 1981, 590 (= *Historiae iuris antiqui. Gesammelte Schriften*, II, Goldbach, 2003, 1308); V. MAROTTA, *Multa de iure sanxit. Aspetti della politica del diritto di Antonino Pio*, Milano, 1988, 34; F. ARCARIA, *Senatus censuit*, cit., 143; J.P. CORIAT, *Le prince*, cit., 95; M. RIZZI, *Imperator*, cit., 30 ss., 66 ss.

¹³⁰ Generalmente il verbo *displicere* presenta una connotazione negativa: cfr., ad es., Cels. 11 *dig.* D. 16.3.32; Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.2.20.7; Paul. 23 *ad ed.* D. 10.1.4.10; Paul. 32 *ad ed.* D. 17.2.65.4; Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.2.34.7. Esso è presente naturalmente in molti passi riguardanti il *pactum displicentiae*: Ulp. 28 *ad Sab.* D. 18.1.3; Paul. 2 *ad ed.* D. 18.5.6; Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.5.20 pr.-1; Ulp. 8 *disp.* D. 20.6.3; Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.24.11.13; Imppp. Diocletianus et Maximianus AA. C. 4.58.4 pr. Si veda anche Ulp. 1 *ad ed. cur.* D. 21.1.31.23. Altri testi significativi sono rinvenibili nel Codice Teodosiano: CTh. 1.16.1; CTh. 2.1.6; CTh. 3.5.2; CTh. 3.16.2; CTh. 6.2.15; CTh. 8.5.33; CTh. 11.36.23; CTh. 12.6.11;

re coordinato al precedente *motus est* riferito all'imperatore — il quale era stato indotto quasi ad una compartecipazione affettiva nei confronti della situazione di debolezza in cui versava la fanciulla a cagione della minore età — ed al *movit* successivo sempre riferito a lui, nell'inciso in cui emerge la volontà imperiale di proteggere la fanciulla da tutori poco affidabili. E' noto che il verbo *moveo*, nella lingua latina, oltre all'accezione di 'spingere', 'indurre', ha anche quella di 'commuovere', 'impressionare', 'turbare', 'influire su', 'intenerire'¹³¹. Mentre nel frammento non vi sono in-

CTh. 12.6.12. In AE. FORCELLINI, *Lexicon*, II, cit., 160, voce *displiceo*, «displiceo est non placeo»; in E. SECKEL, *Heumanns Handlexikon*⁹, cit., 152, *displicere* è inteso come 'mißfallen, gereuen'; il verbo è assimilato all'*improbare*, al *poenitentiam agere* in H.E. DIRKSEN, *Manuale latinitatis fontium iuris civilis Romanorum*, Berolini, 1837, 293, voce *displicere*. Quanto all'oggetto su cui può vertere il *displicere*, cfr. *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, II, Berolini, 1933, 278, voce *displiceo*. Sulle fonti postclassiche si vedano O. GRADENWITZ, *Heidelberger Index zum Theodosianus*, Berlin, 1925, 64, voce *displiceo*; E. LEVY, *Ergänzungsindex zu 'Ius' und 'Leges'*, Weimar, 1930, 48, voce *displiceo*; C. PHARR, *The Theodosian Code and Novels and the Sirmundian Constitutions*, Princeton, 1952, 38, 66, 118, 200, 337, 374.

¹³¹ Cfr. L. CASTIGLIONI - S. MARIOTTI, *Il vocabolario della lingua latina*³, Torino, 1996, 808. La WANKERL, *Appello*, cit., 161 e nt. 840, intende il *motus* nel seguente senso: «*Motus* weist aber oft nur darauf hin, dass eine Abwägung juristischer Argumentationen vorgenommen wurde». Sull'impiego del verbo *movere* presso i giuristi romani, si veda anche R. VERSTEGEN, *De 'fiscus' verkoopt een verpacht goed. Rome's keizer als rechter (D. 49.14.50)*, in *Een Rijk*

vece verbi che alludono a stati emotivi riguardanti la pupilla, né, considerando il complessivo contesto, sembra che possa rilevare un *displicere* della fanciulla. Le svariate motivazioni elencate nel frammento per le quali l'imperatore è indotto a concedere il provvedimento sono sempre riconducibili alla sua persona, ai suoi stati d'animo, alle sue percezioni.

In ultima analisi, quel *quia tamen* che introduce l'inciso in questione impedisce di riferire l'*ei* a Rutiliana, giacché in quest'ultima evenienza la motivazione disvelerebbe qualcosa di nuovo, autonomo o disorganico rispetto all'esposizione precedente, ponendosi in contrasto alla portata delle congiunzioni introduttive del discorso.

9. *La 'pronuntiatio suspectos tutores videri' e la sua influenza sulla decisione dell'imperatore.*

A conclusione del proprio resoconto Paolo riporta una circostanza supplementare (*etiam*) che avrebbe colpito la sensibilità dell'imperatore, e che avrebbe rafforzato ancor di più il convincimento di costui circa l'ammissibilità della *restitutio in integrum* in favore di Rutiliana, e cioè che i primi

Gerecht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. P. L. Nève, a cura di B.C.M. Jacobs, E.C. Coppens, Nijmegen, 1998, 565, nt. 54 (colgo l'occasione per ringraziare vivamente l'Autore, il quale mi ha fatto pervenire in tempi molto rapidi quest'articolo, non reperibile in Italia).

tutori, che non avevano chiesto che fosse concessa la *restitutio in integrum* alla pupilla¹³², erano stati dichiarati *suspecti*¹³³.

¹³² Stranamente la traduzione del GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, I, Barcelona, 1889, 375, presuppone che la *restitutio in integrum* dovesse riguardare la posizione dei primi tutori: «[...] los primeros tutores, que no habían solicitado ser restituidos [...]».

¹³³ Il SANFILIPPO, *Pauli Decretorum libri*, cit., 29, ritiene strano che Paolo non abbia fatto cenno nel corso della narrazione della fattispecie né dell'*accusatio suspecti tutoris*, né dell'opposizione dei tutori alla richiesta della *restitutio in integrum*: ciò lo induce ad ipotizzare un intervento dei compilatori, che sarebbe suggerito anche da motivi formali, come la presenza dell'*etiam illud*, e del *quod [...] pronuntiati erant*, al posto di una proposizione infinitiva. A tacer d'altro, va però osservato come non vi sia stata opposizione dei tutori, ma loro negligenza nella richiesta del provvedimento. Tuttavia parla di opposizione più recentemente anche il LOVATO, *Giulio Paolo*, cit., 500. Espungono il *qui non restitui desiderassent* il BASES, in *Index Interpolationum*, cit., ad h.l., ed il BESELER, *Beiträge*, V, cit., 17. Va appena ricordato che il processo conseguente all'*accusatio suspecti tutoris* era di tipo cognitorio ed era introdotto da una *postulatio* che chiunque — ma in particolare la madre, i parenti, i liberti e gli amici del pupillo — poteva rivolgere al magistrato perché accertasse eventuali atti fraudolenti o negligenze del tutore ed in conseguenza lo dichiarasse '*suspectus*'. Mentre era in corso il procedimento di *accusatio*, il magistrato sospendeva il tutore dalla gestione, reputando pericoloso lasciarlo ad amministrare il patrimonio dell'incapace. Dall'inchiesta, condotta con grande libertà di azione dal magistrato sulla realtà dei fatti allegati, sarebbe risultata l'innocenza o la colpevolezza dell'accusato. Se costui fosse stato riconosciuto colpevole, il processo sarebbe

terminato con un *decretum* che dichiarava il tutore sospetto, ne ordinava la rimozione, ed enunciava le cause di codesta, al fine di giustificarne conseguenze come l'*infamia* (tale ultimo esito è peraltro collegato dalla dottrina conservatrice alla rimozione del tutore per dolo, mentre il tutore rimosso per negligenza non vi sarebbe incorso: cfr. A. DE MEDIO, *Studi sulla 'culpa lata' in diritto romano*, in *BIDR*, XVII, 1905, 21 s.; C.F. VON GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, XXVI, trad. it., Milano, 1906, 772; A. BERGER, *Zur Lehre vom 'Tutor suspectus'*, in *ZSS*, XXXV, 1914, 45, nt. 3; R. LAPRAT, *Le 'crimen suspecti tutoris'*, Nancy, 1926, 73, 112 ss., 321 s.; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I², Milano, 1947, 502; E. SACHERS, voce *Tutela*, in *RE*, VII, A.2, Stuttgart, 1948, 1560; M. KASER, '*Infamia*' und '*ignominia*' in den römischen Rechtsquellen, in *ZSS*, LXXIII, 1956, 253; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 500 s., che collega però la notazione infamante ai casi di particolare gravità; R.SJ. GARAY MORENO, *Tutores de impuberes: crimen suspecti*, in *Estudios en homenaje al profesor F. Hernandez-Tejero*, II, Madrid, 1994, 233. Discorde l'avviso del SOLAZZI, *Istituti tutelari*, Napoli, 1929, 210 ss., che, allegando testimonianze come *Vat. Fragm.* 340 b ed *Ulp. 9 ad ed. D. 3.3.39.7*, replica che infamante può essere solo quel giudizio in cui la condanna arrechi l'*infamia* del condannato in ogni caso: la *postulatio suspecti tutoris* sarebbe stata una *causa famosa*, mentre la semplice rimozione avrebbe potuto essere o meno infamante). In *Paul. 1 decr. D. 4.4.38 pr.* è però affermato che «*priores tutores [...] suspecti pronuntiatu erant*». La *pronuntiatio suspectum tutorem videri*, contenuta nel *decretum*, era la decisione del magistrato che chiudeva il giudizio, e consisteva nell'accertamento dell'accusa, nella dichiarazione che il tutore accusato fosse *suspectus*. Anche in uno scolio di Stefano a *D. 3.3.39.7*, Sch. 33 ad *Bas. 8.2.39* (Λύσις Στεφάνου Β Ι, 115 ed. Scheltema = I, 378 ed. Heimbach) la pronuncia ha il medesimo contenuto: Οὔτε γὰρ

ὁ δικαστὴς ἀποφαίνεται· σύνεστι τόνδε ἐπίτροπον εἶναι σούπεκτον, ἢ τῶ ἰδικὸν ἔχοντι περὶ τούτου μάνδατον. Il brano conferma che in ogni periodo il giudizio sul *crimen suspecti tutoris* non potesse concludersi altrimenti che con una decisione a carattere dichiarativo, che rendeva manifesto se il tutore fosse o no sospetto. In conseguenza di essa il magistrato avrebbe potuto ordinare la rimozione del tutore e sarebbe stato autorizzato, in base ad un *senatusconsultum*, ad insediare un nuovo (cfr. Gai. 1.182; *Tit. Ulp.* 11.23). La dottrina più antica si muoveva però in una direzione diversa: il HRUZA, *Über das ‘lege agere pro tutela’: Rechtsgeschichtliche Untersuchung*, Erlangen, 1887, 69, 79, sosteneva che vi sarebbe stata, nell’ambito della procedura formulare, una fase intermedia nella quale sarebbe spettato al magistrato decidere riguardo alla *remotio*, ed a un *index* dichiarare il tutore sospetto. Più tardi il processo sarebbe stato sottomesso interamente alla *cognitio* del magistrato. Questa divisione anteriore sarebbe sopravvissuta nella separazione, almeno teorica, fra il *decretum*, che pronunciava la *remotio* del tutore, e la *sententia*, attraverso la quale il magistrato faceva proprie le conclusioni dell’attore e dichiarava *suspectum tutorem videri*. Più lontano del Hruza andava il KNIEP, *Gai Institutionum. Commentarius primus*, Jena, 1911, 286, che ammetteva che la *postulatio suspecti tutoris* non avrebbe mai dato luogo ad una procedura cognitoria, né nell’ambito delle *legis actiones*, né in quello della procedura formulare. Ma a Roma l’editto avrebbe scisso l’istanza in due fasi: nell’una il magistrato avrebbe pronunciato attraverso il proprio decreto la *remotio* del tutore; nell’altra un *index* avrebbe dichiarato nella propria *sententia suspectum tutorem videri* in risposta ad una formula pregiudiziale rilasciata dal pretore, che avrebbe compreso soltanto l’intentio: *an Numerius Negidius ut suspectus tutor removens sit*. Dunque Ulpiano originariamente avrebbe scritto in D. 26.10.4.3 (1 *omn. trib.*), invece che «*Si praetor sententia sua*

non removerit tutela», «*Si praetor sententia a iudice data non removerit tutela*». Nei confronti di queste posizioni dottrinali va rilevato però che si ha difficoltà a piegare l'*accusatio suspecti tutoris* alle regole di un processo ordinario e che non sembra potersi evincere dalle fonti la separazione dei due stadi, nel senso che diversi giudicanti avessero emesso la *sententia* ed il *decretum*, bensì lo stesso magistrato appare rimanere competente per l'intero processo cognitorio ed emettere due decisioni cronologicamente riunite insieme: egli pronuncia *suspectum tutorem videri* e poi ordina la rimozione dello stesso. Ciò risulta ad es. da Marcian. *lib. sing. ad sen. cons. Turp.* D. 48.16.1.11, che informa che solo il *praeses* era competente nelle province per giudicare dell'*accusatio suspecti tutoris*, mentre per ciò che concerne la situazione di Roma testi di Ulpiano (1. *omn. trib.* D. 26.10.4.1-2) e di Papiniano (12 *quaest.* D. 26.10.10) parlano di un *decretum praetoris* (cfr. A. PERNICE, 'Labeo'. *Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, II, 2.1², Halle, 1900, 183, nt. 4; S. SOLAZZI, *La minore età nel diritto romano*, Roma, 1913, 262, nt. 1, 268, nt. 2; R. LAPRAT, *Le 'crimen'*, cit., 76 s.; S. SOLAZZI, *Istituti*, cit., 198, nt. 1). Sull'argomento si vedano inoltre M. VOIGT, *Das civil- und criminalrecht der XII Tafeln*, Leipzig, 1883, 427 s.; A. PERNICE, *Parerga*, in *ZSS*, XIV, 1893, 173 s.; C.F. VON GLÜCK, *Commentario*, XXVI, cit., 757, 768 ss., 789; R. TAUBENSCHLAG, *Vormundschaftsrechtliche Studien. Beiträge zur Geschichte des römischen und griechischen Vormundschaftsrechts*, Leipzig-Berlin, 1913, 34 s.; A. BERGER, *Zur Lehre*, cit., 53; S. SOLAZZI, *Sull'actio rationibus distrabendis*, in *RIL*, L, 1917, 186 s. (= *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1957, 208); R. LAPRAT, *Le 'crimen'*, cit., 34, 47, 296 ss., 319, nt. 1; S. SOLAZZI, *Istituti*, cit., 195, 200, 227 s.; E. SACHERS, voce *Tutela*, cit., 1559 s.; O. BEHREND, *Die Prokuratur des klassischen römischen Zivilrechts*, in *ZSS*, LXXXVIII, 1971, 243; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 363; R.S.J. GARAY MORENO, *Tutores*, cit., 232; M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., 460.

Altro problema è se la dichiarazione di rimozione espressa nel decreto causasse la perdita della qualità di tutore: mentre secondo una parte della dottrina, poiché il tutore faceva ingresso nella sua posizione sulla base del proprio diritto ed era legittimamente investito della carica, il potere poteva essergli tolto solo attraverso l'insediamento di un nuovo tutore (cfr. A. PERNICE, *Labeo*, II, 2.1², cit., 185; C.F. VON GLÜCK, *Commentario*, XXVI, cit., 781; R. TAUBENSCHLAG, *Vormundschaftsrechtliche Studien*, cit., 42; S. SOLAZZI, *Sull'actio*, cit., 186, 189 s. [= *Scritti*, II, cit., 207 ss.]; ID., *Sul senatoconsulto di Gaio 1.182*, in *AAT*, LIV, 1918-1919, 958, nt. 1, 961 [= *Scritti*, II, cit., 278, nt.]; ID., *Istituti*, cit., 15, 40 ss., 201; ma questo Autore mostra di rinunciare alla propria posizione precedente in *Il momento finale della tutela e il senatoconsulto di Gai. 1.182*, in *AG*, VI, 1949, 3 ss. [= *Scritti di diritto romano*, V, Napoli, 1972, 149 ss.], in cui egli perviene a ritenere che la tutela si perda dal tutore rimosso all'atto della rimozione, non al momento successivo della dazione di un altro tutore; R. LAPRAT, *Le 'crimen'*, cit., 48 ss., 305 ss.; E. SACHERS, voce *Tutela*, cit., 1562; Y. DEBBASCH, *Excusatio tutoris*, in AA. VV., *'Varia'. Etudes de droit romain*, II, Paris, 1956, 143 ss.; P. COSENTINO, *Sul 'pro tutela agere' di Inst. 4, 10 pr.*, in *SDHI*, XXX, 1964, 277, nt. 43; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 363; A. GUARINO, *Diritto privato*¹², cit., 606, nt. 45.6), un altro orientamento dottrinale ritiene che l'*accusatio suspecti tutoris* conducesse sempre alla *remotio* del tutore (cfr. S. PEROZZI, *Istituzioni*, I², cit., 500; A. GUZMAN, *Dos estudios en torno a la historia de la tutela romana*, Pamplona, 1976, 21, nt., 252, secondo il quale le fonti *Tit. Ulp.* 11.23, *Ulp.* 37 *ad Sab.* D. 26.1.14.4, *Ulp.* 37 *ad Sab.* D. 26.2.11.2 ed *Ulp.* 30 *ad Sab.* D. 46.3.14.2 indicano chiaramente che il tutore cessasse nella propria carica per il solo fatto della *remotio*, e non che permanesse in essa fino alla nomina di un nuovo tutore, mentre non esisterebbe base alcuna per pensare che il senatoconsulto citato in Gai. 1.182 avesse creato per la prima volta la *remotio*

Pare evidente, in base al ricorrere dell'aggettivo *priores*, che dovevano esservi stati due gruppi di tutori¹³⁴, e che i primi andavano

come effetto dell'*accusatio* [come invece avevano supposto A. PERNICE, *Labeo*, II, 2.1², cit., 185; e S. SOLAZZI, *Istituti*, cit., 15, 40], quando invece esso avrebbe soltanto disposto che, rimosso il tutore, se ne desse un altro in suo luogo; T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Imperium mixtum: Ulpiano, Alessandro e la giurisdizione procuratoria*, in *Index*, XVIII, 1990, 120 s., 148, nt., che, al fine di avvalorare la tesi della *remotio* come esito unico dell'*accusatio suspecti tutoris*, richiama il contenuto di Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.10.1.1, l'espressione *ius removendi* utilizzata in Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.10.1.3 per designare la competenza a conoscere dell'*accusatio suspecti tutoris*, la locuzione *removendi licentia* impiegata a proposito della legittimazione attiva in Imp. Gordianus A. Felici C. 5.43.6.3 [a. 238]).

¹³⁴ Già il DE RAADT, *Specimen*, cit., 4, interpretava: «In locum vero priorum illorum tutorum, qui postea suspecti declarati fuerant, successerunt alii, qui indignabantur factum et negligentiam antecessorum suorum, petebantque pupillum in integrum restitui». Il KUPISCH, *Rutiliana pupilla*, cit., 263, nt. 56, intende in tal modo il *priores*: «die früheren, vom Standpunkt des Paulus (Berufungsverfahren) aus gesehen. Für die Appellation hatte Rutiliana also bereits die neuen Tutoren zu mobilisieren gewußt». Secondo il LIEBS, *Der Sieg*, cit., 379, nt. 20, «Rutiliana scheint also noch einmal Altersvormünder bekommen zu haben. Am ehesten waren sie es, die das anhängige Restitutionsverfahren betrieben, da kaum anzunehmen ist, daß die neuen sich ebenfalls Unterlassen des Restitutionsbegehrens zuschulden kommen ließen»; nell'opera più recente (*Vorden Richtern*, cit., 149 s.) l'A. afferma: «Sie erhielt mehrere Vormünder, die sich jedoch als pflichtvergessen erwiesen, deswegen später auch verurteilt, abgesetzt und durch an-

dere ersetzt wurden». Pone invece l'accento sulla mancanza di chiarezza del riferimento dell'aggettivo *priores* il MUSUMECI, *Ancora sulla 'in integrum restitutio'*, cit., 248, nt. 5; ID., *Protezione*, cit., 238, nt. 5, perché nel passo non si farebbe menzione di altri tutori che avessero preso il posto di quelli che non avevano effettuato i pagamenti, ma nella monografia più recente (*Protezione*, cit., 238, nt. 5) egli preferisce interpretare l'espressione *priores tutores* nel senso di «i tutori precedentemente menzionati» da Paolo nel testo: così anche già S. SCHIPANI, *Iustiniani Augusti Digesta*, I, cit., 331, che intende *priores tutores* come «i tutori sopramenzionati», e M. BRUTTI, *Il diritto*², cit., 639; ID., *Il dialogo*, cit., 184, che traspone con: «i tutori sopra indicati». Nei confronti di simili traduzioni può però essere rimarcato che l'aggettivo comparativo *prior* contiene implicito in sé un concetto di 'priorità' tra due, di 'precedenza', che non è possibile rinvenire in esse. La NICOSIA, *Sub condicione*, cit., 143; EAD., *In diem addictio*, cit., 177, traduce invece con «primi», arguendone che nuovi tutori fossero subentrati a quelli nominati subito dopo la morte del *pater* e che fossero stati questi nuovi tutori a richiedere la *in integrum restitutio*. Le traduzioni del POTHIER, *Le Pandette*, I, cit., 380, del FORAMITI, *Corpus*, I, cit., c. 1006, e dello SCIALOJA, *Compra-vendita*, cit., 362, fanno variamente riferimento ai tutori «antecedenti» o «precedenti»; così quelle di C.E. OTTO - B. SCHILLING - C.F.F. SINTENIS, *Das Corpus*, I, cit., 494: «die frühern Vormünder»; di S.P. SCOTT, *The Civil Law*, III, cit., 95: «former guardians»; di A. D'ORS - F. HERNANDEZ-TEJERO - P. FUENTESECA - M. GARCIA-GARRIDO - J. BURILLO, *El Digesto*, I, cit., 206, e di M. GARCÍA GARRIDO, *Diccionario*³, cit., 457: «los anteriores tutores». Cfr. anche le interpretazioni di M. BIANCHINI - G. CRIFÒ - F.M. D'IPPOLITO, *Materiali*, cit., 9, e di B.J. CHOE, *Is the Emperor touched*, cit., 48; ID., *Zur Debatte*, cit., 3. J.E. SPRUIT - R. FEENSTRA - K.E.M. BONGENAAR, *Corpus*, II, cit., 386, parlano di «oorspronkelijke voogden»; A.A. SCHILLER,

identificati con coloro che «*intra priores duos menses [...] in solutione cessaverunt*».

Essi dovevano essere stati rimossi a causa di una qualche negligenza nel loro comportamento¹³⁵. Probabilmente avevano portato avanti una

Roman Law, cit., 485, di «original guardians»; D. LIEBS, *Vor den Richtern*, cit., 151, di «seinerzeitigen Vormünder» (mentre a p. 237, nt., egli traduce letteralmente con «die ersten Vormünder»).

¹³⁵ In diritto classico si poteva dichiarare sospetto un tutore a causa di dolo o di negligenza. In origine l'*accusatio suspecti tutoris*, risalente secondo Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.10.1.2 alle XII Tavole, dovette essere ammessa solo per dolose malversazioni del tutore (cfr. Tab. 8.20; Cic. *off.* 3.15.61; Tryph. 14 *disp.* D. 26.7.55.1; Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.10.1.2); la *remotio* per atti colpevoli di gestione o per il rifiuto di gestire dovette essere riconosciuta in epoca più recente. I testi prendono in considerazione molteplici esempi di condotte dolose o colpose: può essere sottoposto ad *accusatio suspecti tutoris* il tutore che amministra fraudolentemente il patrimonio in danno del pupillo o non lo restituisce o abusa di esso (Pap. 7 *resp.* D. 26.7.4; Ulp. *lib. sing. off. praef. urbi* D. 1.12.1.7; Ulp. 2 *omn. trib.* D. 42.5.31.1; Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.10.3.5; Marcian. 3 *inst.* D. 26.1.9; Call. 47 *cogn.* D. 26.10.6; I. 1.26.12); che non gerisce conformemente alla *fides* (Ulp. 1 *resp.* D. 26.7.19; I. 1.26.5); che commette dolo nella tutela, malversa o compie sordidezze (Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.10.3.5); che rifiuta di compiere un atto per via di *negotiorum gestio*; che rifiuta fraudolentemente di portarsi *auctor* o presta l'*auctoritas* a detrimento del pupillo; che rifiuta di fornire la *cautio rem pupilli salvam fore* (Impp. Valerianus et Gallienus AA. et Valerianus C. Euploio C. 5.42.2 pr. [a. 260]); che si procaccia in modo fraudolento la tutela (Pap. 15 *resp.* D. 26.2.29; Paul. 3 *sent.* D. 48.10.18.1; Paul. *Sent.* 3.6.15; Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.10.3.15; Ulp. *lib. sing. off. praef.*

urbi D. 1.12.1.7; Marcian. 3 *inst.* D. 26.1.9); che rifiuta di iniziare la gestione tutelare (Ulp. 1 *omn. trib.* D. 26.10.7.3; Imp. Alexander A. Fortunatae C. 5.43.3 [a. 229]); che rifiuta di fornire gli alimenti al pupillo affermando a torto la propria povertà (Tryph. 14 *disp.* D. 27.2.6; Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.10.3.14-15; Ulp. 1 *omn. trib.* D. 26.10.7.2; I. 1.26.10); che scompare per non obbedire alla citazione del magistrato; che vende *res vetitae* senza un decreto del magistrato (Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.10.3.13); che trascura di investire in acquisto di immobili i capitali disponibili del pupillo, o di depositare questi capitali nell'attesa di un'occasione favorevole (Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.10.3.16); che dolosamente od irriflessivamente lascia che il suo pupillo si astenga da una eredità (Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.10.3.17); che rifiuta di comunicare al contutore il conto dell'amministrazione tenuta; che tralascia di compilare l'inventario dei beni pupillari (Imp. Iustinianus A. Iuliano pp. C. 5.51.13.3 [a. 530]); che si astiene dalla gestione già iniziata (Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.7.5.2; Imp. Antoninus A. Longino C. 5.43.2 [a. 215]); che a causa dei propri costumi non presenti le dovute garanzie (Ulp. 61 *ad ed.* D. 26.10.8); che per *segnitia, rusticitas, inertia, simplicitas, ineptia, ignavia, negligentia, dolus, nimia cessatio in administratione*, manchi ai propri doveri di tutore (Tryph. 14 *disp.* D. 27.2.6; Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.10.3.18; Ulp. 1 *omn. trib.* D. 26.10.4.4); che diventa improvvisamente insolvente (I. 1.26.5); che desiste da liti già iniziate nell'interesse del pupillo (Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. C. 5.37.28.1 [a. 531]); che rifiuta od omette di addurre *excusationes*; che manifesta ostilità al pupillo ed ai parenti di costui (Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.10.3.12); che risulta in cattivi rapporti con i genitori del pupillo (Imp. Severus et Antoninus AA. Tertio C. 5.47.1 [a. 197]; Mod. 1 *excus.* D. 26.5.21.2). In materia vd. A.A.F. RUDORFF, *Das Recht der Vormundschaft*, I, Berlin, 1832, 46 s., 126 ss., 239 ss.; ID., *Das Recht der Vormundschaft*, II, Berlin, 1833, 228; ID., *Das Recht der Vormundschaft*, III, Berlin, 1834, 192 s., 196; M. VOIGT, *Die XII Tafeln*,

Leipzig, 1883, 424 ss.; A. PERNICE, *Labeo*, II, 2.1², cit., 185 s.; C.F. VON GLÜCK, *Commentario*, XXVI, cit., 735, 747 ss.; S. SOLAZZI, *La minore età*, cit., 259 ss.; R. TAUBENSCHLAG, *Vormundschaftsrechtliche Studien*, cit., 27 ss.; A. BERGER, *Zur Lebre*, cit., 59 ss.; O. LENEL, *Die 'cura minorum' der klassischen Zeit*, in *ZSS*, XXXV, 1914, 182; S. SOLAZZI, *Tutor suspectus*, in *BIDR*, XXVIII, 1915, 149 ss. (= *Scritti*, II, cit., 115 ss.); E. LEVY, *Die Haftung mehrerer Tutoren*, in *ZSS*, XXXVII, 1916, 35, nt. 1 (= *Gesammelte Schriften*, II, cit., 105, nt. 42); R. LAPRAT, *Le 'crimen'*, cit., 21 ss.; E.-H. KADEN, *Recensione a R. LAPRAT, Le 'crimen suspecti tutoris'*, Nancy, 1926, in *ZSS*, XLVIII, 1928, 705 ss.; S. SOLAZZI, *Istituti*, cit., 205 ss.; E. SACHERS, voce *Tutela*, cit., 1557 ss.; A. BERGER, voce *Tutor suspectus*, in *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, 749; Y. DEBBASCH, *Excusatio*, cit., 97 ss.; P. COSENTINO, *Sul 'pro tutela agere'*, cit., 276; B. ALBANESE, *Sul senatoconsulto Liboniano*, in *Annali Palermo*, XXXVI, 1976, 301, nt. 27 (= *Scritti giuridici*, II, Palermo, 1991, 1389, nt. 27); ID., *Le persone*, cit., 498 ss.; L. DESANTI, *'Qui se testamento pupillo tutorem scripsit'. Un contrasto tra Papiniano e Paolo?*, in *Annali Ferrara*, VI, 1992, 54 e nt. 24, 57; R.SJ. GARAY MORENO, *Tutores*, cit., 231 ss. Quanto alla manualistica si vedano É. CUQ, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*², Paris, 1928, 218 s.; P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*⁸, Paris, 1929, 232 s.; S. PEROZZI, *Istituzioni*, I², cit., 498 s.; C. FERRINI, *Manuale di Pandette*⁴, Milano, 1953, 733; E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II.1, Padova, 1960, 293; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 90; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1980, 104 s.; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*¹⁰, rist. corr., Milano, 1987, 187 s.; W. KUNKEL - H. HONSELL - TH. MAYER-MALY - W. SELB, *Römisches Recht*⁴, cit., 422 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 166; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*³, Torino, 1991, 112 s., 414 s., 832; F. PASTORI, *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*³, Milano, 1992, 249; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato*

romano⁴, Torino, 1993, 286 s.; D. DALLA - R. LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*², Torino, 2001, 129; A. GUARINO, *Diritto privato*¹², cit., 606 s.; A.D. MANFREDINI, *Istituzioni di diritto romano*³, Torino, 2003, 89; P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*⁶, Milano, 2004, 96 s.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo, 2006, 259, nt. 163; M. BRUTTI, *Il diritto*², cit., 158; G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Lezioni*, III, cit., 60; L. FASCIONE, *Storia del diritto privato romano*³, Torino, 2012, 281 s.; G. PUGLIESE - F. SITZIA - L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 2012, 73, 250. Va aggiunto che il SOLAZZI (*La minore età*, cit., 259 ss.; *Tutor*, cit., 131 ss. [= *Scritti*, II, cit., 101 ss.]; *Istituti*, cit., 207 ss.) ed il TAUBENSCHLAG (*Vormundschaftsrechtliche Studien*, cit., 27 ss.) hanno voluto rintracciare nelle fonti due distinte procedure, a seconda che il comportamento del tutore fosse stato doloso o meno: accanto all'*accusatio suspecti tutoris* contro il tutore fraudolento, che sarebbe sempre confluita in un decreto infamante per il tutore dichiarato *suspectus*, con conseguente rimozione, l'età classica avrebbe avuto esperienza, per i casi di comportamento non doloso del tutore, di un'altra procedura avviata dalla *postulatio* o d'ufficio, che perveniva ad una semplice rimozione non infamante. Pur avendo goduto di diverse adesioni (cfr. O. LENEL, *Die 'cura'*, cit., 129 ss.; ID., *Das Edictum*³, cit., 318 ss.; É. CUQ, *Manuel*², cit., 218; E. SACHERS, voce *Tutela*, cit., 1561; G. CARDASCIA, *L'apparition dans le droit des classes d'honestiores et d'humiliores*, in *RHD*, XXVIII, 1950, 312 ss.; F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, 179; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, Milano, 1963, 614 s.; ID., *Istituzioni*¹⁰, cit., 187 s.; con dubbi M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 364 e nt. 13; B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*⁴, Milano, 1972, 614; A. GUZMAN, *Dos estudios*, cit., 251 ss.; E. VOLTERRA, *Istituzioni*, cit., 104 s.; per il periodo postclassico G. PUGLIESE, *Istituzioni*³, cit., 832; R.SJ. GARAY MORENO, *Tutores*, cit., 230; J. IGLESIAS, *Derecho romano*¹², Barcelona, 1999, 362), la tesi in questione non è ap-

parsa molto convincente (cfr. le critiche di A. BERGER, *Zur Lehre*, cit., 39 ss., che, oltre a non rinvenire nel commentario di Ulpiano né negli altri passi allegati dal Solazzi e dal Taubenschlag l'esistenza di una *remotio* priva di *accusatio*, ed a sostenere che sarebbero state le stesse ragioni legittimanti l'*accusatio suspecti tutoris* ad avere per conseguenza la *remotio*, non intravede alcuna base per supporre che esistessero due tipi di condotte che avrebbero dato luogo rispettivamente all'*accusatio suspecti tutoris* o alla *simplex remotio*; E. LEVY, *Die Haftung*, cit., 19, nt. 5, 35, nt. 1 [= *Gesammelte Schriften*, II, cit., 95, nt. 33, 105, nt. 42]; R. LAPRAT, *Le 'crimen'*, cit., 93 ss., 240, che non ritiene possibile individuare nelle fonti la semplice *remotio* e non crede alla necessità di una procedura speciale applicabile alla negligenza del tutore, mostrando le testimonianze l'estensione del *crimen suspecti tutoris* alla *culpa* e dunque l'esistenza di un solo procedimento di destituzione; E.H. KADEN, *Recensione* a R. LAPRAT, *Le 'crimen'*, cit., 703 ss.; W. KUNKEL, *Recensione* a S. SOLAZZI, *Istituti tutelari*, Napoli, 1929, in *ZSS*, L, 1930, 642, che rimarca la mancanza di una prova completamente irreprensibile a favore dell'esistenza della *remotio* a causa di un comportamento non doloso; S. PEROZZI, *Istituzioni*, I², cit., 500, nt., il quale oppone il *senatusconsultum* citato in Gai 1.182; E. SACHERS, voce *Tutela*, cit., 1559; B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 501, nt. 369; T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Imperium*, cit., 147, nt. 60, che preferisce continuare a pensare ad un unico procedimento che, in caso di accertamento del dolo del tutore, conduceva alla dichiarazione di *suspectus* con rimozione ed *infamia*, mentre, qualora se ne accertasse la negligenza o l'inadeguatezza, conduceva alla rimozione senza *infamia*), tanto che il Solazzi più tardi, basandosi su un'audace esegesi di Impp. Severus et Antoninus AA. Pomponio C. 2.12.3 (a. 204), ha proposto una distinzione tra rimozione del tutore doloso in seguito ad *accusatio suspecti tutoris* e semplice divieto di amministrare nel caso di comportamento dello stesso non doloso (S. SO-

gestione dannosa del patrimonio della pupilla, tanto da non adempiere al momento della scadenza neanche gli impegni stabiliti nel patto commissorio concluso tra Emilio Lariano ed Ovinio¹³⁶: per di più erano rimasti inattivi di fron-

LAZZI, *Orme di editti pretorii in C. 2, 12, 3*, in *SDHI*, III, 1937, 128 ss. [= *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, 1960, 537 ss.]. Si è ritenuto però che tale ipotesi, lungi dal distruggere la precedente, abbia introdotto soltanto un nuovo elemento di giudizio, consistente nella possibilità che l'editto prevedesse una terza clausola di proibizione, unita a quelle di *remotio* ed *accusatio* (A. GUZMAN, *Dos estudios*, cit., 254, nt. 48).

¹³⁶ La mancata richiesta della *restitutio in integrum* da parte dei tutori, riportata nella traduzione letterale del passo dal BRUTTI (*Il diritto*², cit., 639; ID., *Il dialogo*, cit., 184), è sostanziata nella interpretazione con riferimento alla mancata effettuazione del pagamento del prezzo da parte degli stessi: «Inoltre (*scil.*, l'imperatore) richiama un processo penale conclusosi con la condanna dei tutori che avrebbero dovuto assistere la pupilla nel pagamento, secondo il patto stabilito. Ciò significa che essi hanno danneggiato la pupilla, ed è una ragione in più per reintegrarla» (M. BRUTTI, *Il diritto*², cit., 640; cfr. anche ID., *Il dialogo*, cit., 185 s.). Anche il CHOE, *Zur Debatte*, cit., 14, ipotizza che l'omissione del pagamento del prezzo residuo da parte dei tutori costituisca il motivo principale ai fini della loro condanna. Interpretano in maniera non letterale S. STRYKE, *Dissertatio*, cit., 60: «Putat ergo Imperator, negligentiam Tutorum in nostro casu circa omissionem solutionis commissam, praebere causam pupillae, petendi restitutionem in integrum»; T.M. RICHERI, *Universa Civilis, et Criminalis Jurisprudentia*, II, cit., 380: «Tertium tandem adjunctum, quod Imperatorem movit, illud fuit, quod priores tutores, qui solvere pretium debuissent, vel saltem deinde restitutionem petere, tamquam

te alle ripetute intimidazioni a pagare del venditore e non si erano mossi nella direzione di tutelare gli interessi della pupilla richiedendo una *restitutio in integrum*¹³⁷.

suspecti a tutela remoti fuerant. Quare venia dignior videri poterat pupilla, quæ in tutores iniquos sine facto suo incid-erat.»; J.A. ACCARIAS, *Etude*, cit., 88: «Les tuteurs qui n’avaient pas rempli les engagements de Larianus furent destitués comme suspects»; G. LACOUR, *Du pacte commissoire*, cit., 17: «[...] les premiers tuteurs, qui avaient négligé le paiement, avaient été déclarés suspects»; F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte*, cit., 79: «Dabei gab für ihn den Ausschlag, daß die ersten Vormünder wegen schlechter Amtsführung angeklagt worden waren»; T. HONORÉ, *Empereors*², cit., 217: «The emperor, however, granted restitution [...] because the tutors who had failed to pay on the due date had been accused of defalcation».

¹³⁷ In letteratura si parla variamente di colpa o di dolo dei tutori: cfr., ad es., G. LOUET - J. BRODEAU, *Recueil*, II, cit., 291: «[...] l’Empereur fut de contraire avis, s’attachant plutôt à l’hypothèse & aux particularitez, que non pas à la these generale, sur ce qu’il sembloit qu’il y eust eu de la faute, mesme du dol de la part des tuteurs, tant à cause des diverses sommations à eux faites, à la requeste du vendeur, que de ce que *ut suspecti remoti fuerant*». Quanto alla Glossa si veda *Aemilius. Casus* (in *Digestum vetus*, cit., 363): «[...] quia huius tutores sunt suspecti pronunciati: eo quod ita se male circa factum istud habuerunt, unde praesumit hoc facto eorum, eos fraude commisisse»; e gl. *Erant* ad D. 4.4.38 pr. (in *Digestum vetus*, cit., 364): «[...] quia tutores remoti sunt ut suspecti. Unde praesumi potest eorum fraude et machinatione rem esse amissam». Cfr. inoltre E. BARON, *Ad τὰ πρῶτα*, cit., 174: «[...] praesertim quòd tutorum fraude factum esset vt dies transiret [...]»; M.W. DE RAADT, *Specimen*, cit., 4; R. AUDIAT, *Du pacte commissoire*,

Ma l'interpretazione dell'inciso *qui non restitui desiderassent* come di un atteggiamento di inerzia tutoria nella richiesta del provvedimento restitutorio è respinta dal Kupisch, il quale replica alla dottrina tradizionale che non si potrebbe vedere una contrarietà al dovere in tale eventuale con-

cit., 47; C. SANFILIPPO, *Pauli Decretorum libri*, cit., 29; F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte*, cit., 79; D. LIEBS, *Der Sieg*, cit., 375, 379, nt. 2. Tra i traduttori, si vedano C.E. OTTO - B. SCHILLING - C.F.F. SINTENIS, *Das Corpus*, I, cit., 494: «[...] die frühern Vormünder [...] als [einer treulosen Verwaltung] verdächtig erklärt worden waren»; A.A. SCHILLER, *Roman Law*, cit., 485: «[...] the original guardians [...] had been held to have been negligent». Secondo il FABER, *Rationalia in primam*, cit., 665, la circostanza che i tutori fossero stati dichiarati sospetti non poteva rappresentare invece una valida ragione per indurre l'imperatore a concedere la *restitutio in integrum*: «Nō debet factum aut dolus tutoris ei nocere, quicū pupillo rem habet, absurdūque est deteriorē fieri alterius condicionem ob id solum quod tutor suspect sit, sive moribus, sive facultatibus. Quid enim potest divinare is, aut quid imputari ei qui negotium habet cum tutore pupilli nomine? [...] Ergo non ob id magis restitui pupilla in proposita specie oportuit, quod tutores suspecti pronūciati fuissent. [...] Nō fuit sanè hæc bona ratio. Sed Imperatori cui lex commissoriā displicebat pro bona, ob id maximè quod dies committendi in tempus pupillæ incidisset, eaque res effecisset ne legi vēditionis pareretur. Germana enim ratio illa est qua motus maximè fuit Imperator, ut Paulus testatur in *vers. Imperator*, non tamen vera, ut pro Paulo contra Imperatorem disputauimus, & interpretes omnes tam veteres quàm recentiores consentiunt». Similmente R.P.I. GIBALINI, *De Universa Rerum Humanarum Negotiatione*, I, cit., 648; J. PUGÆ ET FEIJOO, *Tractatus*, I, cit., 100.

dotta dei tutori, posto che Rutiliana era stata sconfitta in due istanze ed aveva raggiunto il proprio scopo solo per mezzo dell'ausilio del principe e contro il parere di un giurista autorevole¹³⁸. Inoltre l'interpretazione tradizionale non sarebbe sufficientemente ponderata neanche dal punto di vista linguistico, in quanto essa avrebbe dovuto esigere nel verbo *desiderare* l'indicativo piuccheperfetto, invece del congiuntivo piuccheperfetto. Pertanto, spostando il *non* verso *desiderassent*, l'Autore intende diversamente la locuzione: «die Tutoren, die nicht hätten verlangen sollen, daß restituert wird, was im Sachzusammenhang heißen kann, daß die Tutoren pflichtwidrig handelten, entweder weil sie für Rutiliana den Restitutionsprozeß führten oder weil sie des Mündels Klage genehmigt hatten»¹³⁹.

Presupposto di questo tentativo interpretativo è che la pupilla, ostinandosi nel rifiuto del contratto concluso dal padre, avrebbe non soltanto imposto ai tutori che non venissero effettuati i pagamenti pattuiti, ma li avrebbe «auch für die folgerichtig betriebene i.i.r. eingespannt»¹⁴⁰. Il risultato era che ella subiva la sconfitta in due istanze e che i tutori erano destituiti dalla carica a causa di un'amministrazione della tutela contraria

¹³⁸ B. KUPISCH, *Rutiliana pupilla*, cit., 261 ss. Cfr. anche F. MUSUMECI, *Ancora sulla 'in integrum restitutio'*, cit., 260, nt. 34; ID., *Protezione*, cit., 253, nt. 39.

¹³⁹ B. KUPISCH, *Rutiliana pupilla*, cit., 262.

¹⁴⁰ B. KUPISCH, *Rutiliana pupilla*, cit., 262.

ai loro doveri. L'imperatore, nel concedere il provvedimento, avrebbe preso in considerazione anche la circostanza che fossero finiti in discredito terzi, cioè i tutori, i quali ora avevano l'opportunità di essere reintegrati nella loro funzione e di riconquistare la reputazione perduta¹⁴¹.

Tuttavia è difficile pervenire a comprendere come si possa interpretare l'inciso *qui non restitui desiderassent* in maniera pressoché opposta a quello che appare il suo significato più evidente, come avviene quando si intende che i tutori avessero agito contrariamente ai propri doveri perché avevano condotto il processo di restituzione per Rutiliana o perché avevano approvato la richiesta di costei¹⁴². Ciò anche sulla base della considerazione che non sembra possibile — tenendo presente lo scenario sottostante al passo — ascrivere un ruolo così intraprendente e propulsivo a Rutiliana, fino a pervenire ella ad imporre il proprio vo-

¹⁴¹ Cfr. B. KUPISCH, *Rutiliana pupilla*, cit., 264: «Schließlich mochte der Kaiser nicht hinnehmen, daß Tutoren sich in einer Sache um ihren guten Ruf gebracht hatten, die von ihm gutgeheißen wurde». Ad avviso dell'Autore sarebbe questo il motivo che avrebbe indotto l'imperatore a non seguire la proposta di Paolo, insieme al sentimento di avversione contro la concreta *lex commissoria*. Considera problematica questa interpretazione del Kupisch il CHOE, *Zur Debatte*, cit., 14.

¹⁴² Peraltro secondo il CHOE, *Zur Debatte*, cit., 14, apostrofare tali azioni dei tutori come contrarie al dovere sarebbe difficile da comprendere.

lere su dei tutori, che per di più sarebbero stati dichiarati *suspecti*¹⁴³.

La locuzione in questione rappresenta a nostro avviso una proposizione relativa di natura causale, che richiede dunque il congiuntivo piuccheperfecto, esprimendo un motivo che aveva concorso a fondare l'*accusatio suspecti tutoris*¹⁴⁴. Di-

¹⁴³ La RIZZI, *Imperator*, cit., 378, nt. 363, aggiunge che, seguendo l'interpretazione del Kupisch, si dovrebbe pervenire ad ammettere che l'imperatore avesse espresso una motivazione contrastante con la propria decisione finale.

¹⁴⁴ Intende bene il MUSUMECI, *Ancora sulla 'in integrum restitutio'*, cit., 260, nt. 34; ID., *Protezione*, cit., 253, nt. 39, che riferisce l'inciso ad una circostanza particolare, la quale mostrava ulteriormente come i tutori avessero omesso di perseguire gli interessi di Rutiliana ogni volta se ne fosse presentata la necessità, ma l'Autore non attribuisce valore causale alla locuzione, giacché non sarebbe pensabile a suo avviso che i tutori potessero essere dichiarati *suspecti* per avere omesso di richiedere un provvedimento la cui concessione era stata negata per ben due volte. Così anche la RIZZI, *Imperator*, cit., 378, nt. 363, ad avviso della quale i tutori non avrebbero potuto essere condannati per aver rispettato i principi esistenti: Settimio Severo avrebbe soltanto ulteriormente giustificato la propria decisione sulla base della considerazione che i precedenti tutori, i quali non si erano neppure attivati per chiedere il rimedio restitutorio, erano stati dichiarati *suspecti*, a causa del cattivo svolgimento dei loro compiti. Contro queste posizioni, che ricalcano sostanzialmente l'osservazione già avanzata dal Kupisch al fine di spiegare la mancanza di causalità dell'inciso, cfr. il rilievo da noi effettuato immediatamente nel testo. La WANKERL, *Appello*, cit., 97, pur dando carattere causale all'inciso nella traduzione del passo («[...] die früheren Vormünder für vertrauensunwürdig erklärt wor-

den waren, weil sie keine Wiedereinsetzung verlangt hatten»), ritiene che il testo non dia come risultato cogente che i tutori siano stati dichiarati sospetti a causa della loro condotta relativa al contratto di compravendita in questione. A suo avviso dal punto di vista dell'imperatore sarebbe presente una duplice situazione di rischio — provocata dalla *lex commissoria* e dalla circostanza che i *tutores* siano stati *pronuntiati suspecti* — che giustificherebbe la tutela di Rutiliana anche a prescindere dall'esistenza del nesso causale tra minore età e danno (cfr. EAD., *op. cit.*, 102 s.). Difficile da comprendere è però l'affermazione dell'Autrice che, se fosse esistito un legame causale tra la condotta dei *tutores*, il contratto di compravendita, e la destituzione, questo probabilmente sarebbe stato espresso con «*quia non restitui desiderassent*»: «Der Relativsatz zeigt lediglich, dass die enthobenen *tutores* damals die Vormünder der Rutiliana waren» (EAD., *op. cit.*, 103). A tacer d'altro, va infatti ricordata l'esistenza nella lingua latina di proposizioni relative di natura causale. Già lo STRYKE, *Dissertatio*, cit., 12, aveva comunque sostenuto che «Ibi illa verba, *qui non restitui desiderassent*, non sunt verba causae, sed sunt verba demonstrandi. Et adduntur habitâ ratione posteriorum tutorum, qui restitutionem pupillae petebant, ne alias confunderentur sibi invicem. Si verò causam postulationis suspecti denotarent dicta verba, certè non *qui*, sed *quia* foret legendum». Non ascrive valenza causale alla frase, ma senza spiegarne i motivi, la NICOSIA, *Sub condicione*, cit., 143; EAD., *In diem addictio*, cit., 177: anch'ella comunque rileva il carattere ulteriore della circostanza della *pronuntiatio suspectos tutores videri* nell'ambito di quelle che avevano spinto l'imperatore a concedere la *in integrum restitutio*. Nel senso del carattere causale dell'inciso si vedano invece la traduzione di O. BEHRENDIS - R. KNÜTEL - B. KUPISCH - H.H. SEILER, *Corpus*, II, cit., 403: «[...] die früheren Vormünder für vertrauensunwürdig erklärt worden waren, weil sie keine Wiedereinsetzung verlangt hatten» (cfr. anche B.J.

versamente, non si capirebbe perché l'imperatore avesse addotto la *pronuntiatio suspectos tutores videri* — a causa di quel comportamento — come una ragione in più che l'aveva indotto a concedere la *restitutio in integrum*. Certo, è da riconoscere che il nesso tra la *pronuntiatio* e la mancata richiesta tutoria della *restitutio in integrum* non è così evidente ed immediato. Probabilmente i tutori erano stati negligenti *anche* nel non aver chiesto il provvedimento, ma questo comportamento da solo non sarebbe stato sufficiente a configurare una loro mancanza.

CHOE, *Zur Debatte*, cit., 3); quella di J.E. SPRUIT - R. FEENSTRA - K.E.M. BONGENAAR, *Corpus*, II, cit., 386: «[...] de oorspronkelijke voogden, omdat zij geen herstel hadden verlangd, onbetrouwbaar waren verklaard»; quella di S. SCHIPANI, *Iustiniani Augusti Digesta*, I, cit., 331: «[...] i tutori sopramenzionati, non avendo chiesto che la pupilla fosse reintegrata, erano stati dichiarati sospetti <di inaffidabilità>»; e quella di M. BRUTTI, *Il diritto*², cit., 639; ID., *Il dialogo*, cit., 184. Allo stesso modo A. BISCARDI, *Lezioni*, cit., 10, che però interpreta inesattamente nel senso che «i tutori apparivano sospetti all'imperatore»; e T. HONORÉ, *Emperors*², cit., 21. Diverso l'avviso del FABER, *Rationalia in primam*, cit., 665, che con riferimento all'inciso *qui non restitui desiderassent* così si esprime: «Sunt hæc verba interpretis, & quidem imperiti. Non enim poterat imputari tutoribus cur non desiderassent restitui pupillam, cui tempus petendæ restitutionis non cucurrerat, quippe quod non incipi nisi ex die completi anni vicesimi quinti: sed imputandū iis erat cur precij soluendi tempus labi passi essent, præsertim cū iis denunciatum fuisset vt soluerent». Similmente R.P.I. GIBALINI, *De Universa Rerum Humanarum Negotiatione*, I, cit., 648.

D'altra parte sorge spontaneamente l'interrogativo perché i tutori fossero stati *pronuntiati suspecti* anche per non avere chiesto la *restitutio in integrum*, dato che il *praetor* ed il *praefectus urbi* avevano negato la concessione dello stesso provvedimento: non è da escludere in proposito la possibilità di un conflitto di sentenze pronunciate da magistrati diversi, nel senso che i tutori dovevano essere stati dichiarati *suspecti* da un ulteriore magistrato, ad es. dal *praetor tutelaris*¹⁴⁵, anche per-

¹⁴⁵ Già il JÖRS, *Untersuchungen zur Gerichtsverfassung der römischen Kaiserzeit*, in *Festgabe R. v. Jhering zum 6. August 1892*, Leipzig, 1892, 8, 40, in effetti riconosceva che il diritto di deporre i tutori spettasse anche ai consoli fin sotto l'impero, e poi al pretore tutelare, in concorrenza con il pretore urbano: la prova di tale concorrenza sarebbe stata rinvenibile nel plurale 'praetoribus' di Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.1.10.3 (*Damus autem ius removendi suspectos tutores Romae praetoribus*). Che la categoria *praetores* in tale brano possa essere intesa come comprensiva anche della figura del *praetor tutelaris* è ritenuto dal D'ORS, *Rescriptos y cognición extraordinaria*, in *AHDE*, XLVII, 1977, 37, nt. 69; dallo SPAGNUOLO VIGORITA, *Imperium*, cit., 146, nt. 59; e da M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., 464, nt. Precedentemente al Jörs già M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozeß*, II, Bonn, 1865, 98, nt. 56, aveva attribuito la competenza sull'*accusatio suspecti tutoris* al *praetor tutelaris*. Analogamente A. PERNICE, *Labeo*, II, 2.1², cit., 182. Il SIMSHÄUSER, *Juridici' und Municipalgerichtsbarkeit in Italien*, München, 1973, 257, riconosce una competenza del *praetor tutelaris* in Roma e nella *diocesis urbana* relativamente all'*accusatio suspecti tutoris*, ma considera dubbio che il plurale *praetores* in Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.1.10.3 faccia riferimento al *praetor urbanus* ed al *praetor tutelaris*. Ad avviso del GUZMAN,

Dos studios, cit., 33 s., la magistratura tutelare dovette essere stata creata non solo per esercitare la funzione di designare tutori, ma anche per svolgere altri compiti di carattere giurisdizionale. Favorevole ad ammettere una competenza ampia del *praetor tutelar* in tutto ciò che era relativo alle tutele anche A. D'ORS, *Rescriptos*, cit., 37 s. Secondo il MELILLO, *Personae' e 'status' in Roma antica. Saggi*, Napoli, 2006, 44, il nuovo pretore avrebbe avuto la gestione delle tutele e delle cure. Diversa l'opinione del SOLAZZI, *Istituti*, cit., 73, nt. 4, 230, che concorda con la dottrina del Jörs nei limiti della semplice rimozione senza *accusatio*, prospettando dubbi sulla base di CTh. 3.32.2 — da cui sarebbe emerso che solo nell'epoca romano-ellenica il *praetor tutelar* avrebbe avuto la competenza a giudicare sulla *suspecti postulatio* —, ritenendo interpolati Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.1.10.3, Ulp. 1 *omn. trib.* D. 26.10.4.3, ed Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.10.1.4, e rilevando la mancata menzione del magistrato che aveva rimosso il tutore in Ulp. 1 *omn. trib.* D. 26.10.4.2. Critico anche il LAPRAT, *Le 'crimen'*, cit., 35, 66 ss., 216 ss., secondo il quale sarebbe stato impossibile per l'epoca classica trovare nei testi una base al sistema che il Jörs reputava essere esistito, non rinvenendosi traccia di tale molteplicità di competenze: all'epoca delle XII Tavole avrebbe conosciuto del *crimen suspecti tutoris* il console, ma in seguito la creazione della pretura avrebbe necessariamente comportato il trasferimento di questa *cognitio* al pretore urbano, il quale l'avrebbe sempre conservata in tale materia. In particolare Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.1.10.3 avrebbe alluso proprio al pretore urbano. Vi sarebbe stata soltanto una limitazione a questa competenza: l'esistenza di una *iurisdictio mandata*, se il pretore ne avesse provato il bisogno, e l'esistenza di una giurisdizione concorrente nei casi più gravi di *cognitio suspecti tutoris* (giurisdizione criminale del *praefectus urbi*). A favore della competenza del pretore urbano anche A. PERNICE, *Parerga*, cit., 171, pur non ritenendo possibile raggiungere una completa chiarezza in materia; F. KNIEP, *Gai Institutio-*

num, cit., 285; S. PEROZZI, *Istituzioni*, I², cit., 500, nt. 1; E. SACHERS, voce *Tutela*, cit., 1557; K. SCHNEIDER, voce *Tutelararius*, in *RE*, XIV, Stuttgart, 1948, 1609; C. FERRINI, *Manuale di Pandette*⁴, Milano, 1953, 733, nt. 2; A. DELL'ORO, *I Libri de officio' nella giurisprudenza romana*, Milano, 1960, 69. Un'opinione isolata era invece difesa dal HRUZA, *Über das lege agere*, cit., 76 s., secondo cui la *remotio* del *tutor suspectus* sarebbe stata pronunciata, fino al 304 a.C., da un tribunale popolare, quale quello dei *centumviri* o dei *decemviri stlitibus iudicandis*, perché non sarebbe potuto dipendere dall'arbitrio di un singolo magistrato privare il tutore della sua *potestas*. A nostro avviso la chiara affermazione contenuta in Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.1.10.3 può consentire una interpretazione abbastanza ampia delle figure rientranti nella categoria dei *praetores*. Inoltre in due iscrizioni offerte a Caio Arrio Antonino, primo *praetor tutelararis* istituito da Marco Aurelio, sono tratteggiati i doveri ufficiali di tale magistratura: l'una, la lapide di Arrio Antonino, conservata nel museo concordiese di Portogruaro, di cui a *CIL* V, 1874 = Dessau, *ILS* 1118, contiene la dicitura «*praetori cui primo iurisdictio pupillaris a sanctissimis imp. mandata est*», attestando come costui fosse stato il primo pretore ad esercitare la giurisdizione pupillare, insignito di tale carica da Marco Aurelio e Lucio Vero; l'altra, la lapide di Cirta, di cui a *CIL* VIII, 7030 = Dessau, *ILS* 1119, lo qualifica come «*curatoribus et tutoribus dandis primo constituto*». E' evidente come, mentre la seconda iscrizione sembri indicare che le funzioni del *praetor tutelararis* si riducessero esclusivamente alla nomina di tutori e curatori, la prima parli di una giurisdizione generale senza eccezioni. Quest'ultima iscrizione è contraddetta, ma solo relativamente all'individuazione dell'imperatore che avrebbe creato la magistratura tutelare, da Giulio Capitolino, che attribuisce unicamente a Marco Aurelio tale istituzione (Iul. Cap. *M. Anton. Phil.* 10.11: *praetorem tutelarem primus fecit cum antea a consulibus poscerentur, ut diligentius de tutoribus tractaretur*). La

ZOZ, *Sulla data di istituzione dei 'iuridici' e del pretore tutelare*, in *Iura*, XXXVIII, 1987, 175 ss., ipotizza a ragione che potrebbe trattarsi di una puntualizzazione, nel senso che il pretore tutelare sarebbe stato creato quando Lucio Vero era ancora impegnato nella guerra partica, per cui l'iniziativa della creazione sarebbe da attribuire al solo Marco Aurelio rimasto a Roma, ed il periodo di apparizione della carica potrebbe essere ristretto agli anni tra il 165 ed il 166 d.C. Analogamente G. MELILLO, *Personae*, cit., 43 s. e nt. 40, che trova la conferma di un provvedimento assunto dal solo Marco Aurelio in Ulp. 39 *ad Sab. D.* 1.20.2 e nel carattere dettagliato della notizia riportata da Capitolino. Ascrivono inoltre a Marco Aurelio la creazione del pretore tutelare E. COSTA, *Storia del diritto romano privato dalle origini alle compilazioni giustiniane*, Milano-Torino-Roma, 1911, 113 e nt. 2; K. SCHNEIDER, voce *Tutelarius*, cit., 1608; F. SCHULZ, *History of Roman legal science*, Oxford, 1953, 247 (= *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961, 315 = *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it., Firenze, 1968, 446); W. SIMSHÄUSER, *Iuridici*, cit., 237 s., 257; J. MODRZEJEWSKI, *A propos de la tutelle dative des femmes dans l'Égypte romaine*, in *Akten des XIII. Internationalen Papyrologenkongresses*, a cura di E. Kierling e H.-A. Rupprecht, München, 1974, 279, nt. 33; M. LEMOSSE, *Les réformes procédurales de Marc-Aurèle*, in *Labeo*, XXXVI, 1990, 57; L. FANIZZA, *Autorità e diritto: l'esempio di Augusto*, Roma, 2004, 46, nt. 58. La attribuiscono ai *Divi Fratres* A. DELL'ORO, *I Libri*, cit., 69; A. TORRENT, *La 'iurisdictio' de los magistrados municipales*, Salamanca, 1970, 113; G. CAMODECA, *Recensione a W. SIMSHÄUSER, 'Iuridici' und Munizipalgerichtsbarkeit in Italien*, München, 1973, in *Labeo*, XX, 1974, 149; ID., *Nota critica sulle 'regiones iuridicorum' in Italia*, in *Labeo*, XXII, 1976, 87; T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Imperium*, cit., 158, nt. 100; L. DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore*, Milano, 1995, 162, nt. 3; W. W. BUCKLAND, *A Textbook of Roman Law: from Augustus to Justinian*, Cambridge, 2007, 48. Quanto alla

ché nell’inciso in questione non si fa menzione di chi fosse stato ad emettere la *pronuntiatio*, né ciò è desumibile dal resto del passo.

L’altra interpretazione che non può essere accolta è quella del Musumeci, a parere del quale dal tratto «*movit etiam [...] pronuntiati erant*» si evince come «l’imperatore abbia voluto piuttosto far presente che le intimazioni di pagamento, proprio perché rivolte dal venditore a dei tutori così inaffidabili [...] non fossero da considerare, di per sé, tali da integrare la fattispecie della rinuncia alla *lex commissoria*»: essendo infatti «rivolte a tutori dichiarati *suspecti*, non potevano considerarsi come

datazione dell’apparizione della figura del *praetor tutelaris*, oltre alle posizioni già accennate di coloro che la collocano negli anni 165/166, vanno ricordate quelle di coloro che la fanno risalire al 161 o comunque all’inizio del periodo di governo di Marco Aurelio (P. JÖRS, *Untersuchungen*, cit., 34, nt. 1; K. SCHNEIDER, voce *Tutelarius*, cit., 1608; A. DELL’ORO, *I Libri*, cit., 69; M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., 463, nt. 31), e di chi la riconduce al 162 (W. SIMSHÄUSER, *Iuridici*, cit., 238; T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Imperium*, cit., 159, nt. 102, anche se questo Autore lascia aperta la possibilità di una datazione di poco posteriore); il Camodeca, in *Recensione* a W. SIMSHÄUSER, *Iuridici*, cit., 149, parla della fine del 162, mentre in *Nota*, cit., 87, egli ipotizza una data posteriore al marzo del 161. Sulla competenza territoriale del *praetor tutelaris*, cfr. TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, II.2, cit., 1085, nt. 5. Sotto un diverso profilo, la WANKERL, *Appello*, cit., 101 e nt. 554, ha congetturato che il *praetor* di fronte al quale Rutiliana era stata sconfitta in primo grado avrebbe potuto essere identificato tanto con il *praetor tutelaris*, quanto con il *praetor urbanus*.

validamente notificate al debitore inadempiente»¹⁴⁶. In tal maniera l'imperatore avrebbe fornito la motivazione che non gli consentiva di seguire la soluzione prospettata da Paolo, ritenendo invece che la *lex commissoria* fosse divenuta operante.

Invero va rilevato che, oltre alla circostanza che tale interpretazione sembra tenere in troppo scarsa considerazione l'inciso *qui non restitui desiderassent*¹⁴⁷, non vi è nulla nel frammento da cui affiora che l'inefficacia delle intimazioni di pagamento possa derivare in qualche modo dall'essere esse indirizzate a dei tutori dichiarati *suspecti*: la connessione tra i due elementi appare soltanto riconducibile alla vena creativa dell'interprete. Da una parte Paolo argomenta sulla base di una modalità che la giurisprudenza andava elaborando, quale era quella in cui poteva estrinsecarsi il diritto di recesso del venditore al verificarsi della *lex commissoria*; dall'altra si delinea una circostanza di fatto supplementare¹⁴⁸ che aveva ulteriormente

¹⁴⁶ F. MUSUMECI, *Ancora sulla 'in integrum restitutio'*, cit., 260; ID., *Protezione*, cit., 252 s. Tale interpretazione è seguita dalla RIZZI, *Imperator*, cit., 378 s.

¹⁴⁷ La mancata richiesta della *restitutio in integrum* da parte dei tutori è considerata soltanto un comportamento ulteriore a conferma della loro globale inaffidabilità, privo di rilevanza causale rispetto alla proposizione *suspecti pronuntiatii erant*: cfr. F. MUSUMECI, *Ancora sulla 'in integrum restitutio'*, cit., 260 e nt. 34; ID., *Protezione*, cit., 253 e nt. 39.

¹⁴⁸ Diverso l'avviso del CUQ, *Le conseil*, cit., 452, secondo il quale il fatto che i tutori di Rutiliana fossero stati dichiarati sospetti rappresentava la «*considération déterminante*» ai

toccato l'imperatore e che l'aveva spinto ad accogliere la richiesta di Rutiliana, in quanto essa dimostrava una volta di più che gli interessi della pupilla erano stati offesi, mentre ella, sottoposta come era stata alle prevaricazioni di simili tutori, non meritava di subire ancora il pregiudizio che costoro le avevano cagionato con il loro contegno.

Non ultimo rilievo, non è possibile desumere dal frammento il momento in cui fosse intervenuta la *pronuntiatio suspectos tutores videri*, se cioè anteriormente — come sembra presupporre l'Autore — o posteriormente alle formali intimazioni ad essi notificate: nell'ottica del Musumeci peraltro, non avendo un valore causale l'inciso *qui non restitui desiderassent*, non è neppure possibile connettere l'emissione della *pronuntiatio* all'omissione della richiesta della *restitutio in integrum* da parte dei tutori.

10. *Rilievi conclusivi.*

E' giunto il momento di ricapitolare in forma sommaria ed essenziale il contenuto della nostra esegesi.

Il frammento appare connotato nelle proprie caratteristiche intrinseche dalla circostanza di ri-

fini della concessione della *restitutio in integrum* da parte dell'imperatore.

portare un verbale di udienza suntato¹⁴⁹. Basti rilevare ad es. che la decisione imperiale compare soltanto alla fine del frammento, mentre ciò che è espresso nel brano «*imperator autem motus est [...] legi venditionis*» presupporrebbe una precedente relazione del decreto. Paolo, che apparteneva al *consilium* di Settimio Severo, partecipava al dibattito relativo alla concessione della *restitutio in integrum* a Rutiliana, lo riferiva e ne riportava le ragioni, ciò a cui è probabilmente da ascrivere una certa mancanza di organicità nella sua esposizione¹⁵⁰. Nelle disquisizioni in seno al consiglio imperiale, soprattutto sul terreno del diritto privato, erano in effetti frequentemente i giuristi ad influire sulla formazione degli orientamenti del *princeps*, dando notevole prova di indipendenza di giudizio nei

¹⁴⁹ Il SANFILIPPO, *Pauli Decretorum libri*, cit., 24, ritiene che soltanto nell'originale paolino il processo verbale della causa dovesse essere riferito in forma diretta; a ragione invece il VOLTERRA, *Il problema*, cit., 984 s. (= *Scritti*, VI, cit., 166 s.), ascrive a Paolo l'esposizione indiretta ed il sunto del processo verbale, reputando anzi che il frammento permetta di rilevare il metodo seguito dal giurista nell'intera sua raccolta di *decreta*. Si veda anche F. SCHULZ, *History*, cit., 154: «A classical jurist would have considered the simple reproduction of official minutes as mere hack-work» (= *Geschichte*, cit., 181 = *Storia*, cit., 270); e D. LIEBS, *Der Sieg*, cit., 376.

¹⁵⁰ Cfr. A. LOVATO, *Giulio Paolo*, cit., 501, nt.; la NICOSIA, *Sub condicione*, cit., 137, 139, trova la descrizione della fattispecie ermetica nelle precisazioni giuridiche, ed eccessivamente sintetico il resoconto di Paolo relativo al percorso intrapreso dalla fanciulla al fine di ottenere tutela.

confronti dell'autorità¹⁵¹. D'altra parte l'imperatore, avendo la possibilità di agire sulla base di schemi meno rigidi e con più ampia autonomia rispetto a quanto fosse consentito alla giurisprudenza, si poneva spesso in aperto dissenso con i membri del *consilium principis* al fine di far prevalere ragioni di opportunità sulla rigorosa applicazione dello *ius civile*¹⁵².

¹⁵¹ Il frammento in questione, insieme con Paul. 1 *decr.* D. 14.5.8 e Paul. 3 *quaest.* D. 12.1.40, è ad es. citato dal CUQ, *Les institutions juridiques des Romains. II. Le droit classique et le droit du Bas-Empire*, Paris, 1902, 57 e nt. 6, a dimostrazione dell'autonomia di giudizio di Paolo.

¹⁵² Cfr., in merito, TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, II.2, cit., 988 ss.; C. SANFILIPPO, *Pauli Decretorum libri*, cit., 22 ss.; G. GUALANDI, *Legislazione*, II, cit., 129; J.A. CROOK, *Consilium*, cit., 125; W. KUNKEL, *Consilium, Consistorium*, in *Kleine Schriften*, Weimar, 1974, 229 ss.; D. NÖRR, *Rechtskritik*, cit., 127 ss.; M. BRETONE, *Diritto e pensiero giuridico romano*, Firenze, 1976, 98; M.V. GIANGRIECO PESSI, *Situazione*, cit., 105 e nt. 181; J.P. CORIAT, *Le prince*, cit., 561 ss.; D. LIEBS, *Vor den Richtern*, cit., 151; A. LOVATO, *Giulio Paolo*, cit., 496 s., 503, 507; F. AMARELLI, *I giuristi e il potere: i 'consilia principum'*, in *Ius controversum*, cit., 205 ss.; M. BRUTTI, *Il dialogo*, cit., 109 ss., 140 ss., 171 ss. Proprio i frammenti dei *Decretorum libri tres* di Paolo ci consentono di cogliere la rilevanza del ruolo svolto nelle *cognitiones* imperiali dai giuristi presenti nel *consilium*, attraverso il resoconto di discussioni di alto livello, basate sulla possibilità di esprimere e vedere accolte obiezioni o proposte. I passi (oltre a quello esaminato nel presente saggio, cfr., ad es., Paul. 1 *decr.* D. 50.2.9; Paul. 1 *decr.* D. 14.5.8; Paul. 1 *decr.* D. 49.14.47; Paul. 2 *decr.* D. 26.5.28; Paul. *imp. sent. in cognit. prol. ex lib. sex pr. seu decr. lib. sec.* D. 28.5.93; Paul. 2 *decr.* D.

32.27; Paul. 2 *decr.* D. 32.97; Paul. 2 *decr.* D. 36.1.76; Paul. *imp. sent in cognit. prol. ex lib. VI lib. pr. seu decr. lib. II* D. 36.1.83; Paul. 2 *decr.* D. 49.14.48; Paul. 3 *decr.* D. 40.5.38; Paul. 3 *decr.* D. 49.14.50; Paul. 3 *decr.* D. 29.2.97; Paul. 3 *decr.* D. 16.2.24; Paul. 3 *decr.* D. 44.7.33) contengono infatti generalmente l'esposizione del caso sotto l'aspetto problematico, la menzione delle tesi, delle argomentazioni e delle conclusioni prospettate dalle parti, del contenuto della sentenza di primo grado, della decisione finale dell'imperatore — con l'indicazione dei motivi che l'hanno ispirata e dei principi applicati — e talvolta riferiscono la discussione *in consilio*, enunciando l'eventuale posizione difforme di Paolo o di altri membri del *consilium* rispetto a quella dell'imperatore (oltre a Paul. 1 *decr.* D. 4.4.38 pr., cfr. ad es. Paul. 1 *decr.* D. 14.5.8; Paul. 2 *decr.* D. 32.27.1; Paul. 2 *decr.* D. 36.1.76.1; Paul. 3 *decr.* D. 29.2.97; Paul. 3 *decr.* D. 49.14.50). Proprio in relazione al testo da noi esaminato il BRUTTI, *Il diritto*², cit., 640; ID., *Il dialogo*, cit., 186, rileva come Paolo, prospettando due soluzioni opposte, rappresenti la sua opinione ponendola sullo stesso piano di quella dell'imperatore, il quale da parte sua farebbe i conti con la mobilità di pensiero della giurisprudenza, perché deciderebbe non in base alla propria autorità, ma per mezzo dell'argomentazione. Sui *Libri Decretorum* di Paolo e sul loro rapporto con l'altra opera dello stesso giurista *Imperialium Sententiarum in cognitionibus prolatarum libri VI* cfr. J. CUCIACIUS, *Observationes et emendationes*, II, in *Opera omnia*, III, Neapoli, 1758, 42 s., che vedeva sotto le due *inscriptiones* una sola opera; tale opinione fu però criticata dallo SCHULTING, *Jurisprudentia*, cit., 211 s., ad avviso del quale Paolo avrebbe redatto due edizioni della propria opera apponendo ad esse titoli diversi, ed i *decreta* sarebbero una raccolta posteriore e più ristretta delle decisioni contenute nelle *sententiae*; e dal BLUHME, *Die Ordnung der Fragmente in den Pandectentiteln. Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte der Pandecten*, in ZGR, IV, 1820, 313, nt. 30, 405, nt. 3 (= *La-*

beo, VI, 1960, 75 s., nt. 30, 261), che pervenne ad affermare l'esistenza di due opere distinte, spogliate ed utilizzate dai commissari di Giustiniano in modo indipendente. Quest'ultima tesi — con qualche variazione rispetto al rapporto cronologico fra le due opere — fu accolta dalla dottrina prevalente: cfr. É. CUQ, *Études d'épigraphie juridique: de quelques inscriptions relatives à l'administration de Dioclétien*, Paris, 1881, 83, nt. 1; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, I, Leipzig, 1885, 654; P. COGLIOLO, in G. PADELLETTI - P. COGLIOLO, *Storia del diritto romano*², Firenze, 1886, 441; O. LENEL, *Paläogenesia iuris civilis*, I, Leipzig, 1889, 959, nt. 1; H. FITTING, *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*², Halle, 1908, 93; B. KÜBLER, *Griechische Tatbestände in den Werken der klassischen Literatur*, in *ZSS*, XXIX, 1908, 183; P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts*², München-Leipzig, 1912, 235 s.; A. BERGER, voce *Iulius Paulus*, in *RE*, X.1, Stuttgart, 1918, 722 s., 725 s.; C. SANFILIPPO, *Pauli Decretorum libri*, cit., 1 ss.; P. DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, II.1², Milano, 1938, 514; C. LONGO - G. SCHERILLO, *Storia del diritto romano: costituzione e fonti del diritto*, Milano, 1947, 302; G. SCHERILLO, *Note critiche su opere della giurisprudenza romana*, in *Iura*, I, 1950, 212 s. (= *Scritti giuridici. I. Studi sulle fonti*, Milano, 1986, 144 s.); J. GAUDEMET, *La formation du droit séculier et du droit de l'Eglise aux IV^e et V^e siècles*, Paris, 1957, 39; G. SCHERILLO, *Lezioni*, cit., 274 ss.; F. SCHULZ, *Geschichte*, cit., 181 ss. (= *Storia*, cit., 270 ss.); E. VOLTERRA, *Il problema*, cit., 980 s. (= *Scritti*, VI, cit., 162 ss.); G. FRANCIOSI, *I 'libri viginti constitutionum' di Papirio Giusto*, in *Studi in onore di G. Grosso*, V, Torino, 1972, 171 ss.; C.A. MASCHI, *La conclusione della giurisprudenza classica all'età dei Severi. Iulius Paulus*, in *ANRW*, II.15, Berlin-New York, 1976, 677 s.; M. BRETONE, *Storia del diritto romano*¹², Roma-Bari, 2008, 220 ss.; F. TAMBURI, *I 'decreta Frontiana' di Aristone*, in *Studi in onore di R. Martini*, III, Milano, 2009, 726 ss.; M. BRUTTI, *Il dialogo*, cit., 181 ss.; M. RIZZI, *Imperator*,

cit., 111. Sotto un diverso profilo, mentre una parte della dottrina ha considerato entrambe le opere attribuibili a Paolo (cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., 959, nt. 1; A. BERGER, voce *Iulius Paulus*, cit., 722 s., 725 s.; P. KRÜGER, *Geschichte*², cit., 235 s.; H. FITTING, *Alter*², cit., 93; M. BRUTTI, *Il dialogo*, cit., 181 ss.), lo Schulz (*Geschichte*, cit., 181 ss. [= *Storia*, cit., 270 ss.]), seguito da altra dottrina (G. SCHERILLO, *Note*, cit., 213 s., nt. 11 [= *Scritti*, I, cit., 145 s. e nt. 24]; ID., *Lezioni*, cit., 274; C.A. MASCHI, *La conclusione*, cit., 677 e nt. 47; T. HONORÉ, *Emperors*², cit., 20; D. LIEBS, *Jurisprudenz*, in *Handbuch der lateinischen Literatur der Antike*, VIII.4, a cura di R. Herzog e P.L. Schmidt, München, 1997, 172), ha prospettato l'ipotesi che ci si trovi in presenza di due summi postclassici di una sola opera composta da Paolo, i *libri imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum*. Dal punto di vista cronologico, fra i sostenitori della prima teoria vi è sia chi reputa antecedente la redazione dei *libri imperialium sententiarum ex libris sex* rispetto ad una seconda raccolta più limitata (A. SCHULTING, *Jurisprudentia*, cit., 213; F. BLUHME, *Die Ordnung*, cit., 313, nt. 30 [= *La-beo*, VI, cit., 75 s., nt. 30]; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, I, cit., 654), sia chi invece congettura che i *libri imperialium sententiarum ex libris sex* siano una raccolta posteriore più ampia, comprendente in forma sunteggiata casi già presenti nei *libri decretorum* (O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., 959; A. BERGER, voce *Iulius Paulus*, cit., 722, 726; apparentemente C. SANFILIPPO, *Pauli Decretorum libri*, cit., 8 s.). Secondo il BRUTTI, *Il dialogo*, cit., 182, si tratterebbe di due elaborazioni convergenti portate a termine da Paolo in momenti diversi, con contenuti che in parte si ripetono: i *tres libri* sarebbero giunti ai compilatori nella versione originaria, i *sex libri* attraverso un'epitome. Di recente la RIZZI, *Imperator*, cit., 115 ss., sembra propendere, da un lato, per l'ipotesi dell'esistenza di un'opera di Paolo in sei libri, gli *imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum libri sex*, dalla quale sarebbe stata tratta in epoca post-classica

un'epitome in due libri, i *libri imperialium sententiarum ex libris sex*, da cui a loro volta sarebbero stati escerpiti i sei frammenti contenuti nel Digesto (Paul. *imp. sent. in cognit. prol. ex lib. sex pr. seu decr. lib. sec.* D. 28.5.93; Paul. *imp. sent. in cognit. prol. ex lib. sex lib. sec.* D. 35.1.113; Paul. *imp. sent. in cognit. prol. ex lib. VI lib. pr. seu decr. lib. II* D. 36.1.83; Paul. *imp. sent. in cognit. prol. sive decr. ex lib. sex lib. pr.* D. 37.14.24; Paul. *imp. sent. in cognit. prol. ex lib. sex lib. sec.* D. 40.1.10; Paul. *ex lib. sex lib. pr. imp. sent. in cognit. prol.* D. 50.16.240); dall'altro, per la probabile riconducibilità dei *libri decretorum* all'età classica. Quanto al rapporto cronologico tra le due opere, ad avviso dell'Autrice il diverso numero di libri da cui risultano costituite le *imperiales sententiae* potrebbe rappresentare un argomento sia a favore della loro posteriorità rispetto ai *libri decretorum*, ove si pensi ad una prima opera più ridotta, seguita da una raccolta più ampia, sia a favore dell'ipotesi inversa, ove si supponga che i *libri decretorum* costituiscano una selezione dell'opera più ampia; né, ai fini della fissazione di un preciso rapporto cronologico, gioverebbe la circostanza della conservazione di un maggior numero di decisioni tratte dai *libri decretorum*. Più in generale, analizzando i *decreta principum* ascrivibili all'età degli Antonini ed all'età severiana in materia non criminale, l'Autrice ha concluso che accanto a pochi provvedimenti che si collocherebbero in direzione conforme alle regole esistenti, la maggior parte delle sentenze imperiali (tra cui anche quella riportata in Paul. 1 *decr.* D. 4.4.38 pr., che estenderebbe l'ambito di applicazione del rimedio restitutorio a favore del minore) si presenterebbe più o meno innovativa o comunque contenente un'interpretazione meno rigida dei principi recetti. Non di rado i *principes* farebbero ricorso a valutazioni fondate sull'*aequitas*, l'*humanitas*, la *benignitas*, la *pietas*, per lo più in occasione di decisioni che disapplicano i principi preesistenti, motivando tale disapplicazione per mezzo di un uso rigoroso e conforme ad un certo significato tecnico-giuridico di siffatte categorie con-

cezionali. Ma nel complesso, sia le decisioni giustificate sulla base dei riferimenti a questi 'Begriffe', sia le altre sentenze non conformi ai principi preesistenti, non si presenterebbero mai come volte a stravolgere il diritto vigente, facendo trasparire spesso un'attività innovativo-interpretativa che si inserirebbe all'interno di un più ampio processo evolutivo di un certo istituto. Con riferimento particolare alle decisioni riportate all'interno dei *libri decretorum* e dei *libri imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum*, l'Autrice rinviene, accanto a poche statuizioni con un certo carattere innovativo (appunto Paul. 1 *decr.* D. 4.4.38 pr.; inoltre Paul. 1 *decr.* D. 14.5.8; Paul. 1 *decr.* D. 22.1.16.1; Paul. *imp. sent. in cognit. prol. ex lib. sex pr. seu decr. lib. sec.* D. 28.5.93; Paul. 2 *decr.* D. 36.1.76 pr.; Paul. 3 *decr.* D. 48.18.20; Paul. 1 *decr.* D. 49.14.47 pr.), sentenze che, pur difformi rispetto ai principi prevalenti, atterrebbero a problematiche di rilievo secondario oppure aventi un'applicazione eccezionale, deducendone che, diversamente da quanto sarebbe avvenuto nelle opere dei giuristi del III sec. d.C. contenenti i provvedimenti dell'età degli Antonini, in cui il giurista avrebbe selezionato senza restrizioni le soluzioni da impiegare *ad exemplum*, ora sembrerebbe essersi in presenza di raccolte realizzate su commissione imperiale, dando avvio a quel sistema che, dalla fine del III sec. d.C. e fino all'età giustiniana, avrebbe costituito il principale mezzo di cognizione e diffusione degli atti imperiali. Certo, l'*ars* del giurista severiano rivestirebbe ancora una funzione fondamentale in relazione alla scelta degli elementi decisivi della controversia portata alla cognizione imperiale, della loro elaborazione e della propagazione dei provvedimenti emessi dal *princeps* in funzione giudicante. Ma, in particolare nei casi di decisioni imperiali volte a promuovere nuove soluzioni e derogatorie rispetto alle regole esistenti, il giurista severiano, pur avendo una diversa visione della soluzione da applicare alla questione, dovrebbe dar conto della decisione imperiale, al più ri-

Il frammento espone le vedute contrastanti di Paolo e dell'imperatore riguardo ad un caso in cui i tutori di una pupilla erede di un compratore che aveva concluso un contratto di compravendita di un fondo con *lex commissoria*, non adempiono nei termini all'obbligo di pagamento della seconda rata del prezzo, e la fanciulla chiede la *restitutio in integrum* contro gli effetti di tale mancato adempimento, al fine di pagare il prezzo residuo ed ottenere la disponibilità del fondo. Essendo la sua richiesta respinta presso i primi due organi aditi, e cioè il *praetor* ed il *praefectus urbi*, ella si rivolge all'imperatore, conseguendo una decisione finale favorevole.

Paolo invece mostra di essere contrario alla concessione della *restitutio in integrum*, e di condividere così le precedenti decisioni negative del pretore e del *praefectus urbi*, basando il proprio avviso sulla motivazione che a concludere il contratto di compravendita era stato il padre della pupilla, non ella stessa. Egli muoveva in questo senso dalla considerazione rigorosa delle prescrizioni dell'editto dei minori di venticinque anni, nel quale, ai fini della concessione della *restitutio in integrum*, il pretore contemplava soltanto atti e negozi compiuti con il minore.

chiamando la propria opinione, generalmente ancorata ai principi tradizionali, e fornendo in tal modo ai giudici che si troveranno a decidere questioni analoghe l'insieme delle possibili soluzioni da applicare.

In seguito — riprendendo a riferire ciò che aveva detto nel *consilium* ed in replica al diverso punto di vista dell'imperatore, favorevole alla concessione del provvedimento — Paolo aggiunge una seconda motivazione rafforzativa della propria posizione, e cioè che la *restitutio in integrum* a maggior ragione non si sarebbe potuta accordare, per avere il venditore rinunciato all'esercizio del patto commissorio col richiedere l'adempimento del contratto dopo il *dies committendi*: probabilmente l'imperatore sosteneva invece che la pupilla fosse decaduta dalla possibilità di esperire l'*actio empti*. Ad avviso del giurista la pupilla non poteva avere la *restitutio in integrum*, bensì l'*actio empti*, giacché il venditore, con il proprio atteggiamento, aveva mostrato di voler mantenere in vita il contratto. Veniva pertanto a mancare l'obiettivo contro cui sarebbe stata rivolta la *restitutio in integrum*, e cioè la risoluzione del contratto. Ovinio, creditore di una parte del prezzo, avrebbe potuto far valere la propria pretesa con l'*actio venditi*, mentre Rutiliana avrebbe potuto esercitare contro il venditore l'*actio empti*, allo scopo di ottenere la consegna del fondo.

In ogni caso la *restitutio in integrum* non sarebbe stata dovuta per il semplice fatto che il *dies committendi* fosse caduto nel periodo della impubertà della pupilla, così come il figlio minore di età erede di un debitore che aveva costituito un pegno ed era già morto al momento della scadenza del *dies solutionis*, non avrebbe potuto ottenere la *restitu-*

tutio in integrum contro la vendita del pegno effettuata dal creditore pignoratizio a seguito del mancato adempimento del debito.

L'imperatore da parte sua si mostrava di avviso opposto, nel rendere manifesto che era stato indotto a concedere la *restitutio in integrum* dalla considerazione della circostanza che la scadenza della *lex commissoria* aveva avuto luogo nel periodo dell'età pupillare di Rutiliana, e che questa congiuntura aveva fatto sì che non si fosse ottemperato alla clausola contrattuale: dal suo punto di vista dunque la *restitutio in integrum* era diretta contro gli effetti — pregiudizievoli per la fanciulla — prodotti dalla mancata osservanza della clausola. E di fronte alla soluzione paolina della concessione dell'*actio empti* alla pupilla, egli continuava a preferire la concessione della *restitutio in integrum*¹⁵³. Probabilmente egli era nel dubbio se, sul

¹⁵³ Ad avviso del MUSUMECI, *Ancora sulla 'in integrum restitutio'*, cit., 260 s., la valutazione di ordine equitativo alla base della decisione dell'imperatore avrebbe riguardato la circostanza che, se egli avesse accordato alla pupilla, secondo la soluzione proposta da Paolo, l'*actio empti* nel presupposto che la vendita fosse ancora operante, la seconda vendita conclusa da Ovinio con Claudio Telemaco sarebbe risultata illegittima e quindi Ovinio, comportatosi sempre in assoluta buona fede, avrebbe dovuto risarcire Claudio Telemaco per avergli venduto il fondo senza averne diritto. Accordando invece la *in integrum restitutio*, l'adempimento dell'obbligazione scaturita per il venditore dalla seconda vendita sarebbe divenuto impossibile per causa a lui non imputabile. Aderisce a tale interpretazione la RIZZI, *Imperator*, cit., 380 s., rilevando come il *princeps* voglia in tal modo

piano di fatto — sul quale non poteva generalmente intervenire — non si dovesse ancora ritenere operante la *lex commissoria*, soprattutto perché Rutiliana insisteva nel chiedere il rimedio, ammettendo così implicitamente sul piano probatorio l'operatività della clausola di decadenza. Il

assecondare le esigenze dell'appellante, cercando di non ledere ad un tempo eccessivamente il venditore. Attribuisce invece al Musumeci un errore di ragionamento il LIEBS, *Vor den Richtern*, cit., 238, nt.: Claudio Telemaco avrebbe potuto procedere contro Ovinio con l'azione contrattuale basata sulla *bona fides*, concetto che difficilmente si sarebbe potuto integrare in maniera diversa a seconda della costruzione per mezzo della quale la fanciulla sarebbe stata soccorsa. In caso di reintegrazione di costei, cioè con il rivivere della sua pretesa all'adempimento dell'antico contratto di vendita, la prestazione alla quale Ovinio si era obbligato nei confronti di Claudio Telemaco non sarebbe stata assolutamente impossibile. In entrambe le costruzioni, che avrebbero comportato o la continuità dell'antico contratto di vendita od il rivivere di esso, Ovinio avrebbe venduto due volte la stessa cosa. Finché egli non avesse trasferito il fondo né a Rutiliana né a Claudio Telemaco, la prestazione sarebbe stata possibile all'una come all'altro; e persino dopo che egli lo avesse trasferito a Rutiliana, sarebbe rimasto ancora possibile il trasferimento a Claudio Telemaco, fino a che Rutiliana fosse stata disposta a ritrasferirlo a lui stesso; anzi, oggettivamente impossibile la prestazione non sarebbe stata neanche nell'evenienza di un rifiuto di Rutiliana a ritrasferire. Nel caso concreto probabilmente i giuristi romani, conformandosi al criterio della *bona fides*, avrebbero sempre liberato Ovinio nei confronti di Claudio Telemaco, proprio perché egli aveva concluso il contratto con costui in buona fede: ciò anche quando si fosse seguita la costruzione suggerita da Paolo.

dubbio del principe non verteva naturalmente sul punto se la *lex commissoria* si fosse verificata, ma su quello se il venditore avesse rinunciato ad avvalersi di essa. In una tale situazione di incertezza, meglio allora concedere la *restitutio in integrum*, perché non concedendola si correva il rischio di vedere operare la *lex commissoria* in un caso in cui, in concreto, essa non avrebbe dovuto, secondo Settimio Severo, operare. Il sentimento della *displacencia* dell'imperatore atteneva infatti al funzionamento della *lex commissoria* nella fattispecie, e cioè al complesso delle circostanze dell'*incidere* del *dies committendi* nel *tempus pupillae* e dell'*efficere* dell'*eaque <res>*, *ne pareretur legi venditionis*, ed alle conseguenze dell'avverarsi del contenuto del patto, posto che l'imperatore mirava, per mezzo del proprio provvedimento, a far considerare come non avvenuta la risoluzione della vendita.

Egli si sentiva rafforzato nel proprio convincimento di accordare il rimedio — mostrando una volta di più la disponibilità a comprendere gli interessi della pupilla — dalla notizia che i primi tutori, non avendo chiesto la *restitutio in integrum*, erano stati dichiarati *suspecti*. Tale *pronuntiatio* doveva però essere stata causata, oltre che dalla mancanza appena rilevata, anche da altre negligenze nel loro comportamento, che investivano più in generale la gestione del patrimonio della pupilla ed il loro atteggiamento di fronte ai ripetuti solleciti del venditore al pagamento del residuo prezzo.

Sebbene la concessione della *restitutio in integrum*, che essi avevano ommesso di richiedere, fosse stata negata per ben due volte dal pretore e dal *praefectus urbi*, è ammissibile la possibilità che la dichiarazione della loro qualità di *suspecti* fosse stata emessa da un diverso magistrato, ad es. dal *praetor tutelaris*.

ABSTRACT

Il frammento espone le vedute contrastanti di Paolo e di Settimio Severo riguardo ad un caso in cui i tutori di una pupilla erede di un compratore che aveva concluso un contratto di compravendita di un fondo con *lex commissoria* non effettuano il pagamento della seconda rata del prezzo nel termine convenuto. Il venditore, dopo inutili ripetute intimazioni ai tutori, vende dopo un anno lo stesso fondo a Claudio Telemaco. La pupilla chiede la *restitutio in integrum* contro gli effetti del comportamento omissivo dei tutori, al fine di pagare il prezzo residuo ed ottenere la disponibilità del fondo. La sua richiesta viene respinta dal *praetor* e dal *praefectus urbi*, ed allora ella propone appello all'imperatore. Paolo approva i giudizi emessi dal *praetor* e dal *praefectus urbi*, con la motivazione — basata sull'applicazione rigorosa delle prescrizioni dell'editto sui minori di venticinque anni — che il padre aveva concluso il contratto,

non la pupilla. Il giurista aggiunge poi una seconda motivazione rafforzativa della propria posizione (*dicebam [...] videretur*). Al fine di conferire un senso logico ad essa, occorre infatti supporre, accogliendo in parte la tesi di Frank Peters, che sia caduta la negazione *non* tra il *dicebam* ed il *posse*, probabilmente in seguito ad una svista involontaria di copista. Il giurista cioè, riprendendo a riferire ciò che egli aveva detto nel *consilium*, affermava che la *restitutio in integrum* a maggior ragione non si sarebbe potuta concedere, perché il venditore aveva rinunciato all’esercizio della *lex commissoria* richiedendo l’adempimento del contratto dopo il *dies committendi*. Ad avviso di Paolo la pupilla poteva avere l’*actio empti*.

Settimio Severo invece era stato spinto ad accordare la *restitutio in integrum* dalla considerazione della circostanza che la scadenza della *lex commissoria* aveva avuto luogo nel periodo dell’età pupillare di Rutiliana: questa congiuntura aveva fatto sì che la *lex venditionis* non fosse osservata. Paolo non era toccato da questa circostanza: anche il figlio minore di età erede di un debitore che aveva costituito un pegno ed era già morto al momento della scadenza del *dies solutionis*, non avrebbe potuto ottenere la *restitutio in integrum* contro la vendita del pegno effettuata dal creditore pignoratorio a seguito del mancato adempimento. Di fronte poi alla soluzione paolina della possibilità di concessione dell’*actio empti* alla pupilla, Settimio Severo preferì la concessione della *re-*

stitutio in integrum, sulla base della motivazione che la *lex commissoria* gli dispiaceva, probabilmente a causa dell'*incidere* del *dies committendi* nel *tempus pupillae* e degli effetti che aveva prodotto l'avveramento della clausola. La stringatezza e la fermezza dell'asserzione *quia tamen lex commissoria displicebat ei* inducono però a pensare ad un tempo che Settimio Severo intendesse replicare a Paolo concedendo la *restitutio in integrum* puramente e semplicemente, senza andare a verificare di fatto se vi fosse stata la rinuncia al diritto di recesso da parte del venditore. Che il 'Klauselverfall' avesse avuto luogo era pacifico, mentre appariva più dubbio se il venditore avesse receduto o meno dalla propria *lex*. Tenendo conto della impostazione di Rutiliana che, chiedendo la *restitutio in integrum*, ammetteva implicitamente sul piano probatorio l'operatività della clausola di decadenza, e temendo di andare *ultra petita*, con l'affermare che la pupilla potesse esercitare l'*actio empti*, Settimio Severo preferì concedere la *restitutio in integrum*. Nella situazione di incertezza descritta, meglio concedere la *restitutio in integrum*, perché non concedendola si correva il rischio di vedere operare la *lex commissoria* in un caso in cui in concreto essa non avrebbe dovuto operare, ad avviso di Settimio Severo. Egli si sentiva rafforzato nel proprio convincimento di accordare il rimedio dalla notizia che i primi tutori, non avendo chiesto la *restitutio in integrum*, erano stati dichiarati *suspecti*. Tale *pronuntiatio* doveva però essere stata causata, oltre

che dalla mancanza appena rilevata, da altre negligenze nel loro comportamento. Posto che il *praetor* ed il *praefectus urbi* avevano negato la concessione della *restitutio in integrum* alla pupilla, non può essere esclusa la possibilità di un conflitto di sentenze pronunciate da magistrati diversi, nel senso che i tutori dovevano essere stati dichiarati *suspecti* da un ulteriore magistrato, ad es. il *praetor tutelaris*.

The fragment exposes the conflicting views of Paul and Septimius Severus respect to a case in which the guardians of a ward heir to a buyer who had concluded a contract of sale of a land with *lex commissoria*, do not perform the payment of the second instalment of the price within the term agreed upon. The seller, after useless repeated injunctions to the guardians, sells after a year the same land to Claude Telemachus. The ward asks the *restitutio in integrum* against the effects of the ommissive behaviour of the guardians, in order to pay the residual price and get the availability of the land. Her request is rejected by the *praetor* and the *praefectus urbi*, so she appeals to the emperor. Paul approves the judgements passed by the *praetor* and the *praefectus urbi*, with the motivation — founded on the strict application of the prescriptions of the edict about the minors under twenty-five — that the father had concluded the contract, not the ward. The jurist adds later a second

motivation strengthening his position (*dicebam* [...] *videretur*). In order to give to this motivation a logical sense, it is necessary to suppose in fact, agreeing partially to Frank Peters's thesis, that the negative *non* between the imperfect *dicebam* and the infinitive *posse* is fallen, probably in consequence of an involuntary oversight of copyist. The jurist that is, taking again to report what he had said in the *consilium*, stated that the *restitutio in integrum* all the more reason could not have been granted, because the seller had waived to the exercise of the *lex commissoria* by demanding the fulfilment of the contract after the *dies committendi*. In the opinion of Paul the ward could have the *actio empti*.

Septimius Severus instead had been induced to grant the *restitutio in integrum* by the consideration of the circumstance that the expiration of the *lex commissoria* had taken place in the period of the pupilar age of Rutiliana: this situation had made possible that the *lex venditionis* was not observed. Paul was not touched by this circumstance: also the son minor heir to a debtor who had pledged and was already dead at the moment of the expiration of the *dies solutionis*, could not have obtained the *restitutio in integrum* against the sale of the pledge made by the pledgee in consequence of the non-fulfilment. In the face then of the pauline solution of the possibility of granting of the *actio empti* to the ward, Septimius Severus preferred the granting of the *restitutio in integrum*,

on the basis of the motivation that he disliked the *lex commissoria*, probably owing to the *incidere* of the *dies committendi* in the *tempus pupillae* and the effects that the occurrence of the clause had produced. The conciseness and the firmness of the assertion *quia tamen lex commissoria displicebat ei* induce however to think at the same time that Septimius Severus intended to reply to Paul by granting the *restitutio in integrum* purely and simply, without going to check in fact if there had been the waiving to the right to withdraw from the seller. It was obvious that the ‘Klauselverfall’ had occurred, whereas it seemed more doubtful whether the seller had withdrawn or not from his *lex*. Taking into account the formulation of Rutiliana, who, asking the *restitutio in integrum*, admitted implicitly on the probative plan the operativity of the clause of decadence, and being afraid of going *ultra petita*, by stating that the ward could exercise the *actio empti*, Septimius Severus preferred to grant the *restitutio in integrum*. In the situation of uncertainty described, it was better to grant the *restitutio in integrum*, because otherwise one ran the risk of seeing the *lex commissoria* take effect in a case in which in point of fact it should not have taken effect, in the opinion of Septimius Severus. He felt strengthened in his conviction to grant the remedy by the information that the former guardians, not having asked the *restitutio in integrum*, had been declared *suspecti*. However, this *pronuntiatio* had to have been caused, apart from the fault just

pointed out, by other negligences in their behaviour. Since the *praetor* and the *praefectus urbi* had denied the granting of the *restitutio in integrum* to the ward, the possibility of a conflict of judgments passed by different judges cannot be excluded, in the sense that the guardians had to have been declared *suspecti* by a further judge, e.g. the *praetor tutelaris*.

PAROLE CHIAVE

Rutiliana — compravendita con *lex commissoria* — condizione risolutiva — *fundus inemptus* — *in solutione cessare* — *restitutio in integrum* — *tempus pupillae* — *parere legi venditionis* — *recedere a lege sua* — *pignoris distractio* — *displicentia* — *tutores suspecti*

KEYWORDS

Rutiliana — sale with *lex commissoria* — resolutive condition — *fundus inemptus* — *in solutione cessare* — *restitutio in integrum* — *tempus pupillae* — *parere legi venditionis* — *recedere a lege sua* — *pignoris distractio* — *displicentia* — *tutores suspecti*

MARIA DI MARIO

Dottore di ricerca in Diritto Romano delle Obbligazioni

Post-doc in Storia e Teoria Generale del Diritto
Università degli Studi di Roma 'La Sapienza'

E-mail: maria.dimario@uniroma1.it