



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

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

Piera Capone

**Echi giurisprudenziali in una *lex* di Costantino.
Intorno alla *quaestio testamenti*
di CTh. 9.43.1 pr.-1**

Numero XIV Anno 2021
www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

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

Comitato Editoriale

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

Redazione

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

Segreteria di Redazione

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

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



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

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

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

Echi giurisprudenziali in una *lex* di Costantino. Intorno alla *quaestio testamenti* di CTh. 9.43.1 pr.-1

SOMMARIO: 1. Premessa: i punti problematici di CTh. 9.43.1 pr.-1 – 2. I termini della *quaestio testamenti* nel *principium* del provvedimento – 3. Il valore normativo della *sententia* papiniana e il rifiuto delle *notae* di Paolo e Ulpiano a Papiniano – 4. La precisazione contenuta nel § 1 della *lex* – 5. Una significativa *reductio ad absurdum* – 6. Questioni palinogenetiche relative a CTh. 9.43.1 pr. – 7. Il collegamento fra CTh. 9.43.1 e CTh. 1.4.1: problemi di autenticità dei riferimenti alla letteratura giurisprudenziale – 8. Considerazioni conclusive sui §§ 2-3.

1. Premessa: i punti problematici di CTh. 9.43.1 pr.-1

Nel titolo 9.43 del Codice Teodosiano, rubricato *De sententiam passis et restitutis et liberis eorum*¹, i compilatori hanno collocato quale unica *lex* un provvedimento di Costantino, accolto anche nel Codice di Giustiniano senza significative varianti², nel quale si disciplinano gli

¹ Nel libro nono del Codice Teodosiano vi sono due titoli, *De indulgentia criminum* (CTh. 9.38) e *De sententiam passis et restitutis et liberis eorum* (CTh. 9.43), sui cui rapporti appare ancora interessante l'indagine di E. CARELLI, *La 'restitutio indulgentia principis'*, in *Studi in onore di M. Barillari*, Bari, 1937, 55 ss., per il quale la loro coesistenza si giustifica in quanto nel primo si tratta della *indulgentia*, mentre nel secondo dei suoi effetti o, più precisamente, di uno dei suoi effetti, ossia – come si preciserà nel testo – il destino della *patria potestas* in capo al deportato che sia stato graziato con restituzione dei *bona* e della *dignitas*; sarebbe da escludersi, pertanto, l'esistenza di due istituti nel Teodosiano, ossia la *restitutio* distinta dalla *indulgentia*.

² Cfr. C. 9.51.13. Le poche varianti rispetto alla versione teodosiana sono solo formali e, comunque, non riguardano il tratto pr.-1 che rappresenta l'oggetto di questo studio.

effetti della *indulgentia principis* con *restitutio* nei *bona* e nella *dignitas* in relazione alla *patria potestas* di cui un soggetto era titolare prima di essere condannato alla deportazione. Di questo lungo brano, interessante nel suo insieme soprattutto quale paradigma della trasformazione dei poteri del *pater* in età costantiniana (sebbene attraverso il filtro della particolare situazione trattata)³, sarà esaminato qui il tratto relativo al *principium* e al § 1:

CTh. 9.43.1 pr.-1: IMP. CONSTANTINUS A. AD MAXIMUM P. U. *In quaestione testamenti, quod deportati filius remeante patre fecisset, remotis Ulpiani atque Pauli notis Papiniani placet valere sententiam, ut in patris sit filius potestate, cui dignitas ac bona restituta sunt. 1. Ita tamen, ut gesta per filium, cuius consilia legitima aetas firmaverat, rata sint eodem in potestatem patriam redeunte, ne eorum rescissio efficiat, quod est maxime absurdum, eodem tempore nec in patris nec in sua quemquam fuisse potestate.* DAT. XVIII. KAL. OCT. SIRMIO, CRISPO II. ET CONSTANTINO. II CAESS. CONSS.

Come si ricava dalle informazioni fornite dalla *inscriptio* e dalla *subscriptio* della costituzione imperiale, che ci è stata trädita dal *Breviarium Alaricianum* con relativa *Interpretatio*⁴, essa risulta emanata a Sirmione il 14

Nel Codice di Giustiniano non esiste un titolo equivalente a quello rubricato dai commissari di Teodosio II *De indulgentia criminum* (CTh. 9.38), ma soltanto la rubrica *De sententiam passis et restitutis*, C. 9.51 (corrispondente a CTh. 9.43 e, inoltre, a D. 48.23 *De sententiam passis et restitutis*), formata da materiale preteodosiano con l'unica eccezione della *lex* in esame. Evidentemente, Triboniano ha inteso esaminare tutti gli effetti familiari e patrimoniali della *indulgentia* e concentrarli in una sola *sedes* (non senza qualche contraddizione resa evidente proprio dall'esame del nostro provvedimento: v. nt. 35): su tali raffronti v. A.M. GIOMARO, *Il 'Codex repetitae praelectionis'*, Roma, 2001, 186 s., 190, 192, 240, 318, 448 s.

³ Sotto questo specifico profilo la *lex* è stata esaminata più recentemente da P. GARBARINO, *Sulle tracce dei doveri del 'pater'. Brevi riflessioni sulla 'patria potestas' in età tardoantica*, in *'Civitas et civilitas'. Studi in onore di F. Guizzi*, I, Torino, 2013, 384 ss. V. anche *infra* § 8.

⁴ Si riporta qui soltanto il tratto dell'*Interpretatio* (restituitoci da alcuni manoscritti del *Breviarium*, ma mancante nel Cod. Vat. Reg. 886 e nei *Fragmenta Taurinensia* che pure conservano il testo della *lex*, come ha precisato E. VOLTERRA, *Sul contenuto del Codice*

settembre del 321 d.C. e indirizzata a quel V. Maximus che fu *praefectus urbi* dal primo settembre del 319 d.C. al 13 settembre del 323 d.C.⁵ Il riferimento iniziale a una *quaestio testamenti* lascia intendere che si trattava di una risposta a una controversia giudiziaria evidentemente portata all'attenzione dell'imperatore e stilata nella forma di una *epistula*, come lo stile cancelleresco richiedeva per quelle destinate a personaggi di maggior rispetto⁶. L'oggetto della discussione riguardava, per limitarci qui a una parafrasi del testo, le sorti del testamento confezionato dal figlio del deportato (si intende, durante l'espiazione della pena)

Teodosiano, in *BIDR*, 84, 1981 ma 1983, 99, ora in ID., *Scritti giuridici*, VI. *Le fonti*, Napoli, 1994, 355, da cui si cita) relativo al segmento della *lex* oggetto del nostro studio: *Si quis pater in exilio missus filium in maiori aetate reliquerit, quaecumque de bonis propriis gessit filius, iuxta sententiam Papiniani rata et firma permaneant, nec contra aut testamentum aut transactionem filii reversus pater venire permittitur. Sane cum redierit pater, si filium vivum invenerit, filium in ius suum paterna potestate recipiet. Ceterum quod de rebus propriis absente patre filius gessit, reversus pater revocare non poterit.* Sebbene molto sunteggiata, l'*interpretatio* visigotica si presenta interessante ai fini di alcune questioni che saranno discusse nel testo, come si avrà modo di precisare all'occorrenza. Per alcune indicazioni di massima sull'*Interpretatio* all'intera *lex* costantiniana v. L. DI CINTIO, *L' 'Interpretatio Visigothorum' al 'Codex Theodosianus'. Il libro IX*, Torino, 2013, 214 ss.

⁵ O. SEECK, *Regesten der Kaiser und Päpste für die Jahre 311 bis 476 n. Chr.*, Stuttgart, 1919, 61, 171; A.H.N. JONES, J.R. MARTINDALE, J. MORRIS, *The Prosopography of the Later Roman Empire*, 1, Cambridge, 1971, *V. Maximus* 48, 590, 1043, 1054. Sulla datazione di tale *lex* v. O. SEECK, *Die Zeitfolge der Gesetze Costantins*, in *ZSS*, 10, 1889, 229.

⁶ Per E. VOLTERRA, *Sul contenuto*, cit., 355, la *lex* in esame presenterebbe l'aspetto di un rescritto perché non conterrebbe una norma di carattere generale o editale, ma varie decisioni particolari in ordine alla *patria potestas*; la sua recezione nel Codice sarebbe da giustificarsi pertanto con il valore formale di *lex generalis* derivante dal fatto di essere stata indirizzata a un *praefectus urbi*. Come si è precisato *supra* nel testo, il riferimento a una *quaestio testamenti* consente di specificare che si trattava di un'*epistula*, la quale – com'è noto – rientrava nel più ampio genere del *rescriptum*. La sua presenza nel Codice Teodosiano (nel quale, peraltro, si riscontrano numerosi provvedimenti in forma di lettera destinati a funzionari imperiali) si spiega però non tanto con il rilievo che il suo destinatario sia stato un *praefectus urbi*, ma con la considerazione che una *lex* era qualificabile come *generalis* per la sua natura normativa quale precetto generale e per la sua formulazione impersonale, sebbene lo stile del testo potesse variare a seconda dei diversi destinatari. Del resto, la nozione stessa di *lex generalis* si venne assestando durante un lungo arco temporale che culminò nel 426 d.C., quando Teodosio e Valentiniano III ne stabilirono i requisiti (C. 1.14.3).

allorquando questi rientrasse in patria; a tale riguardo, Costantino riteneva valida («*placet valere*») la *sententia* di Papiniano per la quale il figlio tornava nella potestà del padre cui erano stati restituiti i *bona* e la *dignitas*, mentre andavano respinte le *notae* di Ulpiano e Paolo al suddetto giurista. Tuttavia, si precisa nel testo, i *gesta* compiuti dal figlio venticinquenne durante la deportazione sarebbero dovuti restare validi all'atto del suo ritorno nella potestà paterna, senza che si procedesse a una loro rescissione, in quanto era particolarmente assurdo che un soggetto, allo stesso tempo, non fosse né nella potestà del padre, né in quella propria.

L'intreccio fra il caso concreto e i riferimenti alla letteratura giurisprudenziale rende questo squarcio della *lex* un crocevia di nodi problematici, distinguendolo dalle disposizioni successive del provvedimento (§§ 2-3) che scorrono invece con chiarezza e anche con una certa prolissità⁷. Proprio per tale motivo, si è scelto di circoscrivere il nostro lavoro soltanto al tratto selezionato e di esaminare nel loro insieme le diverse questioni collegate a entrambi i profili del testo, dato che sinora sono state trattate per lo più separatamente. Anticipiamo, quindi, nei loro termini generali i passaggi attraverso i quali si snoderà il nostro discorso, distinguendo i due piani del discorso.

Per quel che riguarda la *quaestio testamenti*, i dubbi nascono dal rilievo che la sua soluzione (fondata sulla forza normativa riconosciuta a una *sententia* di Papiniano, evidentemente *recitata* in giudizio) non viene svolta in modo esplicito nel *principium*, per cui non risulta evidente se nel caso di specie il testamento fosse da considerare valido. Una tale discussione coinvolge, invero, anche il modo di intendere la prescrizione contenuta nel § 1, ossia quella relativa alla sorte dei *gesta* compiuti dal figlio venticinquenne durante la deportazione, come comprensiva o meno del testamento; occorre verificare, quindi, se esistano elementi che consentano di tracciare in modo più definito i confini del suo oggetto. Inoltre, il ricorso a una *reductio ad absurdum* quale fondamento giustificativo della soluzione adottata nel § 1 rappresenta una significativa testimonianza dell'attenzione prestata dalla cancelleria imperiale alla tradizione giurisprudenziale e, quanto meno idealmente,

⁷ Sulle quali v. *infra* § 8.

rimanda a Papiniano che adoperò spesso tale tecnica argomentativa nei suoi scritti. Proprio per tale motivo, è sembrato opportuno soffermarsi sulla scelta di Otto Lenel che, seguendo quanto già affermato da Gotofredo, ha utilizzato il (solo) *principium* di CTh. 9.43.1 per completare l'ordito del tredicesimo libro delle *Quaestiones* di Papiniano.

Circa i richiami al pensiero giurisprudenziale, rispetto al quale il tenore del testo evidenzia un dissenso fra i giuristi di età severiana, il rifiuto delle annotazioni critiche di Paolo e Ulpiano agli scritti di Papiniano (rispetto – però – alla specifica *sententia* papiniana richiamata) induce ad approfondire il suo collegamento con la più generale censura delle suddette *notae* stabilita soltanto quattordici giorni dopo con la *lex* riportata in CTh. 1.4.1. Un aspetto, quest'ultimo, che porta a valutare se le predette annotazioni e la stessa sentenza papiniana siano state apocrife, se l'espressione '*remotis Ulpiani atque Pauli notis Papinianis*' di CTh. 9.43.1 pr. possa essere considerata un'aggiunta dei commissari teodosiani e, quindi, se quel collegamento sia fondato e con quali limiti.

Quale ulteriore motivo della scelta di analizzare il solo tratto riportato nel *principium* e nel § 1 si consideri, infine, che essa si giustifica anche sulla base del rilievo che il segmento selezionato presenta una sua autonomia rispetto al prosieguo della disposizione per il fatto di riguardare quei figli che durante la deportazione del padre non si trovavano nella condizione di *minores*, secondo uno stacco chiaramente scandito dall'esordio del § 2 che, diversamente, lascia intendere come le prescrizioni susseguenti considerino proprio tali soggetti («*Minores enim aetate iure quicquam agere prohibentur*»)⁸. Sotto questo profilo, va rilevato come l'interprete visigotico sia stato esplicito, contrapponendo il *filius in maiori aetate* quale soggetto delle prescrizioni contenute nel *principium* e nel § 1 al *filius in minori aetate* cui si rivolgono invece quelle dei §§ 2 e 3⁹.

⁸ Per una più precisa identificazione dei soggetti considerati prima del § 2 e dopo tale paragrafo v. *infra* § 8.

⁹ V. il testo dell'*Interpretatio* riportato *supra* nt. 4, che continua nel modo seguente: *Quidquid vero filii in annis minoribus constituti fecerint, paenitus non valebit ...*

2. I termini della ‘*quaestio testamenti*’ nel ‘*principium*’ del provvedimento

Gli eventi da cui trae origine la *quaestio testamenti* discussa nella *lex* in esame sono rappresentati dalla condanna alla deportazione di un *pater familias* e da una sospensione della pena a seguito di un provvedimento di *indulgentia principis* con contestuale ripristino non soltanto della situazione patrimoniale (*bona*), ma anche della condizione sociale e personale (*dignitas*) precedente alla condanna stessa¹⁰. Sembra opportuno precisare, pertanto, il motivo per il quale una simile evenienza abbia sollevato il problema della validità del testamento confezionato dal figlio durante la deportazione del padre e, dunque, della possibile concessione della *hereditas* o, in subordine, della *bonorum possessio secundum tabulas* all’*heres scriptus* qualora il figlio stesso muoia da *alieni iuris* per essere tornato sotto la potestà paterna a seguito della grazia imperiale.

In età severiana la *deportatio*, pena che oramai aveva acquistato una propria autonomia rispetto all’*interdictio* finendo con l’assorbirne ineluttabilmente le caratteristiche, produceva senza dubbio l’effetto della perdita della cittadinanza con tutte le conseguenze di una tale diminuzione di *status*: la perdita della *patria potestas*, del *connubium*, dei diritti testamentari, del diritto di tutela, dei legami di *cognatio*, oltre alla confisca dei beni e all’*infamia*¹¹. A differenza della *captivitas*, che era

¹⁰ Sul significato della *dignitas* romana, termine che trasmette l’dea sia della condizione sociale data dal ceto o dalla carica ricoperta, sia della condizione personale legata al merito conseguito anche (e soprattutto) nell’interesse pubblico, v. in particolare J.PH. LÉVY, ‘*Dignitas*’, ‘*gravitas*’, ‘*auctoritas testium*’, in *Studi in onore di B. Biondi*, II, Milano, 1965, 29 ss.; U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Roma- Bari, 2009, 12 ss.; M. FRARE, *Ancora sulla ‘dignitas’*, in *D@S*, 9, 2010. Per un’analisi del lemma *dignitas*, non del tutto pacifico, v. L. LANDOLFI, ‘*Gradus dignitatis*’ (*Cic. rep. I 27, 43*). *Merito e metro di valutazione dell’ ‘optimus status civitatis’*, in *ὄππος*, 9, 2017, 454 ss., cui si deve un’interessante analisi della formula *gradus dignitatis* utilizzata per la prima volta da Cicerone. Sul significato che il termine *dignitas* rivestiva nel linguaggio politico repubblicano e negli sviluppi successivi v. ora S. ROMEO, ‘*Dignitas*’ ed ‘*aequabilitas*’: *poteri e valori nella ‘res publica’ romana*, in *LAH*, 11, 2019, 63 ss.

¹¹ Sul punto v. in particolare B. SANTALUCIA, *La situazione patrimoniale dei deportati ‘in insulam’*, in ‘*Iuris vincula*’. *Studi in onore di M. Talamanca*, VII, Napoli, 2001, 175 ss. Per un’analisi dei passi che testimoniano la trasformazione della *deportatio* da «*interdictio*

indissociabile dalla finzione di *postliminium*, la *deportatio* provocava pertanto un'estinzione totale e perenne dei diritti anteriori e, quindi, soltanto un provvedimento imperiale di *indulgentia* aveva la capacità di ribaltare una tale situazione di 'morte civile'¹². Il recupero del patrimonio e degli *status* civilistici si configurava pertanto come un effetto della *restitutio indulgentia principis* e non come un'applicazione del *postliminium*¹³. Di conseguenza, gli effetti di tale provvedimento si producevano soltanto a partire dalla sua concessione, senza efficacia retroattiva e senza cancellazione del periodo di incapacità seguito alla condanna con una finzione analoga a quella del *postliminium*. Proprio in quanto la reintegrazione a seguito di *indulgentia principis* dipendeva da una statuizione speciale, i suoi confini erano elastici, potendo riguardare caso per caso il solo *patrimonium* o la sola *dignitas* o, nel suo contenuto massimo, entrambi. Questo aspetto attirò inevitabilmente l'attenzione

aggravata» a pena autonoma che ne avrebbe assorbito tutte le caratteristiche, compresa la perdita della *civitas*, v. M. RAVIZZA, *Sui rapporti tra matrimonio e 'deportatio'*, in RDR, 14, 2014, 1 ss. del pdf. online. I diversi effetti della *deportatio* sono stati compiutamente analizzati da Y. RIVIÈRE, *L' 'interdictio aqua et igni' et la 'deportatio' sous le haut-empire romain (étude juridique et lexicale)*, in *Exil et relégation. Les tribulation du sage et du saint durant l'Antiquité romaine et chrétienne (I^{er}-VI^e s. ap. J.-C.)*, éd. par Ph. Bladeau, Paris, 2008, 77 ss.; v., inoltre, R. DELMAIRE, *Exil, relégation, déportation dans la législation du bas-empire*, in *Exil*, cit., 121 ss.

¹² Sul nuovo valore con cui intendere il sostantivo *indulgentia* nel linguaggio della cancelleria imperiale quale termine oramai tecnicizzato, idoneo pertanto a esprimere «un provvedimento autorizzativo del principe, ossia un atto normativo che interviene su questioni attinenti sia al campo amministrativo-fiscale, che giuridico-penale», v. L. PIETANZA, *'Indulgentia': virtù e strumento amministrativo del 'princeps'*, Bari, 2010, 44 ss., part. 57 ss. Più specificamente, sull'*indulgentia principis* in rapporto alla *deportatio*, v. Y. RIVIÈRE, *L' 'interdictio'*, cit., 105 s. Recentemente, un quadro storico del potere di grazia è stato ricostruito accuratamente da L. SOLIDORO, *Strategie deflative nell'esperienza giuridica romana: la 'decarcerizzazione'*, in *Scritti per il novantesimo compleanno di M. Marrone*, a cura di G. D'Angelo, M. De Simone e M. Varvaro, Torino, 2019, 265 ss., che si è soffermata altresì sull'*indulgentia generalis* e sull'*abolitio* pubblica, provvedimenti di carattere generale di particolare interesse ai fini dello studio delle politiche deflative.

¹³ Come sottolinea S. BARBATI, *Sui presupposti di applicazione e la natura giuridica degli effetti del 'postliminium'*, in *AARC*, 20, 2014, 598, nt. 22, 751 ss., per il quale il *postliminium* «è inconferente nel caso in esame per l'assenza di contatto con l'estero».

della giurisprudenza e della legislazione imperiale per le difficoltà che ne potevano derivare in particolare nel campo del diritto di famiglia e di quello successorio¹⁴. In tal senso, il passo in esame si presenta emblematico della svolta che Costantino, conferendo valore normativo a una *sententia* di Papiniano, segnò con specifico riguardo al destino della *patria potestas*.

Il contesto non riguardava direttamente questo profilo, bensì le sorti del testamento confezionato dal figlio durante la deportazione del padre allorquando costui avesse fatto ritorno per essere stato restituito nei *bona* e nella *dignitas* a seguito di un provvedimento di *indulgentia principis*. Dal punto di vista formale, la dinamica dei fatti si ricava dall'esame della scansione temporale fra il passato «*quod filium fecisset*» e l'ablativo assoluto costruito con un participio presente «*remeante patre*» e in questo senso è stata tradizionalmente intesa¹⁵; del resto, è soltanto in tale momento che

¹⁴ Le fonti presentano una ricchissima documentazione in merito alla restituzione del patrimonio (rispetto alla quale furono discusse le varianti della restituzione dell'intero patrimonio o di parte del patrimonio e quella in cui venisse trattenuto integralmente), alla restituzione nel campo del diritto di famiglia e di quello successorio, ai *iura patronatus*, al recupero della sola *dignitas* (come nel rescritto di Gordiano riportato *infra* nt. 25). Per un esame dettagliato delle diverse ipotesi v. E. CARRELLI, *La restitutio*, cit., 73 s. Nel caso di *indulgentia specialis* i confini degli effetti dovevano essere più ampi rispetto al caso di *indulgentia generalis* essendo possibile individuare con particolare precisione quale fosse la situazione giuridica patrimoniale e personale che si intendeva restituire al beneficiario.

¹⁵ Si tratta di una lettura tradizionale, per la quale v. già il testo dei Basilici relativo al corrispondente tratto riprodotto dai commissari giustinianeî senza alcuna variante in C. 9.51.13 pr.-1: Bas. 60.68.17 Scheltema VIII, 3129, 3-5: Εἰ γὰρ ἔτι τοῦ πατρὸς ἐν τῇ περιορίσει τυγχάνοντος διάθῃται ὁ παῖς καὶ ἐπιζήσαντος αὐτοῦ τῇ διαθήκῃ ἐπανέλθῃ ὁ πατήρ, ἄχρηστος ἡ διαθήκη γίνεται, ἅτε δὴ τοῦ παιδὸς ἐν ὑπεξουσίῳ τῆτι τελευτήσαντος [Hb. V, pp. 915-916: *Nam si adhuc patre degente in exilio, filius testamento fecerit, ut supervivente eo post testamento redierit pater*]. Inoltre, J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis*, Lipsiae, 1739, *ad. h. l.* In questo senso il testo è stato tradotto da C. PHARR, *The Theodosian Code and Novels, and the Sirmondian Constitutions*, Princeton, 1952, 264. Per quel che riguarda la storiografia che più specificamente si è occupata del testo, v. E. COSTA, *Papiniano. Studio di storia interna del diritto romano*, 2. *Lo 'status personae'*, Bologna, 1981, 10; M.A. DE DOMINICIS, *Studio delle fonti papiniane d'età postclassica*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, IV, Milano, 1956, 323; M. SARGENTI, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino*, Milano, 1938, 101 s.; C. DUPONT, *Les Constitutions de Constantin et le droit privé*

il problema prospettato aveva tutta la sua ragion d'essere¹⁶. Peraltro, anche nel § 1, strettamente collegato al *principium* dalla clausola di riserva «*Ita tamen ut...*», si legge una struttura simile per il fatto che si riferisce ai *gesta* compiuti dal figlio durante la deportazione del padre («...*gesta per filium ... firmaverat...*») e alla loro eventuale sopravvivenza all'atto in cui tornava sotto la *potestas* del padre («...*eodem in potestatem patriam redeunte...*»).

Naturalmente, il testamento di cui si discute era stato redatto da un figlio divenuto sì *sui iuris* a seguito della condanna paterna, ma che fosse anche stato pubere all'atto della sua redazione, altrimenti non sarebbe sorta alcuna *quaestio* considerando che gli impuberi non potevano testare neanche con l'*auctoritas* del tutore¹⁷. Il regime giuridico del testamento, però, era particolare sotto il profilo della *testamenti factio* attiva: infatti, il *ius civile* richiedeva la permanenza ininterrotta dello *status* di *sui iuris* dalla sua redazione fino alla morte del testatore, mentre per il diritto pretorio l'erede istituito poteva ottenere la *bonorum possessio secundum tabulas* se il testatore fosse stato capace giuridicamente nei due momenti, iniziale e finale, senza alcuna considerazione quindi per eventuali cambiamenti di *status* intermedi¹⁸. Pertanto, ai fini della nostra *quaestio testamenti* il punto da sciogliere era rappresentato dallo *status* del figlio dopo il ritorno del padre graziato. Si comprende così il motivo per cui la cancelleria costantiniana si sia pronunciata innanzitutto sulle sorti della *patria potestas*

au déduit du IV^e Siècle. Les personnes, Lille, 1937, 147; B. SANTALUCIA, *Note*, cit., 136; P. VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero*, I. *Le costituzioni del IV secolo*, in *Iura*, 29, 1978, 17 ss., ora in *Id.*, *Studi di diritto romano*, II, Padova, 1985, 114 (da cui si cita). Pertanto, non sembra possa seguirsi S. BARBATI, *Sui presupposti*, cit., 752, secondo il quale si starebbe discutendo «del testamento confezionato dal figlio si direbbe dopo il ritorno del padre – se si valorizza l'impiego dell'ablativo assoluto *remeante patre* in CTh. 9.43.1 = C. 9,51,13» che sarebbe da ritenersi invalido, distinguendo poi la relativa *Interpretatio* nella quale si fa riferimento al «testamento perfezionato dal figlio e prima della grazia imperiale» che sarebbe valido (sulla questione della validità o meno del testamento v. diffusamente *infra* § 4).

¹⁶ Come precisato da M.A. DE DOMINICIS, *Studio*, cit., 323.

¹⁷ Riferimenti testuali in P. VOCI, *Diritto ereditario romano*², I, Milano, 1967², 392.

¹⁸ P. VOCI, *Diritto*, cit., 412.

a seguito di *restitutio indulgentia principis*, trattandosi appunto di una decisione di carattere pregiudiziale.

3. Il valore normativo della 'sententia' papiniana e il rifiuto delle 'notae' di Paolo e Ulpiano a Papiniano

La soluzione alla *quaestio testamenti* proviene dalla letteratura giurisprudenziale che, in modo alquanto insolito per lo stile della cancelleria imperiale, è riferita con richiami in forma nominativa a singole figure di giuristi¹⁹. Con tono particolarmente reciso, l'imperatore ritenne valida («*placet valere*») la *sententia* di Papiniano nella quale si ammetteva il riacquisto automatico della *patria potestas* sul figlio per il caso in cui il provvedimento di indulgenza avesse comportato una *restitutio* piena, ossia – come già precisato – nei *bona* e nella *dignitas*. Al contempo, privò di valore il contenuto delle annotazioni critiche apposte agli scritti di Papiniano dai due giuristi suoi allievi, Paolo e Ulpiano, verosimilmente soltanto quelle rispetto allo specifico caso oggetto della *quaestio* nonostante il tenore generale dell'espressione '*remotis Ulpiani*

¹⁹ Per quanto è dato di sapere, citazioni nominative di giuristi e delle loro opere nel Codice Teodosiano si trovano soltanto, oltre che nel testo in esame, nelle *leges* riportate in CTh. 1.4.1 (a. 321) sulla quale v. *infra* § 7; 1.4.2 (a. 327); 1.4.3 (a. 426); 4.4.3.3 (a. 396) Su questo aspetto sempre fondamentale M. MASSEI, *Le citazioni della giurisprudenza classica nella legislazione imperiale*, in *Scritti di diritto romano in onore di C. Ferrini*, a cura di G.G. Archi, Milano, 1946, 435 s., il quale ha individuato due gruppi di *leges*, l'uno nel quale si stabilisce l'importanza da attribuire alle opinioni e alle opere dei vari giuristi (che ricomprende le cinque appena indicate), l'altro in cui sono soltanto riportate opinioni di singoli giuristi. Il fenomeno per cui la cancelleria imperiale ha ripreso indirizzi già emersi e soluzioni già formulate nell'ambito del *ius controversum*, traducendole in nuove discipline e menzionando nomi e opere di giuristi, è stato ben rilevato da A. LOVATO, *Teodosio e i 'prudentes'*, in *Sudi per G. Nicosia*, I, Milano, 2007, 531 ss. Per quel che riguarda, invece, i richiami in forma nominativa dei giuristi nella legislazione giustiniana v. ora i circostanziati lavori di S. DI MARIA, *Brevi note sull'infungibilità dei giuristi classici nell'epoca giustiniana: l'esempio delle 'decisiones'*, in RDR, 10, 2010, 1 ss. del pdf online.; EAD., *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: 'reverentia antiquitatis' e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del Codice*, Bologna, 2010, 14 ss.; EAD., *Riflessioni sul richiamo nominativo dei 'veteres' nelle 'Novellae' giustiniane*, in AG, 152, 2020, 903 ss.

atque Pauli notis Papinianus? (la quale – come si preciserà – solleva non pochi dubbi interpretativi²⁰). Non si dispone di alcun'altra traccia diretta della *sententia* papiniana riferita nella nostra *lex*, così come non vi sono altri testi sul dissenso giurisprudenziale di cui è testimonianza. Nondimeno, non sembra esservi motivo per dubitare dell'affidabilità di quanto riportato dalla cancelleria costantiniana per due considerazioni (che saranno entrambe approfondite nel corso del lavoro), legate l'una alla prassi della *recitatio* dei testi prodotti in giudizio, l'altra al rilievo che gli effetti di una *restitutio indulgentia principis* rappresentarono comunque un tema del quale si occuparono sia Papiniano, sia Paolo, sia Ulpiano in testi raccolti dai compilatori di Giustiniano nel titolo D. 48.23 *De sententiam passis et restitutis*, che ricalca quelli del Codice teodosiano e della *Repetita Praelectio*²¹. Al più, può dubitarsi che la nostra *lex* rifletta il pensiero originario dei giuristi citati, ma si tratta di una questione diversa che avremo modo di affrontare in modo consapevole solo dopo una più approfondita analisi del testo. Per quel che riguarda in particolare la *sententia* di Papiniano, si ritiene opportuno precisare sin d'ora come un riconoscimento autorevole dell'attribuzione del suo contenuto così come riportato dalla cancelleria di Costantino al giurista proviene dall'utilizzo del *principium* del nostro testo da parte di Otto Lenel nella sua *Palingenesia* quale tassello per ricostruire – nei modi che saranno precisati – un segmento delle *Quaestiones* papiniane.

Il tono perentorio della nostra *lex* lascia trapelare la consapevolezza che si stesse affermando un principio nuovo. In effetti, da un esame della legislazione precedente emerge un diverso orientamento. Sono due, in particolare, i testi da prendere in considerazione. Anzitutto, un rescritto di Gordiano, emesso per il caso di un figlio che aveva ricevuto un provvedimento di *indulgentia* da Alessandro Severo²², nel quale si legge che gli effetti della *restitutio* della *dignitas* non sarebbero stati sufficienti al

²⁰ Al riguardo v. *infra* § 7.

²¹ V. nt. 2.

²² C. 9.51.6: IMP. GORDIANUS A. FABIANO. *In insulam filio deportato hacque ratione vinculo paternae potestatis exempto, si postea ex indulgentia divi Alexandri, ut proponis, reditus in patrium solum praecedensque dignitas restituta sit, potestas patria repetita non videtur.*

risorgere della *patria potestas* su di lui, occorrendo a tal fine un'apposita richiesta all'imperatore, come dimostra l'espressione «*potestas tamen repetita non videtur*» con la quale, peraltro, sembra che la cancelleria stesse ribadendo un principio indiscusso in materia²³. Sebbene il brano si richiami a un'ipotesi di *restitutio* della sola *dignitas*, l'orientamento manifestato valeva anche qualora gli effetti fossero stati più ampi. Infatti, da un rescritto di Diocleziano, occasionato dalla questione circa la possibilità per i figli del graziato dalla deportazione di far acquistare al padre l'eredità nel frattempo devoluta, risulta evidente che il riacquisto della patria potestà si poteva ottenere soltanto se appositamente richiesto come concessione speciale («... *ut liberos in potestatem reciperet, specialiter impetavit...*»). Nella legislazione della seconda metà del III secolo d.C., quindi, il recupero della *patria potestas* sui figli non era inerente *ipso iure* alla riabilitazione del condannato alla deportazione²⁴. La *ratio* di tale impostazione si fondava verosimilmente sulla considerazione che il condannato alla *deportatio* non doveva essere una persona integerrima e dalle indubbie doti morali, per cui poteva risultare poco prudente riconoscergli automaticamente a seguito del provvedimento di *indulgentia principis* un potere quale la *patria potestas*²⁵, così come poteva essere poco opportuno far perdere la qualità di *sui iuris* a quei discendenti che l'avevano acquistata e avevano iniziato a esercitarla.

Rispetto a tali direttive, Papiniano doveva sostenere l'indirizzo opposto se la cancelleria costantiniana riferisce il contenuto di una sua *sententia* con l'icastica espressione «*ut in patris sit filius potestate, cui dignitas, ac bona restitua sunt*», che plausibilmente riproduce il tenore autentico del testo che doveva avere sotto gli occhi, lì dove il rifiuto delle note di Paolo e Ulpiano sembra prospettare un allineamento di tali giuristi alla legislazione del loro tempo appena esposta. Tali riferimenti evocano,

²³ Si segue qui M.A. DE DOMINICIS, *Studio*, cit., 329.

²⁴ C. 9.51.9 IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA. RESTITUTAE ET ALIIS: *Si pater vester in insulam deportatus generali indulgentia restitutus est nec, ut liberos in potestatem reciperet, specialiter impetavit, in dubium non venit hereditatis commodum per vos ei adquiri, quos sententia contra eum prolata patres familias effecit, nequamquam potuisse.*

²⁵ Incisivo al riguardo S. SOLAZZI, *Per la storia della giurisprudenza romana*, in *AG*, 133, 1946, 3 ss., ora in *ID.*, *Scritti di diritto romano*, IV, Napoli, 1963, 523, nt. 4 (da cui si cita).

infatti, la prassi della *recitatio* a opera delle parti o dei loro avvocati nei tribunali dell'impero dei passi tratti dalle opere dei giuristi classici (e dalle *leges*) relativi a un concreto *iudicium*; prassi che proprio in età costantiniana si era affermata quale momento ineliminabile della controversia innanzi al giudice pur con tutti i problemi legati ai contrasti tra le opinioni dei giuristi (oppure tra le stesse disposizioni degli imperatori), all'autenticità dei testi letti in giudizio e alle distorsioni interpretative²⁶.

Non si trattava, com'è noto, di citare semplicemente nomi e opinioni di giuristi, bensì di produrre e leggere in giudizio materiali autoritativi al fine di provocare un giudizio appropriato fornendo al giudice un modello di sentenza²⁷. Pertanto, è realistico supporre che, trasmessa la *quaestio* all'attenzione dell'imperatore, la sua cancelleria leggesse concretamente i diversi testi giurisprudenziali nella versione portata in giudizio, essendo stata investita proprio dello specifico compito di pronunciarsi al riguardo, ossia di stabilire l'importanza da attribuire all'una o all'altra opinione. Sotto questo profilo, il tenore del provvedimento lascia trapelare l'accresciuta insofferenza verso l'eccessiva problematicità del diritto giurisprudenziale e, proprio per tale motivo, la storiografia lo identifica come la causa più immediata della *lex* con la quale Costantino pochi giorni dopo censurò in modo generalizzato l'uso delle *notae* pauline e ulpianee a Papiniano (C.Th. 1.4.1). I termini di un tale collegamento presentano, tuttavia, alcuni aspetti critici sui quali sarà opportuno soffermarsi in modo più consapevole una

²⁶ Sulla *Rezitationspraxis* e le problematiche a essa connesse v. le puntuali e documentate analisi di V. MAROTTA, *La 'recitatio' degli scritti giurisprudenziali fra III e IV secolo d. C.*, in *Φιλία. Scritti per G. Franciosi*, III, Napoli, 2007, 1643 ss.; ID., *Eclissi del pensiero giuridico e letteratura giurisprudenziale nella seconda metà del III secolo d. C.*, in *Annaeus*, 4, 2007, 70 ss.; ID., *La 'recitatio' degli scritti giurisprudenziali: premesse repubblicane e altoimperiali di una prassi tardoantica*, 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 ed E. Stolfi, Roma, 2012, 356 ss.; I. RUGGIERO, *Ricerche sulle 'Pauli Sententiae'*, Milano, 2017, 159, 164 ss.

²⁷ G. VIARENGO, *Sulle tracce della 'recitatio'*, in *La politica economica tra mercati e regole*, a cura di G. Barberis, I. Lavanda, G. Rampa e B. Soro, Soveria Mannelli, 2005, 489 ss., ha efficacemente scritto che la *recitatio* forense rappresenta un «mero atto di parte per la ricerca del diritto al fine di provocare un giudizio appropriato».

volta esaminato l'intero tratto della *lex* qui isolato²⁸. Torniamo intanto al contenuto dell'opinione di Papiniano, designata significativamente *sententia* dalla cancelleria costantiniana, secondo una tecnica di riproposizione del pensiero altrui molto utilizzata dai giuristi severiani per lo più quando intendevano sintetizzare una soluzione casistica dalla portata fortemente regolativa e formulata in modo icastico, connettendosi così generalmente all'indicazione della sua fortuna nel tempo o a un giudizio di valore per un'opinione 'qualificata' che spesso introduceva una novità a carattere precettivo²⁹. Un utilizzo del termine insolito in tale accezione per la cancelleria costantiniana, che svela quindi quel sostrato giurisprudenziale della redazione del testo percepibile – come si avrà modo di verificare – anche da altri segnali³⁰.

Rispetto all'orientamento accolto (ancora) nella legislazione di Gordiano e di Diocleziano, la diversa opinione di Papiniano si presenta come l'espressione del *respondere* (che sembra quasi un *rescribere*) di un alto funzionario imperiale che fu anche *magister a libellis*³¹, il quale suggeriva autorevolmente soluzioni di *ius novum*³². La cancelleria di Costantino, nel

²⁸ Sul rapporto fra i due testi v. ampiamente *infra* § 7.

²⁹ Sull'impiego del termine *sententia* per riferire l'apporto di Giuliano da parte del referente v. E. STOLFI, *Per uno studio del lessico e delle tecniche di citazione dei giuristi severiani: le 'sententiae prudentium' nella scrittura di Papiniano, Paolo e Ulpiano*, in RDR, 1, 2001, 3 ss.

³⁰ Da una mera ricognizione delle occorrenze costantiniane in cui figura il termine *sententia* risulta che la nostra *lex* sia la sola in cui la cancelleria costantiniana lo abbia adoperato con il valore accennato nel testo e non quale pronuncia di un giudice (significato proprio del termine nel § 3 di questo stesso provvedimento, ad esempio); un dato, quest'ultimo, sintomatico dell'*humus* giurisprudenziale che – come si avrà modo di verificare nel corso del lavoro – sottende la redazione del testo della *lex* in esame.

³¹ Papiniano fu *magister a libellis* (probabilmente dal mese di settembre del 194 al mese di Febbraio del 202 d.C.) e *praefectus praetorio* (dal 205 fino alla morte di Settimio Severo): v. U. BABUSIAUX, *Papinians 'Quaestiones'. Zur rhetorischen Methode eines spätklassischen Juristen*, München, 2011, 2 ss.

³² R. SANTORO, *Prospettive di nuove ricerche sui testi della legislazione e della giurisprudenza attraverso impieghi della tecnica informatica*, in AUPA, 41, 1991, 278, ora in ID., *Scritti minori*, II, a cura di M. Varvaro, Torino 2009, 406.

conferire forza normativa alla *sententia* papiniana³³ quale base per la risoluzione della specifica *quaestio* testamenti sottoposta alla sua attenzione³⁴, si pose in netta antitesi rispetto alla legislazione imperiale precedente, che venne così abrogata³⁵. Sotto questo profilo, il testo è un

³³ Sull'idea costantiniana che la legittimazione della giurisprudenza derivasse in ultima analisi dall'imperatore e sui precedenti di tale atteggiamento v. D. MANTOVANI, *Introduzione alla storia di Roma*, Milano, 1999, 520 s.

³⁴ Il provvedimento in esame è stato occasionato senza dubbio da una specifica *quaestio*, ma si può presumere più in generale che Costantino sia stato particolarmente attento ai problemi legati agli effetti delle *restitutio indulgentia principis* per il condannato alla deportazione anche per la frequenza dei suoi provvedimenti di clemenza, soprattutto quelli di natura generale, in occasione della Santa Pasqua (con buona probabilità, allo stesso Costantino si deve anche il principio per il quale '*deportatio non solvit matrimonium*': al riguardo v. ora M. RAVIZZA, *Sui rapporti*, cit., 8 del pdf online). Infatti, se la pena della *deportatio* era diventata nelle mani di questo imperatore uno strumento per porre fine a ingiustizie, corrotte e immoralità, per converso essa si rivelava particolarmente utile per mostrare la sua generosità e la sua clemenza qualora decidesse di concedere la sua *indulgentia*: C. PALACIOS, *La deportación como factor de propaganda en el reinado de Costantino: 'Codex Theodosianus' y fuentes literarias*, in *RIDA*, 60, 2016, 39 ss. Sulla funzione dell'*indulgentia principis* quale atto che mirava all'emenda del reo in piena adesione ai valori del cristianesimo, ma nello stesso tempo quale strumento attraverso il quale l'imperatore amministrava la giustizia e, più in generale, esercitava la sua autorità, v. D.A. CENTOLA, *Alcune osservazioni sui provvedimenti imperiali di clemenza in occasione della Pasqua*, in *KOINΩNIA*, 39, 2015, 411 ss., e F. FASOLINO, '*Indulgentia principis? ed emenda: aspetti della politica criminale nell'impero romano tra IV e VI sec. d.C.*', in *Vergentis*, 4, 2017, 180 ss.; ID., *Pena, amnistia, emenda: una prospettiva storico-giuridica*, Napoli, 2016, 150 ss.

³⁵ È persa strana l'assenza nella *lex* di un riferimento alla legislazione precedente, nella quale si menzionano invece le opinioni giurisprudenziali in materia; pertanto, si è ipotizzato che forse la cancelleria costantiniana non ne avesse conoscenza: così S. SOLAZZI, *Per la storia*, cit., 524, per il quale sarebbe stato più giusto scrivere *remotis <Gordiani> atque <Diocletiani> constitutionibus*; un'annotazione di questo genere, a suo avviso, avrebbe evitato a Triboniano di accogliere simultaneamente le tre *leges*. La contestuale presenza nel titolo 9.53 del *Codex* di Giustiniano dei provvedimenti di Gordiano, Diocleziano e Costantino crea, infatti, un'evidente antinomia, peraltro accentuata dal contenuto di un passo delle Istituzioni giustiniane nel quale si legge che *«si ex indulgentia principali restituti fuerint, per omnia pristinum statum recipiunt»* (I.1.12.1). Si potrebbe superare tale contraddizione interpretando il prescritto di Diocleziano in modo restrittivo, riferendolo cioè soltanto al caso trattato, come voluto da Gotofredo, il quale, nel suo commento alla *lex* costantiniana in esame, scriveva con riguardo a quella diocleziana che *«hoc dicitur ad eum effectum singularem, ut hereditatis acquiratur,*

esempio eloquente di come nel sistema processuale dell'età tardoantica il diritto giurisprudenziale conquistò «una nuova funzione processuale e, di conseguenza, una nuova autorevolezza»³⁶. Il motivo del diverso orientamento di Costantino rispetto al risorgere *ipso iure* della *patria potestas* a seguito di una piena *restitutio indulgentia principis* va ricercato plausibilmente nel particolare valore attribuito alla *dignitas* cui seguiva, infatti, il recupero dello *status* di cittadino romano il quale non poteva non attrarre a sé il ruolo di *pater familias*³⁷. La scelta è in ogni caso espressione della sua più generale concezione della *patria potestas* considerata in modo esplicito, come precisato nel § 2, un potere spettante al padre per diritto di natura («*Quem si comperta integritas ut natura ita officio liberis restituerit ...*»), per cui non era scalfibile dalla condanna alla deportazione («*Sententia deportationis nullo patre praeiudicio deminuat*»)³⁸.

4. La precisazione contenuta nel § 1 della 'lex'

Si è rilevato come il testo non lasci intendere in modo inequivocabile se la disparità di opinioni cui vi si allude abbia riguardato specificamente la validità del testamento nell'ipotesi considerata oppure il ripristino 'tout court' della *patria potestas*³⁹. In realtà, non sembra che si tratti di due profili

requiri ut specialiter is impetraverit ut liberos in potestate reciperet». Tuttavia, anche a voler accogliere tale ipotesi resta comunque il fatto che la necessità di uno specifico provvedimento per essere reintegrati nella *patria potestas* fu imposta dalla cancelleria di Diocleziano in modo generale, astruendo dal caso particolare, secondo una modalità che del resto era tipica dei rescritti: M. SARGENTI, *Il diritto privato*, cit., 101, nt. 1.

³⁶ V. MAROTTA, *Ulpiano e l'Impero*, II. *Studi sui 'libri de officio proconsulis' e la loro fortuna tardoantica*, Napoli, 2004, 100.

³⁷ Aspetto richiamato da J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, cit., *ad. h. l.*

³⁸ V. *infra* § 8.

³⁹ Così M. SARGENTI, *Il diritto privato*, cit., 102, nt. 1, il quale, proprio per il dubbio che il testo lascia su questo punto, lo ha considerato un tipico esempio della imprecisione di formulazione delle norme costantiniane. Che la disparità di opinioni tra giuristi avesse avuto riguardo al ripristino della *patria potestas* a seguito di *indulgentia principis* con contestuale restituzione nei *bona* e nella *dignitas* è stato sostenuto senza esitazione da S. SOLAZZI, *Per la storia*, cit., 523, nt. 1; in questo senso anche M.A. DE DOMINICIS, *Studio*, cit., 324, nt. 1.

necessariamente alternativi. Infatti, una scelta sulle sorti dei poteri del *pater* deportato una volta che fosse stato reintegrato nei *bona* e nella *dignitas* a seguito di un provvedimento di *indulgentia principis* potrebbe essere stata espressa verosimilmente in un contesto relativo – appunto – alla questione della validità del testamento, dato che ne rappresenta un presupposto necessario. Sta di fatto che nello schema espositivo del nostro *principium* manca una pronuncia esplicita sulla concessione o meno della *hereditas* all'erede istituito dal figlio o eventualmente della *bonorum possessio* (differenza che pur contava ancora qualche cosa sotto il profilo dei modi di acquisto⁴⁰), ma la cancelleria costantiniana ricollega la soluzione della *quaestio testamenti* alla decisione – di paternità papiniana – per la quale la *patria potestas* risorgeva *ipso iure* qualora il deportato venisse graziato e reintegrato nei *bona* e nella *dignitas*, quasi come se questo fosse l'aspetto della tradizione giurisprudenziale da valorizzare in modo prioritario.

Non vi è dubbio che, proiettata alla più specifica questione di origine, una tale scelta rappresentava un'implicita risposta. Infatti, il figlio, che durante la condanna del padre era *sui iuris*, proprio in ragione di ciò aveva la *testamenti factio* attiva al momento della confezione del testamento, ma l'avrebbe persa al riacquisto della *patria potestas* da parte del padre. Di conseguenza, se si considera che – come già precisato – tale capacità per il *ius civile* doveva sussistere ininterrottamente dal tempo della perfezione del testamento alla morte del testatore e per il *ius honorarium* almeno nei due momenti estremi, deve escludersi che nel *principium* possa leggersi una soluzione a favore della validità del testamento, sia nel senso dell'acquisto della *hereditas*, sia nel senso della concessione della *bonorum possessio secundum tabulas*⁴¹. Tuttavia, la disposizione non si limitava a riconoscere il recupero *ipso iure* della *patria potestas* da parte del padre graziato e reintegrato nei *bona* e della *dignitas*. Il tratto trasmesso nel § 1 inizia, infatti, con una classica clausola di riserva, *'ita tamen ut'*, che lo

⁴⁰ P. VOICI, *Il diritto*, cit., 115.

⁴¹ Una tale concessione sarebbe possibile solo immaginando che il padre premuoria al figlio, evenienza cui però il testo non accenna come si preciserà nel testo in questo stesso paragrafo.

collega intimamente a quanto appena stabilito, con la funzione di circoscriverne la portata. Vi si afferma che i *gesta* compiuti durante la deportazione dal figlio che avesse raggiunto i venticinque anni d'età («*coniis consilia legitima aetas firmaverat*») ⁴² sarebbero rimasti validi ed efficaci, senza possibilità di rescinderli con la *in integrum restitutio*, poiché sarebbe stato particolarmente assurdo che un soggetto nello stesso tempo non fosse né nella *potestas* del padre, né nella propria ⁴³. Pertanto, la risposta alla *quaestio testamenti* potrebbe non essere stata contenuta necessariamente in modo implicito nell'accoglimento della *sententia* papiniana circa il risorgere della *patria potestas* che avrebbe reso il testamento invalido per la mancanza di *testamenti factio* attiva, ma rientrare in questa precisazione nella quale si salvavano i *gesta* compiuti *medio tempore* dal figlio ultraventicinquenne.

In realtà, entrambe le ipotesi furono già sostenute nelle prime interpretazioni della *lex*. Infatti, i Visigoti hanno attribuito a Papiniano l'opinione secondo la quale non era consentito al padre graziato di agire «*contra aut testamentum aut transactionem filii*» ⁴⁴. Diversamente, per i compilatori dei Basilici il testamento non rientrava fra i *gesta* da ritenersi validi («... *excepto testamento ... praeter testamentum*») a causa della mancanza di *testamenti factio* attiva nel *filiius* al momento della sua morte ⁴⁵. Entrambe

⁴² In relazione al termine di età previsto dalla *lex Laetoria*, numerose fonti, specialmente rescritti imperiali, usano l'espressione *legitima aetas*: B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 515 s. Non vi è dubbio che questo sia stato il significato di tale espressione nei provvedimenti costantiniani; al riguardo, particolarmente significativa la *lex* collocata in C.Th. 8.12.2, in cui si legge «... *annos Laetoriae legis egressus legitimam compleverit aetatem ...*». Sul punto v. anche C. DUPONT, *Les constitutions*, cit., 146; G. CERVENCA, *Studi sulla 'cura minorum'*, 1. '*Cura minorum*' e '*restitutio in integrum*', in *BIDR*, 75, 1972, 271. Il richiamo ai venticinque anni di età è esplicito nel testo dei Basilici: v. nt. 45.

⁴³ Sul valore di tale *reductio ad absurdum* v. *infra* § 5.

⁴⁴ V. nt. 2.

⁴⁵ Bas. 60.68.17 Scheltema VIII, 3129, 1-20: Εἰ δὲ τι ἐν τῷ μεταξύ ἔπραξεν οὗτος τέλειος ὢν πρὸ τοῦ τὸν πατέρα ἐπανελθεῖν, τοῦτο τὸ καλῶς γενόμενον μὴ ἀκυροῦσθω μετὰ τὴν τοῦ πατρὸς ἐπάνοδον, ἀλλὰ μενέτω τὴν αὐτὴν ἔχον ἰσχύν, ἣν ἐκέκτητο πρὸ τῆς ὑποστροφῆς τοῦ πατρὸς, ὑπεξηρημένης τῆς διαθήκης. Εἰ γὰρ ἔτι τοῦ πατρὸς ἐν τῇ περιορίσει τυγχάνοντος διάθῃται ὁ παῖς καὶ ἐπιζήσαντος αὐτοῦ τῇ διαθήκῃ ἐπανεέλθῃ ὁ πατήρ, ἄχρηστος ἢ διαθήκη γίνεται, ἅτε δὴ τοῦ παιδὸς ἐν ὑπεξουσιότητι τελευτήσαντος' τοῦ γὰρ ἐν ὑπεξουσιότητι

le letture sono state fatte proprie dai glossatori per consolidarsi, in seguito, l’una con l’affermazione di Cuiacio secondo la quale il ritorno del *filius familias* sotto la *patria potestas* non avrebbe comportato una *capitis deminutio*⁴⁶, l’altra con il più articolato pensiero di Gotofredo, il quale ha sostenuto che tale effetto si verificava senza alcun dubbio, che il termine ‘*gesta*’ alludeva soltanto agli atti *inter vivos* e, inoltre, che sia stata la considerazione della tutela dei terzi a suggerire la specifica disciplina prevista per tale categoria di atti⁴⁷. Nella scia di Gotofredo si colloca prevalentemente l’opinione di quei pochi studiosi che si sono soffermati più di recente su tale aspetto della *lex*, facendo leva o sulla valenza tecnica del termine ‘*gesta*’ nella legislazione costantiniana nel senso di indicare soltanto gli atti *inter vivos* o sulla produzione di effetti al momento del loro compimento quale discrimine rispetto al negozio testamentario⁴⁸. Si

τελευτήσαντος οὐ δύναται ἰσχύσαι διαθήκη διὰ τὸ μὴ ἔχειν ἐν καιρῷ τελευτῆς τοῦ διαθέσθαι ἐξουσίαν. Ἐκτὸς οὖν τῆς διαθήκης πάντα τὰ ἄλλα τὰ παρ’ αὐτοῦ γενόμενα ἐν τῇ ἐξορίᾳ τοῦ πατρὸς κρατεῖται καὶ μενέτω βέβαια, μόνον εἰ ὡς εἴρηται τέλειος ὢν ὁ παῖς καὶ ὑπερβῆς τὸν κε’, ἐνιαυτὸν ταῦτα ἐπραξεν. [Hb. V, pp. 915-916: *Sed si antequam rediret pater, filius interim perfectae aetatis aliquid gesserit, id recte gestum post patris reditum irritum non fiat, sed eandem vim retineat, quam habuit ante reditum patris, excepto testamento. Nam si adhuc patre degente in exilio, filium testamentum fecerit, et supervivente eo post testamentum redierit pater, irritum testamentum fit, quasi mortuo in potestate: eius enim, qui in potestate patris moritur, valere testamentum non potest, eum tempore mortis non habeat testamenti factionem. itaque praeter testamentum quaecunque gessit, quamdiu fuit in exilio pater, valeant ac firma maneant, modo si, ut dictum est, perfectae aetatis filius fuerit, et annum vicesimum quintum egressus haec gesserit*].

⁴⁶ Nel respingere l’opinione secondo la quale il testamento era da ritenersi *irritum*, Cuiacio (*Paratitla in lib. VII. VIII. & IX. Codicis Iustiniani Repetita Praelectionis. Opus IACOBI CUIACII. Caroli Annibalis Fabroti Ad ea Enarrationes. Novissima Editio*, III, Neapoli, 1706, 419 s.) ha scritto, riferendosi specificamente a quanto sostenuto da Azone: «... quia putabat filium capite minui, quod verus non est».

⁴⁷ J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, cit., ad. h. l.

⁴⁸ M. SARGENTI, *Il diritto privato*, cit., 101 ss., ha ritenuto particolarmente convincenti gli argomenti addotti a sostegno dell’esclusione del testamento dal novero dei *gesta*, rilevando peraltro come la cancelleria di Costantino abbia usato il termine *gestum* esclusivamente per alludere agli atti *inter vivos* (CTh. 1.16.15; 2.4.2; 4.8.5.3; 7.20.3; 8.12.59.19.1; 10.11.1; 11.30.5; 15.14.2). Per C. DUPONT, *Les Constitutions*, cit., 146 s., il motivo dell’esclusione del testamento dalla prescrizione contenuta nel § 1 sarebbe da ravvisare nella mancanza di effetti contestuali alla sua stessa confezione. Sarebbe di questa idea M.A. DE DOMINICIS, *Studio*, cit., 324, nt. 2. Diversa la posizione di P.

tratta di argomenti solidi, che si ritiene possano essere ulteriormente avvalorati.

Anzitutto, nel passaggio dalla condizione di *sui iuris* di cui il *filius* godeva durante la condanna del padre a quella di *filius familias* una volta intervenuta la grazia si ravvisa senz’altro una *capitis deminutio (minima)*⁴⁹, alla stregua di ciò che avveniva con riguardo all’*adrogatus* di cui pure Papiniano discuteva delle sorti del testamento confezionato da *sui iuris* (anche in relazione a un successivo cambiamento di *status*) in un brano del tredicesimo libro delle *Quaestiones* al quale (non a caso) nella ricostruzione palinogenetica di tale opera viene fatto seguire proprio il *principium* di CTh. 9.43.1⁵⁰.

Inoltre, il rilievo circa la valenza del termine ‘*gesta*’ a ricomprendere i soli atti *inter vivos* presenta particolare valore probante anche oltre il rilevato utilizzo in tal senso nelle *leges* costantiniane. Infatti, basti considerare al riguardo il testo ulpiano in cui si esclude che i verbi *contrahere* e *gerere* siano pertinenti al *ius testandi*, segnando così una netta separazione fra *contractum* e *gestum* da un lato e *testamentum* dall’altro⁵¹. Del resto, anche l’uso nel § 1 del verbo *rescindere*, solitamente impiegato per significare il risultato della *restitutio in integrum*⁵², non si concilia con l’ipotesi che la prescrizione contenutavi ricomprendesse il testamento se

GARBARINO, *Sulle tracce*, cit., 389, per il quale «la costituzione implicitamente dichiara valido il testamento» (opinione che, come precisato nel testo, era stata sostenuta in particolare da Cuiacío); l’a., tuttavia, non accenna alle due differenti interpretazioni e, dunque, non motiva la sua scelta.

⁴⁹ L’antica opinione di Gotofredo in tal senso è stata ripresa da M. SARGENTI, *Il diritto privato*, cit., 105.

⁵⁰ Seguendo l’opinione di Cuiacío, il nostro testo non sarebbe assimilabile a quello papiniano prospettato nel passo riportato in Pap. 13 *quaest.* D. 37.11.11.2 e, di conseguenza, si sbiadirebbe il collegamento fra i due passi sostenuto già da Gotofredo e suggellato poi nella palinogenesi leneliana, come si specificherà *infra* § 6.

⁵¹ Ulp. 12 *ad ed.* D. 50.16.20: *Verba ‘contraxerunt’ ‘gesserunt’ non pertinent ad testandi ius*. Da tale testo si ricava come sia stato *agere* il verbo che poteva riguardare la materia testamentaria: al riguardo, può vedersi ora G. FINAZZI, *Note in margine a Ulp. 11 ad ed. D. 50.16.19: Labeo ... definit*, in *Homenaje al Profesor A. Torrent*, Madrid, 2016, 312.

⁵² L. RAGGI, *La ‘restitutio in integrum’ nella ‘cognitio extra ordinem’: contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica*, Milano, 1965, 289.

si considera che una siffatta *restitutio* contro il testamento non esisteva⁵³ e che il suddetto verbo in quanto riferito al testamento si trova adoperato soltanto nel caso della sua inofficiosità⁵⁴. Anche a voler pensare che il termine '*gesta*' sia stato usato in questa (sola) *lex* in modo atecnico, il punto nevralgico dell'opinione a favore della validità del testamento nel caso discusso nella nostra *lex* resta la mancanza del requisito essenziale per considerarlo tale sia *iure civili* sia *iure honorario*, ossia la qualità di *sui iuris* del testatore al momento della sua morte. La sensazione è che Cuiacius ne sia stato consapevole e che, proprio per questo motivo, sia ricorso all'unico argomento idoneo a superare l'ostacolo della mancanza nel figlio della *testamenti factio* attiva al momento della sua morte, ossia il non verificarsi di una *capitis deminutio* al ritorno del padre; in tal caso, il figlio sarebbe morto da *sui iuris* con la conseguente validità del testamento per lo stesso *ius civile*. Tuttavia, come già precisato, tale affermazione non sembra condivisibile. Pertanto, l'unica ipotesi per ritenere valido il testamento, ma solo sul piano del *ius honorarium*, sarebbe quella della premorienza del padre al figlio⁵⁵. Una simile eventualità consentirebbe, infatti, la concessione della *bonorum possessio secundum tabulas*, poiché al pretore interessava – come più volte qui già precisato – la sussistenza della *testamenti factio* attiva soltanto nei due momenti estremi della confezione del testamento e della morte del testatore, non rilevando affatto la situazione intermedia. Sta di fatto, però, che una siffatta ricostruzione non è autorizzata dal tenore del testo costantiniano e, quindi, può solo ipotizzarsi che si trattasse di ipotesi svolte da Papiniano nel frammento da cui è stata estrapolata la sua *sententia*⁵⁶. Inoltre, da una prospettiva più generale, stupisce il modo con cui, ammettendo la validità del testamento, sarebbe stato superato un caposaldo del sistema successorio romano quale la sussistenza dello stato di *sui iuris* del testatore anche al momento della morte. In altri termini, sembra

⁵³ F. SCHULZ, *Die Lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäft im antiken römischen Recht*, in *ZSS*, 43, 1922, 190, nt. 4.

⁵⁴ D. TUZOV, *Sull'uso di 'rescindere' in materia di 'testamenta inofficiosa' nelle fonti romane*, in *TJ*, 82, 2014, 233 ss.

⁵⁵ P. VOICI, *Il diritto*, cit., 113 ss.

⁵⁶ V. *infra* § 6.

alquanto strano che un cambiamento di questo tipo, senza meritare una sua specifica attenzione nel testo, sarebbe stato inglobato in una prescrizione di carattere residuale che, rispetto a quella prevista nel *principium*, allargava a tutti i *gesta* la sua attenzione, ricomprendendo anche quelli che soggiacevano a un regime diverso quanto al requisito della capacità giuridica nel loro autore.

Non si dimentichi, infine, che l'ipotesi disciplinata nel § 1 è molto circoscritta in quanto allude ai soli *gesta* compiuti dal figlio che durante la deportazione avesse raggiunto i venticinque anni. Diversamente, il *principium* riguardava il caso (più ampio) del figlio che non avesse ancora raggiunto tale età, ma fosse pubere: è certo, infatti, che il maschio *sui iuris*, purché pubere, potesse sempre fare testamento liberamente senza intervento del tutore o del curatore⁵⁷. Una qualsiasi *quaestio testamenti* prescindeva, quindi, dal compimento o meno dei venticinque anni, per cui la risposta dell'imperatore poteva guardare solo alla qualità di *sui iuris* del testatore e alla sua età pubere.

Alla luce di tali considerazioni sembra potersi concludere nel senso che la precisazione contenuta nel § 1 sia stata occasionata da quanto appena affermato nel *principium* circa il recupero della *patria potestas* da parte del padre restituito *indulgentia principis* nei *bona* e nella *dignitas*, evento che – come già precisato – implicitamente rendeva invalido il testamento confezionato dal figlio *sui iuris* e pubere mentre la pena veniva espiata. Un tale riconoscimento potrebbe aver sollecitato, infatti, una previsione per i soli atti *inter vivos* (*gesta*) compiuti dal figlio *sui iuris* e anche venticinquenne durante la deportazione del padre, quindi senza l'assistenza del curatore. Tali negozi erano validi e avevano iniziato a produrre i loro effetti e, pertanto, non si era ritenuta opportuna una loro rescissione a seguito del ritorno del figlio nella *potestas* del padre anche in considerazione della tutela dell'affidamento dei terzi. Del resto, nel tratto finale della *lex* trapela l'idea costantiniana secondo la quale il figlio che fosse stato sempre ubbidiente nei confronti del padre avesse diritto a essere emancipato con il raggiungimento dei venticinque anni d'età⁵⁸.

⁵⁷ Riferimenti testuali in B. ALBANESE, *Le persone*, cit. 523, nt. 490.

⁵⁸ V. *infra* § 8.

5. Una significativa ‘*reductio ad absurdum*’

Passiamo a esaminare, precisato ciò, quali spunti di riflessione suggerisca l’espressione con cui si chiude il § 1: «*quod est maxime absurdum, eodem tempore nec in patris nec in sua quemquam fuisse potestate*». Essa racchiude il fondamento giustificativo di quanto appena affermato, svolto nelle forme di una chiara *reductio ad absurdum*, ossia con il ricorso a quel mezzo di argomentazione persuasiva con il quale nel campo del diritto si giustifica una certa opinione mettendo in luce come la sua antitesi, se condotta alle estreme conseguenze, porti a una contraddizione notevole ed evidente con il sistema giuridico in vigore accolta anche dall’avversario⁵⁹. La *ratio* che si legge nel nostro testo presenta proprio tale struttura, particolarmente familiare ai giuristi romani in quanto mezzo euristico ‘naturale’⁶⁰: infatti, induce a riflettere sul come l’ammissione dell’invalidità dei *gesta* compiuti dal figlio venticinquenne durante la deportazione del padre (ossia, la tesi contraria) implicherebbe il riconoscimento che costui *medio tempore* non sarebbe stato né *sui iuris*, né *alieni iuris*. Una siffatta condizione viene stigmatizzata quale assurdo giuridico, peraltro estremamente palese (non a caso, infatti, il giudizio è

⁵⁹ D. DAUBE, *Roman Law. Linguistic, social and philopical aspect*, Edinburgh, 1969, 176 ss., mette al centro del suo studio la diversità fra la stringenza della *reductio ad absurdum* in quanto usata nella logica o nella matematica rispetto a quella delle argomentazioni giuridiche e retoriche, nelle quali consiste nel mettere in evidenza una «triking, folisch contradiction» delle conseguenze dell’opinione avversata. Un esplicito invito ad assumere in senso ampio la categoria della *reductio ad absurdum* se utilizzata dai giuristi si legge in M. TALAMANCA, *Per la storia della giurisprudenza romana*, in *BIDR*, 80, 1977, 225, nt. 108, il quale ha precisato come essa miri a mettere in luce le conseguenze incompatibili con un principio accolto anche dall’avversario. Sulla *reductio ad absurdum* come categoria giurisprudenziale v. ora T. GIARO, *L’expérience de l’‘absurdum’ chez les juristes romains*, in *‘Mater Familias’*. *Scritti romanistici per M. Zablocka*, a cura di Z. Benincasa e J. Urbanik, Varsavia, 2016, 243 ss.; ID., *Absurditätsargumente in der römischen Jurisprudenz*, in *OIR*, 11, 2006, 36.

⁶⁰ Così F. HORAK, ‘*Rationes decidendi? Entscheidungsgründe bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*’, Innsbruck, 1969, 275. Per T. GIARO, *L’argumentation dogmatique e l’argumentation scientifique*, in *RJ*, 13, 1994, 297, la *reductio ad absurdum* rappresenta «la forme la plus libre, la plus rhétorique de l’argumentation juridique».

rafforzato dall'avverbio *maxime*), per la sua incompatibilità con un (incontestabile) principio cardine del diritto quale la necessaria esistenza in capo a un individuo di un suo *status personae*.

La presenza di una *reductio ad absurdum* nella *lex* in esame può risultare interessante ai fini del nostro discorso qualora si consideri che la si trova adoperata frequentemente nei testi giurisprudenziali, rappresentando per i *prudentes* un valido strumento al fine di sostenere nel loro discorso casistico e controversiale soluzioni di tipo affermativo-conservativo o critico-innovativo⁶¹, mentre lo stesso non può dirsi per quel che riguarda i testi delle *leges* (più in generale poco indagati sotto il profilo delle eventuali tecniche argomentative utilizzate dalla cancelleria). Per limitarci qui all'uso del termine *absurdus*, che rappresenta il precipitato di una tecnica e articolata argomentazione sillogistica non svolta in tutti i suoi passaggi⁶², lo si riscontra per la prima volta in due rescritti di età severiana⁶³ (epoca nella quale a redigere le *leges* erano gli stessi giuristi che

⁶¹ C. PERELMAN, *Logica giuridica-Nuova retorica*, trad. it., Milano, 1979, 30, ha precisato come il ricorso a un tipo di argomentazione appropriata sia di fondamentale importanza nell'ambito di un discorso giuridico controversiale e questo perché «la controversia aveva come effetto in primo luogo l'esclusione di taluni argomenti mostrandone la non pertinenza, in secondo luogo l'eliminazione, perché irragionevoli, di alcune soluzioni caldegiate, senza tuttavia necessariamente imporre un tipo di argomentazione ed un'unica soluzione vincolante».

⁶² Per quel che riguarda la costruzione di una *reductio ad absurdum* attraverso il termine che in modo più evidente la esprime, ossia *absurdus* o *absurde*, a volte abbinato all'avverbio *alioquin* che ne rappresenta l'altra spia per eccellenza, v. P. CAPONE, *Valore ed uso giurisprudenziale di 'absurdus/è'*, in *SDHI*, 63, 1997, 197 ss.

⁶³ C. 6.46.2.pr.-1: IMPP. SEVERUS ET ANTONINUS AA. GALLIANO. *Cum patrem familias fideicommissi nomine, quod in diem certam reliquit, ita cavere praecepisse proponas, si a marito non divertisset, iurisdictionis originem perinde servari aequum est, ac si nihil super ea re scriptum fuisset. 1. Non exemplum legati vel hereditatis, in quibus condicio divortii nonnumquam remitti solet, huic rei comparandum est, cum absurdum sit ideo perpetui edicti neglegi formam, quia patris sui voluntati non obtemperatur. PP. ANTIOCHIAE XI K. AUG. ANTONINO A. II ET GETA II CONSS.; C. 2.12.9: IMPP. SEVERUS ET ANTONINUS AA. AUFIDIO. *Qui stipendia merent, suis negotiis superesse inoffensa disciplina possunt: nec potest dici eum, qui honesta et verecunda praecedente causa mandata sibi actiones exercuerit, alieno negotio fungi, cum, licet intentio ex persona alterius bona fide sumatur, hunc tamen rem suam gerere non ambigitur. Quod militibus meis interdicti non modo absurdum, verum etiam iniquum est.* Molto interessante si presenta nel primo rescritto la*

lo utilizzavano nelle loro opere), con la funzione in entrambi di motivare il rispetto del diritto e, in particolare, per rafforzare il motivo giuridico della decisione⁶⁴. Per quel che riguarda il periodo successivo, la nostra conoscenza della legislazione imperiale non ne documenta la presenza sino alla legislazione costantiniana. Oltre al testo in esame, compare l'avverbio ‘*absurde*’ in una *lex* emanata l'anno successivo, ossia il 20 luglio del 322 d.C. (indirizzata anch'essa al *praefectus urbi Maximus*), con la quale si concedeva di evitare l'immediata *ductio* in mancanza di *adsertor libertatis* e, quindi, di cercare in tutta la provincia chiunque fosse disposto ad assumersi tale compito⁶⁵. La *ratio* del provvedimento, finalizzato a sveltire i tempi necessari per la risoluzione di una controversia che bloccava lo *status libertatis*⁶⁶, veniva espressa dalla cancelleria di Costantino con l'espressione «*ne causa per silentium ignoretur vel absurde etiam proclametur*». Come appare evidente, in questo caso non ci troviamo di fronte a una *reductio ad absurdum* svolta nella sua modalità tipica, bensì di fronte a un sintetico giudizio di valore idoneo a far risaltare la irragionevolezza dell'assenza dell'*adsertor libertatis* e a fondare così l'adozione di una misura in grado di facilitarne la ricerca e tutelare così la libertà. Pertanto, può affermarsi che una più compiuta argomentazione per assurdo, strutturata nella forma di un sillogismo

motivazione basata sull'assurdità di discostarsi sul punto da quanto previsto dall'editto pretorio (che già nel *principium* si precisava fosse *aequum* seguire).

⁶⁴ J.-P. CORIAT, *Le prince législateur. La technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit impérial à la fin du Principat*, Rome, 1997, 538 ss. Per T. GIARO, *L'expérience*, cit., 245, la funzione del giudizio di assurdità in entrambi i rescritti sarebbe «défensive».

⁶⁵ C.Th. 4.8.5 pr.: IMP. CONSTANTINUS A. AD MAXIMUM P. U. *Si quis libertate utentes eiusque compotes inopinatos in discrimen ingenuitatis adducat, si eos forte assertio defecerit, circumductio praebeat, assertorem quaeri titulo per literas indicante; ne causa per silentium ignoretur vel absurde etiam proclametur: ut, qui comperissent, vellent asserere, vel cunctantes etiam cogentur; neu, si assertor defuerit, victi, multis eos scientibus liberos, a dominis ducantur.* DAT. XIII K.A(UG.) SIR(MIO) PROBIANO ET IULIANO CONSS.

⁶⁶ Così A. SPINA, *Constantine and Slavery*, in *RGDR*, 29, 2017, 215 ss., la quale ha messo in risalto come la normativa costantiniana abbia introdotto una novità importante a favore della tutela della libertà, in quanto offriva la possibilità di evitare una ingiusta *ductio* e accelerava i tempi di risoluzione di una controversia che potenzialmente poteva ostacolare lo *status libertatis*.

entimematico, si legge soltanto nel testo in esame. Dopodiché, il termine *absurdum* risulta utilizzato molto sporadicamente fino a Giustiniano che vi ha fatto ricorso, invece, con maggiore frequenza⁶⁷.

Il ricorso all'argomentazione per assurdo da parte della cancelleria imperiale rappresenta un tema di studio che meriterebbe una sua specifica valutazione nel raffronto fra la diversa natura e funzione del *responsum* rispetto alla *lex*: ma non è questa la sede per discuterne. Tuttavia, soffermandoci soltanto sul nostro testo, possiamo affermare che il riscontro di *reductio ad absurdum* in una *epistula* nella quale si richiamava la giurisprudenza e, in modo specifico, una *sententia* di Papiniano (della quale probabilmente la cancelleria costantiniana leggeva il testo 'recitato' in giudizio⁶⁸) è sintomatico dell'*humus* giurisprudenziale sotteso (anche) al § 1 del provvedimento e dell'inclinazione dei redattori del testo della *lex* a valorizzarlo ulteriormente rispetto ai richiami nominativi ai giuristi e alle loro opere contenuti nel *principium*. Valutata da questa prospettiva, la presenza di tale *modus argumentandi* nella *lex* in esame potrebbe suggestionare nel senso di considerare l'intera disposizione introdotta con «*Ita tamen ut...*» come letta nella medesima *sententia* (termine pure utilizzato – come già precisato – in un'accezione che risulta tipica del linguaggio dei giuristi) papiniana richiamata nel *principium*. Del resto, che Papiniano possa aver respinto una diversa opinione etichettando le sue conseguenze come assurde non sorprende. Infatti, sia nei *Responsa*, sia nelle *Quaestiones* (opera in cui è particolarmente evidente l'impronta delle sue conoscenze retoriche⁶⁹) si leggono non poche *reductiones ad absurdum*. Un loro studio ha mostrato come siano state funzionali a suggerire soluzioni per lo più innovative, anche se non in aperta polemica con gli altri giuristi, e formulate con

⁶⁷ Il termine si trova adoperato in tre *leges* di Giuliano (C.Th. 3.1.3; 11.20.1; 12.1.53), in due *leges* di Giustino (C. 1.3.40; 6.23.23), in una *lex* di Teodosio (C. 11.59.17), in una *lex* di Leone (C. 12.20.4), in una *lex* di Onorio e Teodosio (C.Th. 6.15.1) e, infine, in dodici *leges* di Giustiniano (C. 1.2.21.2; 2.52.7; 4.1.11; 4.18.2.1; 5.27.11.3; 5.59.5.1; 6.30.22.5; 6.43.3.2a; 6.51.1.10b; 7.4.15; 7.6.1.1; 7.54.3.1).

⁶⁸ Sul punto v. *supra* § 3.

⁶⁹ Recentemente, l'influenza della retorica sul linguaggio papiniano è stata oggetto dell'approfondita analisi di U. BABUSIAUX, *Papinians, cit., passim*.

tono generale e astratto, nelle quali si avverte la tensione etica di un giurista che – come già precisato – fu *magister libellorum*, partecipando quindi direttamente alla stesura dei rescritti imperiali⁷⁰. Certo non si hanno elementi sui quali fondare una tale ipotesi, che porterebbe ad attribuire a Papiniano non solo la *sententia* riferita nel *principium*, ma anche il contenuto del § 1, soprattutto per la mancanza di altri testi di confronto. Può solo farsi notare come in questo senso la *lex* sia stata interpretata dal commentatore visigotico: «... *iuxta sententiam Papiniani rata et firma permaneant, nec contra aut testamentum aut transactionem filii reversus pater venire permittitur*»⁷¹. Tuttavia, tale testo prova poco se si considera che spesso l'*Interpretatio* si presenta come un riassunto che può anche variare alcuni aspetti presenti nella costituzione originaria⁷²; in questo caso, ad esempio, risulta invertita la scansione del testo interpretato: infatti, viene esposta in apertura la parte che rappresentava una precisazione rispetto a quanto stabilito nel *principium*, attribuendola appunto nel suo complesso a Papiniano, mentre è slittato nel tratto finale il riferimento al contenuto della sua *sententia*, peraltro senza richiamarla esplicitamente e senza accennare alla contestuale abolizione delle annotazioni di Paolo e Ulpiano a tale giurista. Sicuramente è di particolare interesse al riguardo lo spunto che offre la collocazione nella *Palingenesia* leneliana del solo *principium* di CTh. 9.43.1, secondo una scelta che merita di essere esaminata più a fondo.

6. *Questioni palingenetiche relative a CTh. 9.43.1 pr.*

Per Gotofredo la *sententia* di Papiniano richiamata dalla cancelleria costantiniana doveva trovarsi nel tredicesimo libro delle sue *Quaestiones*⁷³.

⁷⁰ T. GIARO, *Papinian und die 'reductio ad absurdum'*, in *'Argumenta Papiniani?'. Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts*, hrsg. von J.-D. Harke, Berlin-Heidelberg, 2013 41 ss., ha dedicato uno specifico e accurato esame all'argomentare per assurdo papiniano.

⁷¹ V. nt. 4.

⁷² Sulla funzione delle *Interpretationes* visigotiche v. ora L. DI CINTIO, *L' 'Interpretatio Visigothorum'*, cit., 16 ss.

⁷³ J. GOTHOFREDUS, *Codex*, cit., *ad h. l.*

Sulla medesima scia, Otto Lenel ha scelto di chiudere con il tratto riportato in CTh. 9.43.1 pr. la rubrica *De bonorum possessione secundum tabulas* di quel libro (Pap. 222 L.)⁷⁴, facendo precedere il testo costantiniano riportato in CTh. 9.43.1 pr. da un unico frammento papiniano, ossia un lungo brano riportato in D. 37.11.11. Sembra opportuno, quindi, esaminarne il contenuto per valutare il grado di plausibilità di un aggancio così costruito:

Pap. 13 *quaest.* D. 37.11.11 pr.: *‘Qui ex liberis meis impubes supremus morietur, ei Titius heres esto’*. *Duobus peregre defunctis si substitutus ignoret, uter novissimus decesserit, admittenda est Iuliani sententia, qui propter incertum condicionis etiam prioris posse peti possessionem bonorum respondit. 1 Filius heres institutus post mortem patris ab hostibus rediit: bonorum possessionem accipiet et anni tempus a quo rediit ei computabitur. 2 Testamento facto Titius adrogandum se praeiit ac postea sui iuris effectus vita decessit. scriptus heres si possessionem petat, exceptione doli mali summovebitur, quia dando se in adrogandum testator cum capite fortunas quoque suas in familiam et domum alienam transferat. plane si sui iuris effectus codicillis aut aliis litteris eodem testamento se mori velle declaraverit, voluntas, quae defecerat, iudicio recenti redisse intellegitur, non secus ac si quis aliud testamentum fecisset ac supremas tabulas incidisset, ut priores supremas relinqueret. nec putaverit quisquam nuda voluntate constitui testamentum: non enim de iure testamenti maxime quaeritur, sed viribus exceptionis, quae in hoc iudicio quamquam actori opponatur, ex persona tamen eius qui opponi aestimatur.*

Il *principium* si apre con la formula *‘Qui ex liberis meis impubes supremus morietur, ei Titius heres esto’*, alla quale viene fatto seguire il caso della premorienza di due impuberi senza che Tizio, il sostituto, sapesse quale dei due fosse deceduto per primo. Per Papiniano, in una simile eventualità andava seguita la *sententia* di Giuliano secondo la quale, nell’incertezza della realizzazione della condizione, *l’heres substitutus*

⁷⁴ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Leipzig, 1898 (rist. Graz 1969), 842.

poteva chiedere la *bonorum possessio*⁷⁵. Nel § 1, prospettata l'ipotesi di un figlio istituito erede che avesse fatto ritorno dalla prigionia dopo la morte del padre, il giurista affermava che avrebbe ottenuto la *bonorum possessio* e che il termine dell'anno si sarebbe computato a partire dal tempo in cui era rientrato. Si passava poi, nel § 2, a esaminare il caso dell'efficacia del testamento fatto da colui il quale, divenuto *alieni iuris* in conseguenza di una volontaria *adrogatio* e poi ritornato *sui iuris*, fosse morto come tale lasciando inalterato il testamento. Papiniano sosteneva l'invalidità *iure civili* del testamento a causa del periodo di *adrogatio* che aveva fatto venir meno il requisito di una *testamenti factio* attiva ininterrotta sino alla morte del testatore, ma ammetteva la concessione della *bonorum possessio secundum tabulas* agli eredi istituiti nel testamento perché – come già si è precisato – il pretore richiedeva la qualità di *sui iuris* soltanto nei due momenti estremi della sua confezione e della morte del testatore. Tuttavia, argomentando dal fatto che la *capitis deminutio* successiva all'*adrogatio* rappresentava l'effetto di una libera volontà dell'adrogato e che, di conseguenza, il trasferimento dei suoi beni alla nuova famiglia deponeva per un'implicita revoca del testamento, il terzo possessore avrebbe potuto a suo avviso paralizzare la *hereditatis petitio* con l'*exceptio doli*⁷⁶; al contrario, qualora l'adrogato ritornato *sui iuris* avesse mostrato la volontà di confermare il testamento, l'opposizione di una tale *exceptio* non sarebbe risultata efficace⁷⁷.

Il testo discute, quindi, la validità del testamento in relazione ai cambiamenti di *status* a seguito di *redemptio ad hostibus* e, in modo più articolato, di *adrogatio*. In questa prospettiva è verosimile ipotizzare che un tale contesto possa aver suggerito lo spunto per trattare la medesima questione in relazione al caso affine di *restitutio indulgentia principis* del

⁷⁵ La motivazione esposta da Papiniano, con l'autorità di Salvio Giuliano, è sembrata poco convincente a G. HAMZA, *Réflexions sur les présomptions relatives aux comourants (commorientes) en droit romain*, in RIDROM, 2008, 62.

⁷⁶ Al riguardo v. P. CERAMI, *Eccezione di dolo generale in materia di persone e famiglia*, in AUPA, 50, 2005, 61 ss., e G. FINAZZI, *L' 'exceptio doli generalis' nel diritto ereditario romano*, Padova, 2006, 71 ss.

⁷⁷ U. BABUSIAUX, *Papinians*, cit., 206, ha richiamato il collegamento fra tale testo e Ulp. 39 *ad ed. D.* 37.11.1.1.

deportato. Noi non possiamo sapere quale sia stata la scansione del discorso originario nel quale era calata la *sententia* richiamata dalla cancelleria costantiniana, né la sua ampiezza. Certo, la specifica situazione discussa nel nostro testo è molto particolare e non riguarda la validità del testamento confezionato da colui che fosse stato successivamente deportato e poi ancora graziato, ma di quello fatto da suo figlio durante la deportazione. Peraltro, la *sententia* papiniana richiamata da Costantino porta all'invalidità del testamento sia *iure civili* sia *iure honorario*, quindi a una soluzione diversa da quella prospettata nel testo appena letto nel quale è sempre riconosciuta la concessione della *bonorum possessio secundum tabulas*. Diversamente, per i motivi che si sono precisati, nel caso in esame non era possibile neanche una tale concessione per mancanza del requisito della capacità giuridica richiesta dal *ius honorarium* anche nel momento della morte del testatore. Pertanto, l'unico modo per ricollegare il nostro testo a un discorso relativo alla *bonorum possessio secundum tabulas* resta quello di prospettare la premorienza del padre al figlio, ma – come si è già precisato – il testo non contiene alcuna allusione a una tale eventualità.

Considerato ciò, la scelta leneliana si giustifica con maggiore evidenza se si pensa a un contenuto del brano papiniano dal quale sarebbe stata estratta la *sententia* richiamata dalla cancelleria costantiniana molto ampio e articolato in varie ipotesi, tutte ricollegate a un nucleo principale rappresentato dagli effetti della *restitutio indulgentia principis* in materia testamentaria, sulla falsariga – cioè – del modo in cui risulta strutturato il discorso nel brano riportato in D. 37.11.11.2. Del resto, tale modo di procedere sarebbe in linea con natura stessa delle *Quaestiones*, opera che raccoglie infatti discussioni dettagliate sui casi⁷⁸. Spingersi a ipotizzare che il contesto originario possa aver ricompreso anche il contenuto del § 1 di CTh. 9.43.1, soprattutto in considerazione degli echi di un argomentare per assurdo non tipico di un provvedimento imperiale ma molto usato da Papiniano, risulta azzardato, in quanto non si dispone di

⁷⁸ P. FREZZA, 'Responsa' e 'quaestiones'. *Studio e politica del diritto degli Antonini ai Severi*, in *SDHI*, 43, 1977, 219; D. LIEBS, *Jurisprudenz*, in *Handbuch der Lateinischen Literatur der Antike*, IV, München, 1997, 99 s.; U. BABUSIAUX, *Papinians*, cit., 16 ss.

altri testi papiniani utili per un confronto. Con certezza possiamo soltanto affermare che Papiniano era interessato più in generale ai dubbi circa l'essenza della deportazione e ai limiti precisi che la distinguevano dalle altre pene, tematica discussa peraltro anche da altri giuristi dell'epoca come testimonia il titolo D. 48.23 *De sententiam passis et restitutis* creato dai commissari bizantini a somiglianza di quello del teodosiano e del giustiniano appositamente per accogliere i relativi testi⁷⁹. Proprio nella *sedes materiae* è stato collocato un brano molto significativo dei *Responsa* nel quale Papiniano precisava che, se la *restitutio* avesse fatto recuperare al deportato i *bona* e la *dignitas*, non sarebbero state più necessarie le azioni utili contro di lui (s'intende, l'*actio utilis rescissa capitis deminutione*), ma ai creditori *ex ante gesto* sarebbero spettate nuovamente quelle dirette⁸⁰. La decisione conferma l'importanza della *restitutio* per Papiniano ai fini di un recupero *ipso iure* della titolarità dei propri rapporti patrimoniali, ma soltanto qualora avesse comportato una reintegrazione completa della posizione giuridica del deportato (nei *bona* e nella *dignitas*), condizione richiesta – come sappiamo – anche nella *sententia* riferita dalla cancelleria costantiniana che sul punto prospetta un diverso orientamento delle annotazioni a Papiniano di Paolo e Ulpiano⁸¹. Sembra possibile, a questo punto della nostra ricerca, passare a indagare il valore di una tale precisazione.

⁷⁹ V. nt. 1.

⁸⁰ Pap. 16 *resp.* D. 48.23.3 (L. 741 *De bonis fisco vindicandis*): *In insulam deportati bona fiscus poena remissa retinuit: creditore ex ante gesto non habere com eo qui debitor quondam fuit actiones constitit. Quod si bona cum dignitatis restitutione concessa recipaverit, utiles actiones necessariae non erunt, cum et directae competunt.*

⁸¹ Esistono diversi brani papiniani anche al di fuori del titolo D. 48.23 *De sententiam passis et restitutis* nei quali si discutono gli effetti della deportazione. A titolo di esempio, possiamo richiamare qui il testo nel quale Papiniano affermava che il padre deportato perdeva la legittimazione ad agire con l'*actio rei uxoriae*, riconoscendo così implicitamente la perdita ogni altro diritto patrimoniale o azione dipendente da tale diritto (Pap. 4 *resp.* D. 24.3.42 pr., L. 504). L'estinzione dei rapporti attivi e passivi quale conseguenza patrimoniale della *deportatio* è ribadita, peraltro, anche nel brano (Pap. 9 *quaest.* D. 46.1.47 pr., L. 158) in cui Papiniano riteneva valida l'opinione di Giuliano circa l'inammissibilità della fideiussione per le obbligazioni di un deportato «*quasi tota obligatio contra eum extincta est*».

Si noti sin d'ora come la relativa *Interpretatio*, riprendendo la soluzione circa le sorti della potestà paterna, non compia alcun riferimento alle annotazioni pauline e ulpiane⁸²; allo stesso modo, non vi accennano i Basilici nei quali, peraltro, manca anche il riferimento a una *sententia Papiniani*⁸³. Queste deviazioni dal tenore della *lex* originaria mostrano sotto un punto di vista generale come gli autori di entrambi i commenti prestassero scarsa attenzione alla dimensione giurisprudenziale del testo.

7. Il collegamento fra CTh. 9.43.1 e CTh. 1.4.1: problemi di autenticità dei riferimenti alla letteratura giurisprudenziale

Sulla base dell'espressione '*remotis Ulpiani atque Paulis notis Papiniani?*' che precede l'accoglimento della *sententia* papiniana (da riferirsi naturalmente alla specifica *quaestio* trattata nel testo pur se formulata genericamente), si è tradizionalmente stabilito un collegamento fra la *lex* in esame e quella nella quale Costantino stabilì la totale censura delle predette annotazioni, *lex* posta dai commissari teodosiani in apertura della rubrica CTh. 1.4 *De responsorum prudentium* e tradita grazie al Codice Ambrosiano C. 29 inf.⁸⁴:

⁸² V. nt. 2.

⁸³ Bas. 60.68.17 Scheltema VIII, 3128, 21-24: Ἡ διάταξις βούλεται περιορισθέντος τοῦ πατρὸς τοῦ ἔχοντος ὑπεξούσιον τοῦ ἴδιον παιῖδα καὶ ἀπὸ χάριτος βασιλικῆς ἐλευθερωθέντος τῆς τιμωρίας καὶ ἐπανελθόντος τὸν ἐκείνου παιῖδα μετὰ τὴν ἐκείνου ἐπάνοδον ὑποβάλλεσθαι τῇ τοῦ πατρὸς ὑπεξουσίῳ. [Hb. V, pp. 915-916: *Constitutio vult, deportato patre, qui habebat filium in potestate, et indulgentia Principis poena liberate et reverso, filius post eius reditum subicii patris potestatis*]. Il richiamo ai tre giuristi si legge, invece, nel commento di Talaleo alla frase «τοῦτο τὸ καλῶς γινόμενον μὴ ἀκυροῦσθω». Così come già precisato per l'*Interpretatio* visigotica (v. nt. 75), si consideri comunque che, nel riprodurre in lingua greca il diritto giustiniano, anche i compositori dei Basilici in parte lo rielaborarono e lo riammodernarono: al riguardo v. ora. M.L. BICCARI, *Prima traccia per una ricerca su "Dopo il tardoantico: la voce dei giuristi nella costruzione dei codici e nella formazione dei giovani"*. Giovanni Nomofilace, in *Studi urb.*, 84, 2017, 251 ss.

⁸⁴ Nel titolo segue un'altra *lex* di Costantino (CTh. 1.4.2), del pari giunta grazie al solo Codice Ambrosiano C. 29 inf. (E. VOLTERRA, *Sulla legge delle citazioni*, in *Atti Acc. Lincei Mem. Mor.*, 27, 1983, 227 ss., ora in ID., *Scritti*, cit., 457 ss., da cui si cita), nella quale l'imperatore prescriveva che «*universa quae Pauli continentur*» andava comprovato sulla base di una conclamata autorevolezza del giurista, guadagnata, secondo A.M. GIOMARO, *La*

CTh. 1.4.1: IMP. CONSTANTINUS A. AD MAXIMUM P. U. *Perpetuas prudentium contentiones eruere cupientes Ulpiani ac Pauli in Papinianum notas, qui, dum ingenii laudem sectantur, non tam corrigere eum, quam depravare maluerunt, aboleri praecipimus*. DAT. III K. OCT. CRISPO ET CONSTANTINO CONSS.

La *lex*, della quale non si conosce il luogo di emanazione, viene datata al 321 d.C. sebbene Crispus e Constantinus II abbiano ricoperto insieme il consolato anche nel 324 d.C., perché il suo destinatario, ossia il medesimo *praefectus urbi* V. Maximus cui è stata indirizzata la nostra *lex*, ricoprì tale carica dal primo settembre del 319 d.C. al 13 settembre del 323 d.C.⁸⁵ La *subscriptio* indica quale giorno della sua emanazione il 28 settembre, ma Seeck la retrodata al 14 settembre, ossia allo stesso giorno di quella in esame⁸⁶. Se così fosse stato, deve ipotizzarsi che i compilatori del Teodosiano avrebbero isolato dal suo contesto originario la disposizione di carattere generale circa l'uso delle annotazioni pauline e

presenza di Papiniano e Paolo nella formazione giuridica offerta dalle scuole giuridiche tardoantiche e giustiniane, in *Studi urb.*, 67, 2016, 56 s., nelle aule della scuola; opinione ribadita dall'a. in *Quattro passi fra le scuole (e le scuole di diritto) nella tarda antichità*, Urbino, 2019, 218 s. Sulla finalità del provvedimento di Costantino con specifico riguardo alle *Pauli Sententiae* v. ora I. RUGGIERO, *Ricerche*, cit., 14 s., per la quale il suo contenuto concerneva esclusivamente la possibilità di avvalersi del testo presso i tribunali dell'impero. Il titolo si chiudeva con la famosa *lex* emanata a Ravenna da Valentiniano III nel 426 d.C. e recepita da Teodosio II (CTh. 1.4.3), nota come 'legge delle citazioni', che chiudeva un processo evolutivo volto a disciplinare l'utilizzo degli scritti dei giuristi classici: al riguardo v. ora M. DE BERNARDI, *La legge delle citazioni del 426 d.C. e l'art. 118 delle disposizioni per l'attuazione del vigente codice di procedura civile italiano*, in *RDR*, 13, 2013, 1 ss. del pdf. online e bibl. ivi cit.

⁸⁵ TH. MOMMSEN, *Codex Theodosianus cum Constitutionibus Sirmondianis*, Berolini, 1905, ad *b. l.*, scrive: «cum a. 321 consenti *laterculus praefectorum*»; v. anche *Prolegomena*, CCXVI; CCXVII. Su Maximus *praefectus urbi* v. anche E. VOLTERRA, *Sulla legge*, cit., 458, nt. 49.

⁸⁶ O. SEECK, *Regesten*, cit., 50, 61, 171. Secondo C. HUMFRESS, *Cracking the 'Codex': Late Roman Legal Practice in Context*, in *Bulletin of the Institute of Classical Studies*, 49, 2006, 246, sarebbe stato di questa opinione anche Gotofredo: «Gothofredus and Otto Seeck, the latter braving the wrath of Theodor Mommsen, both amended the date of issue for CTh 1.4.1 to 14 September 321»; tuttavia, non si vede come ciò sia possibile, in quanto il testo riportato in CTh. 1.4.1 è stato tradito dal solo Codice Ambrosiano C. 29 inf. (e infatti ad esso il commentatore seicentesco non fa alcun riferimento).

ulpianee a Papiniano per collocarla nel luogo che le avrebbe conferito il rilievo meritato, ossia nel titolo dedicato ai *responsa prudentium*⁸⁷. Si tratterebbe, pertanto, di un esempio calzante di come i commissari teodosiani abbiano alterato la portata e l'intenzione originaria di alcune *leges*, nel senso che l'ordine di Costantino sarebbe stato originariamente applicato al caso discusso nel testo, mentre l'estensione generale sarebbe arrivata soltanto nel 438 d.C. quando i compilatori teodosiani avrebbero operato nel modo su indicato⁸⁸. Sta di fatto, però, che Mommsen nella sua edizione del Teodosiano la attribuisce senza esitazione al 28 settembre (secondo quello che autorizzano i dati della *subscriptio*) e che anche la più recente prosopografia non segue la retrodatazione voluta da Seeck, la quale non risulta avvalorata da un particolare motivo⁸⁹. Pertanto, non sembra esservi alcuna fondata ragione per escludere che il generale divieto dell'utilizzo delle annotazioni di Paolo e Ulpiano alle opere di Papiniano sia stato posteriore (di quattordici giorni) alla medesima riprovazione pronunciata, però, con riguardo alle specifiche annotazioni alla *sententia* papiniana richiamata dalla cancelleria costantiniana.

Senza dubitare della successione cronologica dei due provvedimenti costantiniani, la storiografia tradizionalmente ha identificato la nostra *lex* quale causa della successiva e perentoria reazione contro le suddette *notae* resasi necessaria per la consapevolezza dell'inefficacia dei tentativi di natura occasionale⁹⁰, ravvisando così in entrambe le *leges* il tentativo di

⁸⁷ P. VOGLI, *Il diritto*, cit., 113.

⁸⁸ Per C. HUMFRESS, *Cracking the 'Codex'*, cit., 245, la *lex* collocata in CTh 1.4.1 rappresenterebbe un esempio calzante della tecnica del «cur and past» utilizzata dai commissari di Teodosio II.

⁸⁹ A. H. N. JONES, J. R. MARTINDALE, J. MORRIS, *The Prosopography*, cit., 590, 1043, 1054. Anche per S. CORCORAN, *The Empire of the Tetrarchs. Imperial Pronouncements and Government AD. 284-324*, Oxford, 1996, 313, la *lex* costantiniana collocata in CTh.1.4.1 sarebbe stata emanata il 28 settembre del 321 d.C.

⁹⁰ Le *leges* riprodotte in CTh. 9.43.1 e CTh. 1.4.1 sono state sì collegate dalla storiografia, ma soltanto nel senso che la prima avrebbe provocato l'emanazione della seconda di lì a quattordici giorni: M.A. DE DOMINICIS, *Studio*, cit., 325; E. VOLTERRA, *Sulla legge*, cit., 457; B. SANTALUCIA, *Note*, cit., 146; per V. GIUFFRÈ, *Papiniano: fra tradizione e innovazione*, cit., 634, nt. 5, Costantino avrebbe emanato il divieto generale «resosi conto

Costantino di controllare l'uso degli scritti giuridici che desse origine a *perpetuas contentiones*⁹¹. Rispetto alla statuizione di carattere particolare sollecitata da una *quaestio testamenti*, la censura di carattere generale decretata da Costantino il 28 settembre del 321 d.C. rappresenterebbe un «autentico modello» della critica delle *prudentium contentiones* particolarmente diffusa nel IV secolo d.C. proprio per la prassi della *recitatio* forense⁹², che rendeva necessaria tra l'altro la garanzia della autenticità delle forme testuali della letteratura giurisprudenziale. Sotto questo specifico profilo il *principium* di CTh. 9.43.1 solleva tre questioni.

7.1 Esaminiamo, anzitutto, l'accusa di falsità mossa al contenuto della *sententia* papiniana. Si è sostenuto che la cancelleria costantiniana avrebbe letto un testo profondamente rielaborato, in quanto influenzato dall'ambiente giuridico della famiglia di età costantiniana nel quale soltanto può spiegarsi la *Papiniani sententia*; a tale testo, un anonimo «in vena di richiamarsi ai luoghi dei giuristi classici che trattavano lo stesso argomento» avrebbe apposto brani estratti dai testi genuini di Paolo e Ulpiano e, proprio perché questi ultimi rispecchiavano un regime oramai superato, Costantino avrebbe aderito all'opinione, attuale ma apocrifia, di Papiniano⁹³. Questa tesi è stata criticata in quanto non sarebbe stata

che le statuizioni di carattere particolare e limitato non riuscivano sufficienti all'uopo»; secondo S. BARBATI, *Sui presupposti*, cit., 752, quanto disposto nel *principium* di CTh. 9.43.1 avrebbe dato «la stura per l'abrogazione 'tout court' delle note pauline e ulpiane a Papiniano, stabilita due settimane dopo». Un tale collegamento non può essere fatto risalire a Gotofredo, secondo quanto sembra leggersi in L. DI CINTIO, *L' 'Interpretatio Visigothorum'*, cit., 216, nt. 581, dal momento che, come già precisato (nt. 86), il testo della costituzione collocata in CTh. 1.4.1 è stato trådito dal solo Codice Ambrosiano C. 29 inf.

⁹¹ Sul controllo del *ius* a partire da Costantino sempre interessanti F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1960, 37 ss.; F.M. DE ROBERTIS, *Un precedente costantiniano della cosiddetta legge delle citazioni*, in *SDHI*, 64, 1998, 245 ss. Le due disposizioni sono state collegate sotto questo profilo anche da S. CORCORAN, *The Empire*, cit., 41, 69.

⁹² Così V. MAROTTA, *La 'recitatio'*, cit., 363 s.; ID., *Eclissi*, cit., 62. V. ora anche I. RUGGIERO, *Ricerche*, cit., 161.

⁹³ Così M.A. DE DOMINICIS, *Studio*, cit., 322 ss.

accompagnata da un esame dei testi paulini e ulpiane relativi al tema trattato dai quali emergerebbe, invero, un perfetto accordo fra i tre giuristi sul punto⁹⁴. In realtà, anche un tale argomento non sembra particolarmente fondato per i motivi che esamineremo a breve. A nostro avviso, sono altre quindi le considerazioni critiche che possono comunque muoversi all'ipotesi secondo la quale la *sententia* papiniana riportata dalla cancelleria costantiniana non rifletta il pensiero genuino dell'autore. La prima prende spunto dalla considerazione che l'ipotizzato anonimo occidentale avrebbe redatto tale testo fra il 294 d.C., data del rescritto diocleziano nel quale – come si è esaminato – si riconosceva ancora un diverso regime degli effetti della *restitutio indulgentia principis*, e il 321 d.C., data di emanazione della *lex* che richiama la diversa *sententia* di Papiniano. Non sembra realistico, infatti, che la concezione della famiglia sottesa alla *lex* costantiniana si sia formata in un lasso di tempo così breve. Occorre valutare, inoltre, come non sia l'opinione di Papiniano sul recupero della *patria potestas* da parte del deportato graziato a riecheggiare una nuova concezione della famiglia, quanto l'intero contesto – anche terminologico – della normativa costantiniana che a partire dal § 2 contiene alcune prescrizioni oramai sganciate dalla *quaestio testamenti* e senza dubbio di nuova concezione circa la natura della *patria potestas*⁹⁵. Del resto Papiniano, da quel che si può intuire, non era interessato a tale profilo, bensì agli effetti del cambiamento di *status* del figlio di un deportato che fosse stato restituito *indulgentia principis* nei *bona* e nella *dignitas* in relazione alle sorti del testamento confezionato quando era *sui iuris* durante la condanna del padre. Una tematica sulla quale, peraltro, si era soffermato con riguardo ad altre vicende comunque alterative dello *status personae* – come si è già precisato esaminando la collocazione palinogenetica della nostra *lex* – così come aveva discusso altri effetti di un provvedimento di *indulgentia principis* in relazione alla *deportatio*.

⁹⁴ In tal senso B. SANTALUCIA, *Note*, cit., 141, nt. 247.

⁹⁵ V. *infra* § 8.

7.2 Non sono sfuggite a un giudizio di falsificazione neanche le annotazioni pauline e ulpianee alla *sententia* di Papiniano riferita in CTh. 9.43.1.pr., le quali proprio per tale carattere sarebbero state già messe al bando in riferimento alla specifica *sententia* utilizzata per la risoluzione della *quaestio testamenti*; in quest'ottica è stato scritto che Costantino, resosi conto che le statuizioni di carattere parziale non erano sufficienti ad arginare la dilagante contraffazione dei testi giuridici, di lì a poco ne avrebbe sancito la più generale e indiscriminata abolizione che leggiamo in CTh. 1.4.1⁹⁶. Tale accusa muove dal rilievo che la prospettata diversità fra le opinioni di Paolo e Ulpiano da un lato e quella di Papiniano dall'altro circa il recupero o meno della *patria potestas* nel caso di specie in realtà non esisteva. Il che a nostro avviso non sembra però così evidente.

Per quel che riguarda Ulpiano, la sua identità di pensiero con Papiniano sarebbe dimostrata da un testo in cui riconosceva la *bonorum possessio contra tabulas* al *filius* nel caso in cui fosse stato deportato insieme al padre e poi entrambi fossero stati reintegrati⁹⁷. Si è affermato, infatti, che una tale ammissione era possibile in quanto l'avvenuta *restitutio* era valsa a ricondurre il figlio sotto la potestà del padre⁹⁸. Il paragone, tuttavia, non appare del tutto calzante. Senza dubbio Ulpiano con riguardo a questo caso affermava che il figlio a seguito della *restitutio* (anche) del padre tornava nella sua potestà, ma deve considerarsi che la fattispecie di partenza non era assimilabile a quella oggetto della *lex* in esame. Nell'ipotesi in cui un *filius* sia stato deportato insieme al padre e poi *ambo restituti sint*⁹⁹ non si verifica, infatti, la situazione caratteristica della nostra *quaestio*, ossia quella di un *filius* il quale ha vissuto un periodo di tempo da *sui iuris* tra la condanna alla deportazione del padre e la grazia

⁹⁶ Di questo avviso B. SANTALUCIA, *Note*, cit., 137 ss.

⁹⁷ Ulp. 39 *ad ed. D.* 37.4.1.9: *Si et pater et filius deportati sint et ambo restituti, dicemus ad bonorum possessionem admitti filium.*

⁹⁸ Lo ha precisato B. SANTALUCIA, *Note*, cit., 138.

⁹⁹ Il tenore del testo non sembra autorizzare la lettura nel senso che «il figlio può conseguire la *bonorum possessio contra tabulas* nell'ipotesi che suo padre, od anche egli stesso, fosse stato deportato e quindi restituito *indulgentia principis*» come affermato da B. SANTALUCIA, *Note*, cit., 137.

imperiale, alla quale si ricollega la questione della validità del testamento eventualmente compiuto in tale periodo. Peraltro, occorre non perdere di vista che il punto innovativo della *sententia* di Papiniano non è rappresentato dal recupero della *patria potestas*, ma dalla sua automaticità all'atto della *restitutio indulgentia principis* del padre nei *bona* e nella *dignitas*, a differenza di quel che prevedeva – come già esaminato – la legislazione ancora diocleziana, per la quale doveva essere espressamente richiesto. La differenza di opinione fra i due giuristi potrebbe aver riguardato, dunque, questo specifico aspetto¹⁰⁰. In considerazione di tali rilievi e, inoltre, del fatto che si tratta dell'unico testo addotto per negare la rilevata divergenza, non sembra si possa affermare con sicurezza che la nota ulpiana cui si fa riferimento nella nostra *lex* fosse apocrifa e che, proprio per tale motivo l'imperatore, ne aveva disposto l'eliminazione.

Passando all'annotazione di Paolo alla *sententia* di Papiniano, per sostenere che anch'essa fosse falsa si è addotto un passo delle *Pauli Sententiae* nel quale si afferma che, così come il prigioniero tornato in patria riacquista per diritto di postliminio gli *iura sui heredis*, così pure il deportato riacquistava tali *iura* se «*per omnia in integrum indulgentia principali restituantur*»¹⁰¹. La posizione di Paolo sarebbe, quindi, perfettamente identica a quella assunta al riguardo da Papiniano e Ulpiano¹⁰². Il brano è stato criticato nella sua prima parte e, quindi, non si può escludere che anche nel tratto che ci riguarda vi possano essere state aggiunte tarde¹⁰³.

¹⁰⁰ Per tale motivo non sembra che rivestano un particolare valore in una siffatta questione i testi di Ulpiano dai quali emerge il suo favore al riacquisto di altri diritti di cui il *restitutus* godeva prima della condanna che B. SANTALUCIA, *Note*, cit., 138 ss., adduce a sostegno della sua ipotesi.

¹⁰¹ Paul. Sent. 4.8.22(24): *Ab hostibus captus neque sui neque legitimi heredis ius amittit postliminio reversus. Quod et circa eos, qui in insulam deportantur [vel servi poenae effecti sunt], placuit observari, si per omnia in integrum indulgentia principali restituantur.*

¹⁰² Così conclude B. SANTALUCIA, *Note*, cit., 140 ss.

¹⁰³ L'espressione «*Ab hostibus captus neque sui neque legitimi heredis ius amittit postliminio reversus*» è stata giudicata «barocca e criticabile» da A. GUARINO, *Giavoleno e il 'ius postliminii?*, in *ZSS*, 61, 1941, 58 ss., ora in ID., *Pagine di diritto romano*, V, 1994, 174, da cui si cita. Tale giudizio è stato condiviso da S. SOLAZZI, *Il concetto del 'ius postliminii?*, in *Scritti in onore di C. Ferrini*, II, Milano 1947, 288 ss., ora in ID., *Scritti*, cit., 568, per il quale le parole «*postliminio reversus*» sarebbero state probabilmente aggiunte in un momento

Peraltro, non si dispone di altri passi di Paolo con i quali confrontare il brano dell'antologia appena riferito per poter avvalorare l'ipotesi che esso rifletta il pensiero autentico del giurista. In definitiva, se si considera che il testo delle *Pauli Sententiae*, opera la cui paternità è stata molto dibattuta¹⁰⁴, rappresenta l'unica base testuale su cui si fonda la tesi della falsità della nota paulina alla *sententia* di Papiniano richiamata dalla cancelleria costantiniana, non sembra che esso rappresenti una prova esaustiva nel senso di una convergenza di pensiero fra Paolo e Papiniano¹⁰⁵.

A nostro avviso, le prove addotte per affermare con certezza che la posizione di Paolo e Ulpiano fosse identica a quella di Papiniano e che, di conseguenza, le annotazioni alla sua *sententia* di cui disponeva la cancelleria imperiale fossero apocrife non sembrano particolarmente solide. Del resto, sotto un profilo generale, una disparità di opinioni giurisprudenziali su questo specifico aspetto non sorprende se si considera che Gordiano e Diocleziano emanarono – come si è esaminato – rescritti in contrasto con il pensiero papiniano. Non s'intende ovviamente sminuire con una tale affermazione la portata del fenomeno della falsificazione dei testi giurisprudenziali nell'epoca considerata, ma soltanto rilevare come sembri eccessivo affermare con riguardo alla nostra *lex* che ne rappresenti «uno dei momenti cruciali»¹⁰⁶.

successivo per mettere d'accordo tale brano con quello riferito in Paul. Sent. 2.25.1. Al riguardo v. ora S. BARBATI, *Sui presupposti*, cit., 672, nt. 181. Per quel che riguarda in particolare la genuinità della locuzione *per omnia*, che si trova nella sezione del testo rilevante ai fini della tesi qui discussa, v. S. SOLAZZI, *Per la storia*, cit., 525.

¹⁰⁴ Sul tema v. ora l'ampia analisi di I. RUGGERO, *Ricerche*, cit., la quale, sulla base dell'analisi di una serie di argomenti prevalentemente criminalistici, ha concluso nel senso di non escludere che in linea di principio Paolo stesso abbia composto un'opera intitolata *Sententiae*, invitando quanti non siano d'accordo a riconoscere comunque che i materiali utilizzati nello scritto sono stati raccolti, per la pubblicazione, nel corso della generazione immediatamente successiva.

¹⁰⁵ Per S. SOLAZZI, *Per la storia*, cit., 525 s., tale certezza non è conseguibile nemmeno alla luce di quanto Paolo affermava nel brano riportato in D. 48.23.4 circa il risorgere a seguito di *indulgentia principis* dei *iura agnationis* del padre (cui corrispondono i *iura cognationis* della madre) trattandosi a suo avviso di un passo fortemente alterato.

¹⁰⁶ Le parole sono di B. SANTALUCIA, *Note*, cit., 137.

Ci si può chiedere, tuttavia, quale valore avesse realmente l'espressione '*remotis Ulpiani atque Pauli notis*' nello specifico contesto della nostra *lex*. Si apre così la strada per affrontare la terza e ultima questione.

7.3 Il rifiuto delle annotazioni pauline e ulpianee a Papiniano nella *lex* riprodotta in CTh 9.43.1 pr. è sembrato superfluo e inopportuno, soprattutto per l'esistenza di una precedente legislazione in senso diverso che avrebbe avuto più senso richiamare all'atto della sua abrogazione¹⁰⁷. Tale osservazione era stata formulata, in realtà, per sciogliere i legami individuati fra CTh. 9.43.1 e CTh. 1.4.1, reputando la radicale censura contenuta nella seconda come suggerita da una valutazione complessiva e profonda delle note di Ulpiano e Paolo¹⁰⁸ e non «dall'impulso irreflessivo di un'occasione»¹⁰⁹. In questa prospettiva, le parole '*remotis Ulpiani atque Pauli notis*' di CTh. 9.43.1. pr. sono state considerate una probabile aggiunta dei compilatori del Teodosiano¹¹⁰, i quali, letta la lode tributata alla *sententia* di Papiniano, si sarebbero ricordati del generale divieto di usare le note pauline e ulpianee a tale giurista pronunciato dallo stesso Costantino nella *lex* da loro posizionata in CTh. 1.4.1 e, quindi, lo

¹⁰⁷ V. nt. 35. S. SOLAZZI, *Per la storia*, cit., 524, provocatoriamente si è domandato se Costantino fu «assalito da un attacco di nervi perché Ulpiano e Paolo si erano permessi di dissentire da Papiniano in maniera opinabile e senza grave danno, potendo l'imperatore far sorgere la patria potestà con una concessione particolare? O egli sfogava più acerbamente il cruccio sui giuristi in quanto non voleva rivolgere le rampogne contro i predecessori nel trono imperiale?».

¹⁰⁸ Il motivo più realistico del divieto costantiniano riportato in CTh. 1.4.1 è stato ravvisato da F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it., Firenze, 1968, 396 ss., nella circostanza che tali annotazioni erano in parte apocrife e in parte riproduzioni alterate di ciò che gli scrittori classici avevano realmente scritto. Nell'accogliere questa tesi, B. SANTALUCIA, *Note*, cit., 144 s., ha precisato che comunque non si possa procedere a un'indiscriminata censura di tutte le note pauline e ulpianee conservate nelle fonti in nostro possesso, come voluto da S. SOLAZZI, *Per la storia*, cit., 525.

¹⁰⁹ L'espressione è di S. SOLAZZI, *Per la storia*, cit., 525.

¹¹⁰ Sulle interpolazioni nel Codice Teodosiano, da intendersi come quelle modifiche effettuate dai suoi stessi compilatori, sempre fondamentali i lavori di O. GRADENWITZ, *Weitere Interpolationen im Theodosianus*, in *ZSS*, 38, 1913, 63 ss. e S. SOLAZZI, *Glossemi e interpolazioni nel Codice Teodosiano*, in *SDHI*, 10, 1944, 208 ss., ora in *ID.*, *Scritti*, cit., 473 ss.

avrebbero riportato anche nel contesto più particolare di CTh. 9.43.1 pr.¹¹¹.

Si tratta certamente di un rilievo interessante per la sua ricaduta anche sul discorso circa l'esistenza di un reale *ius controversum* fra i giuristi severiani sulla specifica questione trattata nel testo in esame. Infatti, se l'espressione incriminata fosse stata un'interpolazione, ne conseguirebbe che perde di valore l'unica prova su cui si fonda l'ipotesi di un contenuto diverso delle *notae* di Paolo e Ulpiano rispetto alla *sententia* di Papiniano. Approfondendo quindi tale spunto, è stato possibile individuare un altro profilo rispetto all'unica considerazione della superfluità e inopportunità dell'espressione '*remotis Ulpiani atque Pauli notis Papiniani*' che potrebbe avvalorare l'ipotesi secondo la quale essa sia stata aggiunta in un secondo momento. Quel che sorprende, in effetti, è la formulazione generica che allude ad annotazioni critiche all'intera opera papiniana in un contesto riferito, però, a una specifica opinione di Papiniano espressa in uno dei suoi scritti. A tale riguardo, sappiamo che secondo Gotofredo e Lenel si trattava di un passo delle sue *Quaestiones*¹¹². Se ripensiamo al richiamo indistinto al *corpus Papiniani* alla luce di questo dato, emerge però un'antinomia. Infatti, dalla tradizione delle stesse *notae* a Papiniano così come ci provengono dal Digesto e dai cd. *Fragmenta Berolinensia* e *Parisiensia*, siamo a conoscenza del fatto che i *Responsa* di Papiniano furono annotati da Paolo e Ulpiano, mentre le *Quaestiones* risultano annotate dal solo Paolo¹¹³, in uno scritto che potrebbe essere stato inizialmente pubblicato in modo separato e solo successivamente combinato insieme in una sorta di nuova edizione dell'opera¹¹⁴. Non abbiamo notizia, quindi, dalle fonti di cui disponiamo dell'esistenza di note di Ulpiano proprio all'opera alla quale doveva appartenere la *sententia* richiamata dalla cancelleria costantiniana. Tale rilievo autorizza due congetture: che l'opera da cui è stata tratta la *sententia* riferita dalla

¹¹¹ Così S. SOLAZZI, *Per la storia*, cit., 525.

¹¹² V. *supra* § 5.

¹¹³ Si v. F. SCHULZ, *Storia*, cit., 396, e l'accurato studio di B. SANTALUCIA, *Note*, cit., 49 ss.

¹¹⁴ L'edizione bizantina delle *Quaestiones* di Papiniano conteneva *notae* di Paolo (come si evince dall'*Index Florentinus*), ma ciò non esclude che la fusione sia avvenuta in un secondo momento: su tale questione v. ora U. BABUSIAUX, *Papinians*, cit., 8.

cancelleria costantiniana non sia stata la sua raccolta di *problemata*, ossia le *Quaestiones*; oppure che l'espressione '*remotis Ulpiani atque Pauli notis Papinian?*', nella sua genericità e con il suo riferimento anche a Ulpiano, possa essere stata inserita dai compilatori di Teodosio II.

La prima possibilità sembra meno probabile, perché la scelta palinogenetica compiuta da Gotofredo e Lenel presenta – come si è esaminato – una sua ragionevolezza¹¹⁵. Pertanto, considerata l'inesistenza di *notae* ulpianee alle *Quaestiones*, resta quale ipotesi più plausibile quella secondo la quale la generica messa al bando delle annotazioni sia di Paolo, sia di Ulpiano a Papiniano in CTh. 9.43.1 pr. sia stata aggiunta dei commissari teodosiani su suggestione del contenuto della *lex* costantiniana posta in CTh. 1.4.1. Naturalmente, non s'intende con ciò escludere che Paolo possa aver annotato la specifica *sententia* papiniana menzionata nella nostra *lex* e che – come già precisato – vi possa essere stato un dissenso fra la sua opinione e quella di Papiniano; dissenso di cui, per le vicende legate alla *recitatio* in giudizio dei testi giurisprudenziali, sarebbe giunta eco alla cancelleria costantiniana investita della *quaestio testamenti* qui discussa e risolto privando di valore la specifica annotazione paulina. Tuttavia, deve riconoscersi almeno che l'espressione '*remotis Ulpiani atque Pauli notis Papinian?*' così come formulata non risulta corretta per il suo richiamo anche alle *notae* di Ulpiano e, dunque, potrebbe essere stata frutto di un intervento dei compilatori teodosiani sul testo originario condizionati – appunto – dalla censura di carattere generale delle *notae* a Papiniano non solo pauline, ma anche ulpianee. Ad ogni modo, anche a voler condividere una tale ricostruzione resta comunque valida l'idea, suggerita dal brevissimo intervallo di tempo fra due disposizioni in CTh. 9.43.1 e CTh. 1.4.1, di un loro collegamento ideale quanto meno nel senso di rappresentare un'ulteriore testimonianza della diffusa inclinazione propria dell'epoca verso gli scritti di Papiniano, particolarmente prediletti e resi oggetto di studio in Occidente come in Oriente¹¹⁶.

¹¹⁵ Come si è verificato *supra* § 5.

¹¹⁶ Al riguardo v. A.M. GIOMARO, *La presenza*, cit., 7 ss.

8. Considerazioni conclusive sui §§ 2-3

Un accenno, quale conclusione di questo lavoro, meritano le prescrizioni che seguono il tratto della *lex* costantiniana esaminata, le quali – come si è precisato – non sollevano particolari questioni, ma sono significative in quanto espressione della nuova concezione costantiniana dei poteri del *pater familias*.

Il § 2 inizia con un’affermazione che nella scansione del passo si ricollega al § 1 per contrapporre il suo contenuto a quello relativo a un’altra categoria di figli del deportato che sia stato graziato e reintegrato nei *bona* e nella *dignitas*, ossia «*Minores enim aetate iure quicquam agere prohibentur*»¹¹⁷. In considerazione della fusione oramai netta fra *tutela impuberum* e *cura minorum* in epoca costantiniana, alla quale andrebbe imputata non solo la confusione concettuale fra *pupillus* e *minor XXV annis*, ma più in generale il tramonto dell’univocità della terminologia in campo di minore età¹¹⁸, si è sostenuto che i *minores* cui si riferisce il § 2 siano tutti i *fili familias* minori di venticinque anni¹¹⁹, come si legge peraltro nei Basilici¹²⁰. Vero è che nella *lex* si richiamano poi soltanto i tutori, per cui sembrerebbe riferita ai pupilli. Tuttavia, nella struttura del

¹¹⁷ CTh. 9.43.1.2: *Minores enim aetate iure quicquam agere prohibentur. Quibus si damnato patre tutor datus est, necesse est, ut ab officio recedat regresso eo, quem non solum nomine redire, sed etiam officium suum nulla pravitate corruptum liberis praebere oportet, ut eorum bona tueatur et augeat. Nam si patria potestate ad corrumpendi atque effundendi patrimonii licentiam abutetur, ut furioso ac dementi, item prodigo, libidinum omnium vitiorumque servo non est eorum pecunia committenda: ab administratione fugiat: neque tutor esse desinat omniaque minoris dispendia suis ipse damnis praestet. Sententia vero deportaionis nullo patrem praecudio deminuat. Quem si conperta integritas ut natura, ita officio liberis restituerit, ei gubernacula rerum tradenda sunt, cuius ad imitationem publici iuris provisiva custodia est. Quae nisi bonis patribus detur, luctuosior erit reditus quam discessus.*

¹¹⁸ Sul quale v. C. DUPONT, *Les Constitutions*, cit., 207 ss.; M. SARGENTI, *Il diritto privato*, cit., 153 ss.; M. AMELOTTI, *Per l’interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano*, Milano, 1960, 145 ss.; B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 515 s.; G. CERVENCA, *Studi*, cit., 270 ss.; C. FAYER, *La ‘familia’ romana: aspetti giuridici ed antiquari*, Roma, 1994, 588.

¹¹⁹ Così, a ragione, G. CERVENCA, *Studi*, cit., 271 s., contro la diversa ipotesi di C. DUPONT, *Les Constitutions*, cit., 208, e M. SARGENTI, *Il diritto*, cit., 156, per i quali questo testo si sarebbe riferito ai soli *pupilli*.

¹²⁰ V. nt. 45.

discorso i *minores* del testo sono chiaramente contrapposti a coloro *cuius consilia legitima aetas firmaverat* (§ 1), ossia gli ultraventicinquenni, secondo una scansione che rende particolarmente plausibile l'ipotesi secondo la quale il termine *tutor* sarebbe stato usato in modo non tecnico, cioè comprensivo anche di *curator*, come del resto è possibile riscontrare in altri luoghi della legislazione costantiniana¹²¹. Non vi è dubbio, comunque, che in epoca successiva tale disciplina sia stata applicata anche ai curatori se la relativa *Interpretatio* prevedeva esplicitamente entrambe le figure¹²², lì dove nei Basilici si richiamano i soli *curatores*¹²³.

Si è voluta riconoscere nell'esordio del § 2 la portata di principio generale al quale ricollegare l'introduzione da parte di Costantino della curatela come generale e obbligatoria per tutti i minori di venticinque anni¹²⁴. In realtà, tale affermazione sembra eccessiva per due ordini di motivi. Innanzitutto, deve considerarsi che il divieto di *quicquam agere* non riguardava gli atti compiuti dai minori in generale, ma soltanto quelli degli infraventicinquenni che fossero *filii familias*¹²⁵. Inoltre, sembra di ostacolo il tenore del richiamo ai *minores* nell'espressione considerata dato che non è affatto generale per trattarsi di una normativa relativa ai soli atti compiuti dai figli mentre il padre era deportato¹²⁶.

¹²¹ Si v., come esempio, la *lex* costantiniana riportata in CTh. 2.16.1: *In integrum restitutione minoribus adversus venditiones et adversus tutorum insidias sanctionum praesidio cautum esse non dubium est ...*

¹²² INTERPRETATIO: ... *qui tamen si pro aetate vel pro absentia patris aut tutores aut curatores acceperint ...*

¹²³ Bas. 60.68.17 Scheltema VIII, 3129, 11-14: *Εἰ δὲ καὶ κηδεμὼν αὐτῶ ὀνομάσθῃ μετὰ τὸν περιορισμὸν τοῦ πατρὸς κτησαμένου τοῦ παιῶ ἀπεξούσιον, παυθήσεται, εἰ μὴ ἄρα ὑποστρέψας ἐκ τοῦ περιορισμοῦ ὁ πατὴρ ἀσώτως καὶ ἀφειδῶς ἀναλίσκεῖ τὰ πράγματα.* [Hb. V, pp. 915-916: *Sed et si curator ei nominetur post deportationem patris filium habentis in potestate, curator esse desinet, nisi reversus ab exilio pater prodigo ac dissolute consumat bona*].

¹²⁴ Di questo avviso C. DUPONT, *Les Constitutions*, cit., 208; M. SARGENTI, *Il diritto*, cit., 172 ss.

¹²⁵ Nel suo commento alla *lex*, J. GOTHOFREDUS, *Codex*, cit., *ad b. l.*, ha affermato con molta chiarezza che la frase '*Minores-prohibentur*' è riferita «ad illa superiora 'per filium, cuius consilia legitima firmaverat'».

¹²⁶ Lo precisa G. CERVENCA, *Studi*, cit., 272.

Il provvedimento prosegue affermando che il tutore doveva recedere dal suo incarico e ribadisce che il *pater* avrebbe riacquisito la sua *potestas*, qui definita a livello formale come un *officium ad imitationem publici iuris*¹²⁷. Considerata un potere spettante al padre per diritto di natura («... *ut natura ita officio liberis restituerit...*»)¹²⁸, non si ammetteva che fosse scalfibile dalla condanna alla deportazione¹²⁹. La cancelleria di Costantino ribadisce, in buona sostanza, quanto riconosciuto già nel *principium* allorquando ha ritenuto valida la *sententia* di Papiniano lasciandone ora trapelare la ragione. Nel caso specifico, un tale *officium* aveva quale fine quello di *tuere e augere i bona* dei figli alla stessa stregua di un tutore. Non a caso, dunque, si stabiliva che, qualora il padre avesse iniziato a dilapidare il patrimonio dei figli come un *furiosus* o un *demens* o, ancora, un *prodigus*, gli dovesse essere sottratta la sua amministrazione per essere riaffidata al tutore, obbligandolo peraltro al risarcimento del danno causato. Un tale contenuto lascia emergere in modo evidente l'intento di tutelare il patrimonio dei figli, assimilando sotto questo profilo la *patria potestas* e la tutela¹³⁰.

¹²⁷ D. DALLA, *Aspetti della patria potestà e dei rapporti tra genitori e figli nell'epoca postclassica*, in *AARC*, 7, 1988, 94, pone in rapporto la qualifica di *officium* della *patria potestas* contenuta in CTh. 9.43.1.2, con espressioni quali *ratio humanitatis*, *affectus pietatis*, *reverentia*, *pietas*, *religio naturae*, *misericordia sanguinis*, che mostrerebbero l'influenza, sebbene non esclusiva, del cristianesimo e che sarebbero rilevanti soprattutto sul piano del costume. Diversamente, per P. GARBARINO, *Sulle tracce*, cit., 390, il riferimento a *officium* nella costituzione in esame, in cui si esalta il contenuto di doverosità del potere del padre, non avrebbe un rilievo meramente etico, ma soprattutto giuridico date le conseguenze che ne discendono.

¹²⁸ Sempre fondamentale in materia B. BIONDI, *Diritto romano cristiano*, II. *La giustizia. Le persone*, Milano, 1952, 65 s. Sulla legislazione costantiniana quale momento decisivo nella trasformazione dei poteri del *pater* v. essenzialmente C. DUPONT, *Les Constitutions*, cit., 129 ss.; M. SARGENTI, *Il diritto*, cit., 85 ss.; P. GARBARINO, *Sulle tracce*, 384 ss. Si considerino, inoltre, le interessanti considerazioni di A. MARCONE, *Conclusioni*, in *La famiglia tardoantica: società, diritto, religione*, a cura di V. Neri e B. Girotti, Milano, 2016, 286 ss.

¹²⁹ Per S. BARBATI, *Sui presupposti*, cit., 752, tale asserzione ha valore «topico e va letta in connessione con quanto precede, cioè che il deportato riacquista la potestà sui discendenti e l'eventuale tutore che fosse stato dato deve 'recedere' dall'ufficio».

¹³⁰ Come sottolinea P. GARBARINO, *Sulle tracce*, cit., 384 ss.

Nel § 3 si precisa che il provvedimento di *indulgentia principis* aveva quale effetto sia la *restitutio*, sia la correzione della pena, ribadendo in modo prolisso che le misure adottate si riferivano all'ipotesi in cui il condannato fosse stato pienamente riabilitato¹³¹. La *lex* termina con un riferimento all'*emancipatio*, collegata alla *legitima aetas*¹³², che si presenta come il sintomo del nuovo favore verso tale istituto, che quasi veniva a supplire la mancanza nel mondo romano di una maggiore età in grado di liberare automaticamente dalla *patria potestas*¹³³. Vi si dispone, infatti, che i servizi (*officia*) dovuti al padre non erano solo resi in previsione dell'emancipazione, «*sed lenitatis paternae testem habeant*»¹³⁴. Nel IV secolo d.C., quindi, sembra essersi affermata l'idea secondo la quale il figlio che fosse stato sempre ubbidiente nei confronti del padre avesse diritto a essere emancipato con il raggiungimento dei venticinque anni d'età.

ABSTRACT

Il lavoro esamina un tratto di lungo provvedimento di Costantino (riportato in CTh. 9.43.1) nel quale si disciplinano gli effetti della *indulgentia principis* con *restitutio* nei *bona* e nella *dignitas* in relazione alla *patria potestas* di cui un soggetto era titolare prima di essere condannato alla deportazione. Il motivo per il quale si è concentrata l'attenzione solo

¹³¹ CTh. 9.43.1.3: *Ideoque tantum ad restitutionem indulgentia valeat, quantum ad correctionem sententia valuit. Utque deportationis ipsum per se nomen rerum omnium spoliatio est, ita indulgentia reditus bonorum ac dignitatis uno nomine amissorum omnium sit recuperatio. Et filii emancipationem a patribus officiis petant, ut libertatem non damnationis, sed lenitatis paternae testem habeant.*

¹³² Come avviene anche nella *lex* collocata in CTh. 8.12.2 (a. 319): ... *ut, cum aetates legitimae liberorum ad emancipationem parentes invitaverint...*

¹³³ Al riguardo v. C. DUPONT, *Les Constitutions*, cit., 163; A.J.B. SIRKS, *Emancipazione come rite de passage*, in *Ravenna Capitale. Disciplina degli atti negoziali 'inter vivos' nelle fonti di IV-VII secolo*, in *Occidente*, Santarcangelo di Romagna, 2019, 184 s.

¹³⁴ Tali parole sono state ritenute emblematiche dello spirito cristiano che avrebbe permeato la *patria potestas* con Costantino, addolcendone l'originaria rigidità: B. BIONDI, *Diritto romano cristiano*, II, cit., 65; M.A. DE DOMINICIS, *Studio*, cit., 329, nt. 3; M. ROBERTI, '*Patria potestas*' e '*paterna pietas*'. *Contributo allo studio dell'influenza del cristianesimo sul diritto romano*, in *Studi in memoria di A. Albertoni*, I. *Diritto romano e bizantino*, a cura di P. Ciapessoni, Padova, 1934, 259 ss.

sul *principium* e sul § 1 di tale *lex* si fonda sul rilievo che vi si incrociano due piani del discorso, quello della fattispecie sostanziale occasionata da una *quaestio testamenti* e quello del richiamo, quale sua soluzione, alla tradizione giurisprudenziale (in particolare, a una *sententia* di Papiniano e alle *notae* di Paolo e Ulpiano a tale giurista); piani che sollevano entrambi diverse problematiche. Si è scelto, pertanto, di esaminare le questioni attinenti al duplice profilo del testo nel loro insieme e tentare così sia di rischiarare alcune zone d'ombra che ancora avvolgono la soluzione della *quaestio testamenti*, sia di vagliare la genuinità dei riferimenti alla tradizione giurisprudenziale e la possibile fedeltà delle suddette *notae* al pensiero originario dei rispettivi giuristi in relazione allo specifico caso considerato.

The work examines a section of Costantine's long provision (reported in CTh. 9.43.1) which governs the effects of *indulgentia principis* with contextual *restitutio* in the *bona* and *dignitas* in relation to the *patria potestas* of which a subject was the holder before being sentenced to deportation. The reason for which attention has been concentrated only on *the principium* and § 1 of this *lex*, is based on the significance that two levels of the discourse intersect; that of the substantial case occasioned by a *quaestio testamenti* and that of the reference, as his solution, to the jurisprudential tradition (in particular, to a *sententia* by *Papinianus* and to the *notae* by *Paulus* and *Ulpianus* to this jurist). These plans both, raise different issues. It was therefore decided that they be examined as a whole. This way, both attempt to illuminate some shadow areas that still surround the solution of the question testaments, and to assess the genuineness of the reference to the possible fidelity of the aforementioned *notae* to the original thought of the respective jurist in relation to the specific case considered.

PIERA CAPONE
piera.capone@unina.it

