

C. 4.44.2 e 8: rescissione per lesione enorme o restitutio in integrum propter aetatem?

I. Il principio classico della libera contrattazione del prezzo

In epoca classica la fissazione del prezzo era lasciata alla libera contrattazione fra le parti, le quali potevano addirittura *se circumvenire* o *se circumscribere*, senza che questo avesse alcuna conseguenza sulla validità della compravendita¹. Se il prezzo era determinato dalle parti in una situazione di libertà contrattuale, nel senso che nessuna circostanza aveva perturbato tale determinazione – quale poteva essere un raggio², una minaccia o la minore età di uno dei contraenti³ – tale accordo non poteva essere rimesso in discussione in ragione di un prezzo troppo basso⁴.

È vero che già nel periodo classico in particolari fattispecie era previsto che la vendita dovesse avvenire *iusto pretio*⁵; si trattava, tuttavia, di casi in cui non

¹ D. 4.4.16.4 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Idem Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire*; D. 19.2.22.3 (Paul. 34 *ad ed.*): *Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est*. Sul tema cfr. Th. Mayer-Maly, *Privatautonomie und Vertragsethik im Digestenrecht*, in *Iura* 6, 1955, 128 ss.; A. Fernández de Buján, *El precio como elemento comercial en la 'emptio-venditio' romana*, Madrid 1993; D.R. Göttlicher, *Auf der Suche nach dem gerechten Preis. Vertragsgerechtigkeit und 'humanitas' als Daueraufgabe des römischen Rechts*, Göttingen 2004, 25 ss.; A. Diaz-Bautista Cremades, *Algunas consideraciones sobre la formación del concepto de 'iustum pretium' en derecho romano clásico*, in *Sem. Compl.* 27, 2015, 307 ss.

² D. 19.2.23 (Herm. 2 *iuris epit.*): *Et ideo praetextu minoris pensionis, locatione facta, si nulus dolus adversarii probari possit, rescindi locatio non potest*. Cfr. M. Brutti, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana* 1, Milano 1973, 63; A. Wacke, 'Circumscribere', *gerechter Preis und die Arten der List*, in *ZSS.* 94, 1977, 184; M. Talamanca, *La 'bona fides' nei giuristi romani: 'Leerformel' e valori dell'ordinamento*, in L. Garofalo (a c. di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese* 4, Padova 2003, 1 ss.

³ Cfr. D. 4.4.9 (Ulp. 35 *ad ed.*); C. 2.36(37).1 (Impp. Sev. et Antonin., a. 200).

⁴ Altre limitazioni alla libertà delle parti riguardavano casi in cui il negozio poteva essere simulato o in frode alla legge, come nelle ipotesi di donazione tra coniugi contemplate in D. 18.1.38 (Ulp. 7 *disp.*) e D. 24.1.5.5 (Ulp. 32 *ad Sab.*); su questi testi v., da ultimo, R. Scevola, 'Negotium mixtum cum donazione'. *Origini terminologiche e concettuali*, Padova 2008, 178 ss.

⁵ «La più o meno precisa corrispondenza del prezzo concordato al valore di mercato poteva avere, sotto diversi aspetti, rilevanza giuridica anche nel periodo classico, e per indicare tale prezzo di mercato si ricorreva ad espressioni come *iustum* od *aequum pretium* (od *aestimatio*), le quali non possono essere, in sé, sospettate»: così M. Talamanca, s.v. *Vendita (dir. rom.)*, in *ED.* 46,

vi era una libera contrattazione tra le parti, come nelle vendite fiscali⁶, ovvero nella vendita di cose ereditarie deteriorabili⁷.

In alcuni casi la differenza fra il corrispettivo pattuito e il prezzo di mercato poteva portare all'invalidità del negozio, ma sempre e soltanto in concorso con altri elementi⁸, in particolare con la minore età di uno dei contraenti⁹; una *restitutio in integrum* era ammessa perfino contro una vendita fiscale, se il prezzo fosse stato fortemente inferiore rispetto a quello reale e si fosse in presenza di un venditore minorenne e di un comportamento scorretto da parte del funzionario fiscale¹⁰.

L'istituto della rescissione per lesione enorme si ritiene sia stato introdotto da due notissimi rescritti di Diocleziano, riportati in C. 4.44.2 del 285 d.C. e C. 4.44.8 del 293 d.C.; lo studio di questi testi rappresenta un privilegiato ambito di riflessione metodologica, trattandosi di una delle questioni in cui più forte e quasi indiscussa è la presenza di modifiche testuali. Anche se sull'argomento si è a lungo esercitata la dottrina romanistica¹¹, sbizzarrendosi in molteplici ipote-

1993, 368. Cfr. Genzmer, *Die antiken Grundlagen* cit. 45 ss.; P. de Francisci, '*Iustum pretium*', in *Studi in onore di U. E. Paoli*, Firenze 1955, 211 ss.; K. Visky, *Die Proportionalität von Wert und Preis in den römianistischen Rechtsquellen des III. Jahrhunderts*, in *RIDA*. 16, 1969, 366 ss.; A. Salomone, '*Venditio donationis causa*', Torino 2017, 34 s. Riteneva, invece, giustinianeî tutti i riferimenti al *iustum pretium* Albertario, '*Iustum pretium*' cit. 406 s.

⁶ Cfr. D. 18.5.9 (Scaev. 4 *dig.*); D. 49.14.3.5 (Call. 3 *de iur. fisc.*).

⁷ Cfr. D. 28.8.5.1 (Ulp. 70 *ad ed.*). Lo stesso testatore può, del resto, disporre esplicitamente che l'erede sia tenuto a vendere *iusto pretio*: cfr. D. 30.66 (Gai. 18 *ad ed. prov.*).

⁸ Non mi pare si possa concordare con P. Sciuto, *Sulla c.d. rescissione per lesione enorme*, in *Labeo* 46, 2000, 419, quando afferma che: «si cominciava... a sentire l'esigenza – in casi eccezionali e per superiori ragioni di giustizia ed equità – di infrangere quelle che erano le più comuni ed elementari regole vigenti in materia di libertà negoziale... Si andava cioè affermando una nuova e più ampia visione giuridica per cui anche l'intangibile arbitrio delle parti contrattuali poteva subire delle limitazioni giustificate dalla necessità di evitare eccessivi squilibri patrimoniali tra di esse».

⁹ Cfr. D. 4.4.27.1 (Gai. 4 *ad ed. prov.*) e D. 4.4.49 (Ulp. 35 *ad ed.*).

¹⁰ C. 2.36.1 *Impp. Sev. et Antonin. AA. Longino: Si Probus in minore aetate constitutus circumventus a Rufino dispensatore nostro venditionem rei praecipiti animo pretio longe minore contrahere festinavit, iuris publici fiscus noster in iure restitutionis sequetur auctoritatem*. D. Id. Oct. Severo et Victorino cons. (a. 200).

¹¹ Sul tema v. E. Zachariae von Lingenthal, *Zur Lehre von der 'laesio enormis'*, in *ZSS*. 4, 1883, 59; H. Monnier, *Etudes de droit byzantin*, in *RHD*. 24, 1900, 181 ss.; E. Benedettini, *Rescissione della vendita per causa di lesione. Appunti di storia e di legislazione comparata*, in *AG*. 84, 1910, 270 ss.; S. Brassloff, *Zur Lehre von der 'laesio enormis' im byzantinischen Recht*, in *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 27, 1912, 261 ss.; L. Landucci, *La lesione enorme nella compra vendita*, in *Atti del R. Istituto Veneto di Scienze Lettere ed Arti* 85, 1916, 1194 ss.; L. Andrich, *Sull'origine della lesione enorme nella compra e vendita; a proposito di un recente esame storico-critico fatto da Lando Landucci*, in *RISG*. 63, 1919, 3 ss.; E. Albertario, '*Iustum pretium*' e '*iusta aestimatio*', in *BIDR*. 31, 1921, 1 ss. [= *Studi di diritto romano* 3, Milano 1936, 403 ss., da cui le successive citazioni]; S. Solazzi,

si ricostruttive, ritengo che il tema possa ancora essere indagato proficuamente, pur senza la pretesa di risolvere tutti gli interrogativi in materia, alcuni dei quali, allo stato delle fonti, non possono che restare avvolti nell'ombra.

L'origine storica della rescissione per lesione enorme, in *BIDR.* 31, 1921, 53 ss.; E. Carrelli, *C. 2.36.1 e 3 e l'origine della rescissione per 'laesio enormis'*, in *SDHI.* 3, 1937, 446 ss.; R. Dekkers, *La lésion énorme. Introduction à l'histoire des sources du droit*, Paris 1937, 15 ss.; E. Genzmer, *Die antiken Grundlagen der Lehre vom gerechten Preis und der 'laesio enormis'*, in *Deutsche Landesreferate zum II. Kongress für Rechtsvergleichung im Haag 1937*, Berlin-Leipzig 1937, 45 ss.; H. F. Jolowicz, *L'origine de la 'laesio enormis'*, in *Introduction a l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'E. Lambert* 1, Paris 1938, 185 ss.; P.S. Leicht, *'Laesio enormis' e 'iustum pretium'*, in *Studi in onore di C. Calisse* 1, Milano 1940, 37 s.; G. Mirabelli, *La rescissione del contratto*, Napoli 1951, 4 ss.; K. Visky, *Appunti sulla origine della lesione enorme*, in *Iura* 12, 1961, 40 ss.; Id., *Die Proportionalität* cit. 355 ss.; K. Hackl, *Zu den Wurzeln der Anfechtung wegen 'laesio enormis'*, in *ZSS.* 98, 1981, 147 ss.; A. Watson, *The Hidden Origins of Enorm Lesion*, in *Journal of Legal History* 2, 1981, 186 ss.; Th. Mayer-Maly, *Renaissance der 'laesio enormis'?*, in *Festschrift K. Lorenz*, München 1983, 395 ss.; A. J. B. Sirks, *Quelques remarques sur la possibilité d'une règle dioclétienne sur la rescission d'une vente à cause de lésion énorme*, in *AARC.* 5, 1983 39 ss.; Id., *La 'laesio enormis' en droit romain et byzantin*, in *TJ.* 53, 1985, 291 ss.; T. Klamí, *«Laesio enormis» in Roman Law?*, in *Labeo* 33, 1987, 48 ss.; O. Stanojevic, *'Laesio enormis' e contadini tardoromani*, in *AARC.* 8, 1990, 217 ss.; Th. Mayer-Maly, *'Pactum', Tausch und 'laesio enormis' in den sog. 'leges Barbarorum'*, in *ZSS.* 108, 1991, 226 s.; A. J. B. Sirks, *Diocletian's Option for the Buyer in case of Rescission of a Sale*, in *TJ.* 60, 1992, 39 ss.; C. Becker, *Die Lehre von der 'laesio enormis' in der Sicht der heutigen Wücherproblematik*, Köln-Berlin-Bonn-München 1993, 10 ss.; A. Obarrio Moreno, *La 'laesio enormis' y su recepción*, in *Actas del II Congreso Iberoamericano de Derecho Romano* 2, Murcia 1998, 107 ss.; A. Montañana Casaní, *La rescisión por lesión. (Origen, evolución histórica y recepción en derecho moderno)*, Valencia 1999, 23 ss.; P. Sciuto, *Sulla c.d. rescissione per lesione enorme*, in *Labeo* 46, 2000, 404 ss.; J. Platschek, *Bemerkungen zur Datierung der 'laesio enormis'*, in *ZSS.* 98, 1981, 147 ss.; M. Pennitz, *Zur Anfechtung wegen 'laesio enormis' im römischen Recht*, in *'Iurisprudentia universalis'. Fs. Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag*, Köln-Weimar-Wien 2002, 584; R. Cardilli, *Alcune osservazioni su 'leges' epiclassiche e 'interpretatio': a margine di 'Impm. Diocl. et Maxim.' C. 4.44.2 e C. 4.44,8*, in *«Bona fides» tra storia e sistema*, Torino 2004, 113 ss.; P. Ziliotto, *La misura della sinallagmaticità: buona fede e 'laesio enormis'*, in L. Garofalo (a c. di), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, Padova 2007, 597 ss., [= L. Garofalo (a c. di), *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, Padova 2011, 407 ss., da cui le successive citazioni]; M. D. Parra Martín, *La rescisión del contrato en los rescriptos de Diocleciano. C. 4.44. 'de rescindenda venditione'. La 'laesio ultra dimidium'*, in *Revista general de derecho romano* 11, 2008; M. Martín-Casals, *From 'laesio enormis' to Unfair Advantage: a Shift in the Contractual Paradigm*, in *Festschrift E. Bucher*, Bern 2009, 499 ss.; P. Sciuto, *Concetti giuridici e categorie critiche: l'uso di 'rescindere' nell'esperienza di Roma antica*, Torino 2013, 241 ss.; D. Tuzov, *La 'rescissio' della compravendita nel diritto romano tardo classico e postclassico*, in L. Garofalo (a c. di), *'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di M. Talamanca* 2, Padova 2011, 837 ss.; T. Wallinga, *La 'laesio enormis' a través de la glosa*, in *Revista general de derecho romano* 16, 2011, 8 ss.; A. Grebieniow, *La laesio enormis e la stabilità contrattuale*, in *RIDA.* 61, 2014, 195 ss.; Id., *Rechtsfolgen der Übervorteilung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung der modernen Figuren der laesio enormis und ihrer historischen Grundlagen*, Zurich 2015; Id., *Die laesio enormis und der dolus re ipsa heute: die Verschuldensfrage*, in *TJ.* 85, 2017, 92 ss.

II. Il rescritto riportato in C. 4.44.2

Cominciamo dal rescritto del 285, probabilmente tramandato dal *codex Gregorianus* e redatto dallo stesso *magister libellorum* Gregorio¹²:

Impp. Diocl. et Maxim. AA. Aurelio Lupo C. 4.44.2: *Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituentem emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis, vel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies. minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.* PP. V Kal. Nov. Diocletiano A. II et Aristobulo cons. (a. 285).

Per il caso in cui un fondo di valore maggiore sia stato venduto a un prezzo minore, l'imperatore ritiene 'umano' che il venditore, restituito il prezzo, recuperi il fondo *auctoritate intercedente iudicis* oppure che, se il compratore lo preferisca, il venditore riceva ciò che manca al giusto prezzo; nel finale si precisa che il prezzo si può considerare minore solo se sia stata pagata meno della metà del *verum pretium*.

Le difficoltà testuali sono abbastanza evidenti e hanno fatto la felicità degli interpreti già a partire da Thomasius all'inizio del 1700¹³, le cui osservazioni sono state riprese da Gradenwitz¹⁴, seguito da molti autori nel corso del 1900¹⁵, anche se vi è stato chi ha difeso l'autenticità del rescritto¹⁶, opinione che tende a diffondersi negli ultimi anni¹⁷. Vediamo i principali punti critici.

¹² Cfr. D. Liebs, *Die Jurisprudenz im spätantiken Italien: (260-640 n. Chr.)*, Berlin 1987, 30 ss.; T. Honoré, *Emperors and Lawyers. With a palinogenesia of Third-century Imperial Rescripts: 193-305 AD*, Oxford 1994², 148 ss.; M.U. Sperandio, *Il 'Codex' delle leggi imperiali*, in *'Iuris vincula'*. Studi in onore di M. Talamanca 8, Napoli 2001, 122; Cardilli, *Alcune osservazioni* cit. 117.

¹³ Chr. Thomasius, *'De aequitate cerebrina legis II. Cod. de rescindenda venditione et eius usu practico'*, in *'Dissertationes Academicae'* 3, Halae 1706, 43 ss.; sull'interpretazione proposta dal giusnaturalista tedesco cfr. K. Luig, *Bemerkungen zum Problem des gerechten Preises bei Christian Thomasius*, in *Tradition und Entwicklung. Gedenkschrift J. Riederer*, Passau 1981, 167 ss.

¹⁴ *Interpolazioni* cit. 14 s.

¹⁵ Cfr. Brassloff, *Zur Lehre* cit. 261 ss.; Andrich, *Sull'origine* cit. 3 ss.; Solazzi, *Sull'origine* cit. 53 ss.; Albertario, *'Iustum pretium'* cit. 403 ss.; Dekkers, *La lésion* cit. 16 ss.; Genzmer, *Die antiken Grundlagen* cit. 25 ss.; Leicht, *'Laesio enormis'* cit. 37 s.; V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano* 1, Napoli 1956², 144 ss.; R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town-Deventer-Boston 1990, 259 ss.; Sirks, *La 'laesio enormis'* cit. 294 e nt. 25; Pennitz, *Zur Anfechtung* cit. 584.

¹⁶ Difese strenuamente l'originalità del rescritto Landucci, *La lesione* cit. 1194 ss. Cfr. Monnier, *Etudes* cit. 181 s.

¹⁷ V. Visky, *Appunti* cit. 42 ss.; Hackl, *Zu den Wurzeln* cit. 147 ss.; Th. Mayer-Maly, *Der gerechte Preis*, in *Fs. Demelius*, Wien 1973, 146; Id., *'Pactum'* cit. 213; Klami, *«Laesio enormis»* cit. 48 ss.; Sciuto, *Sulla c.d. rescissione* cit. 422 ss.; Pennitz, *Zur Anfechtung* cit. 575 ss.; Cardilli, *Alcune osservazioni* cit. 111 ss.; Göttlicher, *Auf der Suche* cit. 136.

Il testo si apre facendo riferimento a una cosa in generale, ma nel seguito si specifica trattarsi di un fondo (*Rem – fundum*); se ne è voluto desumere che in origine il responso sarebbe stato limitato alle compravendite di beni immobili, mentre i giustinianeî avrebbero cercato di ampliarne l'applicabilità a tutti i tipi di beni¹⁸.

All'inizio i venditori sembrano essere due, il richiedente del rescritto e suo padre (*tu vel pater tuus*), ma il verbo *distraxit*¹⁹ è al singolare e nella seconda parte del testo compare solo il figlio. Ne è derivata la supposizione che il riferimento al *pater* sia insiticio, perché il caso presentato dal supplicante doveva descrivere una fattispecie concreta in cui un soggetto soltanto aveva venduto²⁰; si è però osservato, al contrario, che non si spiegherebbe perché i compilatori giustinianeî abbiano aggiunto il riferimento a un secondo venditore e anzi sarebbe più logico pensare che tale dato fosse contenuto proprio nella richiesta originaria²¹.

Del resto, non è esplicitato se si trattasse di un *filius familias*²² e se la cosa appartenesse al padre. Si potrebbe trattare di una compravendita effettuata dal padre, che il figlio vuole rescindere, dopo la morte del padre²³, ma in tal caso ci si scontrerebbe contro la regola *actio ab herede incipere non potest*²⁴; meglio immaginare allora che la compravendita fosse stata effettuata dal figlio mentre il padre era in vita.

Il riferimento a un intervento giudiziale (*auctorite intercedente iudicis*) sarebbe una prova del fatto che la regola relativa alla metà del prezzo non è risalente a Diocleziano, il quale avrebbe invece introdotto un criterio empirico da valutarsi di volta in volta dal giudice²⁵; si può agevolmente replicare che «l'intercessione del giudice non riguarderebbe tanto la determinazione concreta della regola per il caso specifico (e, quindi, la delimitazione del *quantum*), ma si riferirebbe, invece, alla necessità che in sede processuale, com'è naturale, siano valutate: a) l'esistenza della lesione; b) la corrispondenza fra l'entità della lesione e la regola stabilita»²⁶.

¹⁸ Cfr. Brassloff, *Zur Lehre* cit. 269 ss.; Solazzi, *L'origine storica* cit. 73; Dekkers, *La lésion* cit. 29.

¹⁹ Dall'uso di questo verbo, che potrebbe indicare uno *ius distrahendi*, si è ipotizzato trattarsi di una compravendita a favore del fisco; in questo senso M. Nicolau, *Les origines de la 'laesio enormis'*, in *RHDFE*. 15, 1936, 208: «la rescision des ventes fiscales pour causes de lésion existait avant Dioclétien. Sa constitution a eu pour but de rendre moins facile la rescision en exigeant une lésion d'outre moitié».

²⁰ Gradenwitz, *Interpolazioni* cit. 14; Solazzi, *L'origine storica* cit. 53; Dekkers, *La lésion* cit. 24.

²¹ Cfr. Hackl, *Zu den Wurzeln* cit. 153; Sirks, *La 'laesio enormis'* cit. 294 e nt. 25; Pennitz, *Zur Anfechtung* cit. 584.

²² Come sembra dare per presupposto Sciuto, *Sulla c.d. rescissione* cit. 405. Cardilli, *Alcune osservazioni* cit. 118 osserva che Aurelio Lupo non doveva più essere *filius familias* al momento in cui sottopone la questione all'imperatore.

²³ Cfr. Andrich, *Sull'origine* cit. 12 ss.; Sciuto, *Sulla c.d. rescissione* cit. 406.

²⁴ Cfr. Dekkers, *La lésion* cit. 18.

²⁵ In questo senso Andrich, *Sull'origine* cit. 13.

²⁶ Così Sciuto, *Sulla c.d. rescissione* cit. 425.

Il vero problema è stabilire a quale strumento giudiziario si faccia riferimento con tale ambigua espressione. Secondo molti autori essa starebbe a indicare una *restitutio in integrum*²⁷; in particolare Sirks²⁸ ipotizza che si potesse trattare di un'applicazione della clausola generale contenuta nell'editto pretorio che autorizzava alla concessione della *restitutio in integrum* anche per casi diversi da quelli tipici²⁹: il *princeps* stesso avrebbe introdotto in via interpretativa una nuova *causa rescindens*, fissando anche un criterio autoritativo di natura quantitativa³⁰.

Vi è chi ritiene invece che lo strumento da utilizzare fosse la stessa azione contrattuale con gli opportuni adattamenti dettati dal procedimento cognitorio³¹. Il riferimento potrebbe essere a un meccanismo analogo a quello utilizzato per l'*actio redhibitoria*, la quale già in epoca classica aveva raggiunto risultati analoghi a un provvedimento magistratuale di reintegrazione: nel processo ora regolato con i principi della *cognitio extra ordinem* il giudice-funzionario³² può imporre al compratore la restituzione *in ipsam rem* attraverso la sua *auctoritas*,

²⁷ In questo senso Cardilli, *Alcune osservazioni* cit. 144 s. e letteratura ivi citata.

²⁸ Sirks, *La 'laesio enormis'* cit. 294.

²⁹ D. 4.6.1.1 (Ulp. 12 *ad ed.*): *Verba autem edicti talia sunt: "si cuius quid de bonis, cum is metus aut sine dolo malo rei publicae causa abesset, inve vinculis servitute hostiumque potestate esset: sive cuius actionis eorum cui dies exisse dicitur: item si quis quid usu suum fecisset, aut quod non utendo amisit, consecutus, actioneve qua solutus ob id, quod dies eius exierit, cum absens non defenderetur, inve vinculis esset, secumve agendi potestatem non faceret, aut cum eum invitum in ius vocari non liceret neque defenderetur: cumve magistratus de ea re appellatus esset sive cui pro magistratu sine dolo ipsius actio exempta esse dicitur: earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit, item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituum, quod eius per leges plebis scita senatus consulta edicta decreta principum licebit"*. Diocleziano in un'altra costituzione del 285 sembra richiamare proprio tale possibilità, limitandola ai contratti di buona fede: Imp. Diocl. et Maxim. AA. Proculo decurioni C. 2.53.3: *In contractibus, qui bonae fidei sunt, etiam maioribus officio iudicis causa cognita publica iura subveniunt*. D. Non. Aug. Diocletiano A. II et Aristobulo cons. (a. 285).

³⁰ Sulla sostituzione dell'imperatore al pretore nella determinazione delle cause di *in integrum restitutio* cfr. G. Cervenca, *Osservazioni sui rapporti fra il 'praetor' e la cancelleria imperiale in tema di 'restitutio in integrum'*, in *Studi in onore di E. Betti* 2, Milano 1962, 219 ss.; Id., *Studi vari sulla 'restitutio in integrum'*, Milano 1965, 66 ss.

³¹ Cfr. Sciuto, *Sulla c.d. rescissione* cit. 431; «che si trattasse di *in integrum restitutio* non appare di certo assicurato dal tenore della const. 2 e dallo stato delle nostre conoscenze»: Talamanca, *Vendita* cit. 370 nt. 684.

³² Secondo Tuzov, *La 'rescissio'* cit. 889 si tratterebbe di «un intervento *extra ordinem* del *praeses provinciae*, diretto ad eliminare conseguenze inique e dannose della compravendita, la cui natura difficilmente potrebbe inquadrarsi negli schemi giuridici tradizionali rilevanti a tale riguardo... Si tratta sostanzialmente di un riconoscimento – ormai prescisso dal dualismo classico dei due sistemi di diritto romano, *ius civile* e *ius honorarium* – della possibilità di togliere ad un negozio 'valido' i propri effetti giuridici già prodottisi...».

che è qualcosa di più rispetto al classico *arbitrium* e *officium*³³ e che porta a una contaminazione delle funzioni dei diversi organi preposti alla *restitutio* pretoria e al *restituere* giudiziale³⁴.

La scelta lasciata al compratore³⁵ è sicuramente una novità³⁶, anzi secondo Sirks la vera innovazione introdotta con questo rescritto sarebbe rappresentata proprio da tale possibilità³⁷. Un antecedente classico si potrebbe vedere nella scelta lasciata al compratore di beni venduti in frode alle aspettative successorie del patrono: tale compratore poteva essere convenuto con le azioni *Fabiana* e *Calvisiana*, pretorie e arbitrarie; il giudice grazie al suo *arbitrium* gli lasciava la scelta tra conservare il bene acquistato, pagando al patrono il giusto prezzo, o piuttosto risolvere la compera ottenendo la restituzione del prezzo versato³⁸.

Secondo alcuni autori³⁹ il termine *iustum pretium* sarebbe interpolato in tutte le fonti in cui compare, ma le motivazioni addotte sembrano, nell'attuale temperie culturale, piuttosto apodittiche⁴⁰. Altra questione è stabilire il rapporto col *verum pretium* del finale, che sembrerebbe qui utilizzato come sinonimo di *iustum pretium*, mentre nei testi classici indica solitamente il valore effettivo e non

³³ Cfr. Dekkers, *La lésion* cit. 25.

³⁴ Cfr. M. Kaser, *Zur 'in integrum restitutio' besonder wegen 'dolus' und 'metus'*, in ZSS. 94, 1977, 103 s.; Cardilli, *Alcune osservazioni* cit. 144.

³⁵ Nella prima parte del testo compare il plurale *emptoribus*, poi si indica invece un astratto compratore, che si immagina essere una generalizzazione giustiniana: cfr. Brassloff, *Zur Lehre* cit. 269 ss.; Solazzi, *L'origine storica* cit. 73; Dekkers, *La lésion* cit. 24. Tuttavia, il singolare potrebbe spiegarsi ricordando che anche uno solo dei molteplici compratori poteva decidere di mantenere in vita il contratto, provvedendo a pagare l'integrazione del prezzo: cfr. Sirks, *La 'laesio enormis'* cit. 294.

³⁶ Questa «clausola di conservazione del contratto dimostra come la cancelleria imperiale fosse perfettamente cosciente di incidere su uno dei principi cardine del diritto dei contratti ed in definitiva sul principio di stabilità del vincolo sorto dal consenso espresso nel contratto di compravendita»: Cardilli, *Alcune osservazioni* cit. 122.

³⁷ Cfr. Sirks, *La 'laesio enormis'* cit. 294 e 299; Id., *Diokletian's Options* cit. 44, il quale adduce altresì C. 2.53.3 (Diocl. et Max., a. 285), dal cui generico tenore non si può, però, trarre alcuna ulteriore circostanziazione, se non la rilevanza dell'esser la compravendita un contratto di buona fede, ai fini di una *restitutio in integrum* a favore dei *maiores*.

³⁸ D. 38.5.1.12 (Ulp. 44 *ad ed.*): *Si quis in fraudem patronorum rem vendiderit vel locaverit vel permutaverit, quale sit arbitrium iudicis, videamus. et in re quidem distracta deferri condicio debet emptori, utrum malit rem emptam habere iusto pretio an vero a re discedere pretio recepto: neque omnimodo rescindere debemus venditionem, quasi libertus ius vendendi non habuerit, nec fraudemus pretio emptorem, maxime cum de dolo eius non disputetur, sed de dolo liberti.*

³⁹ Albertario, *'Iustum pretium'* cit. 406 s.; Brassloff, *Zur Lehre von der 'laesio enormis'* cit. 269; Solazzi, *L'origine storica* cit. 77.

⁴⁰ Cfr. Genzmer, *Die antiken Grundlagen* cit. 45 ss.; de Francisci, *'Iustum pretium'* cit. 211 ss.; Visky, *Die Proportionalitat* cit. 366 ss.; Talamanca, *Vendita* cit. 368.

simulato del bene venduto⁴¹. Sul punto molto particolare è la teoria avanzata da Tapani Klami⁴², il quale ritiene che il *pretium verum* fosse il prezzo convenuto, di cui più della metà non era ancora stato pagato: in un'epoca di forte inflazione come quella diocleziana, che poteva comportare un forte abbassamento di valore della moneta, maggiore anche rispetto agli interessi compensativi dovuti dal compratore, la mancata consegna di più di metà del prezzo convenuto avrebbe costituito proprio la circostanza particolare che aveva indotto l'imperatore ad accogliere la richiesta del venditore di rescindere il contratto. Siccome però il venditore avrebbe restituito la parte di prezzo ricevuta senza pagare interessi, a essere svantaggiato sarebbe stato il compratore: per questo motivo gli sarebbe stata concessa la facoltà di respingere la richiesta pagando la parte di prezzo ancora dovuta. È agevole replicare che nel testo «non si fa alcun accenno a un pagamento parziale, ma, a quanto oggettivamente risulta, il contrasto è fra il *pretium* reale, *iustum* o *verum* che sia, e – tutto – il prezzo pagato che è inferiore»⁴³, né si trova alcuna traccia di altri provvedimenti imperiali diretti a porre rimedio al rischio derivante dalla volontaria accettazione di un pagamento ritardato⁴⁴.

La frase finale (*minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit*) può sembrare un'aggiunta successiva, perché la struttura della costituzione si riferisce prima alla fattispecie, poi agli effetti, poi ancora alla fattispecie⁴⁵. Bisogna però ricordare che «i due Codici Diocleziane... si limitano a riportare in forma normativa alcune frasi della decisione imperiale, costituenti la parte dispositiva, dando a questa carattere di principio astratto, di massima giuridica, ma non giungono mai a sintetizzare le costituzioni con parole proprie»⁴⁶ e questo potrebbe giustificare lo strano periodare per giustapposizione di frasi, spesso ritenuto indice di interpolazione.

Si è cercato anche di capire perché sia stato scelto proprio il limite della metà: vi è chi⁴⁷ ritiene che esso sarebbe stato aggiunto dai compilatori in corrispondenza

⁴¹ Cfr. D. 5.3.20.21 (Ulp. 15 *ad ed.*); D. 6.2.8 (Gai. 7 *ad ed. prov.*); D. 10.3.7.12 (Ulp. 20 *ad ed.*); D. 18.2.13 pr. (Ulp. 28 *ad Sab.*); D. 24.1.31.4 (Pomp. 14 *ad Sab.*); D. 30.49.8 (Ulp. 23 *ad Sab.*); D. 30.81.4 (Iul. 32 *dig.*); D. 47.2.50 pr. (Ulp. 37 *ad ed.*).

⁴² Klami, «*Laesio enormis*» cit. 48 ss.

⁴³ Così M. Talamanca, *Pubblicazioni pervenute alla Direzione*, in *BIDR.* 90, 1987, 592.

⁴⁴ Cfr. Sirks, *Diocletian's Option* cit. 39 ss.

⁴⁵ Cfr. Gradenwitz, *Interpolazioni* cit. 14; Solazzi, *L'origine storica* cit. 74 s.; Sirks, *La 'laesio enormis'* cit. 294 ss.; Zimmermann, *The Law of Obligations* cit. 259 ss.; Talamanca, *Vendita* cit. 369 e nt. 681; Ziliotto, *La misura* cit. 426.

⁴⁶ Così N. Palazzolo, *L'attività normativa del principe nelle sistematiche dei giuristi classici*, in *Aa.Vv., La codificazione del diritto dall'antico al moderno*, Napoli 1998, 282. Cfr. Honoré, *Emperors and Lawyers* cit. 149. Hackl, *Zu den Wurzel* cit. 154 ha addirittura supposto che si possa trattare della fusione di due rescritti.

⁴⁷ Klami, «*Laesio enormis*» cit. 59.

con il criterio stabilito dalla costituzione giustiniana, in base al quale nei giudizi aventi per oggetto delle prestazioni certe la condanna non doveva superare il doppio dell'*id quod interest*⁴⁸; altri⁴⁹, ritenendolo diocleziano, hanno proposto di vedere un antecedente in D. 18.1.57 pr. (Paul. 5 ad Plaut.) ove, in riferimento alla compravendita di una casa che è stata bruciata, Nerazio individua proprio il limite della metà come criterio per stabilire la validità o meno del contratto⁵⁰.

Tirando le fila del discorso, si può immaginare che alla cancelleria imperiale fosse stata sottoposta una fattispecie più complessa⁵¹, solo in relazione alla quale era apparso equo⁵² concedere il rimedio rescissorio formulato secondo la nuova struttura; il testo potrebbe essere stato in seguito accorciato e generalizzato⁵³, togliendo il caso particolare e forse aggiungendo la frase finale.

L'imperatore era ben consapevole di concedere qualcosa che non rientrava nelle regole classiche⁵⁴, non per nulla la decisione è giustificata sulla base dell'*humanitas*⁵⁵, importante principio informatore nello sviluppo dell'ordinamento, anche se non spesso dichiarato⁵⁶: quando i giuristi o gli imperatori sentivano che l'opinione proposta era «di rottura, tale cioè da forzare il sistema senza

⁴⁸ C. 7.47.1.1 (Iust., a. 531).

⁴⁹ M. Pennitz, *Zur Anfechtung* cit. 585 ss. e *Anfängliche (Teil-)Unmöglichkeit oder Gefahrtragung im Kaufrecht? Von der 'dimidia pars' des Neraz (Paul. 5 ad Plaut. D. 18,1,57 pr.) zum ABGB (§§ 1048 s. in Verbindung mit § 1064)*, in *'Iuris vincula'. Studi in onore di M. Talamanca* 6, Napoli 2001, 199 ss.

⁵⁰ V., però, le perplessità di Cardilli, *Alcune osservazioni* cit. 124.

⁵¹ Cfr. Talamanca, *Vendita* cit. 370 e nt. 686; Ziliotto, *La misura* cit. 426.

⁵² Cfr. M. Talamanca, *L'aequitas' nelle costituzioni imperiali del periodo epiclassico*, in *'Aequitas'. Giornate in memoria di P. Silli. Atti del Convegno. Trento, 11 e 12 aprile 2002*, Padova 2006, 238 nt. 541; Visky *Appunti* cit. 58 s.; Pennitz, *Zur Anfechtung* cit. 586 s.; Cardilli, *Alcune osservazioni* cit. 123; Ziliotto, *La misura* cit. 425.

⁵³ È noto come il Codice Giustiniano abbia subito un intenso lavoro di abbreviazione; sulla questione cfr. E. Volterra, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*, in *La critica del testo. Atti del II Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del diritto*, Firenze 1971, 1047 ss. [= *Scritti giuridici* 6, Napoli 1994, 3 ss.]; G.G. Archi, *Sulla cosiddetta 'massimizzazione' delle costituzioni imperiali*, in *SDHI*. 58, 1986, 161 ss.; N. Palazzolo, *Le modalità di trasmissione dei provvedimenti imperiali nelle province (II-III sec. d.C.)*, in *Iura* 28, 1977, 45; Liebs, *Die Jurisprudenz* cit. 135 ss.; Cardilli, *Alcune osservazioni* cit. 113 ss.

⁵⁴ Solazzi, *L'origine* cit. 77 ha dubitato della genuinità anche dell'espressione *humanum est*: sarebbe «il predicato che Giustiniano attribuisce a molte sue innovazioni ed è tale effettivamente il carattere della riforma di cui ci stiamo occupando»; nella pagina precedente però l'autore afferma il contrario, sostenendo che il brano *humanum est, ut ... recipias* proverrebbe sostanzialmente dal testo originario.

⁵⁵ Cfr. Pennitz, *Zur Anfechtung* cit. 578; Cardilli, *Alcune osservazioni* cit. 122.

⁵⁶ Questo è l'unico testo diocleziano in cui si utilizza tale espressione; molti sono invece i richiami all'*aequitas*: cfr. L. Solidoro, *Tra morale e diritto. Gli itinerari dell'aequitas*. *Lezioni*, Torino 2013, 136 s.

peraltro vulnerarlo» avevano bisogno «di rinvigorirne la solidità attraverso l'espresso richiamo ora dell'*aequitas* ora dell'*humanitas*, che pur stava dentro alla prima, a seconda di quella che apparisse loro più pertinente»⁵⁷.

III. *Il rescritto riportato in C. 4.44.8*

Il secondo rescritto che si occupa per esteso del problema è di otto anni successivo rispetto al precedente ed è tramandato dal *Codex Hermogenianus*⁵⁸:

Impp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. Aureliae Euodiae C. 4.44.8: *Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venundedit, dolus ex calliditate atque insidiis emptoris argui debet vel metus mortis vel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata venditio. hoc enim solum, quod paulo minori pretio fundum venundatum significas, ad rescindendam emptionem invalidum est. quod videlicet si contractus emptionis atque venditionis cogitasses substantiam et quod emptor viliori comparandi, venditor cariori distrahendi votum gerentes ad hunc contractum accedant vixque post multas contentiones, paulatim venditore de eo quod petierat detrahente, emptore autem huic quod obtulerat addente, ad certum consentiant pretium, profecto perspiceres neque bonam fidem, quae emptionis atque venditionis conventionem tuetur, pati neque ullam rationem concedere rescindi propter hoc consensu finitum contractum vel statim vel post pretii quantitatis disceptationem: nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum est, electione iam emptori praestita servanda.* D. Kal. Dec. AA. cons. (a. 293).

All'interno del testo si possono agevolmente individuare tre distinti periodi. Nel primo (*Si voluntate – invalidum est*) si afferma che il figlio di Evodia

⁵⁷ Così L. Garofalo, *L'humanitas nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Saggi*, Padova 2005, 17 s. Sull'*humanitas* v. anche R. M. Honig, *'Humanitas' und Rhetorik in spätrömischen Kaisergesetzen*, Göttingen 1960, 34 ss.; H. Kupiszewski, *'Humanitas' et le droit romain*, in *'Maior viginti quinque annis'. Essays in commemoration of the sixth lustrum of the Institute for Legal History of the University of Utrecht*, Assen 1979, 85 ss. [= *Scritti minori*, Napoli 2000, 335 ss.]; H. Haffter, *Die römische 'humanitas'*, in *Römische Wertbegriffe*, Darmstadt 1983, 468 ss.; F. B. J. Wubbe, *L'humanitas de Justinien*, in *TJ*, 58, 1990, 249 ss. [= *Ius vigilantibus scriptum*]. *Ausgewählte Schriften*, Freiburg 2003, 441 ss.]; A. Palma, *'Humanior interpretatio'*. *'Humanitas' nell'interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi*, Torino 1992; G. Crifò, *A proposito di 'humanitas'*, in *'Ars boni et aequi'*. *Fs. Waldstein*, Stuttgart 1993, 79 ss.; Göttlicher, *Auf der Suche* cit. 151 ss.; G. Purpura, *Brevi riflessioni sull'humanitas*, in *AUPA*, 53, 2009, 289 ss.; M. Frare, *L'humanitas romana: vessillo del potere imperiale*, Padova 2013, 64 ss.

⁵⁸ Cfr. D. Liebs, *Hermogenians 'iuris epitome'*. *Zum Stand der römischen Jurisprudenz im Zeitalter Diokletians*, Göttingen 1964, 26 ss.; A. Cenderelli, *Ricerche sul 'Codex Hermogenianus'*, Milano 1965, 41; M. Varvaro, *Riflessioni sullo scopo del codice Ermogeniano*, in *AUPA*, 49, 2004, 243 ss.

aveva venduto un fondo di sua madre per volontà di lei e ora Evodia chiede la rescissione del contratto perché il bene era stato venduto a un prezzo troppo basso. La cancelleria risponde che per considerare invalida la vendita si deve dedurre il dolo dall'astuzia e dalle insidie del compratore, oppure deve essere svelato un imminente timore di morte o di sofferenza corporale. La sola circostanza che Evodia adduce, cioè che il fondo è stato venduto a un prezzo di poco inferiore, è insufficiente a rescindere la vendita.

Più autori⁵⁹ ritengono che l'aggettivo *paulo* sia stato aggiunto dai compilatori allo scopo di armonizzare l'affermazione iniziale con la nuova regola che essi stessi avrebbero aggiunto nel finale del brano; argomento a favore per sostenere tale interpolazione è dato dal raffronto tra CTh. 3.1.4 e C. 4.44.5 ove si vede con certezza che i compilatori non erano alieni dall'introdurre una siffatta specificazione; ma di ciò si dirà più avanti.

La seconda parte (*quod videlicet - quantitatis disceptationem*) è costituita da un lungo *excursus* in cui si giustifica la soluzione negativa, osservando come appartenga alla natura della compravendita che venditore e compratore siano mossi dall'opposto interesse di vendere al prezzo più alto possibile e di comprare al prezzo più basso, e come la buona fede non tolleri che l'accordo così raggiunto sia rimesso in discussione⁶⁰.

La lunga disquisizione sul modo in cui normalmente e correttamente si arriva, con reciproche concessioni, alla determinazione del prezzo potrebbe ricordare la defaticante trattativa tipica di certi mercati orientali⁶¹; proprio perché può essere molto lungo e complicato arrivare alla definizione dell'accordo, il criterio normativo della buona fede che sorregge tutto il contratto di compravendita impone che l'accordo sia rispettato; d'altra parte, non è possibile individuare alcuna altra *ratio*⁶² che possa giustificare uno scioglimento motivato soltanto da un prezzo non adeguato. Nel caso presentato da Aurelia Evodia, evidentemente, non sono presenti quelle circostanze che avevano fatto considerare *humanum* concedere la rescissione ad Aurelio Lupo nel 285.

⁵⁹ Solazzi, *L'origine* cit. 55; Andrich, *Sull'origine* cit. 16; Arangio-Ruiz, *La compravendita* 1 cit. 146 s.; Sirks, *La 'laesio enormis'* cit. 292.

⁶⁰ La cancelleria diocleziana «non aveva affatto perso il contatto con la scuola, perché era nettamente propensa, pur nelle indubbe innovazioni terminologiche, a mantenere, nella misura in cui ciò fosse consentito dalle mutate condizioni socio-economiche e culturali, il bagaglio di metodo e regole della giurisprudenza classica...»: così M. Talamanca, *Diocl. et Max. C. 8. 54. 3 = FV. 286: 'donatio sub modo', 'datio ob rem' e contratto a favore di terzi*, in *Studi in onore di A. Metro* 6, Milano 2010, 249 ss.

⁶¹ Così Talamanca, *Vendita* cit. 370 nt. 685; cfr. Wacke, *'Circumscribere'* cit. 199 nt. 58.

⁶² «Ecceggia qui... l'*humanum est* del rescritto del 285»: Cardilli, *Alcune osservazioni* cit. 137.

Si passa bruscamente al periodo finale (*nisi - servanda*) in cui si ammette la possibilità di rescindere il contratto nel caso in cui sia stata data meno della metà del giusto prezzo al tempo della vendita. Stupisce come sia ribadito a lungo il principio classico, secondo il quale non era possibile invalidare una compravendita soltanto in ragione di un prezzo difforme dal valore reale del bene e nel finale si contraddica frettolosamente tutto quanto detto in precedenza, con riferimento all'ipotesi in cui sia stato dato meno della metà di quello che sarebbe stato al tempo della vendita il giusto prezzo, lasciando al compratore la scelta già concessa⁶³.

In merito a tale scelta, è stato osservato che «il rinvio del rescritto del 293 ad una facoltà contemplata in altro del 285 era possibile soltanto quando l'uno e l'altro avevano cessato di essere rescritti, cioè risposte fornite dal principe ai privati che gli sottoponevano un punto di diritto, per divenire capitoli o articoli di una compilazione legislativa»⁶⁴. Si è notato in contrario come nel 292 fosse stato emanato il codice Gregoriano, il quale avrebbe dato valore di legge generale ai rescritti ivi contenuti; la costituzione del 285 avrebbe così acquistato conoscibilità e un valore di precedente più generale e nel 293 l'imperatore avrebbe anche potuto richiamarla nel modo che abbiamo visto⁶⁵.

Di recente si è voluto leggere in questo testo un collegamento tra la lesione *ultra dimidium* e il principio di buona fede. Secondo Patrizia Sciuto, «la c.d. *laesio enormis* non sarebbe un istituto di nuova creazione ma soltanto una più rigida applicazione (*ultra dimidium*) di un principio che trovava la sua giustificazione nella buona fede contrattuale e che con Diocleziano... aveva avuto una sua delimitazione quantitativa nel caso in cui il negozio posto in essere fosse stato una compravendita»⁶⁶. L'autrice immagina che vi sia un approfittamento dello stato di necessità in cui versava il venditore e quindi che vi sia una parte contrattuale 'debole' che abbisogna di tutela: «la situazione di necessità ... inficia a tal punto la formazione della volontà negoziale che il contratto, pur perfezionatosi attraverso il consenso manifestato dalle parti, può eventualmente

⁶³ Talamanca, *Vendita* cit. 369 nt. 681 osserva che «il passo è tutto impostato in senso negativo alla richiesta invalidazione da parte di Aurelia Euodia, e la brevissima parte finale che sancisce la rilevanza della *laesio ultra dimidium* appare, di tutta evidenza, fuor di posto».

⁶⁴ Così Arangio-Ruiz, *La compravendita* 1 cit. 147; nello stesso senso Gradenwitz, *Interpolazioni* cit. 14 s.; Solazzi, *Sull'origine* cit. 52 s.

⁶⁵ Cfr. Pennitz, *Zur Anfechtung* cit. 581 s.; Cardilli, *Alcune osservazioni* cit. 137 ss.

⁶⁶ Cfr. Sciuto, *Sulla cd. rescissione* cit. 432; «così come il *dolus* o il *metus*, nell'ottica compilatoria anche la lesione *ultra dimidium* costituisce una violazione» del principio di buona fede; la violazione del criterio della *bona fides*... produce uno squilibrio tra le prestazioni; ma non uno squilibrio generico – il che resterebbe nell'ambito delle normali contrattazioni – ma tale da condurre all'ingiustificato arricchimento di una delle parti a danno dell'altra» (428 ss.).

rescindersi»⁶⁷. Tuttavia, nel testo non vi è alcun richiamo a tale situazione di necessità di cui il compratore avrebbe approfittato⁶⁸, anzi in un'altra costituzione diocleziana⁶⁹ si nega espressamente che un eventuale stato di necessità possa influire sulla validità del contratto.

D'altro canto, Paola Ziliotto ritiene che, almeno nell'ottica giustiniana, la buona fede giustifichi «la irrevocabilità di un contratto di scambio retto dalla logica del profitto, e nel contempo ... un accordo nel quale il prezzo sia inferiore alla metà del valore della cosa è un accordo contrario alla buona fede»⁷⁰. Di conseguenza, non sembrerebbe «irragionevole ipotizzare che in un'età successiva a Diocleziano, forse ad opera dei compilatori o forse prima, la lesione *ultra dimidium* sia stata cristallizzata, o concettualizzata, come squilibrio tra prestazione e controprestazione che la buona fede non tollera in un contratto sinallagmatico su di essa fondato, e la rescissione sia così stata accordata sulla base di quel puro e semplice squilibrio, senza requisiti ulteriori»⁷¹.

Tale supposizione si basa, a mio avviso, su di una lettura equivocata del testo: si suppone che la frase finale sia stata aggiunta dai compilatori giustiniani, ma allo stesso tempo si pretende che essa sia retta dal periodo precedente, in cui si afferma che la buona fede non tollera che il contratto sia rimesso in discussione.

Io non credo che l'eventuale autore della frase finale abbia intenzionalmente fatto dipendere l'eccezione alla regola dallo stesso principio di buona fede; non voleva dire «la buona fede impone la rescissione nel caso in cui sia stato dato meno della metà del prezzo ...»; credo piuttosto che il testo sia da tradurre così: «la buona fede, che tutela il contratto di compravendita, non sopporta, e nessun'altra ragione lo concede, che il contratto concluso con questo consenso possa essere rescisso o subito o dopo una discussione sulla quantità del prezzo; si può però rescindere nel caso in cui sia stato pagato meno della metà del prezzo»⁷².

L'ipotesi propettata, inoltre, non regge neppure dal punto di vista sostanziale, perché mai si affacciò l'idea per cui oggetto del giudizio di buona fede potesse essere qualcosa di diverso dal comportamento umano⁷³.

⁶⁷ Cfr. Sciuto, *Sulla cd. rescissione* cit. 431.

⁶⁸ In questo senso cfr. Solazzi, *Sull'origine* cit. 86; Ziliotto, *La misura* cit. 42 nt. 24.

⁶⁹ Imp. C. 4.44.12 (Diocl. et Maxim.).

⁷⁰ Cfr. Ziliotto, *La misura* cit. 423.

⁷¹ Cfr. Ziliotto, *La misura* cit. 429.

⁷² V. Tuzov, *La 'rescissio'* cit. 877: «nel caso di *laesio enormis* la *bona fides* 'tollera la rescissione del contratto' (oppure una modifica dello stesso mediante l'integrazione del prezzo), ammettendo così una deroga al principio di propria intolleranza generale verso la rescissione di contratti *consensu finiti*».

⁷³ Cfr. Talamanca, *La 'bona fides'* cit. 14. Tuzov, *La 'rescissio'* cit. 875 osserva, altresì, che «l'accordo contrattuale non può costituire di per sé... oggetto del giudizio di buona fede anche

Secondo altri autori, l'innovazione sarebbe stata dettata da ragioni ideologiche collegate alla dottrina cristiana della giustizia⁷⁴ e perciò non potrebbe ascrivere a Diocleziano: «christian teaching, as well as stoic moral philosophy, demanded an infusion of ethics and *humanitas* into the law and it was in this spirit that the Emperor was supposed to render aid to the weak and poor and to relax the rigours of the law»⁷⁵. Al riguardo, è sufficiente ribadire ancora una volta come in entrambi i testi non vi sia alcun riferimento a condizioni soggettive dei contraenti, quali uno stato di necessità del venditore che lo abbia indotto ad accettare un contratto tanto sfavorevole o un approfittamento da parte del compratore.

IV. *Le altre costituzioni di Diocleziano in tema di rescissione*

Piuttosto che fossilizzarsi su di un lavoro di cesello nell'approfondita discussione di tutte le proposte di interpolazione che hanno colpito i due rescritti esaminati, ritengo più utile ampliare la visuale e collocarli in un contesto di maggior respiro, perché credo che affrontare la questione in un'ottica sistematica ampia offra materiale importante per capire meglio il problema.

Vale dunque la pena di leggere rapidamente le più significative tra le altre costituzioni diocleziane in tema di rescissione. Innanzitutto, i rescritti riportati nel titolo *de rescindenda venditione* del Codice, il quale contiene 18 costituzioni, di cui ben 13 di Diocleziano, al quale ripetutamente i privati chiedono di poter rescindere delle compravendite, ottenendo costantemente una risposta negativa, tranne che nel caso della costituzione 2 (e nel finale della 8).

In queste costituzioni si ripete più volte che è possibile risolvere una compravendita soltanto per mutuo dissenso, per i tradizionali vizi del dolo e del *metus*

perché, essendo l'accordo stesso un prodotto indivisibile delle volontà di entrambe le parti, una sua valutazione in termini di mala o buona fede si estenderebbe inevitabilmente alla parte lesa, il che sarebbe privo di senso».

⁷⁴ Cfr. S. Riccobono, *Cristianesimo e diritto privato*, in *Riv. dir. civ.* 3, 1911, 37 ss.; G. Baviera, *Concetto e limiti dell'influenza del cristianesimo sul diritto romano*, in *Mélanges P.F. Girard* 1, Paris 1912, 107 ss.; Andrich, *Sull'origine* cit. 31 ss.; S. Riccobono, *L'influsso del Cristianesimo sul diritto romano*, in *Atti del Congresso Internazionale di diritto romano (Bologna e Roma 17-27 aprile 1933)* 2, Pavia 1935, 70; B. Biondi, *Il diritto romano cristiano 2, La giustizia – Le persone*, Milano 1952, 134 ss.

⁷⁵ Così Zimmermann, *The Law of Obligations* cit. 261; cfr. Andrich, *Sull'origine* cit. 34 s.; Dekkers, *La lésion* cit. 27 ss.; Mayer-Maly, *Privatautonomie* cit. 132 ss.; Genzmer, *Die antiken Grundlagen* cit. 55 e Hackl, *Zu den Wurzeln* cit. 159 ss. suppongono che l'istituto si sia sviluppato nella pratica dell'*episcopalis audientia*.

o in ragione della minore età di uno dei contraenti (la terminologia è *rescindi*⁷⁶, *recedi*, *revocare*, *ratum non habebitur*, *emptio irrita est*, *resolvi*). La maggior parte di esse sono del 293.

Impp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. Titiae et Marcianae C. 4.44.3: *De contractu venditionis et emptionis iure perfecto alterutro invito nullo recedi tempore bona fides patitur, nec ex rescripto nostro. quo iure fiscum nostrum uti saepe constitutum est*. D. VIII Id. Febr. AA. cons. (a. 293)

In questo rescritto del 293 ritorna il richiamo della buona fede che regola il contratto di compravendita, la quale non tollera che esso possa essere rescisso quando si sia perfezionato correttamente e una delle due parti non voglia recedere da esso; si conclude osservando come la stessa regola si applichi anche nelle vendite fiscali.

Colpisce la precisazione per cui la rescissione non potrà essere ottenuta neppure *ex rescripto nostro*: sembra che i privati vogliano ottenere la rescissione per mezzo dello stesso rescritto imperiale⁷⁷; ma l'espressione si potrebbe intendere anche come un riferimento al rescritto del 285 diretto ad Aurelio Lupo.

Impp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. Sempronio Eudoxio C. 4.44.4: *Ad rescindendam venditionem et malae fidei probationem hoc solum non sufficit, quod magno pretio fundum comparatum minoris distractum esse commemoras*. D. Non. April. Byzantio AA. cons. (a. 293).

L'argomento del prezzo troppo basso in rapporto a quello di acquisto non è ritenuto sufficiente per provare la mala fede del compratore, non è sintomo di un eventuale *dolus in re ipsa*; in questo senso si erano espressi già i *divi fratres*⁷⁸. Non credo si possa ricavare da questo testo alcuna deduzione, né in positivo né

⁷⁶ Secondo P. Cerami, s.v. *Risoluzione del contratto (diritto romano)*, in *ED*, 40, 1989, 1279, l'uso di *rescindere* si sarebbe tipizzato nel corso dell'età postclassica, assumendo il significato di «rimozione convenzionale del contratto di compravendita per vizio del consenso o per *laesio enormis*»; Tuzov, *La 'rescissio'* cit. 861 anticipa tale tipizzazione al periodo diocleziano. La Sciuto, *Concetti giuridici* cit. 269 nega, invece, che con Diocleziano si sia prodotto un tale processo di tipizzazione, osservando innanzitutto che l'uso del termine è molto diffuso anche in riferimento ad atti diversi dalla compravendita e che tale uso rivela un'accezione più ampia «rimandando all'applicazione di criteri di invalidità oggettiva dell'atto o della situazione riferiti».

⁷⁷ Cardilli, *Alcune osservazioni* cit. 134 ritiene che vi sarebbe un riferimento ai rescritti imperiali «valutati in astratto, come fonte del diritto e non come concreto rescritto a cui le richiedenti abbiano fatto riferimento nel *libellus*».

⁷⁸ D. 49.14.3.5 (Call. 3 *de iur. fisc.*): *Divi fratres rescripserunt in venditionibus fiscalibus fidem et diligentiam a procuratore exigendam et iusta pretia non ex praeterita emptione, sed ex praesenti aestimatione constitui: sicut enim diligenti cultura pretia praediorum ampliantur, ita, si neglegentius habita sint, minui ea necesse est*.

in negativo, in ordine alla ricostruzione testuale di C. 4.44.2 e 8⁷⁹, in quanto il collegamento con tali rescritti può essere solo presunto.

Impp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. Claudio Rufo C. 4.44.5: *Si dolo adversarii deceptum venditionem praedii te fecisse praeses provinciae aditus animadvertit, sciens contrarium esse dolum bonae fidei, quae in huiusmodi maxime contractibus exigitur, rescindi venditionem iubebit. 1. Quod si iure perfecta venditio est a maiore viginti quinque annis, intellegere debes consensu mutuo perfectam venditionem resolvi non posse.* D. XV Kal. Nov. Sirmi AA. cons. (a. 293).

Nel *principum* si afferma che il governatore della provincia adito ordinerà di rescindere la vendita soltanto qualora si accorga che il venditore era stato indotto a concludere il contratto dall'inganno della controparte, in quanto il dolo è contrario al criterio della buona fede⁸⁰, criterio che è seguito in modo particolare nel contratto di compravendita. Lo strumento cui si farebbe riferimento per alcuni autori sarebbe una vera e propria *restitutio in integrum propter dolum*⁸¹, mentre secondo Brutti «possiamo supporre che fosse il corrispondente, sul terreno della *cognitio extra ordinem*, di un' *actio ex vendito*... . In considerazione del dolo il magistrato avrebbe concluso la propria *animadversio* ordinando una reciproca restituzione della cosa e del prezzo, anziché limitare il procedimento ad una funzione risarcitoria, secondo gli schemi tradizionali»⁸².

Nel primo paragrafo l'imperatore precisa al richiedente che quando *iure perfecta venditio est*, cioè quando il contratto sia stato concluso con un consenso non viziato e nessuno dei due contraenti fosse minore d'età, non si potrà in alcun modo ottenere la risoluzione del contratto.

Impp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. Novisio Gaiano veterano C. 4.44.6: *Non est probabilis causa, propter quam rescindi consensu factam venditionem desideras. quamvis enim duplum offeras pretium emptori, tamen invitus ad rescindendam venditionem argueri non debet.* (a. 293).

Testo molto interessante perché contiene un riferimento preciso al doppio

⁷⁹ Come vorrebbe Cardilli, *Alcune osservazioni* cit. 127.

⁸⁰ Cfr. D. 4.3.7 pr. (Ulp. 11 *ad ed.*); D. 4.4.16.1 (Ulp. 11 *ad ed.*); D. 17.2.3.3 (Paul. 32 *ad ed.*).

⁸¹ Cfr. Taubenschlag, *Das römische Privatrecht zur Zeit Diokletians*, Cracovie 1923, 205 nt. 10, 268 nt. 5.

⁸² Così M. Brutti, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana* 2, Milano 1973, 589 s.; l'autore continua osservando come «in un regime processuale dominato dalla *cognitio extra ordinem* gli interventi autoritativi a contenuto rescissorio dell'imperatore o dei magistrati non avessero più bisogno di legittimare il loro carattere eccezionale passando attraverso il modello normativo della *restitutio in integrum*» (591). In senso analogo Talamanca, *Vendita* cit. 444 nt. 1262.

del prezzo, che viene offerto dal venditore per poter ottenere la rescissione della vendita; tuttavia, se il compratore non accetta tale offerta, gli imperatori non individuano alcun motivo per rescindere il contratto concluso con il libero consenso. Viene da chiedersi perché il venditore offrisse addirittura il doppio del prezzo per poter riavere la cosa: significa che la cosa valeva molto di più? Oppure che nel frattempo il denaro si era enormemente svalutato? Vuole forse dimostrare che il bene era stato venduto a metà del suo valore e ottenere così la stessa decisione che era stata offerta ad Aurelio Lupo⁸³? Rispondendo affermativamente a tale ultimo interrogativo, questo sarebbe l'unico testo utilizzabile come argomento per sostenere l'autenticità delle frasi finali delle costituzioni 2 e 8.

Anche nel rescritto successivo è sottintesa una richiesta di rescissione di una compravendita, probabilmente di una vendita fiscale, dietro offerta di restituzione del prezzo:

Impp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. Mucatraulo militi C. 4.44.7: *Ratas manere semper perfectas iure venditiones vestra etiam interest. nam si oblato pretio rescindere venditionem facile permittatur, eveniet, ut et si quid vos laboribus vestris a fisco nostro vel a privato comparaveritis, eadem lege conveniamini, quam vobis tribui postulatis.* (a. 293).

La risposta è ancora negativa, con l'osservazione che la conservazione del contratto è anche nell'interesse dei privati richiedenti, perché altrimenti lo stesso Stato o gli altri privati potrebbero a loro volta invalidare le compravendite meno favorevoli⁸⁴: «se si ammettesse la rescindibilità in via autoritativa di una compravendita *iure perfecta*, alla sola condizione che venga restituito il prezzo, ciò equivarrebbe a legittimare senza discriminazioni il recesso unilaterale»⁸⁵.

Anche in C. 4.44.10 si ripete che il dolo deve essere provato facendo leva sul comportamento di fatto della controparte e non con l'argomento di un prezzo troppo basso:

Impp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. Aemilio Severo C. 4.44.10: *Dolus emptoris qualitate facti, non quantitate pretii aestimatur. quem si fuerit intercessisse pro-*

⁸³ In questo senso Cardilli, *Alcune osservazioni* cit. 128: «non vedo come il veterano potesse presumere di ottenere di *rescindere* la vendita conclusa se non attraverso una interpretazione 'tendenziosa' del rescritto del 285 d.C. ed in particolare proprio della precisazione del *minus pretium* in termini di *nec dimidia pars veri pretii*».

⁸⁴ Cfr. M. Talamanca, *Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico*, Roma 1954, 234 s.

⁸⁵ Così Brutti, *La problematica* cit. 591 nt. 383.

*batum, non adversus eum, in quem emptor dominium transtulit, rei vindicatio venditori, sed contra illum cum quo contraxerat in integrum restitutio competit*⁸⁶.

Nel seguito si afferma che, ove si provi l'esistenza del dolo, il venditore non potrà utilizzare la rivendica nei confronti di un terzo al quale il compratore avesse trasferito il bene⁸⁷, ma soltanto la *restitutio in integrum propter dolum*⁸⁸ contro lo stesso compratore⁸⁹, *restitutio* che in questo caso avrà solo funzione risarcitoria e non reintegrativa dal momento che la proprietà del bene è già stata trasferita al terzo, contro il quale si nega la possibilità di agire⁹⁰.

C. 4.44.12 è l'unico caso in cui si accenna al requisito soggettivo dello stato di bisogno che può aver portato a concludere la compravendita:

Impp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. Antiocho C. 4.44.12: *Non idcirco minus venditio fundi, quod hunc ad munus sumptibus necessariis urgentibus non vilioris pretii vel urgente debito te distraxisse contendis, rata manere debet. illicitis itaque petitionibus abstinendo ac pretium, si non integrum solutum est, petendo facies consultius.*

La richiesta di rescindere il contratto in base al semplice argomento che la vendita è stata dettata da necessità economiche⁹¹ non viene accolta, anzi viene addirittura definita illecita; tuttavia, si precisa che il prezzo non deve essere stato vile⁹².

⁸⁶ Sul passo cfr. A. Wacke, *Kannte das Edikt eine 'in integrum restitutio propter dolum'?*, in ZSS. 88, 1971, 131 s.; Id., *Zum Rechtsschutz Minderjähriger gegen geschäftliche Übervorteilungen*, in TJ. 48, 1980, 215 ss.; M. Kaser, *Zur 'in integrum restitutio' cit. 155*; B. Kupisch, *'In integrum restitutio' und 'vindicatio utilis' bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht*, Berlin-New York 1974, 248 s.

⁸⁷ Mentre, secondo quanto si ritiene comunemente, in epoca classica la *restitutio in integrum* poteva condurre alla concessione di azioni reali anche contro i terzi.

⁸⁸ Tuzov, *La 'rescissio' cit. 888* osserva come questo sia l'unico passo del titolo 4.44 in cui compare un esplicito riferimento alla *restitutio in integrum* quale mezzo tecnico della rescissione e come esso sia impiegato in maniera del tutto impropria.

⁸⁹ A. Wacke, *Kannte das Edikt cit. 131 s.* ritiene che anche in diritto classico la *restitutio in integrum* non potesse realizzarsi nei confronti del terzo in buona fede, se non in particolari casi riguardanti i minori di 25 anni; cfr. Brutti, *La problematica cit. 603*; A. Hartkamp, *Die Drittwirkung der 'in integrum restitutio'*, in *Daube noster. Essays in Legal History for D. Daube*, Edinburgh - London 1974, 134 ss.

⁹⁰ V. Brutti, *La problematica cit. 604 ss.*

⁹¹ Solazzi, *L'origine cit. 54 s.* ritiene insitico *vel urgente debito* perché le motivazioni alla base della supplica non potevano essere più di una.

⁹² Anche *non vilioris pretii* sarebbe un' interpolazione più che ingenua a detta del Solazzi, *L'origine cit. 55* perché «se il petente avesse venduto per un prezzo giusto, non si sarebbe lamentato della distretta economica che l'aveva messo nella necessità di vendere: ma, poiché si querela, è chiaro che pensa di aver concluso un cattivo affare. Tuttavia l'imperatore gli negava la rescissione; mentre avrebbe dovuto decidere diversamente, se avesse badato alla viltà del prezzo».

Anche in altri titoli del codice si notano frequenti richieste di rescissione in relazione ad altri atti, come donazioni⁹³, testamenti⁹⁴ e transazioni⁹⁵, ma la risposta imperiale è sempre tendenzialmente negativa.

In alcuni casi potrebbe sembrare che si concedesse la rescissione per delle ipotesi di lesione, ma a ben vedere la motivazione è da individuarsi sempre nelle casistiche tradizionali, cioè nel dolo, nell'errore, nella violenza morale o nella minore età⁹⁶. Come per le ipotesi già presenti in epoca classica, il prezzo troppo basso è allegato soltanto come sostegno della motivazione principale⁹⁷; in nessun luogo si trova l'indicazione relativa a un prezzo pagato solo per metà.

Riporto solo i due casi che mi sembrano più significativi⁹⁸:

Impp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. Laurentio C. 2.36.3.1: *Sed quoniam per collusionem sive fraudem tunc temporis procuratoris nostri nimis exiguo pretio fundum tuum cum mancipiis venundatum adseveras, si aditus rationalis noster*

⁹³ Impp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. Iuliano C. 5.3.9: *Cum te sponsae filii tui quaedam donasse confitearis, perfectam donationem rescindi nec nostro oportet rescripto, quam tua voluntas iurisque auctoritas fecit ratam.* VIII Kal. Ian. AA. cons. (a. 293); Impp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. Epagatho C. 8.55.5: *Si donationem rite fecisti, hanc auctoritate rescripti nostri rescindi non oportet.* S. V Kal. Mai. Heracliae AA. cons. (a. 293).

⁹⁴ Impp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. Menophiliano C. 6.23.10: *Si testamentum iure factum sit et heres sit capax, auctoritate rescripti nostri rescindi non oportet.* (a. 293).

⁹⁵ Impp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. Marcianae C. 2.4.39: *Quamvis eum qui pactus est statim paeniteat, transactio rescindi et lis instaurari non potest: et qui tibi suasit intra certum tempus licere a transactione recedi, falsum adseveravit.* S. D. V Kal. Ian. Sirmi CC. cons. (a. 294). V. anche C. 2.4.19 (Diocl. et Maxim., a. 293); C. 2.4.27 (Diocl. et Maxim., a. 294); C. 2.4.29 (Diocl. et Maxim., a. 294).

⁹⁶ Ancora una volta non posso concordare con la Sciuto, *Sulla c.d. rescissione* cit. 419 quando ritiene di riscontrare «proprio in fonti dioclezianee, casi di lesione diversi dalla vendita, che possono fare legittimamente pensare al fatto che il principio in questione avesse con questo imperatore, una portata più generale».

⁹⁷ Cfr. E. Carrelli, *C. 2.36.1 e 3 e l'origine della rescissione per 'laesio enormis'*, in *SDHI*, 3, 1937, 446 ss.

⁹⁸ Altro caso è quello della transazione tra una figlia emancipata, che è succeduta alla madre, e il padre tutore della stessa: la figlia potrà agire contro il padre qualora sia stata lesa eccessivamente; l'azione utilizzabile sarebbe quella di dolo, ma considerato il rispetto che deve essere portato nei confronti del padre le verrà concessa un'azione *in factum*: Impp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. Aphrodisiae C. 2.20.5: *Si superstiti patre per emancipationem tui iuris effecta matri successisti rebusque tuis per legitimum tutorem patrem eundemque manumissorem administratis postea transegisti cum eo bona fide, perspicias, quod, si pactum tantum factum sit, petitio tua per exceptionem submovetur, si vero novatio legitimo modo intercessit et acceptilatio subsecuta est, nullam tibi iam superesse actionem.* 1. *Sane si laesa es immodice liberatione sollemniter per novationem atque acceptilationem tributa, non de dolo propter paternam verecundiam, sed in factum actio tibi tribuenda est.* D. Id. Iun. AA. cons. (a. 293). Il primo paragrafo sarebbe di origine giustiniana a detta di S. Riccobono, *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, in *AUPA*, 3-4, 1917, 640 s., seguito da Solazzi, *L'origine* cit. 57. V. anche C. 5.71.11 pr. (Diocl. et Maxim., a. 290) e C. 5.74.1 (Diocl. et Maxim., a. 290).

tuis adlegationibus adesse fidem nec servatam sollemnitatem hastarum animadverterit, fisco te satisfaciente revocata venditione fundum tibi restitui iubebit. D. Id. Febr. Sirmi CC. cons. (a. 294).

Ci si trova di fronte a una frode operata dal procuratore del fisco, il quale riesce a ottenere una compera per un prezzo *nimis exiguo*⁹⁹: si può ottenere la restituzione del fondo, dopo aver pagato il fisco, ma soltanto in ragione dell'inganno perpetrato¹⁰⁰.

Imp. Diocl. et Maxim. AA. Sabinae et aliis C. 2.28.1: *Etiam adversus venditiones pignorum, quae a creditoribus fiunt, minoribus subveniri, si tamen magno detrimento adfiantur, iam pridem placuit. si igitur pignori captis praediis ac distractis enorme damnum ex huiusmodi venditione passos vos ostenderitis, praesertim cum hodieque vos minores esse adfirmetis, auxilium restitutionis vobis impertietur.* D. X Kal. Dec. Sirmi ipsis IIII et III AA. cons. (a. 290).

Si concede la *restitutio in integrum propter aetatem* quando i creditori abbiano venduto a un prezzo vile un fondo pignorato da un minore, provocandogli in tal modo un grave danno; anche se si parla di *magno detrimento* e di *enorme damnum*, è chiaro che il rimedio è concesso solo perché il danneggiato è un minore. Sono stati sollevati dei dubbi in merito all'espressione *praesertim cum hodieque vos minores esse adfirmetis*¹⁰¹, da cui si è voluto desumere che «la presenza della minore età, pur continuando ad incidere sulla concessione del provvedimento di *restitutio* non ne costituisce più condizione decisiva»¹⁰². In realtà, l'avverbio *hodieque* non fa riferimento al fatto che i richiedenti fossero minori al momento della contrattazione, ma che lo siano ancora al momento della richiesta: il testo non dice dunque che si può concedere la *restitutio in integrum* soprattutto per il caso in cui fossero minori al momento della vendita, ma soprattutto per il caso in cui fossero ancora minori al momento della richiesta.

⁹⁹ V. anche C. 10.1.3 (Gord.) e C. 10.3.2 (Gord., a. 239).

¹⁰⁰ Soluzione analoga è proposta da D. 18.5.9 (Scaev. 4 dig.): *Fundus qui Lucii Titii erat ob vectigale rei publicae venit: sed cum Lucius Titius debitor professus esset paratum se esse vectigal exsolvere solidum, cum minore venisset fundus, quam debita summa esset, praeses provinciae rescindit venditionem eumque restitui iussit Lucio Titio: quaesitum est, an post sententiam praesidis, antequam restitueretur, in bonis Lucii Titii fundus emptus esset. respondit non prius, quam emptori pretium esset illatum vel, si pretium nondum esset ab emptore solutum, in vectigal satisfactum esset.*

¹⁰¹ V. Solazzi, *L'origine* cit. 63.

¹⁰² Così Sciuto, *Sulla c.d. rescissione* cit. 417.

V. Considerazioni generali sulla rescissione in epoca diocleziana

In definitiva, è sorprendente la frequenza con cui è chiesto a Diocleziano di rescindere una compravendita in ragione del fatto che era stato pagato un prezzo troppo basso o comunque per ragioni diverse da quelle tradizionali; la risposta imperiale è sempre recisamente negativa¹⁰³, almeno in tutti i casi in cui non sia possibile individuare uno dei comportamenti che già secondo il diritto classico permettevano di impugnare il contratto, in particolare il dolo, la violenza e la minore età. Si sottolinea più volte l'importanza del consenso, sia per la conclusione del contratto che per la sua risoluzione, e si respingono tutti i tentativi dei privati di provare il dolo adducendo un prezzo pagato troppo basso.

In base alla lettura complessiva delle molteplici costituzioni dedicate da Diocleziano al tema della rescissione, si può affermare con un certo grado di sicurezza che tale imperatore non introdusse la rescissione per lesione enorme come istituto generale, anzi pure su questo punto egli rimase fedele ai principi classici.

La decisione presente nella costituzione 2 rimane isolata e molto probabilmente era giustificata da circostanze particolari che non risultano più dal testo attuale. L'atteggiamento complessivo dell'imperatore è di sicuro contrario all'ammissione generalizzata della possibilità di rescindere le compravendite (o altri atti) in ragione di uno squilibrio nelle prestazioni.

Resta da capire perché i privati chiedessero così spesso, e per di più nello stesso torno di tempo, a Diocleziano di rescindere compravendite e altri negozi. Al riguardo sono state prospettate molteplici ipotesi.

Vi è chi ha evidenziato come le popolazioni delle provincie orientali applicassero già pratiche simili e cercassero dunque di ottenerne il riconoscimento anche all'interno del diritto romano¹⁰⁴.

Ad esempio, i diritti ellenistici conoscevano la possibilità di invalidare un contratto *ex poenitentia*¹⁰⁵.

¹⁰³ V. Arangio-Ruiz, *La compravendita* 1 cit. 144 afferma che esisterebbe «nel Codice giustiniano tutto un titolo *de rescindenda emptione* (4, 44), dal quale è regolata la facoltà di pretendere la rescissione di una vendita immobiliare quando, indipendentemente da ogni dolo o violenza, l'immobile sia stato pagato meno della metà del giusto prezzo», quando in realtà tale possibilità è ammessa solo dalla costituzione 2 e dal finale della 8, mentre tutte le altre la negano.

¹⁰⁴ «Mais n'est-ce pas l'aveu tacite qu'une évolution se produisait et que l'idée d'une rescision pour lésion en matière de vente d'immeubles se faisait jour dans les esprits du temps? ... La nécessité de réaffirmer à plusieurs reprises les mêmes principes prouve la tendance du Bas-Empire à les méconnaître»: C. Dupont, *La vente dans les constitutions de Constantin*, in *RIDA*. 3^a s. 2, 1955, 253. Cfr. E. Volterra, *Diritto romano e diritti orientali*, Bologna 1937, 302.

¹⁰⁵ In proposito si può citare un rescritto in cui Diocleziano reagisce molto bruscamente alla richiesta di rescindere un'alienazione: Imp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. Alexandro C. 3.32.12: *In-*

Anche il diritto ebraico contemplava una possibilità analoga: il diritto rabbinico dell'*ona'ah* già nel I e II secolo d.C. prevedeva che un contratto di vendita (con oggetto diverso dalle terre) potesse essere rescisso, su richiesta di entrambe le parti, se il prezzo deviava per più di un sesto dal valore di mercato, lasciando alla parte danneggiata la scelta tra la rescissione e il pagamento della differenza¹⁰⁶.

Westbrook¹⁰⁷ ritiene, invece, che il diritto concesso al venditore da C. 4.44.2 sia da far risalire a una lunga tradizione degli antichi diritti del Vicino Oriente, i quali concedevano spesso la possibilità di riscattare un bene venduto in garanzia di un debito.

Altri autori ipotizzano che l'argomentazione relativa a un prezzo minore, che si trova in varie costituzioni successive, potrebbe derivare proprio dal rescritto diretto ad Aurelio Lupo: essendo stato riprodotto nel *codex Gregorianus* nel 292, esso avrebbe acquistato conoscibilità e in tal modo avrebbe fondato interpretazioni tendenziose che la cancelleria fronteggia «con particolare fermezza, ogniqualvolta potessero mettere in dubbio principi consolidati del diritto privato preesistente»¹⁰⁸; la stessa costituzione 8 sarebbe una sorta di interpretazione autentica e sistemazione della 2.

Tutte queste spiegazioni sono plausibili, ma credo che vadano considerate congiuntamente alla situazione di grande inflazione e di crisi economica di quegli anni¹⁰⁹, situazione che portava i piccoli proprietari terrieri a svendere le terre. Tale argomento è stato a volte proposto dalla letteratura romanistica, ma come *ratio* dell'intervento diocleziano delle costituzioni 2 e 8¹¹⁰; a mio parere,

civile atque inusitatum est quod postulas, ut mancipium, quod tradidisti et hoc modo dominium eius transtulisti, invito eo ex nostro rescripto tibi adsignetur. unde intellegis semel ancilla emptoris facta filios etiam postea natos eius dominium sequi, cuius mater eorum eo tempore fuit. sane de pretio, si non te hoc probatum fuerit recepisse, conveni adversarium tuum. D. VI Id. April. AA. cons. (a 293).

¹⁰⁶ Sul punto v. H. F. Jolowicz, *The Origin of 'Laesio Enormis'*, in *The Juridical Review* 49, 1937, 47 ss.; D. Sperber, *'Laesio Enormis' and the Talmudic Law of Ona'ah*, in *Israel Law Review* 8, 1973, 254 ss.

¹⁰⁷ R. Westbrook, *The Origin of Laesio Enormis*, in *RIDA*, 55, 2008, 39 ss.

¹⁰⁸ Così Cardilli, *Alcune osservazioni* cit. 130, che continua: «la fermezza con la quale vengono ribaditi i principi classici in materia ed anche la delimitazione alla sola *emptio venditio* di *praedia* della innovazione del rescritto del 285 d. C. ... dimostrano... la volontà di Ermogeniano di circoscrivere la generalizzazione dell'*exemplum* rispetto ad altri contratti, ma non quella di negare forza normativa anche solo come precedente per casi simili a quello del rescritto diretto ad Aurelio Lupo» (131).

¹⁰⁹ Cfr. M. Corbier, *Svalutazioni, inflazione e circolazione monetaria nel III secolo*, in A. Giardina (a c. di), *Istituzioni, ceti, economie*, Bari 1986, 489 ss.

¹¹⁰ Cfr. Zachariae von Lingenthal, *Zur Lehre* cit. 59; Monnier, *Etudes* cit. 181 s.; Visky, *Die Proportionalität* cit. 355 ss.; Hackl, *Zu den Wurzeln* cit. 147 ss.; O. Stanojevic, *'Laesio enormis'* cit. 217 ss.

invece, esso giustifica piuttosto la frequenza delle richieste di rescissione.

Sappiamo che nell'epoca diocleziana la pressione fiscale era diventata insostenibile per molti piccoli proprietari, i quali si trovavano costretti a indebitarsi e quindi a vendere le proprie terre, per andare a lavorare in condizioni di semi-schiavitù sotto i grandi proprietari. Per questo fenomeno, e per il calo demografico determinato dalle perdite umane nei numerosi conflitti, molte terre furono abbandonate e cessarono di essere produttive (*agri deserti*)¹¹¹.

La crisi era aggravata, inoltre, dall'iperinflazione causata da anni di svalutazione della moneta¹¹²; quando Diocleziano arrivò al potere il sistema monetario era quasi al collasso: persino lo Stato pretendeva il pagamento delle tasse in natura invece che in moneta.

Com'è noto, Diocleziano tentò di superare alcuni dei problemi sorti con la crisi economica tramite l'emanazione dell'*edictum de pretiis maximis* del 301¹¹³.

¹¹¹ Si consideri in proposito il seguente testo, in cui si parla di *deserta praedia* che vengono messi in vendita col permesso del preside della provincia da coloro che dovrebbero pagare le tasse per quei fondi (Imp. Diocl. et Maxim. AA. Atinae Plotianae C. 4.46.2 = Vat. 22: *Si deserta praedia ob cessationem collationum vel reliqua tributorum ex permissu praesidis ab his, quibus periculum exactionis tributorum imminet, distracta sincera fide iusto pretio sollemniter comparasti, venditio ob sollemnes praestationes necessitate facta convelli non debet. 1. Sin autem venditio nulla iusta auctoritate praesidis praecedente facta est, hanc ratam haberi iura non concedunt, idque quod frustra gestum est revocari oportet, ita ut indemnitati tributorum omnibus modis consulatur. 2. Quae omnia tractari convenit praesente eo, quem emptorem exitisse proponis): se la vendita è avvenuta con il permesso del governatore *sincera fide iusto preti* non si potrà ottenerne la rescissione; diversamente, se sarà stata compiuta senza il permesso del governatore, si potrà revocare; non si indica espressamente la sproporzione tra il valore del bene e il prezzo, tuttavia dalla prima parte del testo si può presumere che questo sia comunque uno degli elementi da far valere. Analogo è Imp. Diocl. et Maxim. AA. Arrianae C. 7.39.1: *Cum adseveras te absente eos, qui oculos praediis tuis imposuerant, operam dedisse, ut annonariae collationis praetextu vili pretio ab officio praesidali praedia tua distraherentur, si legitimi temporis spatium ex venditionis die fluxit, qui provinciam regit inter vos cognoscet et, quod publico iure praescriptum est, statuet. 1. Si autem nondum ex die publicae venditionis legitimum tempus transmissum sit, iudex examinatis adlegationibus tuis quod rei qualitas dictaverit sequetur, non ignarus, si iniustam esse emptionem perspexerit, pretium, quod pro vitioso contractu datum est, secundum principalium statutorum tenorem mala fide emptoribus restitui non oportere.**

¹¹² Cfr. E. Levy, *Weströmisches Vulgarrecht. 2. Das Obligationenrecht*, Weimar 1956, 209 ss., il quale ritiene che in epoca postclassica si fosse diffusa l'idea della rescindibilità dei contratti a causa del crollo del sistema monetario e che gli imperatori reagissero negativamente a tale tendenza.

¹¹³ Sulla politica economica diocleziana cfr. M. Giacchero, *Note sull'editto-calmiere di Diocleziano*, Genova 1962; Id., *Il progressivo peggioramento della monetazione romana da Nerone a Diocleziano*, in *Studi romani* 14, 1966, 138 ss.; Id., *Edictum Diocletiani et Collegarum de pretiis rerum venalium*, Genova 1974; Id., *Il mondo della produzione e del lavoro nell'edictum de pretiis*, in *Studi in onore di A. Biscardi* 6, Milano 1987, 121 ss.; F. De Martino, *Storia economica di Roma antica* 2, Firenze 1980, 387 ss.; S. Lauffer, *Diokletians Preisedikt*, Berlin 1971; R.

Alcuni autori¹¹⁴ hanno proposto un collegamento tra tale editto e le nostre due costituzioni; tuttavia, la logica che ispira l'editto *de pretiis* è molto diversa, anche se vi è comunque un'intromissione nell'autonomia privata.

A differenza del rimedio concesso al venditore di un terreno che abbia ottenuto meno della metà del valore dello stesso, l'editto stabilisce i prezzi massimi solo delle cose mobili, tutela i compratori¹¹⁵ e non prevede l'invalidità dell'atto concluso in spregio. Nel complesso lo scopo dell'editto sui prezzi era quello di stabilizzare il valore della moneta e di combattere l'inflazione, mentre l'istituto della rescissione per lesione enorme avrebbe portato al risultato opposto¹¹⁶.

Inoltre, come si è visto, malgrado le molteplici richieste, Diocleziano non adotta un provvedimento generale in tema di rescissione per lesione.

VI. *La situazione nella successiva epoca postclassica e giustiniana*

Nelle fonti successive a Diocleziano si trovano soltanto costituzioni che ribadiscono in maniera ferma il principio classico¹¹⁷ e negano la possibilità di rescindere la compravendita a causa di un prezzo pagato troppo basso; non ve n'è alcuna che presupponga o applichi l'istituto della rescissione.

Vediamo soltanto i testi più importanti. Innanzitutto, una costituzione di Costantino del 319, indirizzata al prefetto dell'annona, quindi una costituzione a carattere generale:

Continisio, *L'edictum de pretiis' e la politica finanziaria nel III secolo*, in AAN. 96, 1985, 95 ss.; A. Wassink, *Inflation and financial policy under the Roman Empire to the Price Edict of 301 A. D.*, in *Historia* 40, 1991; F. Grelle, *L'esegesi dell'Edictum de pretiis diocleziano e i fondamenti dell'attività normativa imperiale*, in *Annali di storia dell'esegesi* 12, 1995; E. Lo Cascio, *Aspetti della politica monetaria nel IV secolo*, in AARC. 10, 1995, 95 ss.; S.J.J. Corcoran, *The Empire of the Tetrarchs. Imperial Pronouncements and Government, AD 284-324*, Oxford 1996, 205 ss.; B. Meissner, *Über Zweck und Anlass von Diokletians Preisedikt*, in *Historia* 49, 2000, 79 ss.; H. Brandt, *Erneute Überlegungen zum Preisedikt Diokletians*, in *Diokletian und die Tetrarchie*, Berlin 2004, 47 ss.; L. De Giovanni, *Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo tardoantico: alle radici di una nuova storia*, Roma 2007, 151 ss.

¹¹⁴ Landucci, *La lesione* cit. 1203; Visky, *Appunti* cit. 40 ss.; Sciuto, *Sulla c.d. rescissione* cit. 423.

¹¹⁵ Cfr. Solazzi, *L'origine storica* cit. 374 ss.

¹¹⁶ Cfr. W. de Bondt, *Lesion in the Roman Law of Contracts*, in *The Juridical Review* 91, 1979, 50 ss.; Sirks, *Quelques remarques* cit. 41 s.; Id., *Diocletian's Option* cit. 41 s.; Pennitz, *Zur Anfechtung* cit. 582.

¹¹⁷ Secondo Landucci, *La lesione enorme* cit. 1194 gli imperatori successivi non avrebbero applicato la regola introdotta da Diocleziano perché essa rappresentava un duro colpo al principio di libertà negoziale; cfr. Mayer-Maly, *'Pactum'* cit. 225 ss. e Pennitz, *Zur Anfechtung* cit. 575 ss.

Imp. Const. A. ad Profuturum praefectum annonae CTh. 3.1.1 = Brev. 3.1.1¹¹⁸: *Venditionis atque emptionis fidem nulla circumscriptio <e aut> [Gothofr.] violentia facta rumpi minime decet. Nec enim sola pretii vilioris querella contractus sine ulla culpa celebratus litigioso strepitu turbandus est.* P. Id. Aug. Constantino A. V et Licinio C. cons. (a. 319).

Poiché il destinatario della costituzione è il prefetto alle derrate alimentari, si potrebbe pensare che vi fossero state delle richieste di rescissione di compravendite di beni appunto alimentari¹¹⁹, richieste che vengono recisamente respinte, affermando con forza che l'argomento basato soltanto sulla circostanza di un prezzo basso non deve in alcun modo turbare un contratto che sia stato regolarmente concluso¹²⁰.

Di particolare interesse è una costituzione del 383 attribuita agli imperatori Graziano, Valentiniano II e Teodosio I, ma da ascrivere a Valentiniano, essendo stata emanata a Milano, o meglio ancora ai suoi reggenti (la madre Giustina e il generale Merobaude), dal momento che all'epoca Valentiniano aveva 12 anni.

Imp. Grat., Valentin. et Theodos. AAA. ad Hypatium p.p. CTh. 3.1.4 = Brev. 3.1.4: *Quisquis maior aetate atque administrandis familiarum suarum curis idoneus comprobatus praedia, etiam procul posita, distraxerit, etiamsi praedii forte totius quolibet casu minime facta distractio est, repetitionis in reliquum, pretii nomine vilioris, copiam minime consequatur.* ... D. VI Non. Mai. Mediolani Merobaude II et Saturnino cons. (a. 383).

Anche in questo caso si tratta di una costituzione a carattere generale, indirizzata al prefetto del pretorio, relativa alla vendita di un fondo compiuta da una persona maggiorenne e capace di amministrare i propri beni; si afferma che tale vendita non può essere revocata in ragione di un prezzo pagato troppo basso, anche se il fondo si trova distante (e quindi può essere difficile conoscerne l'esatto valore) e anche se ne viene venduta soltanto una parte.

¹¹⁸ V. anche *Interpretatio ad CTh. 3.1.1*: *Cum inter ementem atque vendentem fuerit res definito pretio comparata, quamvis plus valeat quam ad praesens venditur, hoc tantummodo requirendum est, si nihil fraudis vel violentiae egit ille, qui comparasse probatur. Et si voluerit revocare qui vendidit, nullatenus permittatur.*

¹¹⁹ Anche in un passo del Codice Euriciano (a. 294) si ribadisce l'impossibilità di intaccare la validità di una vendita in ragione di un prezzo vile, facendo riferimento però solo a cose mobili: *Venditionis haec forma serve(tur, ut) <seu res> [seu m]ancipia seu quodlibet animalium ge[nus] v]enditur, nemo propterea firmitatem [venditionis] inrumpat, quod dicat, rem vili [prae]tio vendidisse* (a. 476). Sul testo cfr. Th. Mayer-Maly, 'Pactum' cit. 226 s. e H. Siems, *Handel und Wucher im Spiegel frühmittelalterlicher Rechtsquellen*, Hannover 1992, 769 s.

¹²⁰ Cfr. Zachariae von Lingenthal, *Zur Lehre* cit. 59; Hackl, *Zu den Wurzeln* cit. 156.

La stessa costituzione compare nel codice Giustiniano¹²¹ con alcune modifiche di rilievo: oltre a essere abbreviata, si nota l'aggiunta dell'aggettivo *paulo* riferito al prezzo; si è in tal modo precisato che non si può revocare la vendita soltanto se il prezzo pagato è di poco inferiore al valore del bene.

Tale sicura alterazione non è sufficiente per capire l'atteggiamento nei confronti della rescissione per lesione in epoca giustiniana; «il confronto fra CTh. 3,1,4 e C. 4,44,15, che appare così decisivo per l'origine giustiniana della rescissione del contratto, potrebbe esserlo meno di quanto non sembri. Il *pretii vilioris nomine* della c. 4 nulla dice su quanto il prezzo possa esser inferiore (e si tenga conto del riferimento casistico della decisione)»¹²².

Non vi è alcuna costituzione di Giustiniano che si occupi direttamente della rescissione, né per negarla, né per introdurla: non si può dire con certezza che l'imperatore abbia voluto direttamente riformare o generalizzare l'istituto.

Spesso si è affermato che i compilatori giustinianeî lo avrebbero introdotto operando delle modifiche nelle famigerate costituzioni 2 e 8; come si è visto, è innegabile che il testo di dette costituzioni sollevi qualche legittimo dubbio.

D'altro lato, i compilatori hanno conservato tutte le molteplici costituzioni che respingono la rescissione in ragione del prezzo troppo basso.

Come ha osservato Pennitz, se i giustinianeî avessero voluto generalizzare l'istituto della rescissione per lesione, avrebbero potuto introdurre nel finale della costituzione 2 una frase che estendesse il caso particolare a tutte le compravendite: «so hingegen bleibt es bei einer Ausnahmeregelung, was zugleich bedeutet, dass nicht nur Diokletian, sondern wohl auch Justinian hier an der Grundwerten des klassischen römischen Kaufrechts festhalten»¹²³.

Anche Talamanca sul punto era molto cauto, affermando che «nel 'sistema della compilazione', se lo vogliamo chiamare così, manca ... una vera e propria presa di posizione su questa problematica; si tratterebbe, a quanto appare dalle fonti, di un'innovazione condotta un po' in sordina da Giustiniano, il quale non ritiene di dover intervenire, al proposito, con una costituzione innovatrice, né menziona nelle *Institutiones* qualcosa che ricordi il requisito del *pretium iustum*, onde si sarebbe potuto avere – anche sul piano pratico – qualche dubbio sull'effettiva portata dell'innovazione stessa. È difficile, d'altronde, individuare un preciso e plausibile contesto postclassico in cui ciò sarebbe avvenuto: e, ad accettare un'ipotesi di tal genere, continuerebbe d'altronde ad essere necessario

¹²¹ Imp. Grat., Valentin. et Theod. AAA. ad Hypatium p.p. C. 4.44.15: *Quisquis maior aetate praedia etiam procul posita distraxerit, paulo vilioris pretii nomine repetitionis rei venditae copiam minime consequatur.* D. VI Non. Mai. Mediolani Merobaude II et Saturnino cons. (a. 383)

¹²² Così Talamanca, *Pubblicazioni* cit. 592.

¹²³ M. Pennitz, *Zur Anfechtung* cit. 581.

d'interrogarsi sulla valenza della recezione dei testi alterati nella compilazione stessa»¹²⁴.

Qualche ausilio all'individuazione di una soluzione e soprattutto all'interpretazione della costituzione 8 per l'epoca giustiniana può venire dal suggerimento di Krüger di leggere questo testo congiuntamente ad altri tre rescritti, emanati nello stesso giorno e indirizzati a una certa *Himnoda*. Secondo Krüger si sarebbe trattato della stessa costituzione che i compilatori giustiniani avrebbero poi diviso, riportandone degli squarci in altri contesti; il nome della destinataria potrebbe essere stato oggetto in seguito di un errore di trascrizione¹²⁵. Effettivamente molto probabile appare la connessione con

Impp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. Hymnodae C. 2.19.9: *Metum non iactationibus tantum vel contestationibus, sed atrocitate facti probari convenit*. D. Kal. Dec. AA. cons. (a. 293)

Impp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. Hymnodae C. 2.20.6: *Dolum ex insidiis perspicuis probari convenit*. D. Kal. Dec. AA. cons. (a. 293)

Collocati rispettivamente nel titolo dedicato al *metus* e in quello dedicato al *dolus*, questi due brevi stralci servono a esplicitare come si debba provare l'esistenza dell'uno e dell'altro e possono con buona probabilità essere stati ricavati dallo stesso rescritto che compone la costituzione 8, all'inizio del quale appunto si parla di *dolus* e *metus* come uniche cause che possono portare all'invalidazione della compravendita.

Meno immediato è il collegamento con

Impp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. Hymnodae C. 2.31.2: *Si ex persona minorum in integrum restitutio adversus transactum propter aetatis auxilium imploretur, tibi quoque agenti ex integro vel replicatione contra exceptionem pacti vel, si peremptam constet pristinam obligationem, ex instauratione negotii tributa actione consulendum est*. D. Kal. Dec. CC. cons. (a. 294).

In questo caso la destinataria è la stessa *Himnoda*, il giorno è sempre il primo dicembre, ma l'anno sembrerebbe essere il successivo, a meno di voler correggere CC. (*Caesares*) in AA. (*Augusti*) *consulibus*, come propose Mommsen e come ritengono gli autori più recenti¹²⁶.

¹²⁴ Così Talamanca, *Vendita* cit. 370.

¹²⁵ Cfr. Sirks, *La 'laesio enormis'* cit. 295 nt. 26; Klami, «*Laesio enormis*» cit. 54.

¹²⁶ Cfr. Honoré, *Emperors and Lawyers* cit. 150; S. Connolly, *Lives behind the Laws: The World of the 'Codex Hermogenianus'*, Bloomington 2010, 114 ss.; *Palingenesia of Latin private Rescripts, V, AD 293*, in *iuscivile.com*.

Anche l'argomento trattato è piuttosto distante da quello degli altri rescritti: qui, infatti, si parla di una *restitutio in integrum propter aetatem* che sembrerebbe essere stata chiesta dalla controparte contro una transazione e si afferma che anche per la richiedente devono venir meno gli effetti della transazione, nel senso che ella potrà agire di nuovo o opporre una replicazione o addirittura le verrà attribuita una nuova azione, se l'obbligazione fosse nel frattempo stata estinta.

Può darsi che il rescritto originario rispondesse a due quesiti prospettati dalla supplicante Evodia/Himnodia, uno relativo a una vendita effettuata dal figlio e un altro relativo a una transazione (forse conclusa dal figlio).

VII. *Considerazioni conclusive*

I due rescritti di cui a C. 4.44.2 e C. 4.44.8, che hanno costituito il fondamento per lo sviluppo dell'istituto della rescissione per lesione enorme in epoca medievale, di certo non sono una completa creazione dei compilatori giustiniani. È possibile che abbiano subito qualche ritocco, anche se è molto difficile, forse impossibile, stabilire per opera di chi e in limiti; molto probabilmente sono stati sunteggiati; la costituzione 8 è stata anche sezionata e divisa in vari contesti. Già questo potrebbe spiegare in parte l'andamento poco coerente delle stesse costituzioni.

Risulta altresì certo che l'imperatore Diocleziano non introdusse un rimedio generale diretto a rescindere le compravendite effettuate a un prezzo troppo basso¹²⁷ e ciò «rende inutile soffermarsi sulle varie ipotesi avanzate circa la connessione dell'«innovazione» diocleziana con le condizioni economiche o con le opinioni filosofiche o religiose dell'epoca»¹²⁸; le condizioni socio-economiche del tempo di Diocleziano possono semmai spiegare le molteplici richieste di rescissione motivate da un prezzo troppo basso, che l'imperatore regolarmente respinge.

È tuttavia innegabile che Diocleziano concesse, nel caso di C. 4.44.2, per ragioni eccezionali, la possibilità di rescindere la compravendita, lasciando la nota alternativa a favore di colui che aveva acquistato da Aurelio Lupo; risulta molto difficile ipotizzare su quali basi concrete, oltre alla discre-

¹²⁷ Anche in questo contesto Diocleziano sembra rispettoso del regime classico; in generale in questo senso M. Amelotti, *Per l'interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano*, Milano 1960, 51 ss.; Id., *Da Diocleziano a Costantino. Note in tema di costituzioni imperiali*, in *SDHI*. 27, 1961, 241 ss. [= in *Scritti giuridici*, Torino 1996, 492 ss.].

¹²⁸ Così Talamanca *Vendita* cit. 369.

panza fra il *pretium iustum* e quello ricevuto, in quanto dal testo sono stati espunti gli elementi che giustificavano la soluzione del caso concreto esposto all'imperatore¹²⁹.

Al riguardo sono state prospettate varie congetture interessanti; ad esempio, Solazzi immaginò la soppressione di un richiamo al dolo (*fraudibus diversae partis*)¹³⁰, ma non vi è alcun elemento testuale che possa sostenere tale supposizione e, d'altra parte, se vi fosse stato un riferimento alla frode non ci sarebbe stato bisogno di giustificare la decisione sulla base dell'*humanitas*. Nicolau ha pensato che la possibilità sia stata introdotta perché si trattava di una vendita fiscale, per le quali era ammessa già in precedenza la rescissione¹³¹; tuttavia, da vari testi¹³² risulta che per rescindere le vendite fiscali, oltre all'esiguità del prezzo, erano necessari anche una scorrettezza del funzionario e il mancato rispetto delle formalità di vendita, elementi di cui non si ha traccia nel rescritto.

A mio giudizio, si potrebbe individuare un elemento testuale dal quale desumere la particolarità della fattispecie: sia nella costituzione 2 che nella 8, e soltanto in esse tra tutte quelle del titolo *de rescindenda venditione*, compaiono come venditori un genitore e un figlio (*si tu vel pater tuus; si voluntate tua fundum tuum filius tuus venumdedit*)¹³³. Nel caso della costituzione 8 a vendere è sicuramente il figlio con l'autorizzazione della madre; anche nella costituzione 2 la vendita potrebbe essere stata operata dal figlio, forse senza l'autorizzazione del padre.

Nella costituzione 2 poteva trattarsi di un caso in cui il figlio in potestà del padre era minore di 25 anni e aveva venduto un fondo paterno o forse peculiare, magari del peculio castrense, per una cifra molto bassa a causa della propria inesperienza. L'imperatore potrebbe essere intervenuto autorizzando eccezionalmente la rescissione, anche se non ci sarebbero stati propriamente gli estremi

¹²⁹ Ricordiamo, con le parole di M. Talamanca, *Il diritto nelle epoche postclassiche*, in 'Collatio iuris romani'. *Etudes dédiées à H. Ankum à l'occasion de son 65e anniversaire* 2, Amsterdam 1995, 540 che «nell'ultimo cinquantennio del III sec. d.C. l'ordinamento si sviluppa ancora sotto il segno della dominanza della produzione del diritto mediante l'individuazione delle singole massime di decisione da applicare al caso concreto, in un modo sotto un certo profilo coincidente con quello in cui tale sviluppo si aveva nella giurisprudenza classica, anche se con una valenza più o meno marcatamente diversa (soprattutto per il venire meno del *ius controversum*)».

¹³⁰ Solazzi, *L'origine* cit. 77.

¹³¹ Sul tema v., da ultimo, A. Rinaudo, *Il prezzo nelle vendite fiscali tra I e III secolo d. C.*, Napoli, 2015, 49 ss.

¹³² D. 49.14.1 pr. (Call. 1 *de iure fisci*); C. 4.44.16 (Valent. Theod. et Arcad., a. 392); C. 10.1.3 (Gord.); C. 10.3.2 (Gord., a. 239). Cfr. J. Wiewiorowski, *The Abuses of Exactores and the laesio enormis – a Few Remarks*, in *Studia Ceranea* 2, 2012, 75 ss.

¹³³ «Es interesante apuntar que en ambos rescriptos parece que el bien fue vendido por persona distinta del propietario, con su autorización, aunque en ambos casos con vínculos de filiación»: Diaz-Bautista Cremades, *Algunas consideraciones* cit. 315.

per la concessione di una *restitutio in integrum propter aetatem*, in quanto il minore non era *sui iuris*; sempre per questo motivo l'imperatore sarebbe venuto incontro al compratore concedendogli la facoltà di conservare in vita il contratto pagando la differenza di prezzo.

L'editto del pretore in merito alla protezione dei minori di 25 anni non precisava se questa fosse riservata ai *sui iuris* o riguardasse anche i *filius familias*¹³⁴ e vi sono testimonianze di interventi dell'ultima giurisprudenza classica¹³⁵ e di

¹³⁴ D. 4.4.1.1 (Ulp. 11 ad ed.): *Praetor edicit: 'Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicitur, uti quaeque res erit, animadvertam'*. In argomento cfr. F. Musumeci, *'Quod cum minore ... animadvertam': editto sui minori, giuristi e cancelleria imperiale*, Catania 1998; *Editto sui minori di venticinque anni e 'ius controversum' nell'età dei Severi*, in *'Iuris vincula'*. Studi in onore di M. Talamanca, 6, Napoli 2001, 35 s.; Id., *Pretore, giudice e protezione dei minori dei venticinque anni*, in *Labeo* 50, 2004, 66; Id., *«Quod cum minore ...gestum esse dicitur»*, in *RHD*. 84, 2006, 513 ss.; Id., *Protezione pretoria dei minori di 25 anni e «ius controversum» in età imperiale*, Torino 2013; F. Lamberti, *«Quod cum minore quam XXV annis natu gestum esse dicitur»*, in *Index* 43, 2015, 132 ss.

¹³⁵ D. 4.4.3.4 (Ulp. 11 ad ed.): *Sed utrum solis patribus familiarum an etiam filiis familiarum succurri debeat, videndum. movet dubitationem, quod, si quis dixerit etiam filiis familiarum in re peculiari subveniendum, efficiet, ut per eos etiam maioribus subveniatur, id est patribus eorum: quod nequaquam fuit praetori propositum: praetor enim minoribus auxilium promisit, non maioribus. ego autem verissimam arbitror sententiam existimantium, filium familias minorem annis in integrum restitui posse ex his solis causis quae ipsius intersint, puta si sit obligatus. proinde si iussu patris obligatus sit, pater utique poterit in solidum conveniri: filius autem cum et ipse possit vel in potestate manens conveniri, vel etiam emancipatus vel exheredatus in id quod facere potest, et quidem in potestate manens etiam invito patre ex condemnatione conveniri: auxilium impetrare debet, si ipse conveniatur. sed an hoc auxilium patri quoque prosit, ut solet interdum fideiussori eius prodesse, videamus: et non puto profuturum. si igitur filius conveniatur, postulet auxilium: si patrem conveniat creditor, auxilium cessat: excepta mutui datione: in hanc enim si iussu patris mutuum pecuniam accepit, non adiuvatur. proinde et si sine iussu patris contraxit et captus est, si quidem pater de peculio conveniatur, filius non erit restituendus: si filius conveniatur, poterit restitui. nec eo movemur, quasi intersit filii peculium habere: magis enim patris quam filii interest, licet aliquo casu ad filium peculium spectet: ut puta si patris eius bona a fisco propter debitum occupata sunt: nam peculium ei ex constitutione claudii separatur; D. 4.4.23 (Paul. 11 ad ed.): *Cum mandatu patris filius familias res administraret, non habet beneficium restitutionis: nam et si alius ei mandasset, non succurreretur, cum eo modo maiori potius consuleretur, cuius damno res sit cessura. sed si eventu damnum minor passurus sit, quia quod praestiterit servare ab eo cuius negotia gessit non potest, quia is non erit solvendo, sine dubio praetor interveniet. si autem ipse dominus minor sit, procurator vero maioris aetatis, non potest facile dominus audiri, nisi si mandatu eius gestum erit nec a procuratore servari res possit. ergo et si procuratorio nomine minor circumscriptus sit, imputari debet hoc domino, qui tali commisit sua negotia. idque et Marcello placet. Su questi testi cfr. P. Koschaker, 'Translatio iudicii'. Eine Studie zum römischen Zivilprozeß, Graz 1905, 176 ss.; H.G. Knothe, *Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen in geschichtlicher Entwicklung*, Frankfurt am Main-Bern 1983, 66 s.; H. Ankum, *La position juridique du 'filius familias' mineur en droit romain classique*, in *Mélanges F. Wubbe*, Fribourg 1993, 3 ss.; S. Longo, *'Filius familias se obligat'? Il problema della capacità patrimoniale dei 'filii familias'*, Milano 2003, 298 ss.; P. Klausberger, *Zur Haftung Dritter für die Verbindlichkeiten Minderjähriger nach Ulpian D. 4.4,3,4 und D. 4.4,13 pr.*, in *ZSS*. 124, 2007, 343 ss.**

imperatori del terzo secolo¹³⁶ favorevoli a concedere, in determinate circostanze, i tipici strumenti a tutela dei minori anche a favore di soggetti a potestà¹³⁷; la situazione di Aurelio Lupo potrebbe essere ricondotta a uno di questi casi.

La costituzione 8 apparteneva, invece, a quel folto gruppo di rescritti diretti a negare la rescissione, probabilmente perché la vendita era stata posta in essere con l'autorizzazione della madre ed è la stessa genitrice a chiedere l'intervento imperiale: non vi era dunque spazio per alcuna *restitutio in integrum minorum*¹³⁸. Se però il rescritto diretto ad Aurelia Evodia in origine era davvero più ampio e comprendeva i testi che ora si leggono in C. 2.19.9, C. 2.20.6 e C. 2.31.2, al suo interno i compilatori giustiniani avrebbero letto un riferimento alla *restitutio in integrum propter aetatem* e da ciò potrebbero essere stati indotti a intravedervi una situazione simile a quella trattata nella costituzione 2 e di conseguenza avrebbero aggiunto la frase finale diretta a far concordare i due provvedimenti.

Paola Lambrini
Università di Padova
paola.lambrini@unipd.it

¹³⁶ Imp. Gordianus A. Tryphoni mil. C. 2.22.2: *Filius familias, si minor viginti quinque annis pro extraneo fideiussit, in integrum restitutionem postulare non prohibetur. sed et si pro patre suo fideiussor extitit eique diem suum functo non successit, in integrum restitutionem postulare potest.* D. Kal. Iul. Gordiano A. II et Pompeiano cons. (a. 241). Sul testo cfr. A. Trisciuglio, 'Fideiussio iudicio sistendi causa' e idoneità del fideiussore nel diritto giustiniano e nella tradizione romanistica, Napoli 2009, 102 s.

¹³⁷ Ankum, *La position* cit. 3 ss. è l'autore che più ha messo in evidenza come all'interno della compilazione sia dedicata attenzione anche al minore ancora in potestà del *pater*.

¹³⁸ «Les *patres familias* n'étaient pas habilités à invoquer la protection prétorienne destinée aux mineurs en leur propre nom»: Ankum, *La position* cit. 25.

