

DIREZIONE

Rita LIZZI TESTA (Perugia), Carlo LORENZI (Perugia),
Marialuisa NAVARRA (Perugia)

COMITATO EDITORIALE

Paola BIANCHI (Roma Tor Vergata), Maurilio FELICI (LUMSA Palermo),
Francesca GALGANO (Napoli Federico II), Marco Urbano SPERANDIO
(Roma Tre)

COMITATO SCIENTIFICO

Francesco AMARELLI (Napoli Federico II), Francesco ARCARIA (Catania),
Gisella BASSANELLI SOMMARIVA (Bologna), Mariagrazia BIANCHINI (Genova),
Giorgio BONAMENTE (Perugia), Maria CAMPOLUNGHY (Perugia), Jean-Michel
CARRIÉ (Paris EHESS), Felicianonio COSTABILE (Reggio Calabria), Victor
CRESCENZI (Urbino), Lucio DE GIOVANNI (Napoli Federico II), Lietta DE
SALVO (Messina), María Victoria ESCRIBANO PAÑO (Zaragoza), Lorenzo
FASCIONE (Roma Tre), Maurilio FELICI (LUMSA Palermo), Sandro-Angelo
FUSCO (Macerata), Francesca GALGANO (Napoli Federico II), Stefano
GIGLIO (Perugia), Peter GRÖSCHLER (Mainz), Carlo LANZA (Università della
Campania “Vanvitelli”), Noel LENSKI (Yale), Orazio Antonio LICANDRO
(Catania), Detlef LIEBS (Freiburg i. Br.), Rita LIZZI TESTA (Perugia), Carlo
LORENZI (Perugia), Andrea LOVATO (Bari), Francesco Maria LUCREZI
(Salerno), Marialuisa NAVARRA (Perugia), Nicola PALAZZOLO (Perugia), Leo
PEPPE (Roma Tre), Salvatore PULIATTI (Parma), Boudewijn SIRKS (Oxford),
Marco Urbano SPERANDIO (Roma Tre)

A partire dal XVIII volume, la pubblicazione dei contributi, non riconducibili ad autori invitati dal Comitato Scientifico a collaborare all'opera, è subordinata alla valutazione positiva espressa da due studiosi facenti parte del Comitato Scientifico oppure di settori scientifico-disciplinari attinenti alla materia trattata, nel rispetto dell'anonimato di autore e valutatori.



Francesco Amarelli

*nihil dulcius est, bene quam munita tenere
edita doctrina sapientum templa serena*

(LUCR. II.7-8)

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

ATTI DELL'ACCADEMIA
ROMANISTICA
COSTANTINIANA

XXV

LA COSTRUZIONE DEL TESTO
GIURIDICO TARDOANTICO

CULTURE, LINGUAGGI,
PERCORSI ARGOMENTATIVI E STILISTICI
IN ONORE DI FRANCESCO AMARELLI



 ali&no
EDITRICE

Il volume è stato curato da C. Lorenzi e M. Navarra

Opera pubblicata con il contributo del Comune di Spello



I contributi raccolti in questo volume approfondiscono
tematiche del Convegno 2021
dell'Accademia Romanistica Costantiniana
organizzato in collaborazione con
l'Accademia Storico-Giuridica Costantiniana



AUTORI VARI

Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana, XXV

La costruzione del testo giuridico tardoantico. Culture, linguaggi, percorsi argomentativi e stilistici

in onore di Francesco Amarelli

Collana: Pubblicazioni dell'Università degli Studi di Perugia

Perugia, alieno editrice, 2023

pp. 688; 24 cm

ISBN 978-88-6254-292-0

ISSN 1973-8293

© 2023 by Università degli Studi di Perugia

www.alienoeditrice.net

info@alienoeditrice.net

Tutti i diritti riservati. Senza il consenso scritto dell'editore nessuna parte di questo libro può essere riprodotta o trasmessa in qualsiasi forma e da qualsiasi mezzo, elettronico o meccanico, né fotocopiata, registrata o trattata da sistemi di memorizzazione e recupero delle informazioni.

SALVATORE PULIATTI
Università di Parma

PRESENZA DELLA GIURISPRUDENZA CLASSICA
NELLE COSTITUZIONI IMPERIALI

(I)

La rappresentazione del Tardoantico, che per un lungo arco di tempo gli studi sul periodo ci hanno trasmesso, si è connotata per una valenza deteriorata, vuoi che questa fosse espressa nei termini drastici della decadenza o in quelli più sfumati della transizione¹. E questo modo di raffigurare quell'età si è in larga misura esteso al diritto e al sistema delle fonti di produzione che l'hanno contraddistinta, le cui componenti si sono volute riassumere in una sintetica contrapposizione tra *iura* e *leges*² che, per sé, giustapponendo il portato della tradizione giu-

¹ Tra i numerosi saggi dedicati all'argomento, traccia un quadro dettagliato delle diverse prospettive di studio che hanno segnato l'indagine storiografica sulla tarda antichità L. DE GIOVANNI, *Istituzioni Scienza giuridica Codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma 2007, 1-19, che, ricordato il lapidario giudizio del Mommsen, il quale affermava: "L'epoca di Diocleziano reca il marchio della decadenza e non suscita la nostra simpatia", e sottolineato come l'angolo visuale degli studi si sia spostato da quella presa di posizione radicalmente avversa all'idea di 'trasformazione', delineando il Tardoantico come 'straordinario laboratorio' capace di dar luogo alla nascita di fenomeni estremamente variegati, conclude evidenziando come a quell'età si riconoscano ormai "lineamenti autonomi e peculiari" che postulano prospettive di studio diversificate, che tengano conto delle particolarità "dei vari territori, delle culture e degli usi provinciali e popolari, dei loro nessi reciproci e dei loro rapporti con la cultura dominante latina e greca".

² Ha rivisto il rapporto tra questi due fattori il saggio di P. BIANCHI, *Iura-leges. Un'apparente questione terminologica della tarda antichità. Storiografia e storia*, Milano 2007, che ha segnato una radicale riconsiderazione della interpretazione di quella dicotomia introdotta dal Savigny, distaccandosi dall'idea che nel linguaggio tardoantico essa servisse per distinguere e contrapporre due componenti dell'or-

risprudenziale classica a quello della normazione imperiale, ha lasciato intendere un diverso valore assegnato a quelle fonti poste, nella visione corrente, su piani distinti³. Se l'età tardoimperiale infatti, com'è stato osservato, si presentava sotto il profilo della storia delle fonti "come un riconoscimento – implicito, ma talora anche esplicito – della non eliminabilità degli *iura*"⁴, tuttavia la visione corrente non ne propone un'esatta rappresentazione, riservando al sapere giurisprudenziale una portata minore e quasi ancillare rispetto alla normazione imperiale⁵. Tra

dinamento. Come ha ben evidenziato D. MANTOVANI, *Diritto e storia tardoantica. Tavola rotonda*, in *Trent'anni di studi sulla Tarda Antichità: bilanci e prospettive. Atti del Convegno internazionale. Napoli, 21-23 novembre 2007*, a cura di U. CRISCUOLO-L. DE GIOVANNI, Napoli 2009, 406, più che una contrapposizione quella locuzione costituisce "un'endiadi o meglio una dittologia, cioè una locuzione dotata di un significato unitario e inscindibile" volta piuttosto a indicare il diritto oggettivo nel suo complesso.

³ Si sono in conseguenza evidenziati da parte degli studiosi la centralità della normazione imperiale e il ruolo assorbente assunto dall'imperatore quale unico *conditor* e *interpres legum* che avrebbe segnato una profonda trasformazione del sistema giuridico, determinando la progressiva obliterazione del sapere giurisprudenziale e il primato della legislazione imperiale segnando il passaggio da un sistema giurisprudenziale, basato sulla riflessione dei giuristi quale elemento di sviluppo dell'ordinamento, a un sistema legislativo "caratterizzato dalla sempre più profonda divisione tra normativa imperiale e giurisprudenza nel sistema delle fonti". Così G.G. ARCHI, *Il problema delle fonti del diritto nel sistema romano del IV e V secolo*, in ID., *Giustiniano legislatore*, Bologna 1970, 11-118. Sottolineano questo aspetto anche L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di lezioni*, Torino 1989, 163-177, e N. PALAZZOLO (dir.), *Storia giuridica di Roma. Principato e Dominato*, Perugia 1998, 246. Sintetizza i diversi orientamenti F. BONO, *Giustiniano fra legislazione e giurisprudenza. Citazioni giurisprudenziali e motivazione imperiale*, Pavia 2014, 11-17, rilevando come "nella realtà, la frattura venutasi a creare almeno a partire dall'età dei Severi va certamente ridimensionata, dal momento che vi sono tracce evidenti per circoscrivere la cesura tra normazione imperiale e giurisprudenza, "a favore di una visione nella quale il sapere giurisprudenziale continua a giocare un ruolo tutt'altro che secondario nell'ordinamento".

⁴ R. BONINI, *Introduzione allo studio dell'età giustiniana*, Bologna 1985, 44.

⁵ Non si discosta da questa prospettiva M.G. ZOZ, *L'evoluzione e la cosiddetta "consolidazione" del diritto imperiale romano da parte della giurisprudenza: brevi osservazioni*, in *Diritto@Storia*, 8, 2009, che osserva come il nuovo regime del Dominato, in conseguenza del clima di decadenza culturale e di autocrazia che ne ha contrassegnato il carattere, abbia importato il passaggio "ad un ordinamento di tipo legale e poi codicistico" capace di incidere sulla scienza giuridica dell'epoca, determinando l'eclissi della giurisprudenza creativa che per quattro secoli aveva guidato lo sviluppo del diritto. Cfr. in proposito anche D. MANTOVANI, *Costantinopoli non*

questi due poli, nella visione prevalente, il dialogo rimane marginale, costituendo quel pensiero il presupposto necessario, certo non ignorato ma assai poco considerato, della normazione imperiale. In realtà negli stessi progetti codificatori, così come nelle forme e nelle modalità di attuazione pratica delle loro riforme e dei loro interventi, gli imperatori mostrano di aver coscienza di collocarsi all'interno di un ordinamento più ampio, che ha nel sapere dei *veteres* il proprio perno, capace ancora di influire con le proprie concezioni e peculiarità tecniche sulla stessa normazione imperiale⁶. Certo quel sapere era di difficile accesso e fruibilità se, in avvio di quella delicata fase di transizione che doveva portare all'affermarsi della *lex generalis* e dell'ideologia dell'imperatore 'legge vivente', Costantino, in una costituzione generale del 321 (C.Th. 1.4.1), non esitava a manifestare il profondo fastidio per le "interminabili dispute" degli antichi giuristi e il desiderio di sradicarle (*Perpetuas prudentium contentiones eruere cupientes*). Ma la riflessione giurisprudenziale restava purtuttavia alla base della disciplina di istituti vigenti, come sottolineato da una recente indagine⁷ con riguardo a una disposizione di Onorio in materia di *postliminium*⁸ o costituiva il presupposto di riforme introdotte, quale quella con cui Teodosio II aveva abrogato le pene eccessive comminate in alcuni casi di divorzio⁹. In questa si-

è Bologna. *La nascita del Digesto fra storiografia e storia*, in D. MANTOVANI-A. PADOA SCHIOPPA (a cura di), *Interpretare il Digesto. Storia e metodi*, Pavia 2014, 106, con ampi richiami alla letteratura in argomento, che rileva come l'impressione "che l'età compresa tra Diocleziano e Giustiniano abbia assistito al crollo della scienza dei giuristi" non si sia del tutto dissipata e così pure l'idea che il diritto abbia finito per concretarsi nella legislazione imperiale "smarrendo al contempo la forma argomentativa di pensiero, che era stata l'emblema dei giuristi per almeno cinque secoli, dal tempo dalle guerre puniche alla fine del III secolo d.C."

⁶ In tal senso D. MANTOVANI, *Diritto e storia tardoantica* cit., 405 nt. 17, ove l'autore, a seguito di una stringente analisi terminologica, pone chiaramente in luce come il richiamo al *ius vetus* implichi "la costante consapevolezza, da parte degli imperatori, che le loro costituzioni, pur con la forza di modificarlo, si inserivano in un ordinamento preesistente"; dimostrazione questa, ad avviso dello studioso, che "il diritto tardoantico, almeno per quanto riguarda il diritto privato, continuò ad essere per la maggior parte contenuto negli scritti dei giuristi di I-III secolo d.C."

⁷ Cfr. D. MANTOVANI, *Per una ricerca sulle strutture nascoste della legislazione tardoantica*, in *Le strutture nascoste della legislazione tardoantica*, a cura di D. MANTOVANI, Bari 2019, 17.

⁸ Const. Sirm. 16, a. 408.

⁹ Nov. Theod. 12.1: *repudiū culpas culparumque coercitiones ad veteres leges responsaque prudentium revocare censemus* (a. 439).

tuazione di difficile penetrazione delle conoscenze giuridiche non era dunque venuta meno la convinzione della necessità della pratica della citazione delle opere giurisprudenziali e del valore da queste rivestito, quali parti integranti del *ius* prodotto dalle parti in giudizio, ai fini della formazione del convincimento del giudice: ancora nel VI secolo Cassiodoro affermava che si chiamerebbe abusivamente *iudicium* quello in cui le parti non allegassero i *dicta prudentium*¹⁰ e per parte sua l'imperatore Leone nel 473, a riprova del valore annesso alle opinioni giurisprudenziali, preferiva appoggiare su un'opinione di Giuliano la decisione di un disputato problema di interpretazione giuridica, piuttosto che formulare una regola autonoma¹¹. Ma al di là della prospettiva formale, del valore paradigmatico degli istituti tradizionali, quello che rileva è il grado di penetrazione che quei metodi e quelle forme sono riuscite a esercitare sul pensiero del legislatore, la coscienza che di essi ha maturato, il grado di applicazione che ne ha fatto e, in ultima analisi, l'incidenza che un modo originale di operare giuridico quale quello giurisprudenziale ha esercitato sulla sua attività¹².

Su questi aspetti si è orientata l'analisi nel proposito di svelare le trame di quel dialogo sinora assai scarsamente considerato, onde poter meglio valutare le diverse modalità seguite dal legislatore nel rapportarsi al sapere giurisprudenziale e l'incidenza esercitata dalle logiche proprie di quel pensiero sul *modus operandi* da questo seguite¹³. Certo l'indagine non è particolarmente facilitata, specie per quel che riguarda il Teodosiano, dalle scarse evidenze di quel contatto. Se si guarda infatti alle fonti imperiali dell'età del Dominato, assai scarse risultano le citazioni di giuristi o di opinioni giurisprudenziali presenti nella legislazione dei secoli IV e V e per lo più tratte da provvedimenti aventi relazione con la storia delle fonti. Oltre ai diversi frammenti contenenti il testo della legge delle citazioni e ai ben noti provvedimenti costantiniani concernenti il valore delle *notae* a Papiniano e la validità delle *Pauli Senten-*

¹⁰ Cass., *Var.* 6.8.2, a. 487-583. In proposito cfr. F. DE MARINI AVONZO, *Critica testuale e studio storico del diritto*, Torino 1973², 83.

¹¹ C. 6.61.5 pr. su cui cfr. D. MANTOVANI, *Costantinopoli non è Bologna* cit., 123-125.

¹² Si veda in proposito D. MANTOVANI, *Diritto e storia tardoantica* cit., 409.

¹³ Da ultimo un quadro delle citazioni nominative nella legislazione tardoimperiale e giustiniana in F. BONO, *Giustiniano fra legislazione e giurisprudenza* cit., 21-28.

*tiae*¹⁴ si possono riscontrare soltanto pochissimi rinvii: uno a Scevola, in materia di forme dei testamenti¹⁵, e uno, peraltro incerto, a Giuliano conservato tuttavia nel Codice giustiniano¹⁶, cui si aggiunge un riferimento giurisprudenziale (Marciano) contenuto in C. 9.8.6.1, mutila e priva di data, ma posteriore al 397. In presenza di questa situazione centrale appare lo studio dei singoli provvedimenti, la ricostruzione dei presupposti a essi sottesi.

Se infatti i metodi di ragionamento e argomentazione utilizzati dalla giurisprudenza romana nella propria attività di elaborazione scientifica e consulenza pratica sono stati ampiamente indagati e ricostruiti¹⁷, non altrettanta attenzione è stata rivolta alle modalità sostanziali di formazione dei provvedimenti imperiali, ai fattori che hanno inciso sulla determinazione dei loro contenuti e delle soluzioni adottate¹⁸. Eppure è

¹⁴ CTh. 9.43.1 pr. = C. 9.51.13 pr.; CTh. 1.4.1, 2 e 3.

¹⁵ CTh. 4.4.3.

¹⁶ C. 6.61.5 del 473 sulla equivalenza dei termini *maritus* e *sponsus*.

¹⁷ Dell'ampia letteratura in argomento si ricordano, tra gli altri e senza pretesa di completezza, i numerosi saggi dedicati alla ricostruzione delle diverse forme del procedimento logico-euristico seguite dalla giurisprudenza romana nella sua attività di analisi scientifica e di consulenza pratica, e in particolare quelli rivolti allo studio delle tecniche di astrazione e distinguo alla base del metodo casistico e all'applicazione degli strumenti della dialettica, tra cui si segnalano, per l'utile quadro complessivo fornito, le trattazioni di sintesi di A. SCHIAVONE, *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Torino 1994, 39-193; C.A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea, I. Dalle origini all'epoca di Labeone*, Torino 1997, 210-223; L. VACCA, *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*, Padova 2006, 79, 233-256; EAD., *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di lezioni*², Torino 2012, 113-179; EAD., *'Interpretatio' e caso concreto*, in *Legal Roots*, 2, 2013, 49-60.

¹⁸ L'indagine sulle modalità di formazione dei provvedimenti imperiali si è per lo più limitata all'analisi dei procedimenti estrinseci di elaborazione e diffusione delle diverse forme di manifestazione del potere normativo imperiale senza un adeguato approfondimento dei fattori sostanziali che ne hanno determinato l'adozione. In tal senso si sono orientati numerosi saggi rivolti allo studio della normazione imperiale e in particolare di quella tardoimperiale, come quelli di J. GAUDEMET, *La formation du droit séculier et du droit de l'église aux IV^e et V^e siècles*, Paris 1979, 9-73; P. VOCI, *Note sull'efficacia delle costituzioni imperiali. I. Dal Principato alla fine del IV secolo, II. Il V secolo*, ora in *Studi di diritto romano*, II, Padova 1985, 277-396; T. HONORÉ, *Emperors and Lawyers*, Oxford 1994², partic. 33-70; J. HARRIES, *Law and Empire in Late Antiquity*, Cambridge 1999, 36-55; F. DE MARINI AVONZO-C. LANZA, *Critica testuale e studio storico del diritto*, Torino 2001, 57-

proprio attraverso l'esame di questi aspetti che è possibile ricostruire direttamente o indirettamente il cammino seguito dal legislatore non solo sotto il profilo delle scelte operate sul piano tecnico-giuridico, ma anche dei presupposti teorici che le hanno motivate. È stato osservato come le costituzioni imperiali vadano considerate non solo per il loro valore normativo, ma come testimonianza "di un più vasto insieme di fattori, ideologie, prassi sociali, saperi diversi, nozioni tecniche capaci di esercitare la loro influenza sul legislatore, indirizzandone l'operato"¹⁹. È rivolgendosi dunque a un'indagine di tipo sostanziale (che indagli le strutture che stanno a fondamento di quei provvedimenti) che è possibile accostarsi al sistema all'interno del quale il legislatore tardoimperiale ha operato, individuando gli elementi di continuità o di frattura nei confronti di una tradizione rispetto alla quale non ha mancato di doversi confrontare²⁰. A tal fine è stata condotta un'indagine complessiva sulla legislazione contenuta nei Codici di Teodosio e Giustiniano, realizzata attraverso uno spoglio delle costituzioni di diritto privato. La ricognizione delle fonti ha poi riguardato la legislazione novellare post-teodosiana e giustiniana, nonché il nucleo di rescritti, di epoca valentiniana, traditi nella *Consultatio veteris iurisconsulti*. Il *corpus* di costituzioni così esaminate è risultato composto di circa 50 prov-

64; J.F. MATTHEWS, *Laying down the Law. A Study of the Theodosian Code*, New Haven-London 2000, 168-199; J. NOËL DILLON, *The Justice of Constantine. Law, Communication and Control*, Ann Arbor 2012, 35-89; si sono, invece, interessati all'argomento con qualche maggiore attenzione ai presupposti sostanziali che hanno determinato l'adozione dei provvedimenti imperiali: S. CORCORAN, *The Empire of the Tetrarchs. Imperial Pronouncements and Government AD 284-324*, Oxford 2007², 254-265; S. CONNOLLY, *Lives behind the Laws. The World of the Codex Hermogenianus*, Bloomington 2010, 98-136, e più in particolare con riferimento alla legislazione giustiniana S. DI MARIA, *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: "Reverentia antiquitatis" e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del Codice*, Bologna 2010.

¹⁹ Così D. MANTOVANI, *Per una ricerca sulle strutture nascoste della legislazione tardoantica* cit., 9-13.

²⁰ In tal senso si è orientato, con riferimento alla legislazione del Principato, lo studio condotto da G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, II, Bologna 2012², 107-158, ove l'autore non ha mancato di rilevare, a seguito di un lungo esame di testi, come "l'attività normativa imperiale si muova, sostanzialmente, nell'alveo tracciato dalla giurisprudenza e come, in particolare, gli imperatori nei loro interventi nel campo giuridico, e segnatamente nell'emanazione dei rescritti, si siano ispirati ai principi, alle concezioni, agli insegnamenti elaborati dai maggiori e più illustri esponenti della scienza giuridica".

vedimenti, e l'arco temporale considerato ha riguardato l'intervallo da Costantino (7 provvedimenti) fino a Giustiniano (22), toccando le cancellerie di Valente e Valentiniano (6 provvedimenti), di Graziano (1 provvedimento), di Arcadio e Onorio (2 provvedimenti), Onorio e Teodosio (1 provvedimento), Valentiniano III (1 provvedimento), Leone (1 provvedimento), Zenone (6 provvedimenti) e Anastasio (2 provvedimenti). L'indagine complessiva condotta ha mostrato come in età tardoantica l'attività normativa imperiale si sia mossa, sostanzialmente, nel solco tracciato da una tradizione giuridica risalente e mai interrotta e come, in particolare, gli imperatori nei loro interventi si siano ispirati a principi, concezioni e insegnamenti che avevano nel pensiero classico il proprio fondamento²¹. Questo è avvenuto secondo modalità diverse che si possono indicare in estrema sintesi raggruppando i provvedimenti secondo tre nuclei prevalenti. Un primo nucleo è costituito dai provvedimenti che contengono citazioni nominative di giuristi per l'età pre-giustiniana (essi sono tre: CTh. 4.4.3; C. 6.61.5; CTh. 9.43.1, se si escludono le costituzioni del titolo *De responsis prudentium*: CTh. 1.4.1, CTh. 1.4.2 e CTh. 1.4.3), accanto ai quali si possono ricordare i provvedimenti che riprendono regole o principi giurisprudenziali pur senza dichiararne la provenienza (C. 2.21.9, Cons. 9.1, Cons. 9.3, Cons. 9.5). Un secondo nucleo concerne quei provvedimenti che pur introducendo riforme all'interno dell'ordinamento dimostrano la capacità del legislatore di muoversi con consapevolezza rispetto al passato, non trascurando la riflessione giurisprudenziale alla base degli istituti toccati (questo è il caso di alcuni interventi in materia successoria: CTh. 3.5.2, Nov. Val. 21.1, nonché di quelli relativi ai diritti reali: C. 4.66.1, in tema di diritto di famiglia: C. 8.48(49).5, e delle obbligazioni: C. 4.35.21). Infine il terzo nucleo si rivolge principalmente ai provvedimenti di Giustiniano, all'interno dei quali una particolare attenzione è stata riservata alle *Quinquaginta decisiones* e alle *constitutiones ad commodum*

²¹ Si sofferma su questi aspetti D. MANTOVANI, *Costantinopoli non è Bologna* cit., 122-123, che sottolinea come si abbiano “ripetuti riscontri” del fatto che le costituzioni imperiali “adottassero come fulcro della motivazione un'opinione giurisprudenziale” a testimonianza del filo di continuità che legava pensiero classico e normazione imperiale e come questa consonanza si estendesse fino ad assorbire forme argomentative e *rationes iuris* proprie di quel pensiero. In argomento, con ulteriori considerazioni, S. PULIATTI, *La politica legislativa di Giustiniano*, in D. MANTOVANI-A. PADOA SCHIOPPA (a cura di), *Interpretare il Digesto. Storia e metodi* cit., 135-173.

propositi operis pertinentes. Queste costituzioni consentono infatti di esaminare in maniera più diretta il modo del legislatore di affrontare le controversie emerse in seno al pensiero giurisprudenziale, di verificare il dialogo che si veniva a intessere con i giuristi attraverso un confronto sulle *rationes decidendi* invocate e di considerare le logiche seguite nella ricerca della soluzione ritenuta più soddisfacente (in questo senso rileverebbero i richiami all'*humanitas* o alla *voluntas testatoris*) avvalendosi, ove possibile, di metodi e modi propri del pensiero dei *prudentes*.

Rispetto a quel pensiero e in particolare ai risultati dell'elaborazione giurisprudenziale la legislazione tardoimperiale non si è mostrata indifferente o insensibile, anzi naturalmente e quasi necessariamente se ne è avvalsa, ne ha ricavato spunti e impulso, ponendosi nel solco tracciato dalla riflessione classica. Questa, infatti, non solo rappresentava un organico e imponente sistema di principi giuridici, ma godeva nei confronti della legislazione imperiale di una indiscussa superiorità, conseguente a una secolare tradizione di ricerca e di speculazione²². Questo legame e questa attenzione del potere normativo imperiale nei confronti dell'elaborazione classica e delle concezioni da essa espresse appaiono, del resto, tanto più significativi e importanti in quanto operanti in un periodo, come quello tardoimperiale, che assisteva al fenomeno dell'esclusivo accentramento nella persona dell'imperatore di ogni potere e all'affermazione della sua autorità in qualunque campo²³. Se dunque in

²² Al portato di quella elaborazione e del complesso delle concezioni da essa espresse non poteva, certo, sottrarsi il legislatore, in quanto parte ineliminabile di quel patrimonio giuridico di cui la stessa normazione imperiale era componente. Su di essa la legislazione postclassica si innestava e affondava le radici in quanto complesso inesauribile di principi e di valori, a essa si rivolgeva come modello insuperabile. E a dimostrare quanto profondo e sentito fosse il legame tra la legislazione imperiale e il portato del pensiero classico sta, come rilevato, non soltanto l'ampia conoscenza delle regole e principi da esso espressi e la piena consapevolezza della loro valenza e dei loro limiti, ma anche l'assimilazione e l'assorbimento degli schemi logici e delle modalità tecniche da quello adottate. Sul ruolo prevalente assunto dalla normazione imperiale nel tardoantico cfr. L. DE GIOVANNI, *Gli imperatori e la giustizia*, in ID. (a cura di), *Società e diritto nella tarda antichità*, Napoli 2012, 95-96; ID., *Il diritto prima e dopo Costantino*, Bari 2012, 230.

²³ Su questi aspetti e in particolare sul fenomeno della concentrazione del potere normativo nelle mani dell'imperatore come riflesso della assoluta autorità a lui riconosciuta in ogni campo cfr. S. PULIATTI, *Le costituzioni tardoantiche: diffusione e autenticazione*, in *SDHI*, 74, 2008, 99-133, partic. 126, e L. DE GIOVANNI, *Il diritto prima e dopo Costantino* cit., 231.

un periodo come quello indicato persisteva un atteggiamento di rispetto della legislazione imperiale nei confronti del pensiero classico e del suo portato, ciò è indice che quel rispetto non aveva un valore del tutto esterno e formale, dettato più dal desiderio di erudizione che da una effettiva volontà di adesione, ma era indice della convinzione precisa, che dovette essere degli imperatori e delle loro cancellerie, della intrinseca utilità e necessità di rifarsi continuamente a quella tradizione²⁴. Si realizzava così una favorevole disposizione della legislazione imperiale nei confronti del pensiero classico, che aveva il suo fondamento e le sue radici nella consapevolezza dell'importanza del ruolo da questo rivestito. Ciò trovava espressione nei frequenti richiami al pensiero dei giuristi e nella sentita necessità, che certe statuizioni lasciano scorgere, di dover adeguare o impostare le proprie soluzioni sugli schemi, sui modelli della speculazione giurisprudenziale²⁵.

Come l'influenza della riflessione giurisprudenziale si attuasse nell'effettivo svolgimento dell'attività normativa è quanto si è inteso indagare. A questo scopo la ricerca si rivolgerà, per ragioni di brevità, all'esame di un provvedimento particolarmente rappresentativo del manifestarsi di conoscenze e competenze capaci di svelare il grado di cultura giuridica posseduto dalle cancellerie tardoantiche: la costituzione di Costantino in CTh. 9.42.1:

CTh. 9.42.1 (= C. 5.16.24)²⁶ Imp. Constantinus A. Petronio Pro-

²⁴ Che il tesoro di capacità di elaborazione e forza creatrice racchiuso in sé dalla giurisprudenza dovesse costituire un deposito da cui era impossibile prescindere è sottolineato da G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, II, cit., 159-170.

²⁵ In tal senso cfr. in particolare Dario Mantovani, che sottolinea come “una valutazione della normazione imperiale” richieda, oltre all'esame della tipologia e dell'ideologia sottesa a quella normazione “anche una riflessione sulle forme di pensiero”. E sotto quest'ultimo profilo, secondo lo studioso, si evidenzia come non solo nozioni e contenuti sanzionino e generalizzino regole giurisprudenziali, ma l'attività normativa imperiale “si adegui concettualmente al diritto che noi definiremmo classico” recependone moduli stilistici e forme di ragionamento, rivelando la “conoscenza posseduta del diritto più antico e la coscienza che ha della sua persistenza”.

²⁶ La costituzione in esame è riportata nel Codice giustiniano con alcune significative varianti per quanto riguarda il pr. e il § 1 e con l'aggiunta di un § 2 relativo alle conseguenze sulla *donatio maritalis* della condanna alla *deportatio* e all'*aqua et igni interdictio*, C. 5.16.24: Imp. Constantinus A. Petronio Probianus: *Res*

biano²⁷: Res uxoris, quae vel successione qualibet vel emptione vel etiam largitione viri in eam ante reatum iure pervenerant, damnato marito, inlibatas esse praecipio nec alieni criminis infortunio stringi uxorem, cum paternis maternisve ac propriis

*uxoris, quae vel successione qualibet vel emptione vel etiam largitione viri in eam ante reatum iure pervenerant, damnato ac mortuo ex poena marito vel in servilem condicionem ex poenae qualitate deducto, illibatas esse praecipio nec alieni criminis infortunio stringi uxorem, cum paternis maternisve ac propriis frui eam integro legum statu religiosum sit. 1. Et donatio maritalis ante tempus criminis ac reatus collata in uxorem, quia pudicitiae praemio cessit, observanda est, tamquam si maritum eius natura, non poena subduxerit. 2. Sin autem aqua et igni interdictum erit vel deportatio illata, non tamen mors ex poena subsequuta, donationes a viro in uxorem collatae adhuc in pendenti maneant, quia nec matrimonium huiusmodi casibus dissolvitur, ita ut, si usque ad vitae suae tempus maritus eas non revocaverit, ex morte eius confirmentur: fisco nostro ad easdem res nullam in posterum communionem habituro. D. III k. Mart. Serdicae Crispo II et Constantino II CC. cons. (Trad.: I beni della moglie, che le siano pervenuti legalmente prima della incriminazione o per una qualche successione, o per acquisto ovvero ancora per una liberalità del marito, condannato e morto il marito in conseguenza della pena ovvero ridotto in condizione servile come effetto della natura della pena, prescivo che rimangano intatti e che la moglie non sia coinvolta dalla sventura del reato altrui, essendo cosa pia che ella benefici dei beni paterni, materni e propri conservando intatti i suoi diritti legali. 1. E la donazione del marito disposta in favore della moglie prima del momento del reato e della incriminazione, poiché le è attribuita quale premio della sua virtù, deve essere mantenuta, come se il marito le fosse stato sottratto dalla natura e non dalla pena. 2. Se invece egli sarà assoggettato alla interdizione dell'acqua e del fuoco o sarà comminata la deportazione, ma non sia seguita la morte come conseguenza della pena, le donazioni disposte dal marito in favore della moglie rimangono in sospeso, poiché neppure il matrimonio si scioglie in simili casi, in modo tale che se il marito non le revocherà durante la sua vita, saranno confermate dalla sua morte: nessun diritto avrà in futuro il nostro fisco su quelle cose). In particolare nel principio, diversamente dal testo del Teodosiano che fa accenno generico alla condanna del marito senza specificarne il tipo, la variante del Codice giustiniano precisa trattarsi di condanna capitale o implicante la *servitus poenae*, cioè forse anche in vista della distinzione, tracciata nel seguito, circa gli effetti sul matrimonio di tali condanne rispetto a quelli implicati dalla semplice *deportatio*. Per un confronto tra i testi cfr. C. DUPONT, *Le droit criminel dans les Constitutions de Constantin. Les peines*, Lille 1958, 40-41.*

²⁷ Come rilevato da S. CORCORAN, *The Empire of the Tetrarchs* cit., 312, il destinatario del provvedimento, Petronio Probiano, fu proconsole d'Africa nel 315-317, console nel 322 e prefetto urbano nel 329-31, ma non abbiamo alcun indizio di quale fosse la sua carica all'atto dell'invio della disposizione in esame, né sono possibili emendazioni che possano consentire di far coincidere la data del provvedimento con qualche carica ricoperta.

frui eam integro legum statu religiosum sit. Et donatio maritalis ante tempus criminis ac reatus conlata in uxorem, quia pudicitiae praemio cessit, observanda est, tamquam si maritum eius natura, non poena subduxerit: capacitatis privilegio videlicet et modo inspecto, ut consideretur, quid capere potuit²⁸ ... Dat. III kal. Mart. Serdicae Crispo II et Constantino II CC. cons. (a. 321)²⁹.

²⁸ Il testo della disposizione come recato dal Codice Teodosiano prosegue poi nei paragrafi successivi riportando una serie di disposizioni rivolte a disciplinare le liberalità disposte dal padre in favore dei figli emancipati o compiute dal colpevole di atti fraudolenti, CTh. 9.42.1: *Si quid etiam in emancipatos liberos ante tempus criminis ac reatus patrem contulisse claruerit, integrum isdem et citra inquietudinem reservetur.* (321 febr. 27). *Quod vero nec uxor nec emancipati liberi potuerint vindicare, captum et incorporatum ita ad me referri specialiter censeo, ut illud quoque addatur, utrum filios habeat qui damnatus est, simulque adiciatur, utrum iidem apud se ex causa donationis aliquid vindicarint. Sed in his, qui fiscalibus actibus nexi sunt et pro ratiociniis proscribuntur et condemnantur, placuit, si quid proprium uxor habuit vel a marito datum, in quantum capere potuit, ante initum actum, ex quo origo fraudis ac vitii in iudicium deducta est, si quid deinde in emancipatos filios donatione collatum, antequam orto nexu suffugium potius quam munificentia frausque temptetur intemeratum apud accipientium iura persistere; nec quicquam fisco in qualibet causa teneatur obnoxium, nisi quod in dominio proprio, cum obligari ortus est, habuit vel quod agens tam suo quam uxoris vel filiorum vel cuiuscumque praeterea nomine comparavit. Exceptis dumtaxat caesarianis, qui ab omni iuris beneficio excluduntur, nisi probata a me purgataque ratiocinia fuerint, ut quod innoxie habuerint transmittendi copiam habeant.* Dat. III kal. Mart. Serdicae Crispo II et Constantino II CC. cons. (321 febr. 27). Queste disposizioni sono però riportate nel Codice giustiniano come parte della costituzione in C. 9.49.9 attribuita nell'*inscriptio* ad Arcadio e Onorio e datata al 396. Il principio di C. 9.49.9 è invece ricavato dai compilatori da CTh. 9.42.15 sempre indicata nell'*inscriptio* come emanata da Arcadio e Onorio nello stesso anno (396).

²⁹ Trad. it.: "I beni della moglie, che le siano pervenuti legalmente prima della incriminazione o per una qualche successione, o per acquisto ovvero ancora per una liberalità del marito, condannato il marito, prescivo che rimangano intatti e che la moglie non sia coinvolta dalla sventura del reato altrui, essendo cosa pia che ella benefici dei beni paterni, materni e propri conservando intatti i suoi diritti legali. E la donazione del marito disposta in favore della moglie prima del momento del reato e della incriminazione, poiché le è attribuita quale premio della sua virtù, deve essere mantenuta, come se il marito le fosse stato sottratto dalla natura e non dalla pena: dopo aver accertato il privilegio e la condizione di capacità, in modo da considerare che cosa possa prendere". Si osservi in proposito che era colpita da indegnità e non poteva prendere la donna sposata al magistrato della stessa provincia, ovvero la pupilla sposata con il tutore. Occorreva poi la presenza degli altri requisiti necessari perché si potesse parlare di giusto matrimonio. Cfr. B. BIONDI, *Successione testamentaria. Donazioni*, Milano 1943, 655.

La costituzione di Costantino si rivolge a disciplinare gli effetti delle condanne penali inflitte al marito sui beni e le liberalità pervenute alla moglie prima della commissione del crimine.

La disposizione, almeno nella versione riportata nel Codice Teodosiano, si limita a contemplare la condizione del *damnatus* in genere a pene comportanti la confisca senza soffermarsi sulla distinzione tra condannato a pene capitali implicanti la *servitus poenae*³⁰ e *damnatus* a pene della sfera capitale quali l'*aqua et igni interdictio* e la *deportatio*³¹, come specificato nella variante giustiniana. Ciò certo in considerazione della non ancora compiuta differenziazione dal punto di vista degli effetti dei due ambiti e del trattamento analogo sotto il profilo patrimoniale di deportati e sottoposti a *servitus poenae*.

³⁰ Rileva in proposito A. McCLINTOCK, *Servi della pena. Condannati a morte nella Roma imperiale*, Napoli 2010, 79, come l'organizzazione imperiale finì per collegare in uno statuto unitario, a esclusione della *deportatio*, le pene capitali (*gladium, furca, vivi crematio, crux, ad bestias, in ludum venatorium, metalla, opus metalli*) prevedendo un solo effetto giuridico da qualsiasi procedimento, ordinario o *extra ordinem*, provenisse la sentenza, ossia la servitù della pena.

³¹ Come osservato da B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, Milano 1954, 161, il tratto di C. 5.16.24 da *Sin autem a habituro* riguardante la *aqua et igni interdictio* e la *deportatio* manca nel testo della disposizione come riportato nel Teodosiano. La costituzione, infatti, in questo codice ha subito una singolare mutilazione proprio nel punto in questione, di modo che, come rilevato, dopo la menzione della *donatio nuptialis* essa prosegue al par. 1 inserendo quanto riportato nel Codice giustiniano in C. 9.49.9. Discussa è la derivazione dell'inserimento presente nel testo della disposizione come conservato dal codice giustiniano. Il Biondi esclude, in proposito, che ciò sia dovuto a un intervento dei compilatori. Egli suppone piuttosto "che i Visigoti abbiano stranamente cucito la legge di Costantino con quella di Arcadio ed Onorio, trascurando di riportare il lungo § 2 relativo alla donazione". Pertanto, il Codice giustiniano, con la separazione delle due leggi, avrebbe riportato il testo della legge di Costantino più integro di quanto fatto dal Teodosiano. Si sofferma su questi problemi anche R. BONINI, *Ricerche di diritto giustiniano*, Milano 1990, 129, con bibliografia pertinente, il quale parla a proposito del § 2 di C. 5.16.24 di provenienza da "altri materiali di discussa derivazione" e rileva come la disposizione relativa ai figli emancipati, presente in CTh. 9.42.1, sia stata sfruttata dai compilatori giustiniani in C. 9.49.9.1 (e cioè nel titolo sui *bona proscriptorum seu damnatorum* corrispondente a CTh. 9.42), mentre il pr. di C. 9.49.9 sarebbe stato tratto da CTh. 9.42.15, in cui si ripetevano le norme relative alle *res uxoris* già contenute in CTh. 9.42.1 pr. Parla di una suddivisione di CTh. 9.42.1 in due parti S. CORCORAN, *The Empire of the Tetrarchs* cit., 15, il quale rileva come la prima parte sia stata riprodotta con aggiunte sostanziali in C. 5.16.24, mentre la seconda sia stata aggiunta a CTh. 9.42.15 per formare un testo unitario attribuito ad Arcadio e Onorio in C. 9.49.9.

Con riferimento alla fattispecie considerata la norma mostra di muoversi in linea con la disciplina classica in argomento, esattamente valutandone le conseguenze tanto sotto il profilo penalistico quanto sotto quello dei rapporti privatistici e in specie matrimoniali.

In particolare è noto come la prima e più vistosa conseguenza prevista dall'ordinamento romano per i condannati a pena capitale o implicante la *servitus poenae* fosse la perdita dei due requisiti che stavano a fondamento della stessa capacità giuridica, ossia la *civitas* e la *libertas*. Per l'epoca classica ce ne offre testimonianza Gaio, che, pur non utilizzando l'espressione *servitus poenae*, afferma con decisione che coloro che siano stati condannati all'ultimo supplizio *civitatem et libertatem perdunt*:

D. 48.19.29 (Gai 1 *ad l. Iul. et Pap.*) Qui ultimo supplicio damnantur, statim et civitatem et libertatem perdunt itaque praeoccupat hic casus mortem et nonnumquam longum tempus occupat...

La privazione avveniva immediatamente (*statim*) e non al momento dell'esecuzione della pena, poiché, come sottolinea il giurista, poteva intercorrere un intervallo di tempo anche lungo tra sentenza e applicazione della condanna capitale (*itaque praeoccupat hic casus mortem et nonnumquam longum tempus occupat*).

Dalla perdita di quei requisiti derivava dunque una generale condizione di incapacità che impediva ai soggetti condannati di operare nel campo privatistico fino a escluderne, come osservato da Gaio, anche la possibilità di fare testamento³².

Simile, ma non analoga, era la condizione del *deportatus* come del condannato ad *aquae et igni interdictio*. Il deportato perdeva infatti la cittadinanza, ma non la *libertas*: era uno straniero libero, non assoggettato ad alcun padrone, che poteva dunque avvalersi del *ius gentium*, ma non dell'ordinamento civilistico:

D. 48.19.17.1 (Marc. 1 *inst.*): Item quidam apolides sunt, hoc est

³² Per la differenza tra la condizione di chi fosse caduto in stato di schiavitù e quella di chi si trovasse soggetto a *servitus poenae* cfr. A. McCLINTOCK, *Servi della pena* cit., 63, la quale rileva come colui che da libero diveniva schiavo non avesse la possibilità di avere diritti di proprietà né potesse sposarsi, ma a differenza del libero che diveniva *servus poenae* mantenesse una limitata capacità di agire, di utilizzare il *peculium*, di compiere una serie di negozi giuridici.

sine civitate: ut sunt in opus publicum perpetuo dati et in insulam deportati, ut ea quidem, quae iuris civilis sunt, non habeant, quae vero iuris gentium sunt, habeant.

Questi però non erano gli unici effetti del tipo di sanzioni ora considerate, dal momento che le fonti ci informano che tanto i sottoposti a *servitus poenae*³³ come i deportati andavano incontro anche a gravi sanzioni patrimoniali, quali la perdita dei diritti successori e in particolare la confisca dei beni:

D. 1.6.7 (Ulp. 25 *ad Sab.*): Si qua poena pater fuerit affectus, ut vel civitatem amittat vel servus poenae efficiatur, sine dubio nepos filii loco succedit.

Sull'applicabilità della confisca si sofferma in particolare il principio della costituzione di Costantino in esame. In esso si dispone che i beni pervenuti legittimamente alla donna prima del reato per successione o tramite acquisti o per liberalità del marito, condannato quest'ultimo, dovessero rimanere intatti e non potessero essere assoggettati a confisca³⁴, come di norma avrebbe dovuto avvenire per i beni del condannato in simili casi:

CTh. 9.42.1: Res uxoris, quae vel successione qualibet vel emptione vel etiam largitione viri in eam ante reatum iure pervenerant, damnato marito, illibatas esse praecipio nec alieni criminis infortunio stringi uxorem, cum paternis maternisve ac propriis frui eam integro legum statu religiosum sit.

³³ In particolare per i condannati a morte per spada, alle bestie o al lavoro forzato perpetuo nelle miniere, testimonianza oltre che della perdita della libertà anche della sottoposizione alla confisca dei beni in D. 28.1.8.4 (Gai 17 *ad ed. prov.*): *Hi vero, qui ad ferrum aut ad bestias aut in metallum damnantur, libertatem perdunt bonaque eorum publicantur, unde apparet amittere eos testamenti factionem.*

³⁴ Cfr. in argomento anche F. SALERNO, *Il matrimonio del 'damnatus ad metallum' nella legislazione di Giustiniano*, in *Marriage. Ideal-Law-Practice. Proceedings of a Conference held in Memory of Henryk Kupiszewski*, edd. Z. SŁUZZEWSKA-J. URBANIK, Warsaw 2005, 180. Osserva come la disposizione di Costantino "illustre le maintien de la separation des bien du couple au Bas Empire", P. LAURENCE, *Les Droits de la femme au Bas-Empire romain: le Code Theodosien*, Paris 2012, 535 nt. 324.

La norma non si limita peraltro a precisare le conseguenze delle sanzioni irrogate sotto il profilo patrimoniale, ma si sofferma anche a indicarne la giustificazione di fondo. Essa è ritrovata dall'imperatore nel carattere personale della sanzione criminale per cui *nec alieni criminis infortunio stringi uxorem*. La massima, che esclude che gli effetti del reato commesso dal marito possano estendersi alla moglie, la quale può in conseguenza continuare a godere dei beni paterni, materni e dei propri, non è nuova, ma trova le sue radici nel pensiero della giurisprudenza classica. Di essa reca traccia la trattazione del *genus de existimatione* contenuta nel *De cognitionibus* di Callistrato:

D. 48.19.26 (Call. 1 *de cogn.*): Crimen vel poena paterna nullam maculam filio infligere potest: namque unusquisque ex suo admissis sorti subicitur nec alieni criminis successor constituitur, idque divi fratres Hierapolitanis rescripserunt.

Nel brano il giurista ribadisce il criterio della personalità della pena, chiarendo, com'è stato osservato³⁵, che l'applicazione di questo principio si estende agli effetti collaterali, e in particolare sociali, della condanna, i quali, si precisa, non potranno in alcun modo ricadere sui figli del soggetto attivo del reato. La sintonia tra la *ratio* giustificativa del provvedimento costantiniano e il principio classico espresso dal pensiero giurisprudenziale appare chiaramente testimoniata dalla evidente corrispondenza delle espressioni utilizzate.

Il principio affermato in apertura della costituzione con riferimento alle *res uxoriae* trova nel seguito ulteriore applicazione in riguardo alla *donatio maritalis*³⁶. Nel § 2 si stabilisce infatti che conservi validità, in

³⁵ Cfr. R. BONINI, *I "libri de cognitionibus" di Callistrato*, Milano 1964, 52-53.

³⁶ Qualche problema ha suscitato in dottrina l'identificazione della figura cui la disposizione farebbe riferimento con l'espressione *donatio maritalis*. Alcuni studiosi ritengono infatti che con tale locuzione l'imperatore cristiano abbia inteso riferirsi a quel particolare tipo di donazione tra nubendi rappresentato dalla donazione nuziale, liberalità che l'imperatore avrebbe peraltro già disciplinato in CTh. 3.5.2. Questa interpretazione appare poco convincente a P. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, Milano 2000, 104, il quale rileva come nelle fonti giuridiche la donazione nuziale non sia mai definita *donatio maritalis*, bensì generalmente con l'espressione tecnica *donatio ante nuptias*. Secondo lo studioso, invece, "il termine *donatio maritalis* fa pensare ad una liberalità proveniente dal marito; e che si tratti di una donazione del coniuge può esser suffragato dal fatto che il luo-

quanto destinata a *praemium pudicitiae*, la donazione nuziale fatta alla donna prima della commissione del reato, in quanto la morte del marito, che ne determina l'irrevocabilità, è da considerarsi, in base a una consolidata *fictio*, come se fosse intervenuta *natura*, per cause naturali e non in conseguenza della pena capitale inflitta, con conseguente possibilità di confisca. L'accostamento così effettuato tra la *damnatio* per un crimine capitale e l'evento morte costituisce il risultato di uno sviluppo logico consapevolmente seguito dalla giurisprudenza classica, convinta dell'inevitabilità di considerare il condannato per tali reati "*pro mortuo*".

A parte l'impiego evidente di uno degli strumenti più largamente utilizzati dalla giurisprudenza per favorire lo sviluppo e l'aggiornamento del diritto, quale appunto il ricorso alla *fictio*, anche il criterio di equiparazione proposto a giustificazione della validità della liberalità trova preciso riscontro nei risultati dell'elaborazione giurisprudenziale. Una menzione di esso si trova infatti in un brano del Digesto relativo allo scioglimento del contratto di società, tratto dal commento di Paolo all'Editto:

D. 17.2.65.12 (Paul., 32 *ad ed.*): Publicatione quoque distrahi societatem diximus, quod videtur spectare ad universorum bonorum publicationem, si socii bona publicentur: nam cum in eius locum alius succedat, pro mortuo habetur.

go in cui i giustiniani hanno inserito la prima parte della costituzione (CTh. 9.42.1 è riportata infatti in C. 5.16.24 e in C. 9.49.9 e il titolo C. 5.16 riguarda appunto *de donationibus inter virum et uxorem et a parentibus in liberos factis et de ratihabitione*) è il titolo appositamente dedicato alle donazioni tra coniugi, luogo che mantiene il richiamo al *pudicitiae praemium*, con ciò mostrando che tale locuzione non vale da sola a definire la donazione nuziale". Pone il problema della coincidenza o meno dell'espressione *donatio maritalis* con quella iniziale di *largitio viri* P. LAURENCE, *Les Droits de la femme au Bas-Empire romain: le Code Theodosien* cit., 535 ntt. 327 e 28, il quale, ricordate le diverse ipotesi avanzate in dottrina in proposito (anche in relazione al dettato di CTh. 9.42.15 poi modificato da Giustiniano in C. 9.49.9 pr. con l'aggiunta del riferimento alla *largitio viri*), conclude, sulla base dell'accenno in C. 5.16.24 al *praemium pudicitiae*, nel senso che "Ce membre de phrase paraît confirmer le sens de *donatio maritalis* (*donatio faite pendant le mariage*)". Appare quindi plausibile che in contrapposto a queste le *largitiones* menzionate nella prima frase del testo avessero riferimento a liberalità di modico valore non riconducibili in senso stretto al novero delle *donationes matrimoniales*. Quanto alla distinzione operata nel testo della costituzione in esame tra *res uxoriae* e *donatio maritalis* e alle diverse giustificazioni addotte per conservare i lasciti alla donna, queste trovano fondamento nell'appartenenza indiscussa delle prime in capo alla *uxor* di contro alla revocabilità della *donatio* sino alla morte del marito donante.

Nel frammento si afferma che la società si scioglie a seguito di confisca, ma, dato che di norma tale misura era conseguenza di condanna penale, particolare rilievo assume l'affermazione conclusiva in cui, sia pure in via indiretta, si viene ad assimilare il condannato alla confisca, che cede il posto ad altri, a colui che è deceduto: *nam cum in eius locum alius succedat, pro mortuo habetur*. L'equiparazione *damnatus-mortuus* trova qui un'implicita conferma, evidenziando il filo di continuità che lega l'intervento costantiniano agli esiti della riflessione dei giuristi³⁷.

Se questo è quanto risulta dal testo recato dal Codice Teodosiano, degli sviluppi del sistema penale romano e dei nuovi rapporti che si andavano instaurando tra *servitus poenae* e *deportatio* reca traccia la versione conservata dal Codice giustiniano e in particolare l'integrazione inserita nel § 2 di C. 5.16.24:

C. 5.16.24.2: Sin autem aqua et igni interdictum erit vel deportatio illata, non tamen mors ex poena subsecuta, donationes a viro in uxorem collatae adhuc in pendentibus maneat, quia nec matrimonium huiusmodi casibus dissolvitur, ita ut, si usque ad vitae suae tempus maritus eas non revocaverit, ex morte eius confirmantur: fisco nostro ad easdem res nullam in posterum communionem habituro.

Dal tenore del paragrafo in esame si ricava in particolare come, se tra gli effetti delle condanne capitali vi era quello dello scioglimento del matrimonio, non altrettanto avveniva nel caso dell'*interdictio aqua et igni* e della *deportatio*, ponendo il problema della sorte delle *donationes a viro in uxorem collatae*. In caso di *deportatio*, infatti, il regime si distaccava da quello previsto per le condanne capitali, dal momento che la giurisprudenza classica era restia a considerare il *deportatus pro defuncto*³⁸. Nel § 2 si dispone in conseguenza che le donazioni fatte dal marito condannato alla *deportatio*, cui non fosse seguita la morte come effetto della condanna, dovessero rimanere in stato di pendenza, dal momento che, si precisa, tali condanne non comportavano lo sciogli-

³⁷ Cfr. F. SALERNO, *Dalla consecratio alla publicatio bonorum*, Napoli 1990, 210 e 179 nt. 13, che ricorda per quella equiparazione anche D. 48.20.5 pr. (Ulp. 33 ad ed.), e L. DESANTI, *Restitutionis post mortem onus*, Milano 2003, 88 nt. 99, che richiama D. 35.1.59 (Ulp. 13 ad l. Iul. et Pap.).

³⁸ Cfr. A. McCLINTOCK, *Servi della pena* cit., 68.

mento del matrimonio e in conseguenza, in sintonia con quanto stabilito dalla *Oratio Antonini* del 206, esse diventavano definitive solo con la morte (naturale) del marito che escludeva la possibilità di revoca³⁹.

Nel disciplinare le conseguenze della *deportatio* sul vincolo matrimoniale il § 2 in esame non fa altro, tuttavia, che portare a compimento uno sviluppo che già aveva preso avvio in epoca classica. Se infatti in linea generale la deportazione nel diritto classico scioglieva il matrimonio in quanto non era possibile ritenere che questo sussistesse venendo a mancare il requisito della cittadinanza⁴⁰, in quella stessa età alcuni frammenti testimoniano come si facesse strada l'idea che il matrimonio non si sciogliesse per semplice deportazione, qualora esistesse o si potesse presumere la sussistenza dell' *affectio maritalis*⁴¹. Certo era con-

³⁹ Per aggirare il divieto di donazione tra coniugi si ricorreva ad appositi espedienti. In particolare accadeva di frequente che il coniuge donante disponesse per testamento (con legati o fedecommessi) in favore dell'altro coniuge di quanto gli avesse donato in vita. Questa prassi, per cui la donazione veniva sostanzialmente convalidata, precludendosi agli eredi la revoca, dovette avere durante l'età classica notevole diffusione (cfr. D. 32.33.1, Scaev., 15 *Dig.*) e fu da essa che certamente prese spunto il senatoconsulto fatto approvare nel 206 da Settimio Severo e Antonino Caracalla, più noto come *Oratio Antonini*. Questo stabilì la conferma delle donazioni tra coniugi non revocate in vita del donante (D. 24.1.32, Ulp. 33 *ad Sab.*), per le quali, pertanto, lo stesso donante avesse mostrato in vita di non *mutare voluntatem*.

⁴⁰ In tal senso D. 40.9.14.3 (Ulp. 4 *de adult.*): *sed si morte mariti solutum sit matrimonium vel aliqua poena eius...*; cfr. pure D. 24.3.56 (Paul., 6 *ad Plaut.*), nel quale la *deportatio* è fatta rientrare tra le cause per le quali la donna *nupta esse desiderit*.

⁴¹ Di diverso avviso B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, cit., 162, il quale afferma come l'*affectio* qui non entrasse in discussione "perché si trattava del venir meno del *conubium*, cioè di un requisito di capacità, per cui la sussistenza dell'*affectio* non aveva rilevanza giuridica". In conseguenza per lo studioso "come mancando il *conubium*, non poteva sorgere matrimonio nonostante l'*affectio*, così inversamente il venir meno del *conubium* non poteva essere sostituito dall'*affectio*". Lo studioso ritiene dunque quelle attestazioni come frutto dell'intervento compilatorio, che avrebbe alterato lo stato dei testi classici registrando quanto in realtà era frutto delle scelte giustinianee. Sostiene che alla *deportatio* conseguisse l'estinzione del matrimonio civilistico, ma che sussistesse la possibilità che esso permanesse su basi non civilistiche B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, 330 nt. 41, che ricorda oltre i brani indicati nel testo anche D. 24.1.13.1 e 24.3.5.6. Cfr. in proposito anche A. SCHIAVONE, 'Matrimonio' e 'deportatio', in *Atti dell'Accademia di scienze morali e politiche della Società Nazionale di Scienze, Lettere ed Arti di Napoli*, 78, 1967, 424.

sentita la prova contraria, ma la volontà di restare fedeli al coniuge non solo impediva lo scioglimento dell'unione, ma era lodata esplicitamente (*cuius laudandum propositum erat*):

D.48.20.5.1 (Ulp. 33 *ad ed.*): Quod si deportata sit filiafamilias, Marcellus ait, quae sententia vera est, non utique deportatione dissolvi matrimonium: nam cum libera mulier remaneat, nihil prohibet et virum mariti affectionem et mulierem uxoris animum retinere, si igitur eo animo mulier fuerit, ut discedere a marito velit, ait Marcellus tunc patrem de dote acturum.

C. 5.17.1 Imp. Alexander A. Avitiana: Matrimonium quidem deportatione vel aqua et igni interdictione non solvitur, si casus, in quem maritus incidit, non mutet uxoris adfectionem; ideoque dotis actio ipso iure non competit, sed indotatam esse eam, cuius laudandum propositum est, nec ratio aequitatis nec exempla permittunt. PP. non. Nov. Alexandro A. III et Dione cons. (a. 229).

Queste incertezze, che legittimavano solo su un piano generale l'affermazione di Ulpiano: *cum igitur deportatione matrimonium minime dissolveatur* (D. 24.1.13.1, Ulp. 32 *ad Sab.*), risultano ormai superate in età postclassica. Uno sviluppo, questo, che viene a trovare decisa conferma nella legislazione giustiniana: Nov. 22.13 infatti, richiamandosi esplicitamente alla disposizione di Costantino, ribadisce l'esclusione dello scioglimento del matrimonio in caso di deportazione⁴².

Un quadro complesso, quello risultante dalla disposizione, sia per ragioni di tradizione che per difficoltà intrinseche, ma che evidenzia il filo costante che lega il legislatore tardoimperiale al pensiero classico e testimonia della precisa conoscenza dei principi provenienti da quella esperienza giuridica e delle tecniche da essa elaborate.

SINTESI

Il contributo costituisce parte di una indagine più ampia condotta sulla legislazione imperiale di età tardoantica e intende vagliare

⁴² In proposito parla di un abbaglio giustiniano P. BONFANTE, *Corso di diritto romano, I, Diritto di famiglia*, Milano 1963, 332 nt. 4.

i rapporti tra tale normazione e il pensiero giurisprudenziale, onde valutare l'influenza esercitata da quel pensiero, il grado di cultura giuridica della cancelleria, l'assorbimento di logiche e metodi propri della riflessione giurisprudenziale, le tecniche e le forme di argomentazione adottate.

PAROLE CHIAVE

Legislazione imperiale – Età tardoantica – Cancelleria – Cultura giuridica.

ABSTRACT

The paper shows the results of a broader research on late antique legislation. It aims to examine the relationship between the imperial constitutions and Roman jurists' thought in order to explore its influence, the legal culture of the imperial chancellery, the use of logic and methods of classical jurisprudence, and the techniques of argumentation adopted.

KEYWORDS

Roman Jurists – Imperial Legislation – Late Antiquity – Chancellery – Legal Culture.

Indice generale

ANDREA LOVATO, <i>Strategie argomentative in testi giuridici di epoca tarda</i>	7
JEAN-MICHEL CARRIÉ, <i>Caratteri enunciativi della legge tardoimperiale e suoi precedenti</i>	25
DARIO MANTOVANI, <i>Presenze della giurisprudenza classica nella tarda antichità: il progetto REDHIS</i>	49
SALVATORE PULIATTI, <i>Presenza della giurisprudenza classica nelle costituzioni imperiali. (I)</i>	75
LUIGI PELLECCHI, <i>Presenza della giurisprudenza classica nelle costituzioni imperiali. (II)</i>	95
PAOLA BIAVASCHI, <i>Un esempio di economia di confine. Gestione della terra e olivicoltura nelle Tablettes Albertini</i>	155
GIUSEPPINA MARIA OLIVIERO NIGLIO, <i>Disposizioni imperiali ed istanze cristiane in tema di scioglimento del matrimonio</i>	179
ARRIGO DIEGO MANFREDINI, <i>Serena: storia e contro-storia di una morte violenta. Per una rilettura di Zosimo 5.38</i>	209
EMILIO CAROLI, <i>La definizione del patrimonio imperiale nel linguaggio della tarda antichità: osservazioni sulla res privata principis</i>	237
PAOLO COSTA, <i>La città malata. Continuità e discontinuità di un tópos classico nella legislazione tardoantica</i>	249
GISELLA BASSANELLI SOMMARIVA, <i>Il linguaggio dei giuristi e le cancellerie imperiali nel Tardoantico</i>	283
SIMONA TAROZZI, <i>Dinamiche negli accordi matrimoniali tra legislazione imperiale e prassi: CTh. 3.5.12 e prassi visigota. Linguaggi giuridici a confronto</i>	303
LUCIANO MINIERI, <i>Gli appellativi del potere. Note sulla intitolazione imperiale nel Tardoantico</i>	323
SANTO TOSCANO, <i>Sul linguaggio della repressione penale nel diritto tardoantico</i>	339

NOEL LENSKI, <i>Law and Language in the Roman and Germanic Traditions – A Study of Liber Iudiciorum 6.4.3 and the Idea of Iniuria in Visigothic Law</i>	355
LIETTA DE SALVO, <i>Riflessi del linguaggio patristico nella normativa imperiale tardoantica. L'esempio di Agostino</i>	429
MARIATERESA CARBONE, <i>Criminis per aetatem capax sit. Osservazioni a margine di CTh. 16.6.6 pr.</i>	451
FRANCESCA REDUZZI, <i>Principalis gratiae est eruere suis casibus suspicaces mortalium mentes: il linguaggio normativo nelle Novelle di Antemio</i>	467
CARLO LANZA, <i>Collatio legum Mosaicarum et Romanarum: ipotesi di paternità cristiana</i>	489
LUCIA DI CINTIO, <i>Dal prosimetro alla consuetudine. Sull'uso delle categorie esemplari nella Interpretatio Visigothorum</i>	497
LUCIETTA DI PAOLA LO CASTRO, <i>CTh. 1.16.7 (331) e CTh. 1.16.11 (369): due modalità diverse di costruzione e comunicazione del testo giuridico tardoantico</i>	523
FRANCESCO LUCREZI, <i>Retorica, filosofia e diritto nell'orazione De juris prudentia di Gianvincenzo Gravina</i>	547
VICTOR CRESCENZI, <i>Continuità e discontinuità tra mondo classico e età tardoantica: il contraddittorio</i>	563
FRANCESCA GALGANO, <i>Percorsi inediti dell'esperienza giuridica nell'Oriente mediterraneo: alcune riflessioni a proposito del cd. Libro siro-romano</i>	593
FEDERICO PERGAMI, <i>La tecnica normativa e il linguaggio della cancelleria imperiale nel Codice Teodosiano</i>	609
LEO PEPPE, <i>Fortuna e sfortune degli Hermeneumata Pseudodositheana in prospettiva giusromanistica</i>	627
FRANCESCO PAOLO CASAVOLA, <i>Alle origini della salvezza cristiana: il principio di uguaglianza nella lettera ai Galati di San Paolo</i>	657
<i>Atti</i>	661
<i>Materiali</i>	679
<i>Quaderni di lavoro</i>	681

Questo volume è stato stampato
a Città di Castello (PG)
nel mese di Maggio 2023

Per informazioni e acquisti

alieno editrice - Strada Trasimeno Ovest, 165/C5 - Perugia
Tel. 075 4651075
info@alienoeditrice.net
www.alienoeditrice.net