FRANCA DE MARINI AVONZO

LA GIUSTIZIA NELLE PROVINCE AGLI INIZI DEL BASSO IMPERO

I

I PRINCIPI GENERALI DEL PROCESSO IN UN EDITTO DI COSTANTINO (*)

(*) Questo studio è destinato alla *Synteleia Vincenzo Arangio-Ruiz*.

1. Nell'anno 331, dalla nuova capitale, Costantino diresse a tutti i provinciali due ampi editti, che è forse possibile ricostruire, riunendone i brani attualmente collocati in diversi titoli dei codici teodosiano e giustinianeo ([1]).

Jacopo Gotofredo per primo ebbe a studiare unitariamente le parti a lui note di queste leggi, e ne riassunse il contenuto con queste parole significative: « de iudiciorum ordine et sanctitate » ([2]). E indubbiamente la molteplicità degli istituti processuali che vi troviamo richiamati, modificati, o per la prima volta introdotti, induce a considerare queste norme come il massimo sforzo compiuto da Costantino per la riorganizzazione dei giudizi civili, ormai divenuta indispensabile a seguito delle profonde riforme strutturali subìte nei decenni precedenti dall'ordinamento romano.

Si deve tuttavia aggiungere subito che gli editti del 331 sono lontani dall'offrire una esplicita generale normativa del rinnovato ordine processuale. In uno di essi, che porta la data del 1° novembre, sono affermate con rigore alcune direttive fondamentali, che dovranno guidare l'attività dei *praesides* e dei loro collaboratori ([3]). Nell'altro, del 1° agosto, un importante gruppo

---

([1]) L'elenco completo dei frammenti, almeno in parte richiamati, come *leges iungendae* alle diverse costituzioni, in tutte le edizioni dei due codici, è quello dato dal MOMMSEN, nei *Prolegomena* alla sua ediz. del Teodosiano, con l'indicazione delle lievi differenze riscontrabili nelle *subscriptiones* (v. *Theodosiani libri XVI*, Berlino 1905, vol. I, 1, CCXXI). L'ediz. mommseniana è quella utilizzata, salvo diversa indicazione, in questo studio.

([2]) In *Chronologia Codicis Theodosiani, ad a. 331* (*Cod. Theod. cum perpetuis commentariis J. Gothofredi*, ed. Mantova 1740, vol. I, XXXI), idea ripetuta poi in vari luoghi del commento.

([3]) CTh. 1. 16. 6 e 7: vedi il testo al n. 2. HAENEL, nella sua ediz. del Teodosiano (Bonn 1842, note a 1. 16.6) prospetta la possibilità di unire a queste

di frammenti è dedicato all'esame dei rapporti gerarchici tra giudici di diverso grado, dagli arbitri fino all'imperatore, e correlativamente all'efficacia delle loro pronunce; nei rimanenti passi Costantino sembra aver voluto considerare, dal punto di vista degli abusi possibili durante la pendenza di un processo, varie situazioni che in questo non si esauriscono ([4]).

Per tale ampiezza di contenuto, le due costituzioni sembrano offrire un attraente campo di indagini a chi voglia analizzare l'intervento normativo di Costantino, perseguendo una visione unitaria degli aspetti pubblicistici e privatistici del fenomeno processuale ([5]). Iniziando tale indagine con la presente ricerca, desidero anzitutto inquadrare le disposizioni in cui viene imposta ai presidi l'osservanza di alcune direttive, che ben possiamo considerare come i princìpi generali del processo provinciale. Un tale punto di partenza non avrebbe alcun bisogno di giustificazione, se — come è stato sostenuto in base alla vicinanza delle date di emissione, alla uguale destinazione ai provinciali, alla

---

costituzioni, come parte dello stesso editto, anche CI. 3. 13. 4; ritengo tuttavia preferibile, seguendo l'opinione del MOMMSEN, l.c., ricomprendere questo brano nell'editto del 1° Agosto (v. nt. 4).

([4]) Sul primo argomento v. CTh. 2. 26. 3; 11. 30. 16 e 17; 11. 34. 1; CI. 3. 13. 4; sul secondo: CTh. 3. 30. 4; 4. 5. 1; CI. 3. 19. 2.

([5]) Tale unitarietà d'indagine mi sembra sopratutto utile in questo argomento, per valutare criticamente i motivi ispiratori della politica legislativa di Costantino, le cui innovazioni invece, secondo recenti studi, avrebbero spesso la caratteristica d'essere « arbitrarie » ed « occasionali ». Cfr. AMELOTTI, *Per l'interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano*, Milano 1960, 95 ss.; ID., *Da Diocleziano a Costantino*, in *SDHI.* 27, 1961, 274, 297, il quale indica tali atteggiamenti della legislazione costantiniana con esempi in tema di *possessio, donatio, venditio;* ARCHI, *La prova nel Basso Impero*, in *Iura* 11, 1961, 1 ss., sostiene, in relazione al problema dell'onere della prova, lo stesso assunto: i nuovi principi processuali non avrebbero correlazione coi mutamenti dell'organizzazione politico-sociale, ma sarebbero stati introdotti da Costantino per rispondere a finalità contingenti. Per poter verificare anche su altri istituti processuali tali interessanti indicazioni, non sembra dunque inopportuna una ricerca come quella prospettata nel testo, che partendo da un ampio se non esauriente intervento normativo sui problemi del processo, alla fine del governo del primo imperatore cristiano, permetterebbe una migliore conoscenza del suo *ordo iudiciorum.*

affinità di contenuto — i due editti si dovessero considerare come una unica *lex generalis*. Ma questa ipotesi, proposta dal Gotofredo ([6]) e seguita da ultimo dal Krüger ([7]), appare respinta dal Mommsen ([8]) e dallo stesso Seeck, che in un primo tempo l'aveva sostenuta ([9]). L'opinione di questi editori è forse preferibile in mancanza di elementi sicuri per la correzione di alcune date ([10]); nondimeno ritengo opportuno esaminare in primo luogo le disposizioni datate al 1° novembre, poiché, se anche sono cronologicamente successive all'editto del 1° agosto, è ad esse tuttavia che bisogna rifarsi per conoscere quali fossero le direttive imperiali in ordine all'amministrazione della giustizia nelle province.

2. Leggiamo dunque l'editto diretto da Costantino ai provinciali il 1° novembre 331, a noi noto attraverso le costituzioni 6 e 7 CTh. 1. 16 *De officio rectoris provinciae*.

([6]) *Chronologia*, l. c., dove dopo aver citato le parti a lui note dell'editto del 1° agosto (v. sopra, nt. 4; vi manca ovviamente CTh. 3. 30. 4, ora nota attraverso il ms. Torinese scoperto e pubblicato solo nel 1823) afferma potersi considerare parti dello stesso editto anche CI. 3. 13. 4, CTh. 1. 7. 1 (= 1. 16. 7) e CI. 1. 40. 3 (corrispondente alla seconda parte di CTh. 1. 16. 6: anche di questa costituzione infatti era ignota a Gotofredo la redazione teodosiana, edita per la prima volta nel 1824: v. anche nt. 12). L'ipotesi dell'unità dei due editti è riaffermata dal Gotofredo nelle note o nel commento alle singole parti contenute nel Teodosiano. Cfr. 1. 7. 1, nt. a, e l'inizio del commento a 4. 5. 1 (ed cit., vol. I, 42 e 378) dove « *non temere* » afferma doversi correggere le date divergenti. (Per i criteri da lui adottati nella restituzione delle *subscriptiones* v. *Prolegomena*, cc. IX e X, ed. cit., vol. I, CCXXXIX).

([7]) *Codex Theodosianus*, I-VIII, Berlino 1923-26, nt. 10 a 1. 16. 6.

([8]) *Prolegomena*, l.c. Nello stesso senso anche HAENEL, l.c.

([9]) SEECK, *Die Zeitfolge der Gesetze Constantins*, in *ZSS*. 10, 1889, 242, accetta la congettura di un unico editto, elencandone tutte le parti sotto la data del 1° agosto (cfr. p. 198: Costantino avrebbe lasciato Costantinopoli dopo il 30 giugno, e ciò risulterebbe dal fatto che alcune parti della costituzione, emessa il 1° agosto, appaiono pubblicate in date diverse). Tuttavia l'autore indica due diversi editti (datati al 1° agosto e al 1° novembre), in *Regesten der Kaiser und Päpste*, Stoccarda 1919, 181.

([10]) Vedi SEECK, *Regesten*, cit., 96 ss., 106 ss.

Il testo della prima, assente nella compilazione visigotica e accolta solo in parte nel codice giustinianeo ([11]), ci è noto per mezzo di un manoscritto (*Ambrosiano C. 29 inf.*) ([12]) in cui i primi libri del Breviario Alariciano sono integrati con molte costituzioni tratte da un esemplare del Teodosiano integro ([13]). Conosciamo invece la c. 7 solo attraverso la *lex Romana Wisigothorum* ([14]), dove era accompagnata da una breve *Interpretatio*. Questa diversa trasmissione testuale, in cui si rispecchia la storia delle due costituzioni nelle età successive ([15]), può forse spiegare la profonda diversità di stile e di linguaggio esistente tra i due brani dell'editto ([16]).

CTh. 1. 16. 6 *Imp. Constantinus A. ad provinciales.*
Praesides publicas notiones exerceant frequentatis per

([11]) CI. 1. 40. 3, dove inizia da *Iustissimos et vigilantissimos iudices.* Cfr. Bas. 6. 1. 76.

([12]) Per la descrizione del manoscritto, trovato dal Clossius nel 1820 e da lui pubblicato nel 1824, cfr. MOMMSEN, *Prolegomena* cit., LXXXIV.

([13]) MOMMSEN, l. c. Anche il CLOSSIUS pensava che il copista del ms. Ambrosiano disponesse di un esemplare del Cod. Theod. genuino: tale opinione è riportata da HAENEL, ed. cit., X nt. *; il quale tuttavia la rifiutava, ritenendo che il librario si fosse servito invece di un esemplare del Breviario Alariciano nel quale erano già state da altra fonte trascritte le costituzioni omesse dai Visigoti.

([14]) 1. 6. 1.

([15]) Non mi propongo in questo studio di seguire le vicende delle norme costantiniane nel loro svolgimento posteriore. Ma una osservazione viene spontanea: mentre nel CI. si è conservata solo una disposizione che, tolta dal suo contesto non più vigente, assume un significato generico, quella accolta nel *Breviarium*, attraverso la *Interpretatio* e più ancora nelle diverse epitomi (v. HAENEL, *Lex Romana Visigothorum*, Lipsia 1849, 23) viene spogliata della sua veste enfatica e ridotta al nucleo centrale.

([16]) Mentre Gotofredo definisce *elegantissima* la prima (*comm. ad* 1.7.1, cit.), JONES, *Studies in roman government and law*, Oxford 1960, 171, ha qualificato la seconda come una delle più isteriche costituzioni di Costantino. Dello stile della legislazione costantiniana si è recentemente occupato il VOLTERRA, in due studi ricchi di nuove e stimolanti prospettive: *Intorno ad alcune costituzioni di Costantino*, in *Rend. Accad. Lincei* s. VIII, 13, 1958, 61 ss.; *Quelques remarques sur le style des constitutions de Constantin*, in *Mélanges Lévy-Bruhl*, Parigi, 1959, 325 (v., contro, AMELOTTI, *Per l'interpretazione* cit., 32 ss.). Per quanto riguarda CTh. 1. 16. 6 e 7, oggetto di questo studio, preferisco comunque rinviare l'esame di questa problematica, come di quella accennata alla nota precedente, al termine delle ricerche su ambedue gli editti processualistici del 331.

examina tribunalibus, nec civiles controversias audituri secretariis sese abscondant, ut iurgaturus conveniendi eos nisi pretio facultatem impetrare non possit, et cum negotiis omnibus, quae ad se delata fuerint, exhibuerint audientiam et frequens praeconis, ut adsolet fieri, inclamatio nullum, qui postulare voluerit, deprehenderit, expletis omnibus actibus publicis privatisque sese recipiant. Iustissimos autem et vigilantissimos iudices publicis adclamationibus conlaudandi damus omnibus potestatem, ut honoris eis auctiores proferamus processus, e contrario iniustis et maleficis querellarum vocibus accusandis, ut censurae nostrae vigor eos absumat; nam si verae voces sunt nec ad libidinem per clientelas effusae, diligenter investigabimus, praefectis praetorio et comitibus, qui per provincias constituti sunt, provincialium nostrorum voces ad nostram scientiam referentibus. *PP. k. Nov. Constantinopoli Basso et Ablavio consul.*

CTh 1. 16. 7 *Idem A. ad provinciales.* Cessent iam nunc rapaces officialium manus, cessent, inquam: nam nisi moniti cessaverint, gladiis praecidentur. Non sit venale iudicis velum, non ingressus redempti, non infame licitationibus secretarium, non visio ipsa praesidis cum pretio. Aeque aures iudicantis pauperrimis ac divitibus reserentur. Absit ab inducendo eius qui officii princeps dicitur depraedatio; nullas litigatoribus adiutores eorundem officii principum concussiones adhibeant; centurionum aliorumque officialium parva magnaque poscentium intolerandi inpetus oblidantur eorumque, qui iurgantibus acta restituunt, inexpleta aviditas temperetur. Semper invigilet industria praesidalis, ne quicquam a praedictis generibus hominum de litigatore sumatur. Qui si de civilibus causis quidquam putaverint esse poscendum, aderit armata censura, quae nefariorum capita cervicesque detrucet, data copia universis qui concussi fuerint,

ut praesidum instruant notionem. Qui si dissimulaverint, super eodem conquerendi vocem omnibus aperimus apud comites provinciarum, aut apud praefectos praetorio, si magis fuerint in vicino, ut his referentibus edocti super talibus latrociniis supplicia proferamus. *Dat. kal. Novemb. Constant. Basso et Ablavio conss.*

Interpretatio. Officiales omnium iudicum venales esse non audeant nec pretium de introitu occurrentium aut litigantium vel egressu requirant. Et interpellantes tam divites quam pauperes sine ullo praemio audiantur. Quod si rapaces esse voluerint, gladio puniantur aut certe de eorum rapacitate dominicis auribus referatur.

Questi frammenti la dicono lunga, e con rattristante chiarezza, sul decadimento della giustizia agli inizi del Basso Impero. Che, d'altronde, la severità dell'ira imperiale qui minacciata contro i governatori venali e contro gli avidi membri del loro *officium* non raggiungesse l'effetto sperato, risulta palesemente ammesso dai successivi imperatori in un lungo succedersi di analoghe dure ammonizioni ([17]), cui fanno riscontro le accorate

([17]) In relazione alla cattiva amministrazione della giustizia v. CTh. 9. 27. 5 (a. 383) = CI. 9. 27. 3: *omnes cognitores et iudices a pecuniis atque patrimonii manus abstineant neque alienum iurgium putent suam praedam...*; *eod.* 6 (a. 386) = CI. *eod.* 4; alcune costituzioni di CTh. 1. 29 *de defensoribus civitatum* sono particolarmente interessanti perchè mostrano come anche gli istituti introdotti per ovviare all'avidità dei giudici si trasformassero in fonte di nuova corruzione: cfr. la c. 1 (a. 364) con la c. 8 (392) e la c. 5 (370) con la c. 7 (392). V. anche le fonti citate in BETHMANN-HOLLWEG, *Der röm. Civilprozess*, Bonn 1866, III, 33 ss.; WENGER, *Istituzioni di dir. proc. civ. rom.*, trad. it. Milano 1938, 334 s. e, per un analogo quadro risultante dai papiri d'Egitto, ID., *Volk und Staat in Aegypten am Ausgang der Römerherrschaft*, Monaco 1922, 32 ss. In genere sugli abusi dei governatori, anche in relazione al destino dell'editto del 1° novembre nell'epoca successiva, si leggano i titoli *de officio rectoris provinciae* e *ad legem Iuliam repetundarum* (CTh. 1. 16 e 9. 27): per una visione d'insieme, oltre ai classici SEECK, *Geschichte des Untergangs der antiken Welt*, Berlino 1895 ss. ed E. STEIN, *Histoire du Bas Empire. I. De l'état romain à l'état byzantin* (284-476), trad. fr. Parigi-Bruxelles 1959, si veda la bellissima sintesi tracciata da NOCERA, *Ius naturale*, Milano 1962, 65 ss.

lamentele di un Libanio ([18]) e le risentite descrizioni di un Ammiano Marcellino ([19]).

3. Conviene ora esaminare, nelle loro singole disposizioni, le due parti sopra riportate dell'editto del 1° novembre 331.

I presidi devono svolgere i processi pubblicamente dopo aver raccolto la folla nei tribunali e nel momento di ascoltare le cause civili non devono nascondersi nelle stanze private, sì che il litigante non possa ottenere di incontrarli se non pagando; quando avranno sentito tutte le cause a loro portate e quando nessuno più risponderà alla chiamata ripetuta dal banditore per invitare i postulanti a presentarsi, dopo aver compilato tutti gli atti pubblici e privati potranno ritirarsi.

Il nucleo precettivo della c. 6 investe anzitutto il problema della pubblicità dei processi e quello della libertà di accedere al giudice per ottenere l'esame di una causa civile.

I due punti sono, mi sembra, da chiarire separatamente. Si suole comunemente affermare l'esistenza di un principio tradizionale, secondo il quale il pubblico svolgimento dei processi, sia penali che civili, avrebbe costituito in Roma una garanzia imprescindibile delle libertà cittadine ([20]). Tale prin-

---

([18]) Cfr. in particolare le orazioni 47 (ed. FOESTER, Lipsia 1902 ss., III, 401 ss.; HARMAND, *Libanius. Discours sur les patronages*, con trad. fr. e commento, Parigi, 1955); 51 e 52 (ed. cit., IV, 6 ss., 25 ss.). Cfr. GOTHOFREDUS, *Libanii sophistae orationes V*, in *Opera juridica minora*, Lugduni Bat. 1733, 359 ss., con trad. lat. e note.

([19]) 16. 8, 30. 4, 31. 14.

([20]) GIRARD, *Histoire de l'organization judiciaire des Romains*, Parigi 1901, 64 nt. 1, 86, 183 ss.; BUONAMICI, *Il processo civile* (*Appunti didattici di dir. rom.*, II s.), Torino 1913, I, 73, 86; COSTA, *Profilo storico del processo civ. rom.*, Roma 1918, 149 s.; ID., *Cicerone giureconsulto*², Bologna 1927, II, 7, 77; CHECCHINI, *Studi sull'ordinamento processuale romano e germanico*, I. *Il proc. rom.*, Padova 1925, 15 ss.; WENGER, *Istituzioni* cit., 72 s. Con maggiore cautela si esprimono altri autori che parlano di prassi: MOMMSEN, *Droit public romain*, trad. fr., Parigi 1892, II, 34 nt. 1; *Droit pénal*, trad. fr., Parigi 1907, I, 170, II, 27 ss.; ID., *Die Pilatus-Acten*, in *Gesammelte Schriften*, III, Berlino 1907, 426; KÜBLER, *Geschichte des röm. Rechts*, Lipsia 1925, 19 (per un cenno sui processi svolti dal secondo decemvirato); PUGLIESE,

cipio, risalente alle origini della stessa giurisdizione regia, avrebbe — secondo alcuni romanisti meno recenti ([21]) — cominciato a perdere vigore nell'ambito della *cognitio extra ordinem* fin dalla sua origine, e sarebbe poi completamente venuto meno, in seguito all'affermarsi dell'assolutismo imperiale. Altri invece, pur non negando che il trionfo della monarchia assoluta si sia accompagnato ad una progressiva svalutazione del principio anzidetto, ritiene che esso sarebbe, nondimeno, sopravvissuto in quest'epoca: le costituzioni che nel IV secolo ne affermano l'esigenza presupporrebbero quindi una tendenza derogatoria della prassi e insieme dimostrerebbero l'energica reazione ad essa da parte del diritto ufficiale ([22]).

Indubbiamente quest'ultima opinione è preferibile alla prima laddove essa identificava la pubblicità dei giudizi con la procedura *pro tribunali* quale si svolgeva all'aperto nel comizio e nel foro: a tale interpretazione è stato facile obbiettare anzitutto che ancora nel IV secolo si hanno notizie di giudizi svolti *pro tribunali;* in secondo luogo, che anche nelle basiliche o nelle sale dei palazzi (cioè nei luoghi chiusi più spesso adibiti in quest'epoca alla amministrazione della giustizia) ([23]) poteva essere, e di fatto era sovente ammesso il pubblico.

Sarebbe quindi inutile riaprire tale questione, in ultima analisi abbastanza oziosa ([24]), se non ne fosse inesatto il pre-

---

Il processo civ. rom. II. *Il processo formulare*, 1, Milano 1963, 181. Un cenno a parte si deve fare a proposito di GIOFFREDI, *I tribunali del Foro*, in *SDHI*, 9, 1943, 227 ss., poichè l'a., pur parlando ripetutamente della pubblicità come di un carattere tradizionale dei giudizi romani, chiarisce che « dicendo pubblica s'intende dire giustizia amministrata all'aperto » (l.c., 228).

([21]) HUMBERT, s.v. *Auditorium*, in *DS.* 1, 549; BETHMANN-HOLLWEG, *Civilprozess* cit., III, 189; BUONAMICI, *Processo* cit., 80; COSTA, *Profilo* cit., 150.

([22]) CHECCHINI, *Studi* cit., 21 ss.; WENGER, *Istituzioni* cit., 72.

([23]) Per la descrizione di tali luoghi (*praetoria, auditoria, secretaria*), v. CHECCHINI, *Studi* cit., 18 ss., con fonti e bibl.

([24]) Si può osservare anzitutto che i passi citati dal COSTA (l. c.) per dimostrare la scomparsa della « garanzia della pubblicità » (AMM. MARC. 18. 1. 4, 26. 3. 2; *Nov. Val.* 34. 14), non sono, in realtà, attinenti all'argomento. Inoltre, per

supposto: l'esistenza cioè di un principio giuridico tradizionale relativo alla pubblicità dei giudizi, che avrebbe avuto vigore nel mondo romano, nonostante eccezioni più o meno numerose, dall'età più remota fino a quella, almeno, di Costantino.

Non intendo con questo negare che, nel periodo indicato, la procedura romana — sia civile che penale — si svolgesse pubblicamente: le fonti in proposito sono troppo note e troppo esplicite per dare luogo a dubbi sull'esistenza del fatto pubblicità ([25]). Ciò che invece intendo contestare è la possibilità di vedere una qualsiasi continuità tra la circostanza che nella re-

---

quanto riguarda la più compiuta indagine dedicata al tema dal CHECCHINI, egli da un lato schematizza eccessivamente la *communis opinio* quando afferma che, secondo questa, il principio della pubblicità avrebbe perduto qualsiasi vigore con la monarchia assoluta (l. c., 21). Invece, il BETHMANN-HOLLWEG (l. c.) parlava di una « allmählicher Uebergang » e il MOMMSEN (*Dr. Pén.* cit., II, 26 s.) di due forme, con e senza pubblicità, come ugualmente possibili di fronte ai tribunali imperiali, in tutte le epoche dell'Impero. D'altro lato, il CHECCHINI (l. c., 28) non può negare che nel V e nel VI sec. la pretesa « garanzia » della pubblicità sia sempre meno rispettata; mentre adduce, come prova di persistenza di tale principio nella compilazione giustinianea, CI. 7. 45. 6 (a. 283), che tuttavia dispone la pubblicità solo in relazione alla sentenza.

([25]) La documentazione è raccolta e analizzata da CHECCHINI, *Studi* cit., 15 ss., e, molto più ampiamente ma entro il limite cronologico del I secolo del Principato, da GIOFFREDI, *I tribunali* cit. Dall'insieme delle fonti ivi riunite l'abituale presenza del popolo nel luogo dei giudizi (sia civili che penali, con esclusivo riferimento però al processo formulare ed alle *quaestiones perpetuae*) emerge con ogni sicurezza. Ciò che invece a mio avviso non si può trovarvi è la consapevolezza che tale pubblica partecipazione sia giuridicamente rilevante o, quanto meno, risponda a motivi di opportunità. In particolare, questo giudizio è suggerito dai passi di Cicerone, che certo è tra gli autori, per quanto riguarda il processo penale, il più sensibile alla pubblicità; ma nei molti passi in cui egli menziona il pubblico presente alle sue orazioni mi par di leggere molto più compiacimento professionale che non la coscienza di un diritto ad ascoltare riconosciuto alla popolazione: si veda ad es. il valore che la notazione *maximo conventu* assume nella *ep. ad Q. fr.* 2.3.6 confrontando poi il passo con *p. Flacc.* 28.66: *submissa voce agam, tantum ut iudices audiant* (Cicerone abbassa la voce nel rivolgersi ai giudici per discutere l'accusa, fatta al suo cliente, d'aver impedito un invio d'oro al tempio di Gerusalemme, allo scopo di non essere udito dagli ebrei presenti). Più precisa conferma di questo atteggiamento di Cicerone, per il quale la pubblicità dei giudizi si traduce praticamente in desiderio di applausi, si può trarre dalla polemica coi neo-atticisti, svolta nel *Brutus*: cfr. 48.184 ss.; 84.289-90. Lo stesso pensiero è, del resto, anche in TAC., *Dial. de orat.* 39.

pubblica romana la popolazione assisteva allo svolgimento dei giudizi ed il problema della pubblicità così come lo vediamo sentito ed impostato nelle costituzioni del IV secolo.

Non è qui possibile considerare ogni aspetto di tale fenomeno. Per studiare a fondo l'argomento bisognerebbe distinguere non solo i diversi ordini processuali da un punto di vista cronologico e territoriale, ma per le varie epoche e i vari luoghi anche i processi civili da quelli penali e ancora, negli uni e negli altri, le diverse fasi del procedimento: infatti la presenza di un pubblico ha differenti aspetti e caratteristiche a seconda dei tipi e momenti di un processo ([26]). Così ad esempio è già stata rilevata, con molta concretezza, l'influenza delle favorevoli condizioni climatiche mediterranee che permettevano la partecipazione popolare al disbrigo degli affari giudiziari ([27]); e si potrebbe inoltre sviluppare qualche accenno a fattori religiosi, quale il carattere sacro del luogo in cui veniva dichiarato il diritto ([28]). Ma tali ricerche dovrebbero essere in altra sede riprese ed approfondite.

([26]) Tale affermazione mi sembra intuitiva, qualunque sia il significato che di volta in volta si debba attribuire alla pubblicità dei giudizi. Così per quanto riguarda il nostro ordinamento positivo, in cui tale pubblicità assume un palese contenuto ideologico (cfr. SATTA, *Commentario al cod. proc. civ.*, Milano 1959, I, 490 s.; CAPPELLETTI, *Ideologie nel dir. processuale*, Macerata 1962, 19 s.), è ben vero che le udienze in cui si discute la causa sono pubbliche a pena di nullità (art. 128 c.p.c.; 423 c.p.p.), ma di contro a queste norme ve ne sono altre, opposte, il cui fondamento non sempre può vedersi in ragioni di opportunità. Se nessuno discute la validità dei motivi per cui sono stabilite le eccezioni previste negli stessi articoli, o per cui il pubblico è escluso dai procedimenti non contenziosi (in camera di consiglio) e dalle udienze del Tribunale per i minorenni (art. 16 r.d.l. 20 luglio 1934), si può invece dubitare se siano fondati i principi che dispongono il segreto della deliberazione della sentenza (su cui v. le critiche di CALAMADREI, *Processo e democrazia*, Padova, 1954, 83 ss.; CAPPELLETTI, l.c., 20) e con anche maggior ragione, quello dell'istruttoria (v. per tutti PISAPIA, *Il segreto istruttorio nel processo penale*, Milano 1960, con una critica radicale del sistema vigente). Carattere comune delle indagini romanistiche su questo tema è invece quello di unire tutte le testimonianze di pubblicità processuale, anche se relative a situazioni diverse tra loro.

([27]) GIOFFREDI, op. cit., 228 s.

([28]) La religiosità del tribunale (pur senza collegarla con il problema della pubblicità) è prospettata sotto due diversi profili. Da un lato BESELER, *Beiträge zur*

Qui posso fare solo qualche considerazione. E, in via preliminare, è da osservare che della pubblicità come di una garanzia di giustizia e di libertà, intesa ad assicurare insieme le parti contro ogni arbitrio ed i giudici contro ogni sospetto, non si è mai parlato e non si poteva parlare prima che la concezione liberale (preparata già dall'illuminismo) teorizzasse tali ideali contrapponendoli agli arbitrii del segreto e delle inquisizioni ([29]). La connessione tra il principio della pubblicità delle udienze e gli ideali liberali dell'Ottocento è del resto nota; tanto evidente è l'influenza delle ideologie sulle ricostruzioni storiche che in quell'epoca vennero compiute per meglio fondare su pretese basi romanistiche le recenti conquiste costituzionali ([30]), che non sarebbe il caso di richiamarvi l'attenzione se non forse nella speranza che una maggiore consapevolezza dei conflitti in mezzo ai quali storicamente si venne inquadrando, nel Basso Impero, il problema della pubblicità, possa giovare anche ad una migliore

---

Kritik der röm. Rechtsquellen, IV, Tubinga 1920, 100; ID., *Nachträge*, in *ZSS.* 49, 1929, 430, 434, la fa derivare da un significato di *ius* come luogo religiosamente citato, delimitato. (Tale etimologia di *ius* da una radice *jeu-jug* sembra, peraltro, da respingere: v. DEVOTO, *Scritti minori*, Firenze 1958, 114 ss.; ORESTANO, *I fatti di produzione normativa nell'esperienza giuridica romana*, Torino s.d. ma 1962, con bibl. Si noti anche che i recenti seguaci di questa ipotesi etimologica non colgono lo spunto del BESELER circa il carattere sacro della recinzione del luogo dei giudizi: v. ad es. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma 1955, 49 s.). D'altro lato, la religiosità del tribunale potrebbe invece essere dedotta dalla sede topografica di esso, vicino ai *putealia*, luoghi sacri per essere stati colpiti dal fulmine (così BISCARDI, *Lezioni sul processo romano*, Torino 1963, 85 s.; GIOFFREDI, *I tribunali* cit., 232, spiega però tale collocazione con motivi d'ordine pratico).

([29]) V. per tutti CAPPELLETTI, l.c.

([30]) Gli studiosi di diritto moderno tuttavia si mostrarono spesso su questo punto più pronti dei romanisti a cogliere il senso dello svolgimento storico: non solo il MANZINI, seguendo MOMMSEN, fin dalla 1ª ed. del *Trattato di procedura pen.* (Torino 1912, I, 41) osservava che nel diritto romano la pubblicità, pur essendo criterio generale « non fu considerata come una condizione giuridica indispensabile per la validità del processo », ma già il CARRARA, nell'indagare la storia dell'istruzione segreta, riprovava il facile impiego di « concetti falsissimi ed esagerati sul conto degli ordini politici della prisca Roma » (in *Opuscoli di dir. criminale*[3], Prato, 1889, IV, 134).

ricognizione dei limiti che tuttora sussistono a questo ormai riconosciuto principio generale del processo ([31]).

4. Per quanto concerne la concreta esperienza romana della pubblicità, rispetto alla quale abbiamo negato la possibilità di riconoscere una continuità ideale nel modo di trattare gli affari giudiziari e di individuarvi un principio di quel diritto processuale, mi sembra opportuno richiamare una distinzione, che ad altro proposito troviamo indicata dal Chiovenda ([32]).

Indipendentemente da ogni tentativo d'ordine logico volto a fondare concettualmente i motivi della pubblicità ([33]), questa può — nella storia — presentarsi sotto due diversi aspetti: a seconda che sia dovuta a cause meramente estrinseche, quali

---

([31]) Il problema oggi è naturalmente più sentito per il processo penale, rispetto al quale, se generalmente si propongono riforme estensive della pubblicità nell'istruzione (cfr. PISAPIA, *Il segreto* cit., 38 ss.), non manca nemmeno qualche autorevole e preoccupante tendenza limitatrice anche per quanto riguarda il dibattimento: cfr. CARNELUTTI, *La pubblicità del processo penale*, in *Riv. dir. proc.* 10, 1, 1955, 1 ss.; ID., *Crisi della giustizia penale*, in *Studi Betti*, Milano 1962, I, 267; e, sotto diverso profilo, le relazioni di giuristi italiani all'8° Congr. Ass. Intern. Droit Pénal, Lisbona 1961, in *Les problèmes posés par la publicité donnée aux actes et aux procédures pénales*, Milano 1961, 91 ss.

([32]) CHIOVENDA, *Sul rapporto fra le forme del procedimento e la funzione della prova* (*L'oralità e la prova*), in *Saggi di dir. proc. civ.*, Roma 1931, II, 210, distingueva felicemente due specie d'oralità.

([33]) V., recentemente, MASSA, *La pubblicità e l'oralità del dibattimento penale*, in *Ann. Macerata* 25, 1961, 142 ss. Può essere interessante notare che la pubblicità del processo si carica di un nuovo, diverso significato nelle Repubbliche socialiste, dove la funzione educativa diventa prevalente. Si veda ad es. la legge 18 aprile 1961 della Rep. soc. Cecoslovacca sui tribunali popolari locali, art. 29 § 2: « Les débats sont tenus d'une manière permettant à la collectivité qui assiste de prendre part à l'élucidation du cas et de contribuer à l'évaluation de l'affaire et du citoyen coupable. Pour cette raison les citoyens présents à la déliberation de l'affaire ont la faculté, avec le consentement du président de la chambre, de prendre la parole et d'exprimer leur opinion ». (In *Bull. Droit Tchécoslovaque* 19, 1961, 106; con un commento di VYBIRAL e KUDLIK, ivi, 1 ss.). Cfr. anche, nello stesso senso, per quanto limitato alla pubblicità della sentenza, il significato che essa assume nel processo polacco: MERZ, Rapporto su *Les méthodes et les procédés techniques employés dans l'élaboration de la sentence pénale*, in *Rev. intern. Droit Pénal* 31, 1960, 231.

l'abitudine di trattare all'aperto tutti gli affari (e non solo quelli giudiziari) interessanti la collettività ([34]), oppure abbia una più profonda ragione d'essere nel rapporto in cui la presenza del popolo, anzichè essere puramente eventuale e passiva, si trovi con la funzione del giudice.

Anche nel primo di questi due aspetti la pubblicità può avere una rilevanza giuridica, non solo perchè sovente da esso deriva storicamente il secondo, ma pure in sé considerata, come fatto concreto in cui si identifica l'attuazione di una struttura organizzativa del processo. Su questo carattere " fattuale " dell'instaurarsi degli ordinamenti primitivi è stato di recente posto l'accento per isolare e meglio comprendere, nell'ambito del diritto pubblico, il fenomeno solitamente riportato alla teoria della consuetudine. Osserva in proposito l'Orestano che in questi casi « si intende mettere in rilievo soprattutto l'attuazione di strutture organizzative risolte al soddisfacimento di interessi comuni, istituite senza la previa posizione di una norma che le crei e le disciplini. Ciò che caratterizza queste figure è la circostanza che esse si puntualizzano, volta a volta, in un vero e proprio " fatto ", costituito dall'attuazione in concreto di quella determinata struttura, il cui esistere, il cui operare e il cui permanere è precisamente ciò che si è inteso realizzare attraverso quel fatto; " fatto " che è normativo, in quanto, come s'è detto, trae da sè medesimo la propria efficacia, ma la cui precettività non va oltre la situazione specifica in cui si identifica. Ciò che in questo caso viene impropriamente detto "consuetudine " si risolve nell'esistere della struttura organizzativa, con tutto ciò che essa comporta, anche in ordine alla sua attività » ([35]).

([34]) A questo proposito osservo che anche l'etimologia di *tribunal* (dall'agg. *tribunalis* = luogo dove stavano i tribuni; cfr. ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*[4], Parigi 1959, s.v. *tribus*) indica la sede del magistrato giusdicente, e quindi il luogo dei processi, come non esclusivamente riservati alla funzione giurisdizionale.

([35]) ORESTANO, *I fatti* cit., 140 s.

In questo ordine di idee, volendo qualificare gli effetti della pubblicità, intesa appunto come struttura organizzativa del processo, è plaese che solo rispetto appunto al secondo dei due aspetti sopra distinti un giudizio che ne prescindesse apparirebbe viziato nei suoi stessi presupposti per l'assoluta incapacità del giudice a pronunciare quel giudizio che proprio la comunità, in ipotesi assente, avrebbe dovuto suggerire e legittimare. Rispetto al primo invece, la mancanza del "fatto" pubblicità, e cioè lo svolgimento di un processo fuori dalla presenza popolare, coinciderebbe in tutto e per tutto con l'attuazione di una struttura diversa, non meno efficiente della prima.

Ora l'abitudine, diffusa nel mondo romano delle origini, e ancora nell'età repubblicana, di assistere allo svolgimento degli affari giudiziari, può essere riportata a motivi intrinseci solo per quanto riguarda: *a*) il processo arcaico nel quale (secondo recenti ipotesi che vengono sempre più affermandosi) ([36]) si aveva una partecipazione attiva al giudizio della collettività, il cui assenso alle ragioni di una delle parti in causa aveva funzione decisoria più che di semplice prova; *b*) il processo penale comiziale dove il popolo stesso era chiamato ad esprimere il giudizio; e quello, da esso derivante, delle *quaestiones perpetuae*, che per il largo numero di cittadini componenti la giuria necessariamente escludeva ogni possibilità di segretezza ([37]).

Ma oltre — e, almeno in parte, contemporaneamente — a queste, i Romani conobbero molte altre forme processuali che prescindono dalla partecipazione popolare: così ad esempio il processo penale originario, basato sull'illimitato potere di *coercitio* del magistrato ([38]); o che, pur consentendola in quanto

([36]) L'originaria coincidenza della testimonianza col giudizio è stata recentemente riaffermata con vigore dal BROGGINI, *La prova nel proc. rom. arcaico*, in *Ius* 11, 1960, 366 s., 376 ss. Ivi bibl. anteriore, cui si può aggiungere BISCARDI, *Lezioni* cit., 99 ss.

([37]) Cfr. MOMMSEN, *Dr. pén.* cit., I, 173 ss., 215 ss.; II, 26.

([38]) È noto che i limiti legislativi posti nell'età repubblicana all'*imperium* del magistrato ebbero vigore solo entro la città di Roma e a favore dei cittadini

svolti all'aperto nel comizio o nel foro, non la traducono però in una struttura indispensabile per la validità della funzione giurisdizionale. Tipica in questo senso la procedura formulare, che si è soliti rappresentare, secondo il suo aspetto più appariscente, come essenzialmente pubblica. Ma se è vero che il pretore di solito sedeva *pro tribunali*, nel luogo dei mercati, essa poteva però con gli stessi titoli di validità essere attuata altrove: *in transitu*, *in villa* dallo stesso pretore, *de plano* dai suoi assessori ([39]); e inoltre trovava normalmente la sua conclusione nelle basiliche, dove, a partire dal II secolo a.C., soleva svolgersi la fase *apud iudicem* fino all'emanazione della sentenza ([40]).

Con l'instaurarsi del Principato aumentano le forme processuali senza partecipazione di pubblico. Così questo era escluso dal processo svolto in senato, poiché le deliberazioni senatorie erano sempre segrete, qualunque ne fosse l'oggetto ([41]); né poteva normalmente assistere ai giudizi imperiali, qualora il principe giudicasse nella sua residenza ([42]) o a quelli dei suoi

---

romani maschi. Cfr. MOMMSEN, l.c., I, 38 ss., 162 ss.; PUGLIESE, *Appunti sui limiti dell'imperium nella repressione penale*, Torino 1939, 17 ss.

([39]) Su queste nozioni cfr. DÜLL, *Über die Bedeutung des Verfahrens de plano im röm. Zivilprozess*, in ZSS. 52, 1932, 170 ss.; ID., *Zum de plano-Verfahren*, ivi, 60, 1940, 234 ss.; WENGER, *Zu drei Fragen aus dem röm. Zivilprozessrechte*, ivi, 59, 1939, 376; ID., *Noch einmal zum Verfahren de plano und pro tribunali*, ivi, 62, 1942, 366 ss.

([40]) Che solo la fase *apud iudicem* abbia preso in quell'epoca a svolgersi nelle basiliche, mentre il *tribunal praetoris* restava sulla piazza del Foro è sostenuto dal GIOFFREDI, *I tribunali* cit., 241 ss., con notizie sul numero e le caratteristiche della basiliche repubblicane; le basiliche erano del resto luoghi coperti ma non chiusi al pubblico, e i mercanti vi trovavano posto insieme ai giudici: VITR., 5. 1. 8.

([41]) MOMMSEN, l.c., I, 296; II, 26.

([42]) Per Augusto v. SUET., *Aug.* 33, 93; per Nerone TAC., *Ann.* 15. 48-74; per Traiano PLIN., *Ep.* 6. 31; per Adriano DIO CASS., 69. 7. 1; per Marco Aurelio, Severo e Antonino ULP., D. 36. 1. 23 pr., 4. 4. 18. 1. Molto più numerose sono naturalmente le notizie di processo svolti dagli imperatori, dalle quali però non è possibile dedurre se il giudizio fosse pubblico o no. Per questi casi v. KELLY, *Princeps iudex*, Weimar 1957; BLEICKEN, *Senatsgericht und Kaisergericht*, Gottinga 1962, 79 ss.

funzionari ([43]) e dei *praesides provinciarum*, dopo la cessazione dei *conventus* ([44]). Il fatto che ben sovente le *cognitiones extra ordinem*, sia del principe sia delle altre autorità che da lui derivavano il potere giudiziario, si svolgessero invece secondo le forme attuate solitamente dal pretore, e cioè in pubblico *pro tribunali*, non può essere forzato fino a dedurne la sussistenza di un generale principio consuetudinario circa la necessità di una assistenza popolare ai processi, cui quelle forme che ne prescindono si contrapporrebbero come eccezionali; esso non fa invece che confermare una pluralità e compresenza di strutture diverse, ciascuna delle quali aveva le sue radici nella storia.

La migliore conferma di questa interpretazione si avrà del resto proprio rileggendo le fonti che registrano luoghi diversi come sede giudiziale, spesso addotte in appoggio all'idea che la pubblicità fosse richiesta come una necessità giuridica. In realtà, si può notare che un sentimento critico, di disagio per una situazione illegale, si trova attestato solo in riferimento a quei processi in cui la pubblicità si trovava in funzione di una attiva partecipazione popolare ai giudizi: così nel rimprovero che la tradizione faceva ai secondi decemviri, di pronunciare soltanto *in foro* giudizi già preparati *domi* ([45]). Di fronte a que-

([43]) Per i giudizi dei funzionari imperiali v. in generale TAC., *Dial de orat.* 39: *auditoria et tabularia ... in quibus iam fere plurimae causae explicantur ... res velut in solitudine agitur.*

([44]) Sul *conventus* e la problematica che sorge dalle frammentarie notizie relative, v. WENGER, *Istituzioni* cit., 77 s. Numerose sono invece le fonti del IV secolo su processi svolti dai *praesides provinciarum* nell'*auditorium* o *secretarium*: CHECCHINI, *Studi* cit., 19 nt. 4, 20 nt. 1. È appena il caso di precisare che, pur accettando l'osservazione dell'a. sulla possibilità che il pubblico fosse ammesso anche in queste sale chiuse, non si può dedurne che ciò avvenisse sempre: v. ancora, l.c. 20-21, sulla conformazione di tali sale, divise dai *cancella* e dai *vela*, che, qualora chiusi, isolavano il giudice ed il suo ufficio. La maggior parte dei passi sul *secretarium iudicis* è quindi neutra sul problema della pubblicità.

([45]) LIV., 3. 36. 8. Anche due passi ciceroniani invero (*p. Deiot.* 2. 5. 7; *In Verr.* 2. 5. 11. 27-29) sembrano considerare criticamente la mancanza di pubblicità: ma (a prescindere da altre possibili spiegazioni: cfr. MOMMSEN, l.c., I, 170, II, 26), si è già detto del significato che la presenza popolare ha per Cicerone (v. nt. 25).

sto passo, ben più numerose sono le notizie in cui la presenza del pubblico è indicata come semplice e naturale conseguenza del giudicare all'aperto ([46]). Ancora più significative sono le testimonianze dalle quali infine risulta come la mancanza di pubblico non fosse affatto sentita come un elemento antigiuridico dalla coscienza comune; ma anzi Svetonio indica come titolo di merito per Augusto l'aver reso giustizia anche ammalato, in casa, nel suo letto; e Plinio parla con soddisfatta ammirazione dei giudizi resi da Traiano nella sua villa di Centocelle ([47]).

Possiamo dunque concludere: è certo vero che nella Roma repubblicana i processi si svolgevano nel comizio o nel foro, insieme al mercato; ma se anche ciò assicurava automaticamente quella che è stata detta « esemplare pubblicità della funzione giurisdizionale » ([48]), non può dirsi invece che essa avesse dato luogo alla formazione di un unico principio giuridico. Quando per le ovvie ragioni legate allo sviluppo economico e commerciale i mercati occuparono tutto lo spazio e, forse, tutto l'interesse che i Romani dapprima spartivano tra quelli e la giustizia, le nuove strutture organizzative che sanzionano il mutato assetto sociale non vengono meno ad un principio: solo prescindono da una abitudine.

Nè d'altro lato si deve dimenticare, se si vuole tentare una ricognizione dei limiti operativi di un fatto concreto, quale era appunto l'assistenza popolare ai processi, basata su motivi estrinseci, che una tale pubblicità poteva essere fonte di arbitrii tanto gravi quanto un processo svolto a porte chiuse dalla santa Inquisizione: basti pensare alle condanne imposte dalla passione popolare, delle quali tanti esempi si trovano negli *Acta Martirum* e la cui proiezione legislativa, volta a sottolinearne gli aspetti ne-

---

([46]) Cfr. GIOFFREDI, *I tribunali* cit.
([47]) SUET., *Aug.* 33; PLIN., *Ep.* 6. 31. 1-2.
([48]) GIOFFREDI, l.c., 229.

gativi, troviamo nella nota esortazione di Diocleziano: *Vanae voces populi non sunt audiendae* ([49]).

L'ampio rivolgimento strutturale che caratterizza il passaggio dalla Repubblica al Principato e che, come introdusse nuove forme processuali accanto alle più antiche, così normalizzò anche la possibilità di giudicare in luoghi chiusi al pubblico, si attuò per non breve periodo senza che la coesistenza dei diversi sistemi desse luogo a contrasti. Solo agli inizi dell'età del Dominato possiamo riscontrare un nuovo sentimento in ordine al problema della pubblicità. Esso dovette insorgere in seguito alla presa di coscienza del rapporto tra gli abusi processuali, che le fonti dell'epoca ci rivelano frequenti ([50]), e la posizione di predominio che la nuova organizzazione offriva alla burocrazia; e condusse a desiderare dapprima la pubblicità della sentenza ([51]), e poi anche quella dei giudizi come un possibile rimedio. In questa situazione quindi la pubblicità poteva acquistare un significato che non aveva mai avuto nella storia processuale romana, come strumento di informazione e di controllo da parte della collettività sull'opera dei giudici.

Questa rinnovata coscienza, cui aderisce immediatamente la posizione normativa, emerge proprio ad opera di Costantino, al quale possiamo dunque riconoscere il merito di avere per primo impostato il problema della pubblicità entro quei termini di libertà e di giustizia che ne hanno fatto un principio operante della nostra storia giuridica.

Costantino espresse una prima volta tale direttiva in una costituzione del 313 ([52]), utile a leggersi anche per la migliore comprensione di un punto che nella c. 6 può apparire poco chia-

---

([49]) CI. 9. 47. 12 (s.a.).

([50]) Per fermarci a quanto risulta dalla stessa legislazione costantiniana, v., per l'anno 315: CTh. 8. 4. 2; 316: 1. 22. 1; 319: 1. 16. 3, 2. 10. 2; 325: 1. 5. 1, 1. 15. 1, 2. 10. 3, 9. 1. 4; 326 (?): 2. 10. 4; 327 (?): 1. 5. 2; 328 (?): 1. 16. 4; 334: 1. 22. 2.

([51]) CI. 7. 45. 6 (a. 283).

([52]) Per la determinazione della data v. MOMMSEN, *CTh. ad h.l.*

ro: e cioè, in relazione a quali processi vi fosse sancito l'obbligo di giudicare pubblicamente:

> CTh. 1. 12. 1 *Imp. Constantinus A. Aeliano proconsuli Africae.* Omnes civiles causas et praecipue eas, quae fama celebriores sunt, negotia etiam criminalia publice audire debebis tertia, vel ut tardissime quarta vel certe quinta die acta conficienda iussurus. Quae omnia legati quoque coercitione commoniti observabunt. *Dat. III k. Nov. Trev. Constantino A. IIII et Licinio IIII coss.*

Qui Costantino impone che tutte le udienze del proconsole debbono essere pubbliche, siano esse relative a cause penali che civili e sopratutto, tra queste ultime, quelle di cui si è maggiormente parlato. Di fronte a questa formulazione, chiara per quanto empirica ([53]), lascia perplessi l'inizio della c. 6, dove, a intendere *publicae notiones* come « processi penali » ([54]), l'obbligo della pubblicità sembrerebbe imposto solo con riferimento a questi: ho già accennato infatti, e ne vedremo ora i motivi (cfr. n. 5), come la frase successiva non sia da affiancare a questa, ma introduca un problema nuovo.

Ma il confronto con CTh. 1. 12. 1, che anche sotto un altro aspetto ([55]) costituisce un precedente dell'editto del 331, mi sembra indicare come più plausibile la soluzione di leggere l'agget-

---

([53]) La menzione delle cause *fama celebriores* può spiegarsi come richiamo di una situazione concreta, nella quale si inseriva la disposizione di Costantino.

([54]) È noto che la parola *notio* ha una ampia accezione nel campo processuale, dove può indicare in modo generico l'indagine del magistrato o la sua sfera di competenza: cfr. ULP. D. 42. 1. 5, 49. 1. 10, 50. 16. 99; per il linguaggio degli imperatori del IV secolo v., con gli stessi significati, CTh. 9. 19. 2 (326); 2. 1. 2, 11. 34. 2 (355); 8. 4. 7 (361); 9. 13. 1 (365); 11. 36. 26 (379); 8. 15.6 (380); 2. 1. 6, 2. 26. 4 (385)). In un'unica cost. del 382 (CTh. 9. 37. 3) *publica notio* è poi impiegato nel senso di processo penale pubblico: sarebbe dunque legittimo, sotto l'aspetto terminologico, intendere nello stesso modo l'analoga espressione della c. 6. In questo senso v. infatti WENCK, *Codicis Theodosiani libri V priores*, Lipsia 1925, *ad h.l.*, nt. 9.

([55]) L'obbligo cioè di *conficere acta*, v. n. 5.

tivo *publicas* con valore predicativo, sì che la traduzione del passo suoni « i presidi devono svolgere i processi pubblicamente ».

A conferma di questa interpretazione, che unificherebbe in una sola formulazione i processi penali e civili ([56]), si può richiamare la tendenza ad accentuare il carattere pubblicistico del processo civile, il cui naturale risultato è stato definito come un « fatale impulso che spinge il processo civile ad avvicinarsi sempre più al processo penale » ([57]). Di questa tendenza, tipica della legislazione processuale assolutistica, l'età di Costantino ci mostra più di uno spunto, che giungerà a compiersi più tardi, quando l'attuazione di uno schema di procedimento comune a tutte le specie processuali indipendentemente dall'oggetto di esse permetterà di unificarne completamente le strutture ([58]).

5. Nelle parole successive della c. 6 si inquadra un altro argomento: quello della disponibilità dei giudici e della gratuità dell'accesso nel processo civile.

Ho già accennato che non deve ravvisarsi un fenomeno analogo a quello della pubblicità nell'espressione *nec civiles controversias audituri secretariis sese abscondant, ut iurgaturus conveniendi eos nisi pretio facultatem impetrare non possit* ([59]).

Tale equivoco trovava il suo punto di appoggio nel manoscritto Ambrosiano, che reca ... *civiles controversias auditoriis, secretariis sese abscondant*... La disposizione veniva intesa supponendo una continuità di pensiero tra la prima frase, dove è richiesta la presenza delle folle nei tribunali, e la successiva, in

---

([56]) Allo stesso modo in CTh. 1. 16. 9 (a. 364) Valentiniano e Valente ribadiscono l'imposizione della pubblicità congiuntamente per le controversie *et civiles et criminales*; e nella relativa *Interpretatio* si parla unitariamente di *causae*.

([57]) L'espressione è usata da BISCARDI, *L'unità del processo nell'esperienza giuridica romana*, in *BIDR.* 65, 1962, 28, nel concludere un ampio esame dell'attuale tendenza alla formazione di una teoria generale del processo.

([58]) Cfr. PUGLIESE, *Processo privato e processo pubblico*, in *Riv. dir. proc.* 3, 1948, 99 ss.

([59]) V. *retro*, nn. 3-4.

cui si vieta ai giudici di ritirarsi negli *auditoria* o *secretaria*; e ciò permetteva di dedurre da quest'ultima un rafforzamento dell'obbligo di giudicare pubblicamente ([60]). Ma dopo la correzione del testo come sopra riportato, quella interpretazione non ha più ragion d'essere. Nella lettura ormai generalmente accolta ([61]), viene invece in evidenza lo scopo della norma, volta ad evitare che i litiganti, non avendo come è naturale libero accesso nelle stanze private del *secretarium* dove il preside si era ritirato, dovessero offrire del denaro ai suoi assistenti per esservi introdotti. Il passo non riguarda quindi che la possibilità di farsi ricevere dal preside nel luogo a ciò destinato: se di pubblicità si vuole parlare, essa deve però intendersi come preprocessuale.

L'opportunità della disposizione, che nella formulazione legislativa sembra far riferimento al solo vantaggio dei litiganti nell'essere ricevuti subito ([62]), potrebbe in realtà ben vedersi anche sotto l'opposto profilo delle pressioni corruttrici cui i giudici potevano essere sottoposti ricevendo le parti stesse fuori del luogo d'udienza. Illuminanti sulla realtà di tale pericolo e sui suoi vari aspetti sono le orazioni 51 e 52 di Libanio, che non potremmo citare a questo proposito senza riportarle integralmente ([63]).

Dopo le udienze, prima di ritirarsi, il preside deve compilare tutti gli atti pubblici e privati ([64]): anche su questo punto

---

([60]) Cfr. BETHMANN-HOLLWEG, *Civilprozess* cit., III, 189; CHECCHINI, l.c., 21 s. (« obbligo di amministrare la giustizia, così civile come penale ... *frequentatis per examina tribunalibus* e non nascosti nei *sacretaria*). Più correttamente il WENGER, *Istituzioni* cit., 72 e nt. 19, pur seguendo la ricostruzione del Checchini, non cita la c. 6 a questo proposito.

([61]) La correzione è stata proposta da C.A. DEN TEX e I. VAN HALL (cit. da HAENEL, *CTh. ad h.l.*, il quale aggiunge *in* dopo *audituri*, nella verosimile supposizione che il manoscritto originale recasse *audituriîsecretariis*) e seguita da tutti gli editori successivi.

([62]) Si veda in proposito CTh. 2. 4. 7 (a. 409), dove tale vantaggio forma oggetto di un privilegio attribuito alla chiesa.

([63]) Ed. FOERSTER, cit., IV, 6 ss., 25 ss. Nello stesso senso v. anche CTh. 1. 16. 10 (a. 365 o 364).

([64]) Sulla registrazione degli atti giudiziari in processi verbali (*acta, actus*),

Costantino riprende le proprie direttive al proconsole d'Africa ([65]).

Tale obbligo non è in contrasto con l'imposizione della pubblicità. È chiaro infatti che l'obbligo di compilare gli *acta* non implica un abbandono della forma orale del processo a favore di quella scritta: esso è invece una garanzia di regolarità del giudizio attraverso la documentazione (che per quella ragione deve essere controllata dal preside) dell'attività svolta oralmente ([66]).

6. La disposizione successiva è riprodotta anche nel codice giustinianeo: vi si disciplina un ampio potere di controllo sull'opera dei governatori da parte delle popolazioni che potevano contribuire, approvandone l'attività oppure criticandola, a far loro salire la carriera degli onori o viceversa ad ottenerne una condanna.

L'imperatore esorta i provinciali a *conlaudare publicis adclamationibus* e ad *accusare querellarum vocibus* i governatori che rispettivamente si siano mostrati giusti e vigilanti o ingiusti e malvagi. Sembra evidente che tali qualità dei presidi dovessero emergere e potessero essere apprezzate entro i limiti della loro attività giudiziaria nel senso disposto al precedente paragrafo: ciò porta ad escludere che l'*accusare* sia da intendere in senso tecnico, che cioè Costantino abbia voluto affermare la legittimazione attiva dei provinciali, lesi dal comportamento del preside, ad una specifica accusa contro di lui.

Per seguire tale ipotesi si potrebbe forse pensare al *crimen repetundarum*, tipicamente rivolto alla tutela dei provinciali,

---

cfr. STEINWENTER, *Beiträge zum öffentlichen Urkundenwesen der Römer*. Graz 1915, 43 ss., 56 s.

([65]) Cfr. anche CTh. 9. 1. 6, di cui tuttavia può dubitarsi se sia stata emanata da Costantino nel 328, come risulterebbe dalla *subscriptio*, o se sia invece di Giuliano, dell'anno 362/3: ciò è sostenuto dal MOMMSEN (nell'apparato a CTh. 1. 16. 5) in base all'osservazione che il destinatario della cost., Secundus, fu prefetto del pretorio sotto Giuliano, e sopratutto per il confronto con CTh. 1. 22. 3.

([66]) CHIOVENDA, *Saggi* cit., 216.

che prevedeva la punibilità di chi *pecuniam ob iudicandum acceperit* ([67]). Nè, dal punto di vista della procedura, avrebbe costituito una innovazione il riconoscimento della legittimazione attiva direttamente ai provinciali, poichè essi avevano già ottenuto una piena capacità processuale, in ordine al *crimen repetundarum*, dal *SC. Calvisianum* del 4 a.C. ([68]). Nondimeno il necessario riferimento alla prima parte della costituzione, dove l'imperatore proibiva una serie di comportamenti scorretti, ma non inquadrabili, sotto il profilo della repressione penale, in una particolare fattispecie criminosa, impedisce di pensare ad una accusa formale di *repetundae* ([69]). È d'altronde noto che nel sistema della *cognitio* imperiale e dei prefetti, a differenza da quello dei *iudicia publica*, non è più indispensabile l'*accusatio* formale basata su una previsione legale: l'assistenza giudiziaria, anche non legalmente prescritta, può essere ottenuta sulla semplice richiesta delle persone lese alla autorità repressiva, competente a pronunciare pene pubbliche in base ad una inchiesta diretta ([70]). L'ottemperanza all'obbligo di amministrare correttamente la giustizia era certo sanzionata attraverso una tale forma di intervento.

Ma se il generico *accusare querellarum vocibus* non è da riferire al *crimen repetundarum*, questo torna a proporsi alla

([67]) MACER, D. 49. 11. 3, 7 pr. Anche ammesso che tali disposizioni fossero applicabili, la repressione *ex lege repetundarum* si sarebbe potuta comunque riferire solo all'obbligo di ricevere gratuitamente le parti, non potendosi invece far rientrare in tale reato l'inosservanza alle altre disposizioni della c. 6.

([68]) Von PREMERSTEIN, *Die fünf neugefundenen Edikte des Augustus aus Kyrene*, in *ZSS.* 48, 1928, 510 ss.; SERRAO, *Appunti sui « patroni » e sulla legittimazione attiva all'accusa nei processi « repetundarum »*, in *Studi De Francisci*, Milano 1956, II, 504 ss.

([69]) Ciò vale in realtà anche per l'ipotesi che il preside si fosse ritirato nelle sue stanze: infatti, il comportamento del giudice è condannabile proprio in quanto costringe i litiganti a pagare per essere introdotti, ma ciò avveniva anche se il versamento di denaro fosse fatto — come appare più probabile — all'ufficio del preside anzichè a quest'ultimo. Per questa ragione non ritengo si potessero applicare le norme della *lex Iulia repetundarum*, cit. a nt. 67.

([70]) V. per tutti l'ormai classico lavoro del LAURIA, *Accusatio-Inquisitio*, in *Atti Accad. sc. mor. pol. Napoli*, 56, 1934, 328 ss.

nostra attenzione in merito al *conlaudare publicis adclamationibus*. Infatti le onoranze tributate dai provinciali ai governatori, che nel nostro editto vengono riconosciute e regolate da Costantino al fine di trarne utili indicazioni sull'attività giurisdizionale svolta nella provincia, appaiono invece punite *ex lege repetundarum* in un documento recentemente scoperto: il Frammento Leidense delle *Pauli Sententiae* ([71]).

Per non aprire qui una troppo lunga parentesi, rinvio ad altra sede la ricostruzione di una vicenda che, da Augusto fino a Valentiniano III, mostra da un lato l'insistenza dei provinciali a manifestare con proposte di onori la loro riconoscenza, più o meno sincera, ai proconsoli uscenti; e d'altro lato indica le reazioni imperiali a tale prassi ([72]).

Il controllo dei provinciali sull'opera dei governatori ha già infatti, nell'epoca di Costantino, una lunga storia che forse coincide, e certamente la illumina, con la storia stessa dei rapporti tra le province e il potere imperiale centrale. A seconda delle tendenze accentratrici o autonomistiche perseguite da Roma nei vari momenti, un tale controllo poteva apparire una illecita ingerenza dei provinciali nella politica centrale e quindi essere escluso se non punito; oppure poteva essere considerato come una garanzia di buon governo ed essere perciò concesso e disciplinato. I rapporti tra Roma e le province si svolsero dapprima, durante il Principato, solo nel primo senso: da Augusto a Diocleziano è il progressivo accentramento che maggiormente colpisce; a ciò era corrisposta, sul nostro argomento, una tendenza a limi-

([71]) § 2. *Lege repetundarum tenetur quicumque in curia vel concilio auctor fuerit honoribus praesidi comitibusque eius decernendis decretumve super ea re fecerit faciendumve curaverit.* In proposito v. SERRAO, *Il frammento Leidense di Paolo*, Milano 1956, 5 ss.; ID., *Sul danno da reato in dir. rom.*, in *AG.* 6ª s. 20, 1956, 33; LEVY, *Zur quellengeschichtlichen Bedeutung der Leidener Paulussentenzen*, in *Pauli Sententiarum Fragmentum Leidense*, Leida 1956, 64, 70 s.; ARCHI, *I nuovi frammenti e il diritto criminale romano*, ivi, 106 ss.; ID., rc. a SERRAO cit., in *SDHI.* 23, 1957, 429 s.

([72]) Le fonti più importanti sono DIO CASS., 56. 25. 6; TAC., *Ann.* 15. 20-22; SHA., *Sev. Alex.* 22. 6; AMM. MARC., 30. 5. 8.

tare le facoltà di controllo sui governatori romani da parte delle popolazioni sottoposte. Al contrario è nota la politica di decentramento amministrativo impostata da Diocleziano e proseguita da Costantino, in cui si inserisce l'invito, rivolto ai provinciali nella c. 6, a manifestare il proprio giudizio.

Alla luce di questa storia, si può dire che l'antinomia tra l'editto del 331 e la disposizione del frammento Leidense non concerne un problema di qualificazione giuridica, ma una nuova impostazione dei rapporti tra governo centrale e province: anche su questo punto dunque l'editto del 331 sembra marcare un punto fermo, un momento di conclusioni, dopo il travaglio dei decenni precedenti.

7. Il decentramento amministrativo era stato realizzato da Diocleziano insieme ad una suddivisione delle province che ne risultarono territorialmente diminuite; l'autonomia di esse venne assicurata ampliando le funzioni dei concilii provinciali ([73]). Tale politica, necessaria per la riorganizzazione del vasto impero, si accompagnava, vista dall'alto della magnificenza imperiale, al desiderio di mantenere nei sudditi la confidenza nella lontana autorità centrale. Di qui la tendenza, tipica d'altronde di ogni governo assolutistico, a permettere i rapporti diretti tra imperatori e sudditi, che vediamo incoraggiati nella stessa misura in cui il governo diventa più dispotico e più personale ([74]).

([73]) LACT., *De mort. pers.* 7; CTh. 12. 12. 4 (v. nel testo); tale politica fu proseguita dai successori di Costantino: v. le altre costituzioni dello stesso titolo e, per un caso particolare, CTh. 15. 5. 1 (372). Sui concilii provinciali v. MOMMSEN, *Epigraphische Analekten* n. 9, in *Gesammelte Schriften*, VIII, Berlino 1913, 32 ss.; GUIRAUD, *Les assemblées provinciales dans l'empire romain*, Parigi 1887; KORNEMANN, s.v. *concilium*, in *PW.* 4, 1, 1900, 820 ss.; M. DE DOMINICIS, *Il rescritto di Costantino agli Umbri e la « praetura Etruriae »*, in *Historia* 4, 1930, 470 ss.; ID., *Il rescritto di Costantino agli Umbri (Nuove osservazioni)*, in *BIDR.* 65, 1962, 173 ss.

([74]) Cfr. WENGER, *Istituzioni* cit., 334 s. Si legga la promessa fatta dallo stesso Costantino ai provinciali nel 325, nell'invitarli a sottoporre direttamente a lui le accuse contro le autorità subordinate (CTh. 9. 1. 4): *ipse audiam omnia, ipse cognoscam et si fuerit comprobatum, ipse me vindicabo.*

Per questa ragione Costantino è portato a rafforzare i poteri dei concilii provinciali, le cui richieste non devono essere in nulla modificate, ma trasmesse nella loro integrità al prefetto del pretorio, che potrà in parte disporre direttamente, in parte rimettere la decisione all'imperatore:

> CTh. 12. 12. 4 *Impp. Valentinianus et Valens AA. ad Mamertinum Pr. Pr.* luxta legem divi Constantini nihil post tractatum habitum civitatum voluntate mutetur sive mutiletur, sed integrae atque inlibatae civitatum petitiones ad magnificentissimae sedis tuae notitiam perferantur, ut sit examinis tui, quaenam ex his auxilio tuo inplenda protinus, quae clementiae nostrae auribus intimanda videantur. *Dat. VII Id. Sept. Aquil. Divo Ioviano et Varroniano conss.*

È possibile pensare che la legge di Costantino qui richiamata sia un altro brano, ora perduto, dell'editto del 331 ([75]); mi sembra tuttavia più probabile identificarla con una costituzione del 317, dove l'imperatore aveva già regolato l'argomento, disponendo che la conformità del testo del decreto alla deliberazione del concilio dovesse essere assicurata dalla revisione e sottoscrizione dei partecipanti all'assemblea:

> CTh. 1. 16. 2 *Imp. Constantinus A. ad Bassum.* Decreta provincialium non prius ad comitatum perferri oportet, quam singuli quique iudicantes ea inspexerint atque probaverint suaque adscriptione signaverint. Si quid fiat contrarium, competens ultio exerceatur. *PP. VIII k. Oct. Carali Gallicano et Basso consul.*

La sottoscrizione del decreto qui prevista aveva indubbiamente lo scopo di impedirne l'alterazione da parte dei *legati*, cui veniva affidato l'incarico di consegnarlo all'imperatore ([76]),

([75]) Per questa ipotesi v. MOMMSEN, op. cit., 33.

([76]) Su tale sottoscrizione v. GUIRAUD, op. cit., 286.

e questo è precisamente il punto su cui aveva disposto Costantino, a quanto risulta dalla citazione fatta in CTh. 12. 12. 4. Il fatto che in questa costituzione si preveda la trasmissione al *praefectus praetorio* anzichè direttamente alla corte, potrebbe essere spiegato come elemento riformatorio di Valentiniano e Valente. Più probabile mi pare però ritenere che, già nell'età di Costantino, la consegna dei *decreta provincialium* nelle mani dell'imperatore o dei suoi più diretti collaboratori potesse essere regolata da semplici motivi di convenienza ([77]).

Al termine di questa esegesi di CTh. 1. 16. 6 possiamo dire che, nella ricerca di un equilibrio tra il desiderio di mantenere i rapporti con i suoi sudditi e l'esigenza di decentrare, riorganizzandola gerarchicamente, la funzione giurisdizionale ormai separata dal potere militare, Costantino pensò di poterlo raggiungere autorizzando le stesse popolazioni a riferire sull'attività dei governatori, e delegando i prefetti o i *comites provinciarum* ([78]) per accertare l'attendibilità di tali relazioni. Ma poichè le condizioni sociali del IV secolo rendevano il popolo impotente a far sentire la propria voce, il risultato cui tale politica pervenne fu quello, già previsto e deprecato dal senato romano nell'età di Nerone: la maggiore autorità dei pareri espressi dal *concilium* provinciale si risolse ancora una volta in una maggiore influenza dei ceti dominanti delle province, contribuendo in definitiva a normalizzare le convergenze di interessi tra burocrazia e signorie locali ([79]).

([77]) Lo stesso MOMMSEN, l.c., avverte che la materia era probabilmente già stata regolata da Diocleziano e Costantino, in disposizioni particolari, tenendo conto di risalenti istituzioni locali, che soprattutto in Oriente dovevano conoscere periodiche riunioni delle assemblee provinciali.

([78]) Sui *comites provinciarum*, organi straordinari istituiti da Costantino con autorità sui vicari delle diocesi, v. SEECK, s.v. *comites*, in *PW*. 4, 1, 1900, 631 ss.; STEIN, *Histoire* cit., I, 113.

([79]) V. il discorso del senatore Trasea Peto in TAC., *Ann.* 15. 20-21; sui rapporti tra giudici e *potentes* LIBAN., *Orat.* 47. 13-16 e su di essa HARMAND, *Libanius* cit., con altre fonti e bibl.

8. In un brano successivo, l'attuale c. 7, l'attenzione di Costantino si volge alla tutela dei provinciali contro le illecite esazioni che, da parte dell'*officium praesidis*, potevano essere pretese nei vari momenti di un procedimento civile: dalla introduzione delle parti fino alla restituzione degli atti del processo.

Si è già accennato ad una collocazione del frammento nel quadro generale dei tentativi imperiali volti a riportare la burocrazia, spesso corrotta, ad una dignità, ad un rispetto della legalità più consoni alle sue funzioni: in questa prospettiva, la c. 7 deve essere letta insieme alla precedente costituzione, dalla quale riceve un più puntuale significato. Ritengo infatti che le concussioni che qui si vogliono reprimere siano quelle che possono corrispondere, dalla parte dell'*officium*, alla inosservanza dei precetti sopra stabiliti per le udienze dei presidi; che non si tratti cioè di un generico divieto di esigere qualsiasi retribuzione per l'attività svolta dai sottoposti del governatore nel corso del procedimento.

Al contrario, si può dire che l'unico aspetto della c. 7 considerato dai romanisti e degli storici del Basso Impero sia proprio questo, per cui si dice che Costantino avesse regolato il trattamento degli *officiales*, stabilendo il salario da versarsi in natura da parte del prefetto, e vietando nel contempo ogni forma di *sportulae*, che solo in seguito sarebbero state invece permesse e fissate da tariffe ufficiali ([80]).

([80]) In questo senso, la c. 7 era già citata da BETHMANN-HOLLWEG, *Civilprozess* cit., II, 159, XII; III, 200; il quale indicava la metà del V secolo come l'epoca in cui gli imperatori sarebbero giunti ad ammettere e fissare le *sportulae* per i singoli atti processuali. Successivamente, la pubblicazione dell'editto di Ulpio Marisciano (cons. di Numidia nel 361-363, v. nt. 85) che contiene appunto la determinazione di tali tariffe, portò la dottrina ad anticipare al regno di Giuliano l'introduzione nel processo del sistema delle sportule: ma si continuò tuttavia a citare la c. 7 come un severo tentativo di proibire questi compensi considerati illeciti: STEIN E., *Untersuchungen über das Officium der Prätorianerpräfektur seit Diokletian* (1922), rist. Amsterdam 1962, 20 ss.; JONES, *The roman civil service*, in *Studies in roman government and law*, Oxford 1960, 171; CHASTAGNOL, *La préfecture urbaine à Rome sous le Bas-Empire*, Parigi 1960, 218, 222. È però da notare, contro questi

Tale interpretazione si basa su un equivoco. Anzitutto il testo della costituzione non si riferisce alle *sportulae*, ma ad illecite esazioni e concussioni, che configurano un reato e che come tali continueranno ad essere vietate indipendentemente da ogni regolamentazione ufficiale dei compensi dovuti agli *officiales*. In questo senso sarà sufficiente confrontare ad esempio l'inizio di CTh. 8. 10. 2, dell'anno 344: *praeter solemnes et canonicas pensitationes multa a provincialibus Afris indignissime postulantur ab officialibus...* ([81]).

Ma sopratutto è l'insieme della costituzione che mi sembra venga svisato da quella lettura: se cerchiamo di coglierne, attraverso la ridondanza delle espressioni magniloquenti, il nucleo precettivo, lo si vedrà ridotto, in corrispondenza alla precedente c. 6, agli obblighi di introdurre gratuitamente i postulanti davanti al preside e di consegnare gli atti delle cause concluse. A mio avviso le ripetizioni iniziali (non deve il *velum* del giudice essere in vendita, l'ingresso potersi acquistare, il *secretarium* diventare infame per essere offerto all'asta, la stessa vista del preside avere un prezzo) non servono ad altro che a ribadire anche dalla parte dell'*officium*, che poteva favorire per lucro una situazione illegale, il divieto di amministrare la giustizia senza rispettare i princìpi della pubblicità, della libertà e della gratuità del processo; il *princeps officii* e gli altri funzionari subordinati vengono tenuti personalmente responsabili qualora pretendano di essere compensati dai litiganti per compiere una attività imposta dalla loro funzione ([82]). La lunga enumerazione ha quindi

---

autori, che i primi commentatori dell'*ordo salutationis* avevano già visto esattamente come il divieto fatto agli *officiales* di sfruttare i litiganti non implicasse l'esclusione di ogni pagamento diretto delle parti, per determinati servizi: cfr. MOMMSEN, *Observationes epigraphicae* n. 40, in *Ges. Schr.* cit., 490 nt. 3; PERNICE, *Amoenitates iuris IV*, in *ZSS.* 7, 2, 1886, 121.

([81]) = CI. 12. 61. 2. V. anche 1. 29. 5 (= CI. 1. 55. 3, a. 370).

([82]) Una conferma indiretta di questa interpretazione si può anche vedere nella collocazione della c. 7 nel tit. 1. 16 *de officio rectoris provinciae*, mentre se essa avesse avuto la portata generale che le si attribuisce avrebbe piuttosto dovuto

un valore esemplificativo delle diverse pratiche condannabili, così come quella contenuta nelle frasi successive è una semplice elencazione dei sottoposti al *princeps officii*, che potevano concorrere nello stesso reato ([83]).

Valore positivo ha invece la frase con cui si vieta di pretendere compensi a coloro *qui iurgantibus acta restituunt*: qui sono presi in considerazione gli *scribae*, pubblici scrivani che non erano inquadrati nell'*officium praesidis*, e le cui prestazioni avevano quindi un diverso regolamento ([84]). Anche questo secondo divieto corrisponde ad una delle specifiche disposizioni della c. 6, quella che imponeva di compilare gli atti della causa discussa, dopo la fine dell'udienza ma prima di ritirarsi dalla sala.

La conferma che solo in questi due punti sia da vedere l'oggetto dei divieti posti da Costantino si ha proprio con l'editto di Ulpio Marisciano ([85]), citato dagli autori come prova di un inevitabile mutamento legislativo che nell'età di Giuliano avrebbe portato a regolare ufficialmente le *sportulae* proibite dalla c. 7: in esso non si trova invece alcuna traccia di tariffe fissate al *princeps officii* e agli altri *officiales* per l'ingresso delle parti davanti al preside e per la consegna del testo della sentenza, che restano quindi anche in quest'epoca servizi gratuiti ([86]).

---

essere inserita nel tit. 8. 10 *de concussionibus advocatorum sive apparitorum*. Anche se l'argomento si riferisce ai compilatori del Teodosiano e non, ovviamente, a Costantino, esso indica tuttavia quale fosse l'interpretazione data alla c. 7 nel V secolo.

([83]) Sui membri dell'*officium* e sui loro compiti v. PANCIROLI, *Commentarium in Notitia Dignitatum*, cc. 9 ss. (ed. Venezia 1593, fo. 9 v. ss.); GOTHOFREDUS, *Comment. ad CTh. 1. 7. 1* (ed. cit., I, 43); MOMMSEN, *Observationes epigraphicae* n. 39, in *Ges. Schr.* cit., 474 ss.

([84]) MOMMSEN, *Ges. Schr.* cit., 490 e nt. 2; PERNICE, l.c. 122; sugli *scribae* nell'età repubblicana e nell'alto impero v. JONES, *Studies* cit., 153 ss., 312 ss.

([85]) *Edictum U. Marisciani consularis provinciae Numidiae de ordine salutationis sportularumque* (a. 361-363), in MOMMSEN, *Ges. Schr.* cit., 479 ss. e, con questo titolo, in *FIRA*. I, 331 s.

([86]) Sulla gratuità della sentenza v. anche MOMMSEN, l.c., 494.

9. Nel prolisso testo della legge, non è agevole individuare il titolo giuridico in base al quale era sanzionata la trasgressione ai divieti posti. Si potrebbe pensare che Costantino, minacciando la pena capitale ([87]) per ogni richiesta di compensi fatta dagli *officiales* per ammettere le parti di fronte al giudice, e dagli *scribae* per consegnare gli atti, abbia inteso considerare tali illecite esazioni come una autonoma figura delittuosa: si suole infatti affermare che il reato di concussione proprio intorno a quest'epoca si sia venuto specificando e differenziando dal *crimen repetundarum* ([88]). Due tendenze sarebbero dimostrative in questo senso. Da un lato vengono ad essere qualificate come *concussiones*, qualora siano compiute da funzionari subalterni, le attività represse *ex lege repetundarum* se integrate da magistrati; d'altro lato l'estorsione, cioè la richiesta di doni accompagnata dalla minaccia di certi svantaggi per chi rifiutasse il regalo richiesto, comincia ad essere considerata come delitto indipendente ([89]).

Questo inquadramento dell'estorsione non aveva ragione di essere finchè fu viva e operante nella coscienza sociale l'idea che il magistrato non potesse accettare alcun dono, nemmeno volontario, per il compimento di atti della sua funzione, sicchè il divieto generale di accettare denaro o regali rendeva superflua l'indagine sulla causa di essi, e la prova dell'estorsione ([90]). È stato affermato che l'evoluzione delle *repetundae* in questo senso corrisponde alla generale evoluzione del diritto e della procedura penale del Principato ([91]); mi pare inoltre si debba sotto-

([87]) Tale era la pena stabilita dalla legge, nonostante le parole iniziali possano invece far pensare all'amputazione delle mani: cfr. GOTHOFREDUS, *ad h.l., in fin.*; DUPONT, *Le droit criminel dans les constitutions de Constantin. Les infractions*, Lilla 1953, 109; ID., *Le droit criminel*, ecc. *Les peines*, Lilla 1955, 22.

([88]) MOMMSEN, *Droit pénal* cit., III, 15; SERRAO, *Il Frammento* cit., 61.

([89]) ULP., D. 1. 18. 6. 3; 47. 13. 1; MACER, D. 47. 13. 2; CTh. 11. 11. 1 (a. 368?); 9. 27. 6 (a. 386).

([90]) VEN. SAT., D. 48. 11. 4: ... *quo quid magis aut minus ex officio suo faceret.*

([91]) PONTENAY DE FONTETTE, *Leges repetundarum*, Parigi 1954, 133 ss.

lineare l'effetto che, su quel mutamento, facendo superare il vecchio principio repubblicano della onorarietà delle pubbliche funzioni, non può non aver avuto il pagamento di uno stipendio ai titolari delle nuove cariche imperiali ([92]).

Queste indiscutibili tendenze evolutive verso il *crimen concussionis* possono rendere plausibile l'indicata interpretazione del termine *concussiones* ripetutamente adoperato nella c. 7 come qualifica giuridica tecnicamente rilevante per la configurazione dell'attività delittuosa degli *officiales*: tuttavia altre considerazioni portano a contenere tale indicazione entro limiti molto ristretti. L'affermazione che la concussione sia prevista come figura autonoma di reato si basa su:

> *Paul. Sent.* 5. 25. 12: Qui insignibus altioris ordinis utuntur militiamque confingunt, quo quem terreant vel concutiant, humiliores capite puniuntur, honestiores deportantur.

Tuttavia il reato previsto in questo passo sembra l'intimidazione piuttosto che l'estorsione, e il compilatore delle *Pauli Sententiae* lo riporta sotto il titolo del falso ([93]). Mi pare quindi che il frammento abbia ben poco valore per il nostro problema, e che in esso il termine *concutere* non abbia significato tecnico, ma risponda a quello originale etimologico di spaventare, che esso conserva anche nel complesso dei testi del Digesto, dove è usato per indicare l'attività intimidatoria, punibile *extra ordinem*, di privati che fingono di possedere qualche autorità ([94]).

([92]) V. per tutti GROSSO, *Lezioni di storia del dir. rom.*[4], Torino 1960, 394.

([93]) L'accostamento al falso è indirettamente compiuto anche da Macro (D. 47. 13. 2) per il caso in cui *pecuniam quis accepit, quod crimen minatus sit;* un caso cioè (previsto dal *SC. Geminianum* del 29 d.C.: cfr. ARCHI, *Problemi in tema di falso nel diritto romano*, in *Studi sc. giur. soc. Univ. Pavia* 26, 1941, 51 ss. estr.) che non riguarda esclusivamente la concussione degli *officiales*.

([94]) Cfr. i testi cit. alle nt. 89 e 95. È vero, comunque, alla luce di questi testi, che il fatto punibile più tardi come *crimen concussionis*, comincia a delinearsi agli inizi del Basso Impero, con un aggravamento della pena: cfr. SERRAO, *Frammento* cit., 62; PONTENAY DE FONTETTE, *Leges rep.* cit., 133 ss.

Nella legislazione costantiniana, gli stessi argomenti rivelano un analogo indirizzo, poichè i vari casi di estorsione non vi sono previsti sotto un tecnico titolo di reato, ma come attività punibili dal preside in base ai suoi poteri di *coercitio* ([95]). Dal punto di vista della legittimazione passiva poi, nelle costituzioni di Costantino come nella giurisprudenza classica, essa non comprende i magistrati o gli alti funzionari, ma solo privati o ausiliari subalterni ([96]).

Tenendo conto di tutto ciò, si può concludere che se anche la c. 7 offre elementi per la elaborazione (che si compirà nello stesso secolo) del reato di concussione, questo non vi è ancora previsto. La pena capitale disposta per le estorsioni dell'*officium praesidis* trovava il suo fondamento nei poteri coercitivi del governatore, nel senso sopra delineato a proposito dell'analogo potere del prefetto nei confronti degli stessi presidi ([97]).

10. La valutazione del testo nel suo complesso ci porta in un diverso ordine di problemi. Esso, sanzionando con la pena capitale le direttive fondamentali sull'andamento dei processi, costituisce il primo tentativo volto a far rispettare anche dal basso il nuovo ordinamento pubblicistico, la cui caratteristica più importante è forse quella di aver trasformato l'amministrazione della giustizia in una parte della funzione amministrativa statale ([98]).

([95]) CTh. 8. 10. 1 (a. 314?); 8. 4. 2 (a. 315); 1. 16. 3 (a. 319).

([96]) Si conserva così, pur con qualche attenuazione (cfr. MOMMSEN, *Dr. pén.* cit., III, 10 ss.), una differenza risalente, ai fini dell'applicazione delle *leges repetundarum*, all'età repubblicana: CIC., *Pro Rab.* 6. 13.

([97]) Un dato nuovo è rappresentato invece dalla possibilità concessa ai provinciali di ricorrere ai superiori del preside quando questi non volesse provvedere: v. n. seg.

([98]) Se solo Giustiniano parlerà di *administratio cui et iurisdictio adhaeret* (CI. 2. 46 (47) 3, a. 531), il processo di trasformazione era in atto già da tempo; per l'influenza su esso esercitata dall'inquadramento gerarchico dei giudici, conseguente all'introduzione dell'appello, v. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*[2], Torino 1953, 438 ss.

Le riforme con cui si instaurò il Dominato compresero anche la riforma burocratica degli *officia* degli alti funzionari. Siamo oggi ([99]) bene informati sui mutamenti intervenuti a questo proposito negli uffici dei prefetti, meno sappiamo sulla parallela riorganizzazione degli ausiliari dei governatori provinciali. È noto, comunque, che durante il Principato i presidi traevano prevalentemente gli impiegati per i loro servizi civili dalle milizie: si può trascurare invece l'altra forma mediante la quale si sviluppò la burocrazia imperiale, dagli schiavi e liberti degli imperatori, poichè essi non ebbero certo nelle province importanza analoga a quella, prevalente rispetto ai quadri militari, che ebbero per gli *officia* cittadini ([100]). Questi elementi tratti dall'esercito restavano in esso inquadrati per quanto riguarda il trattamento e la carriera; essi venivano impiegati in funzioni subordinate, sotto la responsabilità del preside ([101]).

La riforma, impostata da Diocleziano, venne portata a termine da Costantino nei primi anni del suo governo ([102]): la scelta degli *officiales* non spettò più al preside, ma venne ormai fatta dal centro su designazione della prefettura del pretorio, tra privati cittadini, la cui carriera era preordinata nei vari gradi e veniva percorsa secondo l'anzianità e il merito ([103]).

La costituzione di uffici civili, gerarchicamente ordinati sotto il *princeps officii*, condusse al graduale aumento della loro influenza presso il preside e, di riflesso, al riconoscimento di una certa autonomia. L'aspetto giuridicamente più rilevante di questa evoluzione è quello di aver reso i membri dell'*officium* partecipi, insieme al preside, della responsabilità dell'amministrazione ([104]). Negli sviluppi successivi, probabilmente già sotto i figli

([99]) V. i citati lavori di STEIN e CHASTAGNOL.

([100]) Cfr. JONES, *Studies* cit., 159 ss.

([101]) HIRSCHFELD, *Die kaiserlichen Verwaltungsbeamten bis auf Diokletian*², Berlino 1905, 400 ss., 457 ss.

([102]) LYDUS, *De mag.* 3. 31.

([103]) CTh. 7. 22. 3; 8. 1. 2, a. 331.

([104]) La comune responsabilità dell'*officium* e del preside per provvedimenti presi da quest'ultimo è sancita in molte costituzioni: CTh. 12. 1. 47 (359); 11. 16. 11

di Costantino, che sembrano aver incoraggiato questi atteggiamenti, l'indipendenza dell'*officium* si manifesta nel diritto e dovere di resistenza al preside, quando i suoi ordini non fossero conformi alle leggi ([105]).

Costantino non andò certo tanto avanti, nella sua concezione della burocrazia: ma, nell'applicazione dei princìpi processuali posti con la c. 6, sembra essere almeno giunto a ritenere ugualmente responsabili il preside e i suoi funzionari. Di fronte a CTh. 1. 16. 3 ([106]), con la quale non molti anni prima aveva stabilito che i provinciali potessero presentare esclusivamente ai presidi le loro lagnanze per la *neglegentia vel avaritia* degli *officiales*, la c. 7, prevedendo che gli stessi abusi potessero invece essere giudicati ad un grado superiore di giurisdizione, tanto nei confronti dell'*officium* come del preside se ne risultasse una omissione di vigilanza, rappresenta certamente un ulteriore serio tentativo di rendere più efficiente la giustizia anche nelle province.

* * *

Sarebbe azzardato trarre, dalla lettura del solo editto del 1° novembre 331, conclusioni di carattere generale sull'*ordo iudiciorum* di Costantino.

Ritengo tuttavia si possa fare almeno una considerazione.

Il dovere imposto ai presidi di giudicare pubblicamente, di ricevere gratuitamente le parti, di concludere in udienza i processi e la loro documentazione; il potere concesso ai sudditi delle province di esprimere direttamente ai più vicini collaboratori dell'imperatore il loro giudizio sull'opera del governatore; la sanzione di una responsabilità penale diretta per l'avida o ingiusta attività degli *officiales*: sono tutte espressioni di una

---

(365); 11. 29. 5 (374); 12. 1. 85 (381); 11. 30. 48 (387); 9. 40. 15, 11. 36. 31 (392); 11. 30. 51 (393); 8. 5. 58 (398); 11. 30. 58 (399); 13. 9. 6 (412); 13. 5. 38 (414).

([105]) Ciò è dimostrato, per quanto riguarda l'*officium* del *praefectus urbi*, da CHASTAGNOL, *La préfecture* cit., 219.

([106]) V. anche gli altri testi cit. a nt. 95.

cosciente e concreta volontà di rinnovamento. Ciò non è poi in contraddizione con il destino di queste direttive, in parte rimaste lettera morta, in parte rapidamente superate, o ancora e peggio, divenute fonte di nuova e più grave corruzione ([107]). Da questo editto è possibile cogliere che i problemi del processo si riassumevano significativamente per Costantino nel tema fondamentale della sua giustizia o ingiustizia ([108]): estraniandoli dalla tematica tecnico-strutturale, egli esattamente ne qualificava la più profonda sostanza di problemi etici e sociali. Ma, in quanto tali, palesemente insolubili attraverso imposizioni autoritative, nella misura in cui l'autorità statuale poggiava ormai il suo potere su quella stessa base sociale che, trovandosi alla radice di tutti gli interessi e di tutti i privilegi, poteva trasformare in strumenti di difesa e di conservazione anche le armi approntate per temperarne gli eccessi e le minacce.

([107]) Si rileggano le costituzioni dei successori di Costantino (indicate a nt. 17), dove la ripetizione delle stesse o di analoghe direttive è palese riprova della loro inefficacia. Si ricordi inoltre che nel CI., di tutto l'editto, fu conservata solo la parte finale della c. 6.

([108]) Su questa idea come tema dominante nella cultura del Basso Impero v. le belle pagine del NOCERA, *Ius naturale* cit., 68 ss.