

FRANCA DE MARINI AVONZO

LA GIUSTIZIA NELLE PROVINCE
AGLI INIZI DEL BASSO IMPERO

II

L'ORGANIZZAZIONE GIUDIZIARIA DI COSTANTINO

SOMMARIO: I. *Gli editti del 331*: 1. Premessa. — 2. Proposta di palingenesi. — II. *La distribuzione della competenza*: 3. Gli arbitri agrimensori nei giudizi di confine. — 4. Gli arbitri esecutori nei giudizi divisorii. — 5. Gli arbitri esecutori nel *iudicium tutelae*. — 6. Sottoposizione gerarchica dell'*arbitrator* al preside. — 7. Momento determinante della competenza del giudice ordinario. — 8. L'appellabilità della sentenza dei giudici *vice sacra*. — 9. L'appello *more consultationis*. — 10. *Appellatio non recepta*. — 11. *Supplicatio* e appello. — III. *Tendenze della legislazione processuale di Costantino*: 12. La pubblicizzazione del processo. — 13. Diritto « sostanziale » e diritto « processuale »: critica ad una lettura privatistica. — 14. Organicità e coerenza degli editti del 331.

1. Già da qualche tempo ho intrapreso l'analisi delle strutture organizzative del processo dell'età di Costantino, esaminando un editto in cui, il I novembre 331, egli dettava le direttive fondamentali cui dovevano conformarsi i presidi ed i loro collaboratori nello svolgere l'attività giudiziaria ⁽¹⁾. In un'altra occasione ho poi tentato la ricostruzione di alcune parti di un altro editto dello stesso anno che, riunite, sono apparse ispirate alla esigenza di regolare varie difficoltà sorte in seguito alla introduzione della *litis denuntiatio* ufficiale ⁽²⁾.

Intendo qui portare a termine l'esegesi di tale editto, del I agosto 331, e proporre una palingenesi, dalla quale potrà risultare l'ampiezza e l'organicità dell'intervento legislativo costantiniano.

L'analisi fin qui condotta, infatti, ha già dato qualche risultato che permetterà di completare l'indagine seguendo un'ipotesi, che si presenta spontanea in base a quella dimostrazione

⁽¹⁾ *La giustizia nelle province agli inizi del basso impero. I. I principi generali del processo in un editto di Costantino*, in *Studi Urbinati* 31, 1962-63, 293 ss. = *Syntelexia Arangio-Ruiz*, Napoli 1964, II, 1037 ss.

⁽²⁾ *I limiti alla disponibilità della « res litigiosa » nel diritto romano*, Milano 1967, 331 ss.

parziale. Mentre le diverse costituzioni, lette singolarmente dalla secolare tradizione romanistica, sono state interpretate come « momenti legislativi » a sè stanti, e in qualche caso come regole sostanziali di diritto privato, la loro riunione, invece, ha permesso di vederne la direzione unitaria e di classificarle tra le norme processuali ⁽³⁾.

Le parti dell'editto del I agosto che restano da esaminare regolano anzitutto i criteri di distribuzione delle competenze di primo grado; in secondo luogo forniscono una disciplina — per la prima volta organica, e praticamente definitiva fino a Giustiniano — delle istanze appellabili; infine definiscono i rapporti dell'appello in senso stretto con il rimedio straordinario della *supplicatio*. La semplice lettura di queste norme sarà quindi sufficiente ad illustrare la tendenza legislativa dell'intero editto, la cui principale caratteristica apparirà, in questa prospettiva, l'imposizione di una disciplina gerarchica all'organizzazione giudiziaria.

Per permettere questa lettura unitaria delle norme del I agosto 331, ne riporto subito i diversi brani, ricollocati in quello che a me sembra il più probabile ordine originario, anche se una giustificazione della proposta palingenesi potrà, ovviamente, aversi solo attraverso l'analisi delle singole regole.

Riporto inoltre qui di seguito anche le disposizioni già da me esaminate negli altri studi richiamati: e cioè non solo i passi in tema di *denuntiatio* della stessa legge, ma anche i due brani del I novembre. Ciò mi sembra opportuno per due motivi.

In primo luogo, ricordo che la vicinanza delle date di emissione e l'uguale destinazione *ad universos provinciales*, insieme all'indubbia affinità dei contenuti, possono far pensare che anche questi ultimi due brani in origine facessero parte della legge

⁽³⁾ Per qualche considerazione conclusiva sulle tendenze della legislazione processuale di Costantino, ed in particolare per una critica alla lettura « privatistica » di vari brani dell'editto, v. oltre, n. 13.

del I agosto: la diversità delle date di pubblicazione potrebbe trovare qualche spiegazione, poichè esse sono state spesso alterate dai compilatori del Teodosiano (4).

In secondo luogo, anche a prescindere dalla possibile originaria unità dei due editti, può essere opportuno vedere insieme tutte le disposizioni processuali del 331 perchè esse mi sembrano spiegarsi a vicenda in qualche punto, su cui intendo ritornare (5).

Preferisco avvertire subito, tuttavia, che l'unicità originaria delle norme costantiniane dovrebbe essere dimostrata su una base testuale attualmente irreperibile (6). In particolare, non credo possa vedersi un argomento a favore nel fatto che l'editto del I agosto, per come noi lo conosciamo, non contenga alcuna indicazione sulla specifica attività giudiziaria del preside e dei suoi ausiliari: poichè tale attività risulta indirettamente, da cinque tra i passi a noi noti (7), come un centrale punto di

(4) V. in *Studi Urbinati* cit., 295, l'indicazione degli autori che hanno sostenuto o respinto l'ipotesi dell'unicità di tutte le disposizioni processuali del 331. Si noti tuttavia che sarebbe qui impossibile pensare all'utilizzazione di diversi archivi come causa della divergenza nelle date di pubblicazione (su questo motivo ha insistito O. SEECK, *Die Zeitfolge der Gesetze Constantins*, in *ZSS.* 10, 1889, 26 s., in polemica con T. MOMMSEN, *Ostgotische Studien. I. Die Consulardatirung des getheilten Reiches* (1889), in *Gesammelte Schriften*, VI, Berlino 1910, 362 ss.; si v. ancora la replica di MOMMSEN, *Die Benennungen der Constitutionensammlungen*, in *ZSS.* 10, 1889, 350 s., e l'ultima esposizione del pensiero di SEECK, *Regesten der Kaiser und Päpste* ecc., Stoccarda 1919, 11 ss.), poichè come luogo di pubblicazione, nei brani che lo recano, appare sempre Costantinopoli.

(5) V. oltre, note 88 e 166; n. 14.

(6) Soltanto da ulteriori approfondimenti degli aspetti formali della legislazione costantiniana e della compilazione teodosiana si potrà ottenere qualche certezza su questo punto: si pensi da un lato alla diversità di stile tra CTh. 1. 16. 6 e 7 (da me segnalata in *Studi Urbinati* cit., 296 e nt. 16), che tuttora mi rende incomprensibile che siano state scritte dalla stessa mano, per quanto ciò sia indiscusso; e d'altro lato al fatto che, alla fine di un'esperienza di studio sulla compilazione teodosiana di cui era indubbiamente il più profondo conoscitore, Seeck abbia rinunciato a sostenere l'ipotesi dell'unicità dell'editto del 331 (cfr. l.c., 295 nt. 9). Per questi motivi, l'affinità di contenuto, pur essendo ovviamente un valido criterio di lavoro, non può essere assunta come elemento definitivo nella valutazione delle leggi costantiniane: sappiamo bene quanto spesso questo imperatore sia tornato a regolare gli stessi argomenti a poca distanza di tempo.

(7) Quelli conservati in CI. 3. 19. 2 + CTh. 3. 30. 4 + 4. 5. 1 + 2. 26. 3 + CI. 3. 13. 4, cui si deve aggiungere *Lex Rom. Burg.* 30. 3: v. nt. 8.

riferimento dell'intera legge, e poichè essa si trova disciplinata nei brani datati al I novembre, tale insieme di circostanze potrebbe forse essere visto come prova di un più preciso collegamento tra i due gruppi di disposizioni. Ma questo argomento non è decisivo: esso può avere altre spiegazioni, che inducono a valutarlo con estrema prudenza.

Anzitutto, l'editto del I agosto non ci è giunto completo: ho dimostrato la mancanza, nel Teodosiano, di un suo passo relativo agli obblighi del compossessore convenuto in rivendica, individuandone un'epitome nella *Lex Romana Burgundionum* ⁽⁸⁾; inoltre mi par certo che la legge dovesse avere un preambolo di cui non è rimasta traccia ⁽⁹⁾. Allo stesso modo, si può pensare che essa contenesse almeno un richiamo generale all'attività giudiziaria dei *praesides*, perdutosi al momento della compilazione del Codice ⁽¹⁰⁾.

⁽⁸⁾ Cfr. *Limiti cit.*, 339 ss.

⁽⁹⁾ Che il testo originale delle costituzioni imperiali fosse molto più ampio e prolisso di quello conservatoci nei codici è stato dimostrato da E. VOLTERRA, *Intorno ad alcune costituzioni di Costantino*, in *Rend. Acc. Lincei*, VIII s. 13, 1958, 61 ss.; *Quelques remarques sur le style des constitutions de Constantin*, in *Mélanges Lévy-Bruhl*, Parigi 1959 (ma precedente l'altro, più completo studio), 325 ss., con particolare riferimento all'esposizione iniziale delle motivazioni che avevano indotto l'imperatore all'emanazione di date norme. Tra i confronti testuali suggeriti dall'a. è in questo senso esemplare quello tra le Novelle giustiniane e l'*Epitome Iuliani*: cfr. 63 s., 71 ss. Che un intervento legislativo tanto ampio come quello del 331 dovesse avere un'introduzione è, del resto, di per sé evidente; allo stesso modo come si può dire ovvio che nella composizione del codice i compilatori abbiano ommesso parti di collegamento tra i vari argomenti, che anch'essi dovevano essere introdotti con richiami di carattere generale.

⁽¹⁰⁾ Esso avrebbe dovuto trovarsi immediatamente dopo il preambolo, e potrebbe essere stato ommesso insieme a questo. Meno facile mi sembra invece pensare, su questo punto, ad una lacuna del Teodosiano, analoga a quelle dimostrabili per CI. 3. 13. 4 e 3. 19. 2 e per *Lex Rom. Burg.* 30. 3, perchè mentre in questi ultimi casi i titoli corrispondenti del Teodosiano ci sono noti solo attraverso il *Breviarium*, ciò che spiega agevolmente le lacune, il tit. 1. 16 *De officio rectoris provinciae* ci è giunto attraverso un ottimo codice del Teodosiano integro (cfr. MOMMSEN, *Theodosiani libri XVI*, Berlino 1905, I, 1, LXXXIV; G. SCHE-RILLO, *Un manoscritto del Codice Teodosiano: Cod. Ambros. C. 29 inf.*, in *SDHI.* 6, 1940, 408 ss.), che lo contiene fino alla c. 6, brano dell'editto del I novembre: ciò significa evidentemente che non vi era alcuna legge datata al I agosto.

Si deve poi tener conto di un'altra, opposta possibilità: ho detto che l'editto del I agosto si presenta con caratteristiche di organicità e sistematicità, ma ciò non significa che dovesse necessariamente essere completo. Così la stessa *denuntiatio*, che offre lo spunto all'emanazione di alcune regole, già richiamate, non appare esplicitamente presa in considerazione nel 331: ma anzichè pensare ad un brano mancante, mi sembra qui più probabile che Costantino intendesse implicitamente rinviare alle apposite costituzioni degli anni precedenti con cui l'istituto era stato introdotto ⁽¹¹⁾, senza ribadire norme ormai pacifiche, ma regolandone solo alcune conseguenze che si erano manifestate negativamente nella prassi ⁽¹²⁾. Allo stesso modo, si può dunque pensare che la mancanza di una regola generale riaffermante la competenza dei presidi come istanza di primo grado si spieghi semplicemente perchè questo era ormai un criterio generalmente noto, dopo le riforme dioclezianee ⁽¹³⁾.

Per tutti questi motivi, mi sembra attualmente impossibile dare una risposta definitiva al dubbio sull'unità originaria delle norme dirette ai provinciali nel 331.

2. Riproduco in principio i due passi datati al I novembre che, nel caso fossero uniti agli altri, dovevano certamente precederli nel testo originario ⁽¹⁴⁾.

⁽¹¹⁾ La legge costantiniana fondamentale sull'argomento è CTh. 2. 4. 2, a. 322; cfr. già CTh. 2. 4. 1, a. 319; 2. 6. 1, a. 316; 2, a. 319; 3, a. 321 (?).

⁽¹²⁾ Cfr. *Limiti* cit., 346 ss.

⁽¹³⁾ In generale sulle riforme amministrative e giudiziarie di Diocleziano v. A.H.M. JONES, *The later Roman Empire*, Oxford 1964, I, 45 s.; sulla competenza dei presidi, fondamentale è un editto del 294, di cui indico le diverse parti a nt. 86.

⁽¹⁴⁾ Indico soltanto, per ogni testo del Teodosiano, le eventuali corrispondenze con il *Breviarium* e con il Codice Giustiniano, per offrire un più comodo quadro delle provenienze e dell'ultima sistemazione delle materie; per i testi dell'ultimo codice indico la corrispondenza con l'ediz. di P. KRÜGER, *Codex Theodosianus*, Berlino 1923-26; dato il carattere di questo studio, ometto peraltro la citazione delle modifiche dei testi paralleli, così come le *Interpretationes*, cui sarà fatto riferimento nel testo solo qualora offrano indicazioni utili a chiarire il

(CTh. 1. 16. 6 = CI. 1. 40. 3):

Praesides publicas notiones exercean frequentatis per examina tribunalibus, nec civiles controversias aucturi 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 iniustus 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 ⁽¹⁵⁾.

(CTh. 1. 16. 7 = *Brev.* 1. 6. 1):

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. Aequae aures iudicantis

pensiero di Costantino. Sulle formule *post alia - et cetera*, abitualmente usate dai compilatori teodosiani all'inizio ed alla fine delle singole parti di una costituzione frazionata in più brani, ma che nel nostro editto non si riscontrano sempre, v. la giusta osservazione di M. AMELOTTI, *Per la ricostruzione di una legge di Teodosio II*, in *Studi De Francisci*, Milano 1956, II, 298 s. nt. 5, secondo cui non si può attribuire troppa importanza al fatto che, in certi passi, esse siano presenti o mancanti.

⁽¹⁵⁾ *Inscriptio: ad provinciales; subscriptio: pp. k. Nov. Constantinopoli Basso et Ablavio consul.*

pauperrimis ac divitibus reserentur. Absit ab inducendo eius qui officii princeps dicitur depraedatio; nullas litigatoribus adiutores eorundem officii principum concusiones adhibeant; centurionum aliorumque officialium parva magnaue poscentium intolerandi inpetus oblidantur eorumque, qui iurgantibus acta restituunt, inexplata 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 detruncet, 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 ⁽¹⁶⁾.

(CI. 3. 19. 2 = KRÜGER, CTh. 2. 5. 1a):

Si quis alterius nomine quolibet modo possidens immobilem rem litem ab aliquo per in rem actionem sustineat, debet statim in iudicio dominum nominare, ut, sive in eadem civitate degat sive in agro sive in alia provincia sit, certo dierum spatio ab iudice finiendo eoque ad notionem eius perducendo, vel ipse in locis in quibus praedium situm est perveniens vel procuratorem mittens actoris intentiones excipiat. Si vero post huiusmodi indultum tempus minime hoc quod dispositum est facere maluerit, tamquam lite quae ei ingeritur ex die, quo possessor ad iudicium vocatus est, ad interrumpendam longi temporis praescriptionem contestata iudex, utpote

⁽¹⁶⁾ *Inscriptio* e *subscriptio* come la precedente, salvo l'alterazione di *proposita* in *dat*.

domino possessionis nec post huiusmodi humanitatem sui praesentiam faciente, edictis legitimis proponendis eum citare curabit et tunc in eadem voluntate eo permanente negotium summatim discutiens in possessionem rerum actorem mitti non differet, omni adlegatione absentis de principali quaestione servata⁽¹⁷⁾.

(*Lex Rom. Burg.* 30. 3):

Hii vero, qui conveniuntur, quos consortes habent, et in principio litis nominare debebunt, ut et ipsi conventi audientie tempore deesse non possint⁽¹⁸⁾.

(CTh. 3. 30. 4):

Post alia: Minorum defensores, [hoc es]t tutores vel curatores, si participes rei, quae lite posci[tur, it]a, ut iussum est, edere detractaverint eosdemque contra ve[rum] nominaverint, quoniam pupillo nihil vel adulto perire oportet, in] quolibet litis eventu tantum de proprio pecuniae fisco inferant, quantum aestimatione habita ex tertia parte colligitur. Quod [si pau]peres sint, capitis deminutione plectantur et desinant cives [esse R]omani, ita ut ius integrum ipsis minoribus reservetur. Et ce[tera]⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁷⁾ *Inscriptio: ad universos provinciales; subscriptio: D. x k. Aug. Basso et Ablabio cons.* Il giorno (23 luglio anziché I agosto) deve ritenersi alterato per errore, dato il contrasto con tutti gli altri brani.

⁽¹⁸⁾ Riporto questo passo in corsivo, poichè si tratta di un semplice estratto della disposizione di Costantino in tema di *consortes*: un richiamo ad essa, con l'indicazione di un altro elemento del contenuto originale, si trova in IUL., CTh. 2. 5. 2, a. 362; v. *Limiti* cit., 339 ss.

⁽¹⁹⁾ *Inscriptio: ad universos provinciales; subscriptio: dat. k. Aug. Basso et Ablabio cons.* Per qualche indicazione sul manoscritto che ha conservato questo passo, v. *Limiti* cit., 338, nt. 17; le lacune sono integrate secondo l'ed. MOMMSEN, che nello studio citato avevo tralasciato per l'integrazione della seconda lacuna (*posci[tur it]a*), preferendo la proposta *posci[tur ad act]a, ut iussum est, edere*, la quale sottolinea il parallelismo testuale e sostanziale con le espressioni di CI. 3. 19. 2 e *Lex Rom. Burg.* 30. 3: *in iudicio nominare; in principio litis nominare*.

(CTh. 4. 5. 1 pr. = *Brev.* 4. 5. 1 = CI. 8. 36. 2):

Post alia: Lite pendente illud, quod in controversiam devocatur, in coniunctam personam vel extraneam donationibus vel emptionibus vel quibuslibet aliis contractibus minime transferri oportet, tamquam nihil factum sit lite nihilominus peragenda (²⁰).

(CTh. 2. 26. 3 = *Grom.*):

Post alia: Si finalis controversia fuerit, tum demum arbiter non negetur, cum intra quinque pedes locum, de quo agitur apud praesidem, esse constiterit; cum de maiore spatio causa, quoniam non finalis, sed proprietatis est, apud ipsum praesidem debeat terminari. Et si socius quid petat a socio, ante praeses iudicet, an praestari aliquid oporteat et tunc demum illud per arbitros restituatur, quod constiterit esse solvendum (²¹).

(CTh. 4. 5. 1. 1 = *Brev.* 4. 5. 1):

Quod si tutelae causa vertitur, post examen iudicis in supplementum pronuntiationis dentur arbitri, qui non iam arbitri, sed executores putandi sunt. *Et cetera* (²²).

(CI. 3. 13. 4 = KRÜGER, CTh. 2. 1. 1b):

Nemo post litem contestatam ordinariae sedis declinet examen, nec prius praefecti praetorio aut comitis

Colgo l'occasione per correggermi: proprio perchè l'obbligo di nominare i *consortes* (o il titolare, nel caso di CI. 3. 19. 2), al momento dell'accettazione della difesa, era già stabilito nelle disposizioni che precedevano il passo conservato in CTh. 3. 30. 4, in questo punto Costantino si limitava a richiamarle con la frase *ita ut iussum est*. Tale restituzione, del resto, paleograficamente risponde meglio all'ampiezza della lacuna.

(²⁰) *Inscriptio*: ad provinciales; *subscriptio* come la precedente. Per i motivi in base ai quali propongo di separare gli attuali due paragrafi di questo brano, inserendo tra essi CTh. 2. 26. 3, v. oltre, n. 5 e nt. 72.

(²¹) *Inscriptio* e *subscriptio* come a nt. 19. Sul passo v. nn. 3 e 4.

(²²) V. nt. 20.

Orientis vel alterius spectabilis iudicis imploret auxilium, sed appellatione legibus facta ad sacrum auditorium veniat ⁽²³⁾.

(CTh. 11. 30. 16 = Cl. 7. 62. 19):

A proconsulibus et comitibus et his qui vice praefectorum cognoscunt, sive ex appellatione sive ex delegato sive ex ordine iudicaverint, provocari permittimus, ita ut appellanti iudex praebeat opinionis exemplum et acta cum refutatoriis partium suisque litteris ad nos dirigat. A praefectis autem praetorio, qui soli vice sacra cognoscere vere dicendi sunt, provocari non sinimus, ne iam nostra contingi veneratio videatur. Quod si victus oblatam nec receptam a iudice appellationem adfirmet, praefectos adeat, ut apud eos de integro litiget tamquam appellatione suscepta. Superatus enim si iniuste appellatione videbitur, lite perdita notatus abscedet, aut, si vicerit, contra eum iudicem, qui appellationem non receperat, ad nos referri necesse est, ut digno supplicio puniatur ⁽²⁴⁾.

(CTh. 11. 34. 1):

In insulam deportandi sunt cum amissione omnium facultatum, quae fisco addicendae sunt, ii, qui provocatione omissa litem reparare temptaverint contra comitum ceterorumque sententias qui vice nostra iudicaverint, firmantes se per metum appellationis omisisse auxilium. In qua re vel nostrum vel praefectorum praetorio ex nostra erit iussione iudicium ⁽²⁵⁾.

⁽²³⁾ *Inscriptio: ad universos provinciales; subscriptio: pp. k. Oct. Basso et Ablabio cons.* Il mese è da correggere in *Sept.*, per il confronto con i tre brani successivi. Sul passo v. n. 7.

⁽²⁴⁾ *Inscriptio* come la precedente; *subscriptio: dat. kal. Aug.; pp. kal. Sept. Constans. Basso et Ablabio cons.* Sul passo v. nn. 8-10.

⁽²⁵⁾ *Inscriptio e subscriptio* come a nt. 24, salvo l'omissione del luogo. Sul passo v. n. 11.

(CTh. 11. 30. 17 = CI. 1. 21. 3):

Qui licitam provocationem omiserit, perpetuo silere debeat nec a nobis inprudens petere per supplicationem auxilium. Quod si fecerit, deportationis poena plectendus est ⁽²⁶⁾.

3. Nella ricostruzione dell'editto, ho proposto la riunificazione di CTh. 2. 26. 3 con 4. 5. 1. 1, poichè in ambedue i passi vengono risolti problemi riguardanti le funzioni di « arbitri ».

Nel primo di essi si dispone che, in tema di *controversiae finales*, l'arbitro possa decidere cause relative ad uno spazio non eccedente il confine di *quinque pedes*: il preside deve decidere le cause relative ad uno spazio maggiore. Nella seconda parte della stessa c. 3 si dispone che nei giudizi tra soci il preside deve giudicare personalmente sull'esistenza di un credito, e poi far liquidare la pretesa dagli arbitri. In 4. 5. 1. 1 ritorna questa stessa regola, in relazione al *iudicium tutelae*: che deve essere deciso dal preside, la cui sentenza sarà eseguita dagli arbitri, in questo caso designati *exsecutores*.

Secondo la prospettiva processualistica già individuata come utile schema d'indagine, il problema d'interpretazione di questi brani legislativi conduce a chiedersi anzitutto cosa siano, per Costantino, un *arbiter* ed un *exsecutor*.

La spontanea identificazione dell'*arbiter* di CTh. 2. 26. 3 ⁽²⁷⁾ con l'agrimensore, suggerita dalla trasmissione della costituzione attraverso il *Corpus Gromaticorum*, sembra dover es-

⁽²⁶⁾ *Inscriptio e subscriptio* come a nt. 25. Sul passo v. n. 11.

⁽²⁷⁾ Nella legislazione di Costantino ho trovato un unico richiamo all'impiego classico di *arbiter* come scelto dalle parti (in CTh. 8. 18. 2, a. 319: *faciendae divisionis arbitrium ... bonorum virorum*). In un'altra costituzione dello stesso imperatore, *arbiter* significa testimone (*Fragm. Vat.* 249. 6 = CTh. 8. 12. 1. 2, a. 316). Per la progressiva identificazione di *arbiter* con giudice minore delegato dal preside, è interessante la riduzione dell'*arbiter familiae herciscundae* di *Paul. Sent.* 1. 18. 1 nella *Int.*: *deputatus a iudice arbiter*.

sere confermata dalle altre due leggi di Costantino conservate nello stesso titolo (cc. 1 e 2), mediante la stessa fonte. È opportuno leggerle, poichè un esame complessivo delle tre costituzioni sarà utile anche in altro senso: la vicinanza delle date di emissione consente, infatti, di approfondire la valutazione degli interessi del legislatore attraverso un'analisi contenutistica dei tre provvedimenti ⁽²⁸⁾.

CTh. 2. 26. 1, CONSTANTINUS *ad Tertullianum v.p. comitem dioeceseos Asianae*. Si quis super invasis sui iuris locis prior detulerit quaerimoniam, quae finali cohaeret cum proprietate controversiae, prius super possessione quaestio finiatur et tunc agrimensor ire praeci piatur ad loca, ut patefacta veritate huiusmodi litigium terminetur. Quod si altera pars locorum adepti dominium subterfugiendo moras attulerit, ne possit controversia definiri locorum ordine, electus agrimensor dirigatur ad loca, ut si fidelis inspectio tenentis locum esse probaverit, petitor victus abscedat; at si controversia eius claruerit, qui primo iudiciis detulerit causam, ut invasor ille poena teneatur edicti, si tamen vi ea loca eundem invasisse constiterit. Nam si per errorem aut incuriam domini loca ab aliis possessa sunt, ipsis solis cedere debent (22 Febr. 330).

CTh. 2. 26. 2, IDEM *ad Bassum p.u.* Si constiterit eum, qui finalem detulerit quaestionem, priusquam ali-

⁽²⁸⁾ Non interessa invece, qui, una elaborazione dommatica del rapporto tra le tre disposizioni: le difficoltà praticamente insuperabili che esse pongono in questo senso (per le quali v. i commenti di J. GODEFROY e di W. GOESIUS, in *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis J. Gothofredi ecc.*, ed. J.D. RITTER, Mantova 1740, I, 221 ss., con il richiamo delle accese discussioni che le leggi del titolo *Finium regundorum*, già note attraverso la pubblicazione degli scritti degli agrimensori da parte di Boezio, avevano suscitato fin dai tempi preaccursiani) dovrebbero essere di per sè sufficienti a far comprendere l'inutilità di tale tipo di analisi. Tuttavia v. ancora, recentemente, i tentativi di E. LEVY, M. SARGENTY, A. BISCARDI, citati a nt. 48.

quid sententia determinetur, rem sibi alienam usurpare voluisse, non solum id quod male petebat amittat, sed quo magis unusquisque contentus suo rem non expetat iuris alieni, is, qui inreptor agrorum fuerit, in lite superatus tantum agri modum, quantum diripere temptavit, amittat (20 Iun. 330) ⁽²⁹⁾.

La lingua della c. 1 è veramente scoraggiante: espressioni come *quaerimoniam, quae finali cohaeret cum proprietate controversiae; loca ... ipsis solis cedere debent; controversia eius claruerit* ⁽³⁰⁾ sembrano sfidare ogni tentativo d'interpretazione razionale, anche tenendo presente che l'*usus scribendi* della cancelleria costantiniana è abitualmente stravagante ⁽³¹⁾. Da questi brani, comunque, risulta che Costantino aveva nel 330 dato disposizioni sulle violazioni di confini, connesse in qualche modo con una lite intorno alla situazione dominicale ⁽³²⁾. Se una persona il cui fondo fosse stato occupato ⁽³³⁾ denunciava l'inva-

⁽²⁹⁾ Secondo SEECK, *Regesten* cit., 180, le cc. 1 e 2 sarebbero parti di un unico editto, del 22 febbraio: tuttavia questa ipotesi richiederebbe di essere dimostrata con una plausibile spiegazione del fatto che la c. 1 risulta data a Bessarapa il 22 febbraio, e indirizzata al *comes* della diocesi Asiana, mentre la c. 2 è *lecta apud acta* il 20 giugno, e come destinatario vi appare Basso, prefetto del pretorio. (Che così vada corretto il *pu.* del testo è dimostrato dallo stesso SEECK, *op. cit.*, 115, contro MOMMSEN, *C. Th. ad h. l.*, che identificando Basso con il *pr. urbi* del 317 modificava invece il consolato).

⁽³⁰⁾ Tali espressioni sono uniche; v. anche la pittoresca espressione del GOESIUS, *op. cit.*, 222, secondo cui chi, come Gotofredo, ritenesse di poter dare un senso a queste frasi, doveva soffrire di allucinazioni.

⁽³¹⁾ Cfr. R. MAC MULLEN, *Roman bureaucratise*, in *Traditio* 18, 1962, 364 ss.

⁽³²⁾ Uso questa terminologia generica per tener conto — più che delle rilevate difficoltà di traduzione — delle variazioni subite nel basso impero dalle nozioni di proprietà e possesso (illustrate in particolare da C. A. CANNATA, « *Possessio* » « *possessor* » « *possidere* » nelle *fonti giuridiche del basso impero rom.*, Milano 1962) e di cui proprio nel nostro testo si trova un'ulteriore documentazione: le parole *si altera pars locorum adepti dominium* dovrebbero infatti significare che l'invasore del fondo ne ha acquistato la proprietà; ma poiché sembra impossibile attribuire a Costantino un simile pensiero bisognerà intendere *dominium* come semplice appropriazione, in senso atecnico.

⁽³³⁾ Sui problemi, socialmente molto rilevanti, sollevati dalle occupazioni

sione, che si collegava ad una controversia di confini ed insieme di proprietà⁽³⁴⁾, si doveva risolvere anzitutto la situazione possessoria⁽³⁵⁾, e poi l'agrimensore, recandosi sul luogo, avrebbe terminato la lite, anche nel caso di contumacia dell'invasore. Se quest'ultimo risultava dall'*inspectio* come proprietario dei luoghi invasi, l'attore vinto doveva ritirarsi; se invece aveva ragione il primo querelante, e se l'avversario aveva occupato i luoghi con la violenza, l'invasore sarebbe stato punito con la pena stabilita nell'editto⁽³⁶⁾. La c. 2 permette di confermare che i *loca invasa* sono esclusivamente i confini, come risulta dalle espressioni *finalem quaestionem; tantum agri modum*⁽³⁷⁾.

L'attività dell'*agrimensor*, come è delineata nella c. 1, appare retta da due principi: egli è scelto non dalle parti ma dal-

di terre nell'età costantiniana, la cui soluzione appare come una delle maggiori preoccupazioni della legislazione dell'epoca, v. E. LEVY, *West Roman vulgar law. The law of property*, Philadelphia 1951, 243 ss.

⁽³⁴⁾ È questa, come ho detto, una delle frasi più folli del brano: v. la riduzione fattane da Giustiniano in CI. 3. 39. 3: *si quis ... prior de finibus detulerit quaerimoniam, quae proprietatis controversiae cohaeret...*; si può forse accettare che questo più comprensibile pensiero fosse anche quello di Costantino, e cioè che egli pensasse ad una invasione del confine tale da richiedere un accertamento del diritto di proprietà: questa distinzione torna, come vedremo, nella c. 3.

⁽³⁵⁾ La questione possessoria, e cioè l'accertamento dell'occupazione abusiva, doveva avvenire attraverso l'esperimento dell'*actio momentariae possessionis*: cfr. LEVY, l.c., che ritiene documentata da questo testo la persistenza dei criteri classici di distinzione tra interdetti e azioni. Sul passo v. anche J. de MALAFOSSE, *L'interdit momentariae possessionis. Contribution à l'histoire de la protection possessoire en droit rom.*, Thèse Toulouse 1947, 39 ss.

⁽³⁶⁾ È oscuro tale rinvio ad una *poena edicti*, di cui non si comprende il riferimento: a seguire l'ipotesi di Seeck, richiamata a nt. 29, tale pena potrebbe essere identificata con quella parte del terreno, equivalente alla misura occupata, che nella c. 2 viene appunto indicata come pena da pagarsi dall'invasore soccombente al vincitore. Non esamino l'ultima parte del testo, anche più misteriosa, che secondo LEVY, op. cit., 259 s., introdurrebbe l'ipotesi che l'invasione del fondo fosse avvenuta ad opera di rappresentanti, ad insaputa del titolare: nemmeno tale opinione, tuttavia, rende pienamente conto dell'oscurità della frase *ipsis solis cedere debent* (o, secondo il testo tramandato, *debet*).

⁽³⁷⁾ Sul *modus agri*, e sulle controversie relative, v. A.F. RUDORFF, *Gromatische Institutionen*, in BLUME-LACHMANN-RUDORFF, *Die Schriften der röm. Feldmesser*, Berlino 1852, II, 445 ss.; B. BRUGI, *Le dottrine giuridiche degli agrimensori rom. comparate a quelle del Digesto*, Verona-Padova 1897, 311 ss.

l'autorità giudiziaria ⁽³⁸⁾, per ordine della quale svolgerà i suoi compiti ⁽³⁹⁾; tali compiti comprendono la decisione della controversia: *ut litigium terminetur; si fidelis inspectio* ⁽⁴⁰⁾ ... *probaverit, petitor victus abscedat*. Anche nella c. 2, dove l'agrimensore non è esplicitamente nominato, si può individuare un rinvio alla sua attività nella necessità di accertare il *modus agri*, equivalente alla parte di terra invasa, che il soccombente dovrà cedere a titolo di pena ⁽⁴¹⁾; tuttavia qui non è determinabile il rapporto del suo ruolo processuale nei confronti della decisione della causa.

Come accennavo, l'elemento di maggior interesse nelle due costituzioni del 330 — oltre alla conferma dell'identificazione dell'*arbiter* di c. 3 con l'agrimensore — è offerto dai loro aspetti processuali, da valutare in relazione alle regole stabilite nel 331. Anche in quest'ultimo editto si tratta di arbitro dato e non scelto dalle parti; ciò mi sembra dimostrato dalle frasi ... *locum, de quo agitur apud praesidem; causa ... apud ipsum praesidem debeat terminari*, che indicano come il processo fosse già instaurato davanti al preside, ed escludono quindi che si tratti di arbitrato *ex compromisso* ⁽⁴²⁾. Ma per quanto riguarda la deci-

⁽³⁸⁾ Tale autorità risulta essere il governatore della provincia nella versione giustiniana di CI. 3. 39. 3, mentre nel Teodosiano il punto non è chiarito: le espressioni *ire praecipiat ad loca; electus agrimensor dirigatur* implicano comunque una nomina autoritativa.

⁽³⁹⁾ Si ricordi che il *comes dioeceseos* ha le normali funzioni del vicario del prefetto del pretorio, istituito da Diocleziano (cfr. JONES, op. cit., I, 47, 105): il fatto che la c. 1 sia diretta a lui, e cioè ad un grado di giurisdizione superiore alla ordinaria, indica che già c'erano state complicazioni nell'accertamento della competenza a risolvere queste controversie.

⁽⁴⁰⁾ *Inspectio artificis* è la più frequente qualifica delle funzioni dell'agrimensore, in tutti i tipi di fonti, qualunque ne fosse la portata decisoria: cfr. il frammento *Agrorum quae sit inspectio*, in BLUME-LACHMANN-RUDORFF, op. cit., I, 281 ss. In genere sull'*inspectio* v. RUDORFF, *Grom. Institutionen* cit., 429; BRUGI, op. cit., 209 ss.

⁽⁴¹⁾ Cfr. nt. 36. LEVY, op. cit., 252, rileva come questa sia una delle prime manifestazioni del taglione, reintrodotta nella legislazione romana da Costantino.

⁽⁴²⁾ Su questo istituto nel diritto postclassico v. M. KASER, *Das röm. Zivilprozessrecht*, Monaco 1966, 440, 526.

sione della causa, nella c. 3 abbiamo letto che le *controversiae finales* possono esser decise da un arbitro solo qualora il confine disputato non superi lo spazio di *quinque pedes* ⁽⁴³⁾; negli altri casi, anche se relativi a rapporti di confine, la controversia è qualificata *non finalis sed proprietatis*, e come tale affidata per la decisione al preside stesso.

Abitualmente nessuno si stupisce che le costituzioni del Teodosiano siano contraddittorie, a causa della nota regola data da Teodosio in CTh. 1. 1. 6 ⁽⁴⁴⁾; ma che, in realtà, questo argomento possa essere addotto per spiegare leggi dello stesso imperatore, emanate a pochi mesi di distanza una dall'altra, non sembra da accettare come criterio generale, senza prova della volontà di modificare il diritto preesistente, oppure almeno d'imporre un diverso « accento legislativo » ⁽⁴⁵⁾.

Ora in questo caso, la contraddizione non è stata rilevata: il titolo *de finium regundorum* è stato studiato unitariamente, cercando di conciliarne le varie disposizioni in una lettura coerente, o parziale. In particolare, è stato suggerito — partendo dalla c. 3 che introduce la distinzione tra *controversiae de proprietate* e *controversiae finales*, demandate agli agrimensori in veste di arbitri — che questi davano un giudizio tecnico, autonomo o inserito nel più ampio svolgimento del processo avanti ai giudici statali, come conseguenza cioè della decisione sulle questioni giuridiche *de proprietate* ⁽⁴⁶⁾. In realtà, da nessuna

⁽⁴³⁾ Si tratta, come è noto, dell'antica misura già riconosciuta dalle XII Tavole come *iter limitare* inusucapibile: v. ancora CTh. 2. 26. 4, a. 385, dove viene abolito il divieto di usucapione, poi ripreso da Giustiniano con l'interpolazione di CTh. eod. 5, a. 392: cfr. P. BONFANTE, *Corso di dir. rom.* II. *La proprietà*, II, Roma 1928, 228.

⁽⁴⁴⁾ È infatti appena il caso di ricordare che l'ordine di composizione del Teodosiano, del 20 dicembre 435, incomincia con le parole: *Omnes edictales generalesque constitutiones ... distinguantur, ita ut non solum consulum dierumque supputatione, sed etiam ordine conpositionis apparere possint novissimae*. Cfr. SEECK, *Regesten* cit., II. Diversamente nel programma del 429, contenuto in CTh. 1. 1. 5.

⁽⁴⁵⁾ Sul punto v. oltre; n. 14.

⁽⁴⁶⁾ Così M. SARGENTI, s.v. *Controversiae agrorum*, in *NNDI*. 4, 1959, 739 s.

parte si trova un elemento per appoggiare questa idea, che nelle *controversiae finales* il giudizio arbitrale agrimensorio sia una conseguenza della pronuncia *de proprietate*: qui si trova l'eco delle disposizioni date nella c. 1 (della quale si cerca in tal modo di comprendere l'ampia efficacia attribuita alla *fidelis inspectio*), e nell'ultima parte della c. 3, dove gli arbitri hanno la funzione di determinare il *quantum*, conseguente alla decisione sull'*an* ⁽⁴⁷⁾.

L'idea che il compito dell'agrimensore, qualunque fosse la sua estensione ed efficacia, avesse carattere di « giudizio tecnico », può essere accolta solo nel senso che dell'opera degli agrimensori il giudice aveva necessità per documentarsi sugli elementi di fatto la cui conoscenza era determinante ai fini della decisione definitiva della causa. In questo senso, che anche nelle *controversiae de proprietate* isolate nella c. 3 ⁽⁴⁸⁾ dovesse intervenire un agrimensore si può forse leggere, nonostante che il *tum demum arbiter non negetur* iniziale faccia pensare il contrario, nelle parole *debeat terminari*, con cui sembra si voglia alludere alla sentenza e non all'intera *cognitio*: questa poteva, invece, comprendere una *inspectio* dell'agrimensore, che in questo caso e proprio per il motivo « tecnico » sopra indicato, non veniva qualificato come *arbiter*.

Ma per quanto riguarda l'estensione e l'efficacia della pronuncia degli arbitri, ritengo che soltanto la c. 3 debba essere

⁽⁴⁷⁾ In questo caso tuttavia, a mio avviso, non si tratta più di *actio finium regundorum*, ma *communi dividundo*: gli arbitri non sono quindi agrimensori.

⁽⁴⁸⁾ Il superamento dell'antitesi tra *controversiae finales* e *controversiae proprietatis* è visto da una parte della dottrina come il carattere più tipico dell'intero titolo: A. BISCARDI, *Studi sulla legislazione del basso impero. II. Orientamenti e tendenze del legislatore nella disciplina dei rapporti reali*, in *Studi Senesi* 54, 1940, 303 ss.; LEVY, op. cit., 209; M. KASER, *Das röm. Privatrecht*, II, Monaco 1959, 196. Viceversa, per SARGENTI, l.c., quell'antitesi apparirebbe qui per la prima volta: si tratta nei due casi di letture equivoche, dovute, almeno per quanto riguarda le disposizioni costantiniane, alla mentalità « privatistica » con cui si è voluto comprenderle. Cfr. oltre, n. 13.

tenuta presente al fine di chiarire il pensiero di Costantino su questo punto, precisamente perchè non si tratta del primo intervento in materia, nè di una totale modifica del diritto preesistente: ma di una precisazione, inserita in un complesso organico di norme sulla gerarchia giudiziaria. In questa prospettiva, che ristabilisce un perfetto parallelismo con la c. 1, l'unico elemento di novità introdotto nel 331 ci appare la precisazione che in linea di massima solo la pronuncia del preside avrà efficacia decisoria definitiva, restando affidata all'agrimensore esclusivamente la tecnica attività di ristabilimento dei confini determinati nella sentenza. Quando la misura del luogo discusso non superi i 5 piedi, l'attività dell'arbitro potrà conservare quell'efficacia decisoria che aveva sempre avuto rispetto a tutti i casi di regolamento di confini.

È noto, infatti, che le vecchie *controversiae de fine*, riguardanti il confine tra due fondi, erano risolte da tre arbitri (*mensores*) che dovevano ristabilire la linea discussa sulla base dei loro strumenti, eventualmente riponendo le pietre terminali (⁴⁹). Se la controversia riguardava non solo i *quinque pedes*, ma qualche parte degli stessi fondi confinanti, essa si trasformava in *controversia de loco*, anch'essa da riportare al procedimento agrimensorio (⁵⁰). È solo su questo punto dunque che Costantino innova rispetto alle antichissime regole, decidendo che la sen-

(⁴⁹) Si tratta di nozioni pacifiche: v. per tutti H. SIBER, *Röm. Recht in Grundzügen für die Vorlesung*. II. *Röm. Privatrecht*, Berlino 1928, 106; KASER, *Privatrecht* cit., I, Monaco 1955, 125.

(⁵⁰) Per il chiarimento di questo punto, contro l'opinione che identificava la *controversia de loco* con la *rei vindicatio*, v. ARANGIO-RUIZ, *Studi formulari*. II. *In tema di adiudicatio*, in *BIDR.* 33, 1922, 13 ss. nt. 2, che interpretava in maniera definitiva i due passi di FRONT., *de contr. agr.* 1, L. 43. 1 e 44. 4; e vedeva suggestivamente espresso nel primo « il presupposto pratico della *controversia de loco* come contrapposta alla *rei vindicatio* »; la prima, che si distingue dalla *controversia de fine* in quanto relativa ad uno spazio maggiore di 5 piedi, è pur sempre una « controversia sulla determinazione dei confini, cioè sull'estensione anzichè sulla titolarità del diritto: quest'ultima posizione è concepibile soltanto quando il *locus* controverso possa essere pensato come un fondo per sè stante ».

tenza *de loco* deve essere data dal preside, e cioè riportata a quello che gli agrimensori chiamavano *ius ordinarium* come contrapposto all'*ars mensoria* ⁽⁵¹⁾.

Tale innovazione, certamente non rivoluzionaria ⁽⁵²⁾, mi appare da collegare al processo evolutivo determinato dalla generalizzazione e dalla burocratizzazione della *cognitio* che in tutti i campi, unificando le procedure, consente di delegare giudici minori o speciali solo per casi di più scarsa importanza ⁽⁵³⁾.

4. Nello stesso ordine di idee, senza alcuna difficoltà, si può comprendere la seconda parte della stessa costituzione contenuta in CTh. 2. 26. 3.

Che i soci di cui vi si parla siano pensati principalmente come condomini è di per sè evidente, data l'indubbia connessione dell'intera costituzione con la materia dei giudizi divisorii. È noto che il nome *socii* è sempre stato usato ad indicare — accanto ai partecipanti ad una *societas* contrattuale — anche i condomini di una cosa: tale uso si mantiene nel basso impero ⁽⁵⁴⁾, epoca in cui è stata inoltre individuata una tendenza a confondere anche le situazioni del contratto e del condominio. Queste situazioni erano nettamente distinte dai giuristi classici, attraverso l'analisi delle differenti finalità realizzabili con le azioni *communi dividundo* e *pro socio*, rispettivamente dirette alla divisione di un bene comune (mediante *adiudicatio*) o alla liquidazione delle eventuali pretese personali tra i *socii*, dopo lo scioglimento del contratto ⁽⁵⁵⁾. Già in età classica, peraltro, la formula dell'*actio communi dividundo* consentiva di regolare le *praestationes* pendenti al momento della divisione, sorte tra i

⁽⁵¹⁾ Cfr. BRUGI, op. cit., 193 ss., e specialmente 293.

⁽⁵²⁾ Così invece sembra considerarla ARANGIO-RUIZ, l.c. in fine, che non mi sentirei di seguire su questo punto.

⁽⁵³⁾ V. oltre, n. 6.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. per tutti V. ARANGIO-RUIZ, *La società in dir. rom.*, Napoli 1950, 36.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, « *Societas re contracta* » e « *communio incidens* », in *Studi Riccobono*, Palermo 1936, IV, 370 ss.

condomini per fatti di gestione ⁽⁵⁶⁾; e lo sviluppo di queste possibilità condusse, nell'età successiva, all'accennata confusione tra azioni (e situazioni) contrattuali e condominiali ⁽⁵⁷⁾.

Nel quadro di questi svolgimenti, il testo ora in esame è stato interpretato individuandovi una doppia funzione attribuita alla pronuncia del preside: questa sarebbe una sentenza dichiarativa circa la proprietà, e insieme « constitutive award » (= *adiudicatio*) per quanto riguarda il *praestari* ⁽⁵⁸⁾. Tale indicazione è tuttavia evidentemente influenzata dalla prima parte del testo, relativa alle questioni di confine: Levy interpreta la *praestatio* come richiesta di terra o denaro, mentre la prima alternativa mi sembra esclusa dal fatto che non si parla più di terra e di confini, e che *praestari oportere* e *solvendum esse* indicano esclusivamente la richiesta di prestazioni pecuniarie ⁽⁵⁹⁾.

Inoltre non mi sembra da seguire totalmente la motivazione dell'autore sull'aspetto « sostanziale » di tale trasformazione, che sarebbe una diretta conseguenza dell'abolizione delle azioni tipiche ⁽⁶⁰⁾: perduta ogni nozione delle differenze tra *rei vindicatio* ed *actio finium regundorum*, si applicavano le stesse regole di « diritto sostanziale », il cui punto di riferimento

⁽⁵⁶⁾ V. la formula in O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, Lipsia 1927, 211. Cfr. J. GAUDEMET, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, Parigi 1934, 309 ss., 318 ss. Anche P. FREZZA, *Actio communi dividundo*, in *RISC.* n.s. 7, 1932, 9 ss., 35 ss., pur escludendo che tale formula contenesse la clausola « *quidquid ob eam rem alterum alteri praestare oportet eius iudex alterum alteri condemnato* », ammette tuttavia che i giuristi classici riconoscessero la possibilità di regolare le *praestationes* al momento della divisione. Sul punto mi sembra particolarmente interessante GAI., D. 10. 3. 11, su cui v. GAUDEMET, op. cit., 322 nt. 1.

⁽⁵⁷⁾ E. LEVY, *Weström. Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Weimar 1956, 284, cita a questo proposito, oltre al nostro testo, *Int. ad Paul. Sent.* 5. 11. 2 e *CONST.*, CTh. 10. 14. 1. a. 315 (?).

⁽⁵⁸⁾ LEVY, *Law of property* cit., 209.

⁽⁵⁹⁾ Queste indicazioni terminologiche sono invece del tutto trascurate dal Levy.

⁽⁶⁰⁾ LEVY, ll.cc. alle note 57 e 58.

era la questione concreta agitata tra le parti, indipendentemente dalle vecchie caratteristiche degli *iudicia divisoria*. Tutto ciò può anche essere vero: vedremo in che senso e in che misura si possa utilizzare la classificazione « sostanziale-processuale » nell'interpretazione dei testi costantiniani ⁽⁶¹⁾.

Ciò che comunque appare trascurato nell'analisi del Levy è l'aspetto che assume, in CTh. 2. 26. 3, la definizione dell'attività dell'arbitro. Infatti, se — come si è accennato — non è del tutto nuova la possibilità che gli arbitri dei giudizi divisori potessero procedere anche alla liquidazione delle *praestationes* ⁽⁶²⁾, non è invece documentata, anteriormente all'editto del 331, la pratica di affidare ad arbitri l'esecuzione della sentenza di condanna. Ciò vale anche per chi voglia vedere nei *socii* dei proprietari confinanti, secondo la già criticata lettura del Levy ⁽⁶³⁾; nemmeno per l'*actio finium regundorum* si trova documentata l'esecuzione della condanna a restituire, come compito autonomo da affidare agli arbitri agrimensori, qualora dall'opera di questi fosse esclusa l'attività decisoria ⁽⁶⁴⁾.

Questa è dunque una indubbia innovazione costantiniana, che mi sembra da mettere in relazione con la già rilevata trasformazione dei poteri del giudice nei confronti del suo *officium*: regolata restrittivamente la possibilità di dare giudici minori, viene poi ampliata — pur sempre sulla base di quelle restrizioni: si ricordi l'inizio della c. 3 — la loro funzione esecutiva in senso lato, cui si innesta l'esecuzione in senso proprio ⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶¹⁾ V. oltre, n. 13.

⁽⁶²⁾ Cfr. nt. 56.

⁽⁶³⁾ Anche BISCARDI, op. cit., 304, attribuisce un'importanza eccessiva alla terminologia restitutiva, intesa in senso materiale, nell'interpretazione del pensiero costantiniano.

⁽⁶⁴⁾ La terminologia più frequente nelle fonti relative a giudizi di confine è *finis regere, terminos ponere*, che riporta all'attività decisoria. Cfr. ARANGIO-RUIZ, *BIDR.* 33 cit., 11 nt. 1.

⁽⁶⁵⁾ V. oltre, n. 6. In questo senso si potrebbe correggere l'opinione di Arangio-Ruiz, criticata a nt. 52: l'innovazione di Costantino è da valutare in

Sotto il profilo testuale, inoltre, tale compito deve essere messo in relazione con CTh. 4. 5. 1. 1, che ora esamineremo. Poichè in questo testo l'attività esecutiva arbitrale si ricollega ad un *iudicium tutelae*, il notevole stacco di questa materia con quella dei giudizi divisori permetterà di concludere che le disposizioni costantiniane sulla funzione degli arbitri dovevano avere un carattere « generale ed astratto », e che solo la nostra parziale conoscenza dell'editto del 331 non ha, finora, consentito di accertare questo punto.

5. Nella prima parte di CTh. 4. 5. 1, Costantino dettava una regola circa il proseguimento del processo iniziato, anche se una delle parti avesse trasferito il bene oggetto della lite. Con questa materia non si vede alcun possibile rapporto nel § 1 della costituzione: e mentre la prima parte del testo è conosciutissima, per avervi gli interpreti trovato l'espressione di quella nullità dell'alienazione della *res litigiosa* che ha svolto una parte di rilievo nella costruzione dei moderni sistemi di diritto processuale, la parte finale è in genere ignorata, forse per essere stata omessa così nella versione giustinianea come nella *Interpretatio* della costituzione di Costantino ⁽⁶⁶⁾.

Proprio questa omissione ha, d'altronde, recentemente fornito lo spunto ad una interpretazione del testo. Il Crifò ha studiato il divieto della *cessio actionum* stabilito nella Nov. 72. 5 a favore del pupillo, il cui tutore non può farsi cedere crediti del pupillo stesso; e per valutare la novità della norma rispetto a quelle classiche recepite nella compilazione, richiama altri casi di cessione del credito già vietati anteriormente alla Nov. 72. Tra queste ipotesi, seguendo l'interpretazione tradizionale, si men-

riferimento alla revisione dei compiti esecutivi degli arbitri, e non alla restrizione dei loro compiti decisori.

⁽⁶⁶⁾ Tale omissione mi sembra una prova in più della sostanziale estraneità del § 1 della costituzione alla regola disposta nel suo *principium*; e quindi costituisce una conferma della ricostruzione che ho proposto, ricollegando il § 1 a CTh. 2. 26. 3.

ziona la cessione dei crediti litigiosi che sarebbe stata vietata da Costantino in CTh. 4. 5. 1, il cui § 1 viene così commentato: « Costantino si preoccupava evidentemente di richiamare gli aspetti particolari del *iudicium tutelae* anche in occasione del divieto di cedere i crediti litigiosi ». L'omissione del paragrafo stesso nel testo parallelo di CI. 8. 36. 2 e nella *Interpretatio* è poi ipoteticamente valutata come « un primo segno di quelle preoccupazioni che spingeranno Giustiniano ad emanare la Nov. 72 » (67).

Se bene intendo, il Crifò ritiene che in CTh. 4. 5. 1. 1 la cessione del credito litigioso sarebbe stata esplicitamente vietata anche qualora la lite pendente fosse un *iudicium tutelae*, che cioè *illud quod in controversiam devocatur*, di cui si proibisce il trasferimento (*lite pendente ... minime transferri oportet*), potrebbe essere il credito, litigioso tra tutore e pupillo in un *iudicium tutelae*.

Io stessa mi ero proposta un'ipotesi quale quella introdotta dal Crifò (68): da un lato perchè è imbarazzante trovare una spiegazione per la riunione in CTh. 4. 5. 1 di due disposizioni tra loro completamente autonome: d'altro lato perchè nello stesso editto del 331 è inquadrato anche un ulteriore aspetto dei doveri processuali dei tutori (69), sicchè l'idea di ricollegarvi la c.l. si presentava come attraente. Tuttavia l'esame dei vari brani dell'editto, condotto in questa direzione, mostrava subito l'impossibilità di seguire simile ipotesi: quel gruppo di regole è invece apparso dettato allo scopo di prevedere alcune conseguenze della *litis denuntiatio* ufficiale, disposta obbligatoriamente da

(67) G. CRIFÒ, *Rapporti tutelari nelle Novelle Giustinianee*, Napoli 1965, 159 e nt. 101.

(68) Mi dolgo di non aver tenuto conto dell'opinione del Crifò in *Limiti* cit., 337 nt. 15, dove escludevo ogni comunanza d'argomento tra le due parti di CTh. 4. 5. 1.

(69) In CTh. 3. 30. 4.

Costantino come unico mezzo d'introduzione del processo ⁽⁷⁰⁾. In relazione a questi risultati, era anche evidente che la cosa di cui Costantino vietava il trasferimento *pendente lite* era intesa come bene di cui fosse controversa la proprietà: e in realtà, che anche i crediti fossero compresi nel divieto di trasferimento potrebbe essere eventualmente sostenuto in base alla modifica che la norma subisce nel passaggio al Codice Giustiniano, ma non è mai stato sostenuto riguardo all'originale costantiniano ⁽⁷¹⁾.

Si aggiunga ancora, contro la proposta interpretazione del Crifò, che una *causa tutelae* può — notoriamente — aversi solo dopo finita la tutela, sicchè anche per questo verso sembra confermata l'impossibilità di collegare il § 1 ad un supposto divieto di farsi *cedere actiones*, diretto ai tutori durante la tutela stessa.

Per questi motivi sembra da mantenere l'interpretazione che del § 1 dava J. Godefroy, qualificandolo come « lex fugitiva » ⁽⁷²⁾, e riportandolo al brano già studiato in CTh. 2. 26. 3, a causa dell'analogo riferimento agli arbitri che vi si trova per l'esecuzione di una sentenza del preside, che richiede come conseguenza della pronuncia la determinazione del *quantum* ⁽⁷³⁾.

⁽⁷⁰⁾ Si osservi in particolare che in CTh. 3. 30. 4 è regolato un obbligo spettante ai rappresentanti dei minori durante la tutela, mentre — come ricordo ora nel testo — l'*actio tutelae* può essere instaurata soltanto dopo la fine del rapporto tutelare.

⁽⁷¹⁾ L'alterazione giustiniana che ha fornito lo spunto a questa interpretazione è quella che sostituisce *illud quod in controversiam devocatur* del Teodosiano con *actiones, quae in iudicium deductae sunt, vel res, pro quibus actor a reo detentis interditi* (CI. 8. 36. 2).

⁽⁷²⁾ *Comm. ad h.l.*, ed. cit., I, 379; sui tre significati di « leges fugitivae » cfr. *Prolegomena*, ed. cit., I, CCXXVI: la disposizione in esame rientra in quelle del terzo gruppo, « quarum pars tantum titulo, sub quo positae, convenit, pars alia vero in titulos alios conjici debuit ». Non è difficile pensare che, dopo aver tagliato la parte da collocare in CTh. 2. 26. 3, i compilatori abbiano inavvertitamente riattaccato a CTh. 4. 5. 1 la regola sull'*actio tutelae*, anzichè collocarla nel titolo relativo. Si ricordi anche che nella stessa CTh. 2. 26. 3 si trovano riunite due regole in realtà diverse, la seconda delle quali (anch'essa « fugitiva » secondo GODEFROY, *Comm. ad h.l.*, ed. cit., I, 226) avrebbe trovato più idonea collocazione nel tit. precedente, *De communi dividundo*.

⁽⁷³⁾ In senso analogo v. anche l'opinione di E. VON LÖHR, *Übersicht der das Privatrecht betreffenden Constitutionen* ecc., s.l. 1811, 13: « Bey der actio

Si deve tuttavia chiarire un punto, che anche in questa interpretazione rischia di sfuggire: e cioè quale tipo di controversia tutelare possa avere spinto Costantino ad inquadrare specificamente l'esecuzione della sentenza nel suo editto del 331. Una risposta precisa è impossibile, forse anche per la perdita di alcuni titoli che nel Teodosiano dovevano essere dedicati all'argomento ⁽⁷⁴⁾, e che potevano contenere notizie specifiche sul tema che ci occupa. Ma naturalmente ciò non è, oggi, in alcuna maniera accertabile.

Sembra, comunque, possibile individuare la ricercata *ratio* legislativa nelle caratteristiche intrinseche al *iudicium tutelae*, in cui veniva in discussione non una singola obbligazione determinata, ma l'insieme delle questioni patrimoniali relative all'amministrazione tutelare, da valutare attraverso il rendiconto ⁽⁷⁵⁾. Dopo di ciò era ovviamente necessaria la restituzione del patrimonio del minore, confuso in quello dei tutori: se tutti sanno che fu precisamente una controversia di questo tipo ad avviare alla sua professione oratoria Demostene, indignato di aver recuperato dai tutori solo una minima parte del suo patrimonio, è anche noto (ed illustrato in particolare dalle Novelle recentemente lette dal Crifò) ⁽⁷⁶⁾ il grande numero di processi che venivano discussi tra tutori e pupilli alla conclusione del rapporto tutelare. Nella divisione dei patrimoni si può quindi individuare una delle più frequenti e costanti finalità del *iudicium tutelae*, almeno nell'età imperiale in cui una tale azione fu ammessa, *extra ordinem*, an-

tutelae soll immer der Magistratus selbst entscheiden: C. Th. 4. 5. 1 ». Per quanto ho potuto trovare, la bibliografia sul testo si riduce ai tre citati accenni di Godefroy, von Löhr e Crifò.

⁽⁷⁴⁾ Nel ms. Torinese, contenente alcune parti del Teodosiano integro, erano conservate le costituzioni del tit. 3.30, corrispondente al tit. 3.19 del *Breviarium*: questa contrazione indica che numerose costituzioni sulla tutela, prive d'interesse per i Visigoti, furono da questi omesse.

⁽⁷⁵⁾ V. per tutti KASER, *Privatrecht* cit., I, 309 ss.; II, 167.

⁽⁷⁶⁾ *Rapporti tutelari* cit. Si leggano, in particolare, le *praefationes* alle Nov. 72, 94, 155.

che contro i tutori legittimi ⁽⁷⁷⁾; e mentre la sentenza era stata comprensibilmente riservata ai giudici di più alto grado: consoli, poi in provincia i presidi ⁽⁷⁸⁾, si capisce anche che la liquidazione delle pendenze accertate richiedesse un complesso procedimento esecutivo per l'attribuzione dei singoli cespiti, che era opportuno affidare ad arbitri esecutori (liquidatori).

6. Concluso l'esame delle situazioni che, nell'editto del I agosto 331, vengono regolate con la remissione della decisione all'*arbiter* o, rispettivamente, considerate esclusive della giurisdizione personale del *praeses*, si possono analizzare i principi che emergono da questo « regolamento di competenza » tra presidi ed arbitri.

Nessuna innovazione — dopo ciò che abbiamo accertato — sembra da rilevare in CTh. 2. 26. 3 per quanto riguarda la competenza degli arbitri agrimensori: la restrizione della loro attività decisoria alle questioni di confine *intra quinque pedes* ha uno scopo di semplice chiarificazione. La necessità del ricorso al loro giudizio tecnico, così come la tradizione dell'*ars mensoria*, potevano condurre nella prassi ad un ampliamento della loro competenza, che tuttavia nel 331 avrebbe urtato, più ancora che contro i principi generali, contro la decisa impostazione burocratica imposta alla loro attività con le disposizioni dell'anno precedente (cc. 1 e 2); viceversa, queste avrebbero pure potuto essere interpretate come esclusive di ogni attività decisoria degli agrimensori, anche per i terreni di confine ⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. S. SOLAZZI, *Istituti tutelari*, Napoli 1929, 243 ss.

⁽⁷⁸⁾ V. ancora SOLAZZI, l.c.

⁽⁷⁹⁾ V. ad es. THEOD., ARC. et HON., CTh. 2. 1. 8, uno dei tanti testi dai quali risulta la frequenza delle invasioni di terre. Esso, per quanto regoli questioni di competenza penale, è ugualmente interessante perché mostra una prassi, respinta da Teodosio I nel 395, a portare alla conoscenza dei massimi funzionari (sul destinatario della costituzione v. SEECK, *Regesten* cit., 153) anche questioni relative a *parvulae terrae finium*, la cui decisione va invece demandata a giudici minori. In questo senso, il passo testimonia della stessa esigenza espressa da Costantino, di regolare le competenze per valori sostanziali.

Di qui la precisazione di Costantino, che ha un valore trascendente il caso specifico della competenza degli arbitri agrimensori, in quanto inserita in un complesso organico di norme ispirate ad una generale esigenza di regolare i limiti delle funzioni di giudici minori.

Ho sopra accennato ⁽⁸⁰⁾ come una tale regolamentazione possa spiegarsi alla luce della maturità raggiunta dalla *cognitio extra ordinem* nell'età tra Diocleziano e Costantino: la generalizzazione di questa procedura permetteva ormai di ridurre ai soli casi di scarsa importanza la pratica di delegare giudici minori o speciali.

È questo uno dei motivi più tipici di tutta la storia della *cognitio*, la cui progressiva articolazione in stabili strutture si accompagnò precisamente alla creazione ed alla istituzionalizzazione di una gerarchia burocratica fondata su un sistema di deleghe giurisdizionali ⁽⁸¹⁾. Ciò emerge in maniera esemplare dall'intera vicenda che storicamente precede e prepara le norme costantiniane ora studiate, e che è possibile seguire da Adriano a Diocleziano.

Gli imperatori del II secolo diressero e regolarono l'andamento della *cognitio* nelle province lasciando ai governatori la facoltà di svolgere personalmente il processo o di delegarlo ad un *iudex datus* ⁽⁸²⁾; poi, nell'età dei Severi, si introdusse la prassi che tale facoltà del preside fosse vincolata alla presenza della clausola « *is aestimabit, quid sit partium suarum* », contenuta nel rescritto di remissione al preside, omettendo la quale l'im-

⁽⁸⁰⁾ N. 3 in fine.

⁽⁸¹⁾ R. ORESTANO, *L'appello civile in dir. rom.*², Torino 1953, 196 ss.; J. BLEICKEN, *Senatsgericht und Kaisergericht. Eine Studie zur Entwicklung des Prozessrechts im frühen Prinzipat*, Gottinga 1962, 146 ss.

⁽⁸²⁾ D. 1. 18. 8, IUL. lib. 1 dig.: *Saepe audivi Caesarem nostrum dicentem hac rescriptione: ' eum qui provinciae praeest adire potes ' non imponi necessitatem proconsuli vel legato eius vel praesidi provinciae suscipiendae cognitionis, sed eum aestimare debere, ipse cognoscere an iudicem dare debeat.*

peratore si riservava di stabilire quali processi dovessero essere di competenza esclusiva del preside. Tale clausola, tuttavia, non fu interpretata in modo rigido e tassativo, sicchè anche qualora essa mancasse, si ammise ugualmente una discrezionalità del preside nell'organizzare il suo lavoro giudiziario⁽⁸³⁾. Queste indicazioni sono state tratte, con una interpretazione acuta e convincente, dal confronto di IUL., D. 1. 18. 8 e CALL., D. 1. 18. 9: ed hanno permesso di concludere che già nel corso del II secolo il potere imperiale aveva avviato la fissazione di competenze esclusive, pur senza giungere a vincolarvi rigidamente l'apparato burocratico-giudiziario⁽⁸⁴⁾.

Quest'ultimo passo risulta compiuto da Diocleziano, il quale nel 294 regolò restrittivamente la facoltà del preside di *dare iudicem*, con un editto che per il suo carattere di legge generale sul processo⁽⁸⁵⁾ si presenta come il più immediato precedente dell'editto costantiniano del 331, del quale sembra anche anticipare un certo ordinamento sistematico delle materie trattate⁽⁸⁶⁾:

(83) D. 1. 18. 9, CALL. *lib. 1 cogn.: Generaliter quotiens princeps ad praesides provinciarum remittit negotia per rescriptiones, veluti 'eum qui provinciae praeest adire poteris' vel cum hac adiectione 'is aestimabit, quid sit partium suarum', non imponitur necessitas proconsuli vel legato suscipiendae cognitionis, quamvis non sit adiectum 'is aestimabit quid sit partium suarum': sed is aestimare debet, utrum ipse cognoscat an iudicem dare debeat.*

(84) R. BONINI, I « libri de cognitionibus » di Callistrato. *Ricerche sulla elaborazione giurisprudenziale della « cognitio extra ordinem »*, I, Milano 1963, 168 ss. Nella stessa prospettiva, sarebbe interessante rileggere anche PAP. IUST., D. 49. 1. 21 pr.-1, su cui v. ora G. FRANCIOSI, I « libri viginti constitutionum » di Papirio Giusto, Napoli 1968, 18 s.

(85) Questo carattere dell'editto di Diocleziano (di cui cito le parti a nt. 86) è stato chiarito da G. SCHERILLO, *Lezioni sul processo. Introduzione alla « cognitio extra ordinem »*, Milano 1960, 254 ss. Nello stesso senso anche M. AMELOTTI, *Per l'interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano*, Milano 1960, 15 nt. 21. Tale interpretazione è seguita da A. CENDERELLI, *Ricerche sul « Codex Hermogenianus »*, Milano 1965, 34 s. nt. 38; dubbioso KASER, *Zivilprozessrecht* cit., 340 s. nt. 10; decisamente contrario A. DELL'ORO, « Mandata » e « litterae ». *Contributo allo studio degli atti giuridici del « princeps »*, Bologna 1960, 93.

(86) Le singole parti dell'editto sono contenute in CI. 3. 3. 2 (che riporto ora nel testo, relativo alla facoltà di *dare iudicem*); 3. 11. 1 (*de dilationibus, rela-*

CI. 3. 3. 2, *DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS dicunt*: Placet nobis praesides de his causis, in quibus, quod ipsi non possent cognoscere, antehac pedaneos iudices dabant, notionis suae examen adhibere, ita tamen ut, si vel per occupationes publicas vel propter causarum multitudinem omnia huiusmodi negotia non potuerint cognoscere, iudices dandi habeant potestatem. Quod non ita accipi convenit, ut etiam in his causis, in quibus solebant ex officio suo cognoscere, dandi iudices licentia permissa credatur. quod usque adeo in praesidium cognitione retinendum est, ut eorum iudicia non deminuta videantur, dum tamen de ingenuitate, super qua poterant et ante cognoscere, et de libertinitate praesides ipsi diiudicent (18 Iul. 294).

La riforma di Diocleziano è certo da mettere in relazione con la riduzione territoriale delle province da lui attuata, cui ovviamente conseguiva una diminuzione dei compiti, anche giudiziari, dei governatori⁽⁸⁷⁾. Nel passo tuttavia non è chiaro se e in quale maniera fosse controllato il margine di discrezionalità lasciato al preside: Diocleziano dice soltanto che il *iudex pedaneus* poteva essere dato qualora più urgenti compiti pubblici o l'alto numero dei processi pendenti rendesse indispensabile la delega, la quale veniva comunque esclusa per i processi di ingenuità e di libertà⁽⁸⁸⁾. La facoltà lasciata al preside di decidere se avesse

tivo all'introduzione del processo, cui pure sappiamo essere stata dedicata larga parte dell'editto costantiniano); 7. 53. 8 (*de executione rei iudicatae*, relativo in particolare alla funzione dell'esecutore e per questo verso anch'esso ricollegabile a CTh. 4. 5. 1. 1: cfr. nt. 97); 7. 62. 6 (*de appellationibus*: in tema di appello sono pure i quattro brani dell'editto del 331, che analizzo ai nn. 7-11).

(87) L'osservazione è in KASER, *Zivilprozessrecht* cit., 439 nt. 5.

(88) L'ordinamento provinciale di Diocleziano si coordinava alla riorganizzazione delle prefetture del pretorio e alla istituzione delle diocesi: un controllo sui presidi era quindi ovviamente esercitato da prefetti e vicari (cfr. F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, V, Napoli 1967, 252 ss., in particolare 260); tuttavia non sappiamo esattamente come ciò avvenisse in pratica. Anche su

o no troppo lavoro da sbrigare doveva portare ad inconvenienti, sul tipo di quelli che ci sono apparsi probabili nella delega agli arbitri agrimensori ⁽⁸⁹⁾: tale discrezionalità, ammessa ancora da Diocleziano, può dunque fornire una spiegazione del successivo intervento di Costantino. Opportunamente questi decide in via legislativa il punto lasciato aperto dalla precedente regolamentazione, introducendo al posto della libera scelta un criterio per materia ⁽⁹⁰⁾, e riportando alla competenza esclusiva del preside la sentenza nei giudizi divisorii: come si diceva, ciò corrisponde ad un più pieno adempimento dell'esigenza di regolare in senso gerarchico i limiti di competenza dei giudici minori.

Tale esigenza appare espressa in un'altra direzione nella fine della stessa c. 3 e in CTh. 4. 5. 1. 1, dove agli arbitri appare affidato non il giudizio, in casi che per la loro minore importanza non richiedessero una decisione personale del preside, ma l'esecuzione della sentenza emanata dal preside stesso. In questi ultimi passi emerge dunque una nuova indicazione sulla competenza dell'*arbiter*, che certamente indica una estensione di questa nozione a funzionari dell'*officium* gerarchicamente subordinati al governatore della provincia e da questi adibiti a funzioni esecutive ⁽⁹¹⁾.

questo punto una precisazione è dovuta alle disposizioni costantiniane del 331: con l'editto del I novembre, fu regolato un potere di controllo degli stessi provinciali, che dovevano riferire all'imperatore intorno all'attività giudiziaria svolta dai *praesides*: cfr. *Studi Urbinati* cit., 314 ss.

⁽⁸⁹⁾ V. sopra, nt. 39.

⁽⁹⁰⁾ Come tale (utilizzando le moderne classificazioni) mi sembra si possa qualificare la riserva agli agrimensori dei giudizi relativi a terreni non eccedenti i *quinque pedes*.

⁽⁹¹⁾ Il termine *executor* non è frequente nella legislazione costantiniana: l'ho trovato solo in CTh. 2. 30. 1 e 11. 36. 2 (dell'a. 315: su questi testi v. L. RACCI, op. cit. a nt. 94, 133 ss.; O. GRADENWITZ, *Weitere Interpolationen im Theodosianus*, in ZSS. 38, 1917, 39 ss.), dove certamente indica un funzionario subordinato al preside. Un'equivalenza tra *arbiter* ed *executor* (al di fuori di CTh. 4. 5. 1. 1) si può ritrovare solo attraverso il confronto del contenuto di GRAT., VAL. et THEOD., CTh. 8. 8. 3, a. 386 con la rubrica: *de executoribus et exactionibus*.

Sotto un profilo particolare ⁽⁹²⁾ i problemi dell'esecuzione della sentenza nella *cognitio extra ordinem* sono stati analizzati recentemente secondo due diverse tendenze interpretative, la cui contrapposizione può essere ulteriormente chiarita dalle fonti del periodo che ci interessa, e che è quindi opportuno richiamare.

Da un lato, il Biondi ha creduto di leggere nelle fonti sull'esecuzione della sentenza cognitoria un *iter* storico che, nell'età di Diocleziano, avrebbe trasformato l'*executor*, da semplice *apparitor* (funzionario subalterno senza alcun potere decisorio), in autonomo giudice dell'esecuzione, cui erano istituzionalmente affidate anche funzioni giurisdizionali, ad es. per quanto riguarda l'indagine sulla proprietà del *pignus in causa iudicati captum* ⁽⁹³⁾.

Di contro a questa lettura, è stato invece opportunamente messo in rilievo il fatto che già nelle fonti anteriori a Diocleziano, relative alla *cognitio extra ordinem* classica, l'espressione *executor* (*sententiam exsequi*) indichi talvolta « lo stesso magistrato incaricato dell'esecuzione o, più esattamente, che possa essere comprensiva tanto del magistrato quanto — dovendosi riferire all'*officium* del magistrato anche le attività di eventuali *apparitores* — degli ausiliari di esso » ⁽⁹⁴⁾. Rileggendo le fonti in questa prospettiva, il Raggi ha in effetti potuto dimostrare che l'esecuzione della sentenza *extra ordinem* classica è competenza specifica del magistrato, al quale vengono imputati anche gli atti materiali eventualmente compiuti da ausiliari, inquadrati ed assorbiti nel suo *officium* ⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹²⁾ A proposito cioè del divieto di appellare *ab executione*, ripetuto in numerosi passi giurisprudenziali ed imperiali, dall'età classica in poi.

⁽⁹³⁾ B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile rom.*, in *Studi Bonfante*, Milano 1930, IV, 74 ss.; recentemente seguito da E. LEVY, *Rehabilitation einiger Paulussentenzen*, in *SDHI*. 31, 1965, 13 s.

⁽⁹⁴⁾ L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili in dir. rom.*, I, Milano 1961, 120 ss., 127.

⁽⁹⁵⁾ V. soprattutto la corretta interpretazione, con la confutazione dei sospetti d'interpolazione, di ULP., D. 42. 1. 15, op. cit., 128 ss.

Questa più recente tendenza dottrinale ⁽⁹⁶⁾ è certamente preferibile alla prima per quanto riguarda l'interpretazione delle fonti giurisprudenziali classiche, il cui contenuto diventa in tale lettura coerente con le strutture del procedimento esecutivo di quel periodo. La perdurante validità di questa idea, secondo cui l'esecuzione della sentenza dei giudici o arbitri delegati dal magistrato è riservata a quest'ultimo, trova conferma nell'età successiva, ed in particolare in quella di Costantino. Essa, incisivamente espressa per la prima volta in un rescritto di Antonino Pio ⁽⁹⁷⁾, si ritrova in CTh. 2. 30. 1 ⁽⁹⁸⁾ e in

CTh. 1. 2. 6 (= *Brev. 1. 2. 4*) CONSTANTINUS *ad Barbarum Pompeianum consularem Campaniae*. Etsi non cognitio, sed exsecutio mandatur, de veritate precum inquiri oportet, ut, si fraus intervenit, de omni negotio cognoscatur (11 Nov. 333).

La *exsecutio* può essere delegata alle stesse condizioni della *cognitio*: ciò indubbiamente conferma l'esistenza dello stesso rapporto di subordinazione, che conosciamo rispetto alle deleghe giurisdizionali ⁽⁹⁹⁾, anche per quanto concerne l'esecuzione.

Anche più interessante è un gruppo di testi relativi alla giurisdizione vescovile, introdotta come è noto dallo stesso Costantino ⁽¹⁰⁰⁾. Passi di questo imperatore, come di suoi successori e di autori ecclesiastici, ricordano in maniera significativa

⁽⁹⁶⁾ Essa ha trovato seguito in M. AMELOTTI, rec. in *BIDR.* III s. 4, 1962, 323 s.; KASER, *Zivilprozessrecht* cit., 408 nt. 17.

⁽⁹⁷⁾ Riportato nel passo cit. a nt. 95. Particolare interesse (come accennavo a nt. 86) avrebbe un riesame di CI. 7. 53. 8, parte dell'editto processuale di Diocleziano, non considerato dal Raggi e soltanto ricordato dal BIONDI, op. cit., 81.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. nt. 91.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. nt. 81.

⁽¹⁰⁰⁾ Sul problema della *episcopalis audientia* v. da ultimo l'importante contributo di S. CALDERONE, *Costantino e il cattolicesimo*, I, Firenze 1962, 311 ss., ricco di osservazioni interessanti anche se non del tutto convincente: v. le critiche di P. DE FRANCISCI, rec. in *BIDR.* III s. 6, 1964, 263 s.

i principi regolatori dell'esecuzione delle sentenze emanate dai vescovi nell'esercizio di questa funzione. Si legga ad esempio:

C. Sirm. 1, CONSTANTINUS ad Ablabium ppo... Sive itaque inter minores sive inter maiores ab episcopis fuerit iudicatum, apud vos, qui iudiciorum summam tenetis, et apud ceteros omnes iudices ad exsecutionem volumus pertinere (5 Mai. 333).

CTh. 1. 27. 2, ARCADIUS, HONORIUS et THEODOSIUS Theodoro ppo. ... Per publicum quoque officium, ne sit cassa cognitio, definitioni exsecutio tribuatur (13 Dec. 408).

SOZOM., *Hist. Eccl.* 1. 9. 21: εἰς ἔργον δὲ τὰ κρινόμενα (scil. τῶν ἐπισκόπων) ἄγειν τοὺς ἄρχοντας, καὶ τοὺς διακονομένους αὐτοῖς στρατιώτας (¹⁰¹).

Infine, è ancora lo stesso principio che viene ribadito da Arcadio, nel concedere agli ebrei la facoltà di rimettere le loro controversie ad arbitri della loro religione (¹⁰²):

CTh. 2. 1. 10 (= Brev. 2. 1. 10), ARCADIUS et HONORIUS ad Eutychianum ppo. ... Sane si qui per compromissum ad similitudinem arbitrorum apud Iudaeos vel patriarchas ex consensu partium in civili dumtaxat negotio putaverint litigandum, sortiri eorum iudicium iure publico non vetentur: eorum etiam sententias provinciarum iudices exsequantur, tamquam ex sententia cognitio-
ris arbitri fuerint adtributi (3 Febr. 398).

(¹⁰¹) L'esecuzione della sentenza del vescovo non appare invece regolata nel primo e fondamentale testo costantiniano, *CTh. 1. 27. 1* (a. 318 o 321: cfr. CALDERONE, op. cit., 311 nt. 1). Su di esso v. anche DE MARTINO, *Storia* cit., V, 442 ss.

(¹⁰²) Sul testo v. M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di « compromissum »*, Milano 1958, 141 nt. 224; A. BERGER, *CTh. 2, 1, 10 and CI. 1, 9, 8 pr. A perfect example of an interpolation through cancellation of a 'non'*, in *Iura* 10, 1959, 13 ss.; J. REINACH, « Controverse » et « litige »: comparaison de *CTh. 2. 1. 10 et de CI. 1. 9. 8*, in *Iura* 11, 1960, 184 ss.

Non si potrebbe esprimere più chiaramente l'idea che l'esecutorietà della sentenza dell'arbitro è, in linea di principio, condizionata alla delega giurisdizionale del governatore provinciale all'arbitro stesso. E forse non è azzardato aggiungere che tale idea implica — almeno come astratta possibilità — una riserva di ratifica o di controllo sulla sentenza, che il *praeses* potrà esercitare nel momento dell'esecuzione.

Tenendo conto di questi svolgimenti, si può dunque considerare pienamente confermata la nostra lettura di CTh. 2. 26. 3 e 4. 5. 1. 1, quali norme organicamente inserite in un complesso di disposizioni, giunte nel IV secolo ad un grado notevole di elaborazione, sui compiti esecutivi di appartenenti all'*officium* del preside, che dovevano svolgerli attraverso un rapporto di subordinazione gerarchica.

7. Nella stessa direzione, come una regolamentazione delle competenze d'appello, si dovranno interpretare le residue parti dell'editto del I agosto, che precisano in alcuni punti la gerarchia delle impugnazioni. In esse si trovano stabiliti i principi generali sull'ammissibilità degli appelli da tutti i tipi di governatori provinciali, insieme ai divieti di appellare dai prefetti del pretorio e di ricorrere al giudice superiore per un nuovo giudizio, al di fuori delle forme stabilite.

Ho già indicato nella ricostruzione dell'editto quale mi sembra il più probabile ordine originario delle singole regole. Che Cl. 3. 13. 4 ci restituisca l'inizio di questo gruppo di disposizioni mi sembra dimostrato da due circostanze: esso è l'unico brano in cui si ricordano i governatori *clarissimi* ⁽¹⁰³⁾, gli stessi

⁽¹⁰³⁾ Uso per chiarezza, qui ed in seguito, i titoli (nell'ordine discendente: *illustres*, *spectabiles*, *clarissimi*), che in realtà furono fissati solo da Valentiniano I, nel 372: cfr. JONES, op. cit., II, 525 ss.; DE MARTINO, *Storia* cit., V, 331 ss. Dopo questo riordinamento, ebbero la qualifica di *clarissimi* tanto i *praesides* quanto i *consulares*, mentre nell'età di Costantino il titolo spettava solo a questi ultimi, essendo i primi di rango equestre. Ciò che interessa ai nostri fini, comunque, è che ambedue queste categorie di governatori avevano la giurisdizione di primo

ciò cui erano rivolte tutte le disposizioni precedenti ⁽¹⁰⁴⁾, mentre il resto dell'editto inquadra attività di *iudices illustres* o *spectabiles*, gerarchicamente superiori ⁽¹⁰⁵⁾; inoltre, vi si ricorda la *litis contestatio*, che si deve qui identificare con l'atto introduttivo del processo, e cioè con la *litis denuntiatio*.

Quest'ultimo punto deve essere ribadito subito, in quanto non è pacifico in dottrina ⁽¹⁰⁶⁾; ma a me sembra evidente che solo la suggestione di concetti e termini classici, inutilizzabili come tali nell'esegesi dei testi del basso impero, abbia impedito una corretta interpretazione di questa terminologia, per come si trova impiegata dalla cancelleria costantiniana. In questa direzione ho già, recentemente, studiato alcuni enunciati testuali altrimenti inesplicabili ⁽¹⁰⁷⁾; vorrei ora aggiungere il richiamo ⁽¹⁰⁸⁾ di alcuni passi che (oltre a costituire una conferma della lettura proposta) possono permettere una spiegazione dell'identificazione terminologica tra *denuntiatio* e *contestatio* nel linguaggio di Costantino.

Il primo passo da richiamare è la notissima legge in tema di *restitutio in integrum*, contenuta in CTh. 2. 16. 2, dove *contestatio* appare ⁽¹⁰⁸⁾ nel significato di atto introduttivo del pro-

grado in provincia: è questo il significato dell'espressione *ordinaria sedes* del nostro testo: cfr. KASER, *Zivilprozessrecht* cit., 422 nt. 36.

⁽¹⁰⁴⁾ E cioè, oltre a quelle fin qui commentate, anche tutte le parti dell'editto relative agli obblighi delle parti nella *litis denuntiatio*.

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. nt. 103, ed i nn. 8-11.

⁽¹⁰⁶⁾ V. da ultimo KASER, op. cit., 482 ss., che identifica la *litis contestatio* postclassica con la *narratio* dell'attore e con la *responsio* del convenuto; e, in conseguenza, non ammette alcun effetto della *litis contestatio* anteriore alla prima udienza del processo. Ivi, anche indicazioni della numerosa e contraddittoria bibliografia sul tema.

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. *Limiti* cit., 352 ss.

⁽¹⁰⁸⁾ Nel pr.: *Placuit post completum vicesimum et quintum annum ... ad interponendam contestationem in urbe Roma usque ad anni tricesimi extremum diem spatia prorogari.... Quo transacto tempore manifeste omnes sciant legum sibi deinceps praesidia denegari, quandoquidem contestationis necessitate depulsa finiendas integri restitutionum decidendasque causas certo genere clausurimus. Int: Iustum videtur, ut post vicesimum et quintum annum.... deposita apud iudicem contestatione petat ...*

cedimento di *restitutio* ⁽¹⁰⁹⁾; in relazione allo stesso procedimento, tale impiego si riscontra già in testi classici, relativi alla *cognitio*, e ciò potrebbe consentire qualche interessante ipotesi sul valore da attribuire alla rilevata contaminazione semantica ⁽¹¹⁰⁾. La spiegazione di essa si trova poi forse in altri due passi costantiniani, dove *contestatio* appare in enunciati relativi a situazioni non processuali: in CTh. 8. 12. 3 (*donationes ... apud actorum contestationem* ⁽¹¹¹⁾ *confectae*), e in CTh. 12. 6. 2 (*testibus adhibitis contestationem ... proponere*), il termine ha l'ovvio significato di « documentazione ». Ciò suggerisce che anche la *contestatio* nel senso di atto introduttivo del processo sia nuovamente intesa come una « testificazione »; in quel senso materiale che aveva in origine, in quanto derivante dall'invito « *testes estote* » rivolto dalle parti agli astanti; senso materiale e concreto che — come tutti sanno — la *litis contestatio* aveva perduto

⁽¹⁰⁹⁾ Su questo punto concordano i recenti contributi dedicati all'argomento da E. LEVY, *Zur nachklassischen in integrum restitutio*, in ZSS. 68, 1951, 375 s.; G. CERVENCA, *Studi vari sulla « restitutio in integrum »*, Milano 1965, 131.

⁽¹¹⁰⁾ I testi classici in tema di *restitutio cognitoria*, in cui si ritrova l'espressione *contestatio* nel senso indicato sono richiamati da L. RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem. Contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica*, Milano 1965, 83 nt. 52. Mi sembra interessante notare che l'a., op. cit., 239 nt. 30, così come CERVENCA, op. cit., 88 nt. 67, per spiegare tale impiego affermano che esso è conforme al significato generale di *litis contestatio* nella *cognitio extra ordinem*; e citano in proposito il noto studio di S. DI PAOLA, *La « litis contestatio » nella « cognitio extra ordinem » dell'età classica*, in *Annali Catania*, n.s. 2, 1948, 235 ss., il quale tendeva invece a dimostrare che essa fosse la fase del processo in cui le parti proponevano i termini della controversia di fronte al magistrato. Ora tale inesatta interpretazione dei risultati del Di Paola può forse essere indicativa della necessità di riesaminarli globalmente, per vedere se in effetti la *litis contestatio* della *cognitio* classica non fosse, invece, proprio l'atto unilaterale di richiesta di processo. In questo senso v. i testi citati da LEVY, ZSS. cit., 375 nt. 66, cui si può aggiungere *Fragm. de iure fisci*, 8. Se questa ipotesi venisse confermata, si potrebbe ristabilire una continuità terminologica e concettuale con l'impiego del termine da parte della cancelleria costantiniana.

⁽¹¹¹⁾ La correzione suggerita da MOMMSEN, *CTh. ad h.l.*: « *apud acta per contestationem* » è puramente formale e non incide sul significato dell'espressione, comunque ovvio.

nelle strutture legate all'impiego della formula, quando essa era stata astrattamente elaborata con una nuova funzione.

Con questo chiarimento, il testo si lascia interpretare agevolmente. Dopo la notifica della domanda al convenuto, con la conseguente accettazione della difesa ⁽¹¹²⁾, il processo deve svolgersi nella sede ordinaria individuata attraverso questi atti, compiuti con l'intervento della cancelleria del preside ⁽¹¹³⁾. In seguito, la parte soccombente potrà appellare ai gradi superiori di giurisdizione, ma in pendenza di processo non è consentito rivolgersi ai giudici d'appello per ottenere subito il loro giudizio ⁽¹¹⁴⁾.

È qui interessante l'introduzione di alcune regole di secolare durata; il momento determinante della competenza è quello della domanda ⁽¹¹⁵⁾; i criteri della competenza sono stabiliti con riguardo al giudice di primo grado, mentre la competenza dei giudici d'appello è consequenziale alla prima; l'eccezione di incompetenza deve essere proposta nel primo atto difensivo ⁽¹¹⁶⁾. Ma queste indicazioni non sono, come è ovvio, una esposizione di principi generali: esse si presentano come una conseguenza negativa della scelta della sede ordinaria, operata dall'attore ed accettata dal convenuto ⁽¹¹⁷⁾: così mi sembra da leggere l'ultima proposizione del testo: *appellatione legibus facta ad sacrum audi-*

⁽¹¹²⁾ Per l'accertamento di tale significato dell'espressione in esame, devo ancora rinviare a quanto scritto in *Limiti* cit., 354 ss.

⁽¹¹³⁾ Si deve pensare che proprio l'intervento dell'autorità alla *litis denuntiatio* (reso obbligatorio da Costantino nel 322: CTh. 2. 4. 2), abbia trasformato l'importanza dell'atto di introduzione del processo, inducendo l'imperatore a ricollegarvi nuovi effetti, coordinati alla sua formalizzazione.

⁽¹¹⁴⁾ Parzialmente diversa la lettura del testo in KASER, op. cit., 424 e nt. 58 (cfr. 484 e nt. 87), secondo cui esso regolerebbe la ricsuzione del giudice ordinario, possibile solo fino alla *litis contestatio* (nel senso richiamato a nt. 106). Sul passo v. anche P. COLLINET, *La procédure par libelle*, Parigi 1932, 199.

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. ad es., nel nostro ordinamento, l'art. 5 c.p.c.

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. art. 38 c.p.c.

⁽¹¹⁷⁾ Tale scelta mi sembra da valutare in relazione alla possibilità, regolata dallo stesso Costantino (cfr. note 154 e 168) di richiedere un giudizio imperiale per rescritto, anzichè aprire il processo ordinario mediante *litis denuntiatio*.

torium veniat ⁽¹¹⁸⁾. Questa seconda parte del passo è certamente da spiegare con la prima, e cioè come un richiamo alla necessità di svolgere tutto il processo di fronte al giudice di primo grado: una richiesta di *auxilium* ai giudici di secondo grado ⁽¹¹⁹⁾ potrà aver seguito solo mediante un appello proposto *legibus*, e cioè secondo le norme degli anni precedenti, che avevano escluso gli appelli *ante definitivam sententiam* ⁽¹²⁰⁾.

Un ultimo punto è da osservare sulla elencazione dei giudici d'appello di cui si esclude l'intervento, elencazione che ha probabilmente subito una modifica al momento dell'inserzione nel Codice Giustiniano: nelle altre norme del 331 si menzionano di solito i *comites*, o *comites provinciarum* ⁽¹²¹⁾, istituiti dallo stesso Costantino come magistrati straordinari, con il rango e le competenze dei vicari dei prefetti del pretorio ⁽¹²²⁾. Nell'epoca successiva, di tali commissari conosciamo solo il *comes Orientis* ⁽¹²³⁾: mi sembra dunque probabile che la menzione di quest'unico sopravvissuto sia stata sostituita da Giustiniano alla menzione plurale dei *comites* costantiniani ⁽¹²⁴⁾.

8. Il brano successivo, contenuto in CTh. 11. 30. 16, stabilisce anzitutto l'appellabilità della sentenza dei proconsoli, dei

⁽¹¹⁸⁾ *Sacrum auditorium* è qui da intendere del tribunale dei prefetti e degli altri giudici d'appello *vice sacra*; non in quello, più abituale, di tribunale imperiale: ciò risulta dal riferimento agli stessi giudici fatto nell'enunciato precedente e dal fatto che l'appello all'imperatore è poi — come vedremo — regolato *more consultationis*, escludendo cioè un diretto accesso delle parti alla corte.

⁽¹¹⁹⁾ Sulle varie categorie di giudici d'appello v. nt. 125.

⁽¹²⁰⁾ Cfr. GRADENWITZ, ZSS. cit., 35 ss.; ORESTANO, *Appello* cit., 266 ss.

⁽¹²¹⁾ CTh. 11. 30. 16 (*comites*); 11. 34. 1 (*comites*); 1. 16. 6 (*comites qui per provincias constituti sunt*); 1. 16. 7 (*comites provinciarum*).

⁽¹²²⁾ JONES, op. cit., I, 105; II, 526.

⁽¹²³⁾ JONES, op. cit., I, 481; III, 135 nt. 23.

⁽¹²⁴⁾ Allo stesso modo possono essere una modifica giustiniana (per quanto non mi appaia sicura quanto l'altra) le parole *alterius spectabilis iudicis*, a causa del titolo *spectabilis* che diventa ufficiale solo nel 372 (cfr. nt. 103). In CTh. 11. 34. 1, volendo abbreviare l'elencazione dei giudici d'appello, Costantino usa la formula *ceterorumque sententias qui vice nostra iudicaverint*.

comites provinciarum e dei vicari dei *praefecti praetorio* ⁽¹²⁵⁾. La sentenza dei prefetti del pretorio, *qui soli vice sacra cognoscere vere dicendi sunt*, è invece inappellabile. Intorno a queste regole si pone anzitutto il problema della loro novità, sia per quanto riguarda l'inappellabilità della sentenza del prefetto del pretorio, sia per quanto riguarda l'appellabilità delle altre: tale problema si identifica praticamente in un altro, e cioè nel significato da attribuire alle parole *vice sacra (nostra) cognoscere (iudicare)*, rispetto ai poteri giurisdizionali che tale qualifica comportava per i suoi portatori.

Su questi argomenti, inquadrati in diverse recenti ricerche, si trovano indicazioni contrastanti, che è bene qui analizzare poichè sono tutte basate, in qualche misura, sulla legge costantiniana in esame ⁽¹²⁶⁾.

La tendenza prevalente mi sembra quella ad ammettere un aspetto innovativo nella regola che stabilisce l'inappellabilità della sentenza del prefetto del pretorio ⁽¹²⁷⁾.

Tuttavia, secondo un'opinione recente, che merita di essere presa in attenta considerazione, tale regola esprimerebbe invece la conferma di una norma più antica, nel senso che in origine *vice sacra iudicans*, titolo riservato ai prefetti del pretorio, avrebbe significato « giudice alla pari dell'imperatore », e quindi inappellabile; poi il titolo si sarebbe esteso ad altri alti funzionari

⁽¹²⁵⁾ I *proconsules* erano i governatori delle province d'Asia e d'Africa, equiparati nel rango ai vicari e sottoposti direttamente all'imperatore, anzichè al prefetto del pretorio: essi avevano anche giurisdizione d'appello sui presidi delle province confinanti. Costantino istituì un *proconsul Achaeae*, con lo stesso rango ma sottoposto al *praefectus per Illyricum*. Sui *comites* v. nt. 122. I vicari risalgono alla ripartizione diocleziana delle diocesi, e conservano le competenze allora ad essi affidate. Cfr. ancora JONES, op. cit., I, 481 s.; II, 528.

⁽¹²⁶⁾ La c. 16 è soprattutto studiata in rapporto ad AUR. ARC. CHAR., D. 1. 11. 1. 1, dove è ricordata una *sententia principalis* che avrebbe per la prima volta vietato l'appello dai prefetti del pretorio. Sui problemi posti dal confronto dei due testi v. per tutti RAGGI, *Restitutio* cit., 204 ss. con bibl.

⁽¹²⁷⁾ Essa sembrerebbe trovare conferma nel passo di Arcadio Carisio cit. a nt. 126. Tuttavia, è difficile pensare che la *sententia* ricordata dal giurista sia precisamente la c. 16: sui motivi di questo dubbio v. RAGGI, l.c.

contro cui pure, per analogia, veniva escluso l'appello, sicchè si sarebbe resa necessaria la legge di Costantino a riaffermare legislativamente sia l'appellabilità delle sentenze dei nuovi *vice sacra*, sia l'inappellabilità di quelle dei prefetti⁽¹²⁸⁾.

Infine, si trova anche l'affermazione che la giurisdizione *vice sacra* comportasse l'appellabilità della sentenza⁽¹²⁹⁾.

Forse, per ottenere una migliore comprensione del problema si dovrebbe ampliare la ricerca, estendendola anche ai primi secoli dell'impero⁽¹³⁰⁾; per tutto questo periodo si dovrebbe tener conto delle numerose fonti epigrafiche che menzionano la giurisdizione *vice sacra* e studiare le testimonianze di deleghe imperiali di giurisdizione senza appello, anche a prescindere dai titoli attribuiti ai funzionari che la esercitavano.

Questo programma trascende ovviamente i limiti dell'esegesi della c. 16; ne indico soltanto le possibili direzioni, insieme ad alcuni spunti testuali che possano giustificare la lettura, a mio avviso più probabile, della regolamentazione costantiniana.

Un punto di partenza abbastanza stimolante mi sembra poter essere costituito dalla domanda se corrisponda alla logica dell'istituto dell'appello, per come si era formalizzato nell'ordinamento processuale del II e del III secolo, che le deleghe di *cognitiones* da parte dell'imperatore prescindessero abitualmente da un controllo dell'imperatore stesso: e sarei per una risposta negativa, legata alla considerazione che in tanto il nuovo strumento della *cognitio extra ordinem* ci appare rapidamente diffuso in Roma e nelle province, in quanto sia le parti sia i funzionari che

⁽¹²⁸⁾ In questo senso v. JONES, op. cit., III, 3 nt. 1; 134 nt. 123.

⁽¹²⁹⁾ Così DE MARTINO, *Storia* cit., 270: « Dalle loro » (dei vicari) « sentenze si poteva però appellare all'imperatore. La loro giurisdizione era infatti *vice sacra*, cioè esercitata in luogo di quella imperiale ».

⁽¹³⁰⁾ E ciò da un lato per tener conto dell'ipotesi del Jones; dall'altro per non limitare lo studio del tema al confronto della c. 16 con D. 1. 11. 1. 1: esso si rivela infatti abbastanza ozioso, data l'impossibilità di conoscere i limiti cronologici dell'attività di Arcadio Carisio.

lo applicavano quotidianamente avevano la fiducia di un giudizio imperiale diretto e la consapevolezza di poterlo ottenere ⁽¹³¹⁾.

Questa risposta negativa trova una duplice conferma nelle fonti: anzitutto abbiamo diversi esempi di giudizi d'appello, dati da giudici di grado elevato ⁽¹³²⁾, che vengono poi ancora impugnati davanti all'imperatore ⁽¹³³⁾. Nello stesso senso, se il giudizio dei proconsoli ⁽¹³⁴⁾ fosse stato sempre inappellabile, non vedo come il mancato accoglimento della *provocatio* da parte loro avrebbe potuto configurare un'ipotesi repressa *ex lege Iulia de vi* ⁽¹³⁵⁾.

In secondo luogo, un'altra serie di testimonianze sembra indicativa del fatto che, volendo sancire l'inappellabilità delle sentenze di tribunali delegati, gli imperatori usavano esprimerla esplicitamente. Si leggano:

SUET., *Cai.* 16: magistratibus liberam iurisdictionem et sine sui appellatione concessit ⁽¹³⁶⁾;

ULP., D. 49. 2. 1. 2-4: Sciendum est appellari a senatu non posse principem, idque oratione divi Hadriani effectum ⁽¹³⁷⁾; ... Interdum imperator solet iudicem dare, ne liceret ab eo provocare, ut scio saepissime a divo Marco iudices datos ⁽¹³⁸⁾.

⁽¹³¹⁾ V. in questo senso le osservazioni di BLEICKEN, *Senatsgericht* cit., 135.

⁽¹³²⁾ Consoli e *praefectus urbi*: questi era *iudex vice sacra* alla pari dei prefetti del pretorio (cfr. A. CHASTAGNOL, *La préfecture urbaine à Rome sous les bas empire*, Parigi 1960, 131 ss.); per questo motivo le testimonianze relative all'appellabilità delle sue sentenze possono essere utilmente addotte qui, anche se la c. 16, trattando esclusivamente del processo provinciale, ovviamente non lo menziona.

⁽¹³³⁾ SCAEV., D. 45. 1. 122. 5; ULP., D. 4. 4. 18 e 38 pr.

⁽¹³⁴⁾ Anche i *proconsules* hanno spesso, nelle iscrizioni, il titolo di *vice sacra iudicantes*.

⁽¹³⁵⁾ ULP., D. 48. 6. 7.

⁽¹³⁶⁾ Sul testo v. ORESTANO, *Appello* cit., 204 s.

⁽¹³⁷⁾ Sul problema dell'appellabilità della sentenza senatoria v. da ultimo BLEICKEN, *Senatsgericht* cit., 117 ss., e la mia rec. in *Labeo* 12, 1966, 265.

⁽¹³⁸⁾ V. ORESTANO, *Appello* cit., 219, 286 s.

Nella stessa prospettiva si colloca oggi la bella epigrafe contenente il *cursus* completo di Cesonio Basso Rufiniano, recentemente pubblicata dal Barbieri⁽¹³⁹⁾ (l. 6 ss.): *iudici sacrarum cognitio/num vice Caesaris sine appel/latione cognoscendi inter / fiscum et privatos, item inter / privatos Roma et in provinc(ia) / Africa.*

Queste indicazioni mi sembrano sufficienti a proporre una ipotesi che colga le linee storiche dell'istituto della *cognitio vice sacra*: tale espressione in tutte le epoche indica solo una delega imperiale della giurisdizione, che può essere con o senza appello⁽¹⁴⁰⁾. La delega *sine provocatione* doveva comunque essere espressa, tanto che si trattasse di giudici singolarmente dati⁽¹⁴¹⁾, quanto se erano funzionari incaricati stabilmente⁽¹⁴²⁾. Generalizzandosi le cariche giurisdizionali imperiali, è facile pensare che si siano stabilizzate, come inerenti ad alcune di esse, certe funzioni e certi criteri relativi all'appellabilità della sentenza, divenendo cioè sempre inappellabili quelle dei funzionari ad un dato grado della gerarchia: una prova in questo senso è nella tendenza, indubbia ed accertata⁽¹⁴³⁾, a limitare gli appelli diretti all'imperatore, al fine di non appesantire oltre certi limiti il lavoro della sua cancelleria. Ma si tratta di prova logica e non testuale: se ciò può essere successo per i prefetti del pretorio⁽¹⁴⁴⁾, non significa che tutti i *vice sacra iudicantes* avessero

(139) G. BARBIERI, *Nuove iscrizioni campane*, in *Akte des IV. internat. Kongresses für griechische und lateinische Epigraphik*, Vienna 1964, 40 ss.

(140) Così già E. DE RUCCIERO, s.v. *cognitio*, in *DE*, II, 1, 1900, 321 s.

(141) Come i giudici di Marco Aurelio, ricordati da Ulpiano.

(142) In questo senso si devono interpretare le notizie relative alla delega giurisdizionale di Caligola, e all'inappellabilità della sentenza senatoria; funzione stabile, per quanto non permanente, è anche quella che appare attribuita a Cesonio Basso Rufiniano.

(143) Cfr. ancora ORESTANO, *Appello* cit., 366.

(144) Eventualmente, solo per questi: contro l'inappellabilità della sentenza dei prefetti di città stanno i passi citati a nt. 133. Ma si dovrebbe conoscere meglio la politica dei singoli imperatori: un'altra delle cariche di Cesonio Basso (l. 11 s.: *electo a divo Probo ad presidendum iudicio magno*, che il BARBIERI,

lo stesso privilegio, abolito da Costantino con la c. 16. In particolare, che nulla sull'argomento si possa trarre dal titolo *vice sacra* ⁽¹⁴⁵⁾ risulta chiarissimo dal fatto che nello stesso editto del 331, dopo avere collegato tale qualifica all'inappellabilità della sentenza dei prefetti del pretorio (*qui soli vice sacra cognoscere vere dicendi sunt, provocari non sinimus*), Costantino continua poi ad usarla per indicare la giurisdizione degli altri *iudices superiores* (CTh. 11. 34. 1: *contra comitum ceterorumque sententias qui vice nostra iudicaverint*), contro cui aveva concesso e regolato l'appello.

9. Possiamo così tornare alla c. 16, che nella prospettiva chiarita attraverso questa digressione assume un valore confermativo, chiarificatore, piuttosto che innovatore, trovando così riscontro nel già rilevato carattere di tutto l'editto.

Per concludere l'esame del suo contenuto in questa parte, si possono fissare i seguenti punti. Si è già visto che esso consente l'appello dalla sentenza di tutti i giudici *spectabiles*: a prescindere dal problema della novità degli appelli così consentiti, si ricordi che l'appello dalle sentenze dei governatori provinciali *clarissimi* (*praesides*) era sempre stato consentito al loro superiore gerarchico ⁽¹⁴⁶⁾: questo punto, che non risulta preso

op. cit., 44 ss., mette opportunamente in relazione con SHA., *Prob.* 13. 1, traendone un elemento favorevole all'attendibilità del passo, riguardo alle concessioni accordate da Probo al senato; ma ora v. R. SYME, *Ammianus and the Historia Augusta*, Oxford 1968, 102, 179) ricorda la creazione di un tribunale straordinario (*iudicium magnum*), di cui non sono rimaste tracce nell'epoca successiva. Altre notizie di cui si dovrà tener conto, mentre è impossibile farlo in questa sede, sono contenute in Sozom., *Hist. Eccl.* 1. 9. 21 (nel passo precedente quello riportato al n. 6) e in LYP., *de mag.* 2. 15.

⁽¹⁴⁵⁾ Facendo un primo, generico spoglio delle iscrizioni contenenti la qualifica *vice sacra*, ho constatato come essa non appaia vincolata ad una data carica, ma attribuita direttamente dall'imperatore. Un invito alla prudenza nel valutare tali iscrizioni si trova in CHASTAGNOL, *Préfecture* cit., 132 s.

⁽¹⁴⁶⁾ E cioè *vicarii, comites, praefecti*. Sulla particolare posizione dei *proconsules* d'Asia, Africa e Achea, v. sopra nt. 125.

in considerazione, deve intendersi regolato come già anteriormente ⁽¹⁴⁷⁾.

L'appello dalle sentenze dei giudici menzionati si presenta, formalmente, come *appellatio per relationem* o *more consultationis*; essi cioè, sia che avessero giudicato su appello, o su delega, o in prima istanza ⁽¹⁴⁸⁾, dovevano consegnare all'appellante una copia della sentenza, e spedire gli atti del processo con le confutazioni delle parti e le *litterae dimissoriae* all'imperatore ⁽¹⁴⁹⁾: questo avrebbe deciso in base agli atti, mediante un rescritto che valeva come sentenza definitiva ⁽¹⁵⁰⁾.

⁽¹⁴⁷⁾ Secondo i principi già stabiliti da Diocleziano: v. KASER, *Zivilprozessrecht* cit., 425 ss. Un generico riconoscimento di tali regole è, del resto, implicito nella seconda parte di CI. 3. 13. 4: sopra, n. 7.

⁽¹⁴⁸⁾ In questo senso mi sembra chiara l'espressione *sive ex appellatione sive ex delegato sive ex ordine iudicaverint*; e non capisco perchè KASER, op. cit., 428 e nt. 28, ne deduca che prefetti e vicari giudicavano solo in seconda istanza.

⁽¹⁴⁹⁾ Questo mi sembra il corretto significato da attribuire all'enunciato in esame. Ma si deve osservare che è oggi indispensabile uno studio più approfondito di tale forma di impugnazione, nei suoi rapporti con il generale procedimento *per relationem*. Questo infatti (come accenno ora nel testo) è abitualmente studiato in quanto richiesto dal giudice, in pendenza di processo: la *relatio* (*opinio, consultatio*), si presenta in questo caso come una relazione del giudice stesso all'imperatore, sull'intera questione litigiosa. Di tale relazione è più difficile cogliere il contenuto, qualora essa venisse, come appare nella c. 16, utilizzata in funzione di impugnazione; ed è comune l'osservazione di tale ambiguità del termine *relatio* e dei suoi sinonimi, usati in contesti disparati. Osservo inoltre che, contrariamente a questa corrente interpretazione della procedura *per relationem* del basso impero come derivante dalle richieste di consultazioni che i funzionari indirizzavano al principe già nei primi secoli dell'impero, la prima regolamentazione generale dell'obbligo imposto al *iudex a quo* di rinviare al giudice superiore *opiniones suas ... exemplo appellatoribus edito* si ha proprio in tema di appello, in DIACL., CI. 7. 62. 6. 3, e cioè in quello stesso editto processuale di cui ho riportato le singole parti a nt. 86. Anche questo argomento meriterebbe quindi un riesame globale: io mi limito qui ad esporre l'interpretazione della c. 16 che mi sembra più adeguata, alla luce di tutte le costituzioni di Costantino sul tema, ma prescindendo in generale da un'analisi critica della scarsa letteratura: di essa è sempre fondamentale GODEFROY, *Comm. ad titl.* 29-30, ed. cit., IV, 1748, 183 ss.; inoltre E. ANDT, *La procédure par rescrit*, Parigi 1920, 10 ss.; J. GAUDEMET, *L'empereur, interprète du droit*, in *Festschrift Rabel*, Tubinga 1954, II, 185 ss.; KASER, *Zivilprozessrecht* cit., 501; 509 ss.

⁽¹⁵⁰⁾ ANDT, op. cit., 12.

Tale procedimento non è nuovo: secondo Macro⁽¹⁵¹⁾ esso era già stato introdotto in età classica da non identificati mandati imperiali⁽¹⁵²⁾, come obbligo del *iudex a quo* che avesse rifiutato di *recipere appellationem*, qualora l'appellante presentasse ricorso al *iudex ad quem* contro tale rifiuto⁽¹⁵³⁾.

Ma una compiuta regolamentazione del procedimento *per relationem* appare nella legislazione costantiniana riguardo ad ipotesi in cui, in pendenza di processo, il giudice esitasse sulla decisione: in questi casi egli poteva interrompere la causa, dopo averla istruita completamente, e riferirne all'imperatore, che ugualmente avrebbe pronunciato la sentenza mediante un rescritto⁽¹⁵⁴⁾.

Ora, è proprio il rapporto tra questo più noto procedimento *per relationem* chiesto dal giudice e l'*appellatio more consultationis*, che assume una nuova colorazione attraverso la normativa delle impugnazioni all'imperatore stabilita nella c. 16: qui l'utilizzazione in funzione di appello del procedimento *per relationem* è del tutto esplicita. Ciò permette di ritenere che le due diverse applicazioni di tale procedimento formassero un'unica realtà almeno nel periodo finale della legislazione di Costantino, anche se qualche sua costituzione precedente teneva distinte le due possibilità: l'una, per il giudice, di interrompere il pro-

⁽¹⁵¹⁾ D. 49. 5. 6, MACER *lib. 2 app.*: *Sciendum est, cum appellatio non recipitur... eum(que) qui appellationem non receperit, opinionem suam confestim per relationem manifestare et causam, pro qua non recepit appellationem, eiusque exemplum litigatori edere debere mandatis cavetur.*

⁽¹⁵²⁾ Contro l'eccessiva limitazione del contenuto dei *mandata* imperiali sostenuta da A. DELL'ORO, « *Mandata* » cit. (sul nostro passo, 56) cfr. R. ORESTANO, rec. in *Iura* 12, 1961, 451 ss.

⁽¹⁵³⁾ Cfr. ORESTANO, *Appello* cit., 389 ss.

⁽¹⁵⁴⁾ Da questi rescritti, ottenuti mediante *consultatio* del giudice, che terminano una lite, bisogna distinguere quelli richiesti dalla parte con una *supplicatio* tendente ad aprire il c.d. processo per rescritto, alternativo al processo ordinario: cfr. ANDT, op. cit., 13 ss.; A. FLINIAUX, *Contribution à l'histoire des modes de citation au bas-empire*, in *RHD*. IV s. 9, 1930, 193 ss. La prima e fondamentale normativa del procedimento *per relationem* si trova in CONST., CTh. 11. 29. 1 e 11. 30. 1 (a. 313).

cesso devolvendolo all'imperatore; l'altra, per le parti, di appellare una sentenza finale ⁽¹⁵⁵⁾.

Nella c. 16 troviamo dunque la prima normativa uniforme della procedura *per relationem*, che dal 331 in poi sarà regolata come utilizzabile dal *iudex a quo* di rango superiore, *vel appellatione interposita vel ipse dubitans* ⁽¹⁵⁶⁾. Del resto, una volta ammessa questa doppia possibilità di giungere al giudizio imperiale, sembra che non dovesse avere molta importanza pratica distinguere quali fossero i precedenti giudiziari della richiesta: sia che il giudice non sapesse decidere, sia che le parti avessero impugnato la sua sentenza, il rescritto imperiale aveva la stessa identica efficacia, di giudizio ormai assoluto ed esclusivo di ogni ulteriore richiesta o possibilità di riesame.

Non mi sembra quindi esatto parlare di una progressiva « Angleichung » delle due forme di *relatio*, a seconda che si trattasse di consultazione richiesta dal giudice, o di appello all'imperatore ⁽¹⁵⁷⁾, ma di un unico procedimento *per relationem*, che regola un'unica forma di accesso alla corte.

10. L'ultima regola stabilita nella c. 16 mi sembra interessante, pur senza essere nuova, né molto significativa sotto il profilo tecnico. Vi si dispone che l'appellante la cui impugnazione non sia stata ricevuta dal *iudex a quo* (nella maniera prevista all'inizio del testo) può rivolgersi ai prefetti del pretorio,

⁽¹⁵⁵⁾ La distinzione tra procedimento *per relationem* chiesto dal giudice, ed appello presentato dalle parti, è ancora presente in CTh. 11. 30. 5 e 6 (a. 316); 13 (a. 326?); 18 (a. 329?); ma nemmeno qui essa è sempre chiara; e inoltre si dovrebbero distinguere queste norme in relazione ai loro destinatari, essendo l'*appellatio more consultationis* regolata esclusivamente per le impugnazioni dai giudici di rango superiore.

⁽¹⁵⁶⁾ L'espressione si trova in CTh. 11. 29. 5, con cui nel 374 Valentiniano I ribadisce alcuni specifici punti del procedimento, rinviando alla regolamentazione costantiniana. Per l'epoca successiva, si vedano le rubriche di CTh. 11. 30: *de appellationibus ... et consultationibus*; e di CI. 7. 62: *de appellationibus et consultationibus*.

⁽¹⁵⁷⁾ Così invece KASER, *Zivilprozessrecht* cit., 501; cfr. 509 s.

presso i quali si svolgerà il processo d'appello, come se l'impugnazione fosse stata ricevuta: se la prima sentenza sarà confermata, *lite perdita notatus abscedet* ⁽¹⁵⁸⁾; altrimenti contro il giudice che non aveva ricevuto l'appello si dovrà riferire all'impe- ratore, che provvederà a punirlo.

La norma non lascia alcuno spazio alla possibilità di *non recipere appellationem*. Ciò, che già risultava dalla generica ammissione di tutti gli appelli stabilita nel principio, è qui confermato dalla frase *si victus oblatam nec receptam a iudice appellationem adfirmet*, che si deve leggere nel senso che il ricevimento e la trasmissione di tutte le impugnazioni fosse un dovere giuridico dei *iudices spectabiles*.

Anche questa regola si presenta come una precisazione: già nel 315 Costantino aveva stabilito *omnes omnino appellationes, quaecumque fuerint interpositae, sollemniter curet accipere* ⁽¹⁵⁹⁾. Diretta al *praefectus annonae* d'Africa, la legge del 315 non era forse una norma di generale applicazione; tuttavia è indicativa di una salda tendenza a dar corso a tutti gli appelli, purchè (ovviamente) proposti nei termini, e contro provvedimenti appellabili.

Tale tendenza è stata analizzata e spiegata come una ricerca di soluzione del problema sempre pressante di ridurre gli appelli manifestamente infondati: in senso nuovo e contrastante rispetto al criterio classico, basato sulla discrezionalità del *iudex a quo* nel *recipere appellationem vel non*, il diritto post-classico ⁽¹⁶⁰⁾ limita le funzioni del giudice *a quo* alla semplice

⁽¹⁵⁸⁾ In questa *notatio* si deve individuare una sanzione d'ignominia: cfr. GRADENWITZ, ZSS. cit., 52; C. DUPONT, *Le droit criminel dans les constitutions de Constantin. Les peines*, Lilla 1955, 57. Si noti anche l'uso assoluto di *abscedere* (ricorrente anche in CTh. 2. 26. 1, sopra n. 3), che sembra tipico del linguaggio costantiniano.

⁽¹⁵⁹⁾ CTh. 11. 30. 4 (1 Iun. 314, secondo SEECK, *Regesten* cit., 162).

⁽¹⁶⁰⁾ Questa nuova tendenza si trova già in un papiro del 267: cfr. A. BOYÉ, *Pap. Oxyr. XVII 2130*, in *Studi Bonfante* cit., IV, 183 ss.

trasmissione burocratica dell'appello, ma nello stesso tempo limita anche i gradi di giurisdizione (¹⁶¹).

Probabilmente nello stesso ordine di idee è da comprendere anche il fatto che, mentre l'*appellatio recepta* dai *iudices spectabiles* va direttamente all'imperatore, su quella *non recepta* dovrà pronunciarsi il *praefectus praetorio*, riservandosi l'imperatore solo gli ulteriori eventuali provvedimenti contro il giudice che avesse ingiustamente rifiutato l'accoglimento dell'appello del litigante poi risultato vincitore presso il prefetto. Non trovo altre espressioni di tale distinzione, ciò che rende difficile valutarla con sicurezza: mi sembra tuttavia possibile ipotizzare che essa sia stata dettata dal desiderio di riservare il più possibile il giudizio imperiale; pur ammettendo che il mancato accoglimento dell'appello potesse essere dettato da motivi personali, e quindi decidendo di accoglierli tutti, nel delegare al prefetto quelli respinti dal *iudex a quo* si volle tener conto della possibilità (anch'essa ben reale) che essi avessero una finalità soltanto moratoria (¹⁶²), che non era opportuno assecondare concedendo il giudizio imperiale, più lento e più costoso, e quindi più gravoso per il vincitore in prima istanza.

Nemmeno il *dignum supplicium* previsto a carico del giudice qui *appellationem non receperat* è totalmente nuovo. Sanzioni contro la negligenza e l'ostruzionismo del *iudex a quo* esistevano già nell'età dei Severi, e un papiro del 267 ce ne

(¹⁶¹) In questo senso v. in generale ORESTANO, *Appello* cit., 365 ss.: tali indicazioni trovano conferma, nel nostro editto, nell'esclusione dell'appello contro le sentenze dei *praefecti praetorio*; nelle pene stabilite a carico dell'appellante perdente; nel divieto di *supplicare* l'imperatore una volta omissa l'appello. RACCI, *Impugnazioni* cit., 156 s., vede invece la causa della limitazione dei poteri del giudice *a quo* nell'imposizione di sanzioni a carico di quest'ultimo (su cui v. ora nel testo): ma tali sanzioni a me appaiono piuttosto uno strumento che non la causa della politica costantiniana.

(¹⁶²) La possibile finalità moratoria dell'appello, collegata al suo effetto sospensivo, è sottolineata da RACCI, *Impugnazioni* cit., 112 ss. Per l'età di Costantino, una testimonianza interessante se ne trova in CTh. 11. 30. 14, a. 327.

conferma l'applicazione ⁽¹⁶³⁾. Esse si appesantiscono, nell'età di Costantino e successiva, in una serie di costituzioni sulle quali è stata di recente richiamata l'attenzione, con l'osservazione che tali gravi sanzioni indubbiamente indicano una realtà in cui i giudici troppo spesso rifiutavano di ricevere gli appelli, considerati come un'offesa ⁽¹⁶⁴⁾.

Aggiungerei che forse la situazione era ancora peggiore di quanto i testi non dicano, nel senso che mi sembra difficile imputare il mancato accoglimento delle impugnazioni soltanto alla suscettibilità dei giudici: nelle fonti non giuridiche il comportamento prevalentemente addebitato a questa classe non sembra tanto la vanità quanto la venalità ⁽¹⁶⁵⁾. Ora, se pensiamo a tale possibilità di sentenze pagate, il mancato ricevimento dell'appello verrà facilmente a spiegarsi come strumento per assicurare l'esecuzione della sentenza favorevole al litigante corruttore, e nello stesso tempo l'impunità al giudice, attraverso l'esclusione di ogni controllo ⁽¹⁶⁶⁾.

⁽¹⁶³⁾ ORESTANO, *Appello* cit., 391 s.

⁽¹⁶⁴⁾ Cfr. M. LAURIA, *Ius. Visioni romane e moderne*³, Napoli 1967, 328; RAGGI, *Restitutio* cit., 325 s. e nt. 107.

⁽¹⁶⁵⁾ Sulla corruzione dei giudici, quale risulta dalle fonti letterarie, v. il materiale in gran parte nuovo raccolto ed utilizzato da JONES, op. cit., I, 396 ss., 479 ss. L'opinione corrente, secondo cui la ragione del mancato ricevimento degli appelli sarebbe da vedere nel fatto che i giudici li consideravano offensivi (cfr. già CODEFROY, *Comm. ad ll. 30. 16*, ed. cit., IV, 204: «adversus fastuosum iudicium supercilium») trova spunto testuale nelle stesse costituzioni imperiali: v. ad es. CONST., CTh., ll. 30. 11. 1: ... *Quid enim acerbius indigniusque est, quam indulta quempiam potestate ita per iactantiam insolescere, ut despiciatur utilitas provocationis, opinionis editio denegetur, refutandi copia respuatur? Quasi vero appellatio ad contumeliam iudicis, non ad privilegium iurgantis inventa sit...* (a. 321). Ma le fonti letterarie sono, su questo argomento, indubbiamente più sincere: nella legislazione (dove tuttavia non sono assenti le testimonianze della corruzione dei giudici: cfr. nt. 166) vi è anche un aspetto propagandistico (v. oltre, n. 14), che può aver contribuito a mascherare la realtà, o quanto meno i suoi aspetti più negativi.

⁽¹⁶⁶⁾ In questo senso, il *dignum supplicium* della c. 16 può essere confrontato con le severe sanzioni minacciate contro i presidi venali e contro il loro *officium* nell'editto del 1 novembre: v. *Studi Urbinati* cit., 312 ss.

11. Gli ultimi due brani, in sè di agevole interpretazione, pongono il problema dei loro reciproci rapporti. Non c'è dubbio che, in generale, vi si tratti dei limiti della *supplicatio* all'imperatore nei suoi rapporti con l'appello: vi si stabiliscono pene per coloro che, vinti in giudizio e non avendo presentato la *licita provocatio* nel senso regolato dalla c. 16⁽¹⁶⁷⁾, tentassero di riaprire una lite attraverso una supplica diretta all'imperatore.

Da un punto di vista tecnico quindi, queste norme sembrano inquadrarsi in una più organica regolamentazione della nuova possibilità offerta ai litiganti con l'introduzione della procedura per rescritto⁽¹⁶⁸⁾: questa, che precisamente prendeva inizio da una preghiera rivolta al sovrano affinché assumesse la *cognitio* diretta di una causa, portava in sè implicita, insieme al desiderio di mantenere nei sudditi la confidenza nel vertice dell'autorità giudiziaria assolutistica, la necessità di conciliarne l'intervento con la gerarchia dei tribunali subordinati. Di qui gli indispensabili limiti posti alle *supplicationes*: tra questi appunto la proibizione di presentare una supplica riguardante una causa già decisa, quando l'appello era stato volontariamente tralasciato⁽¹⁶⁹⁾.

Alla luce di questa tendenza che mi sembra di poter cogliere in CTh. 11. 30. 17 e 11. 34. 1, si deve comprendere anche l'elemento differenziatore tra i due brani. Esso non è, in realtà, molto evidente: mentre la c. 17 prevede la condanna alla deportazione per chi, omesso l'appello, presenti una supplica⁽¹⁷⁰⁾, la c. 1 aggiunge la confisca dei beni⁽¹⁷¹⁾ per lo stesso

⁽¹⁶⁷⁾ Per il chiarimento di questo punto v. ANDT, op. cit., 26.

⁽¹⁶⁸⁾ Su di essa v., oltre alla citata monografia di Andt, G. WESENER, s.v. *Reskriptprozess*, in *PW*. Suppl. X, 1965, 865 ss.; KASER, *Zivilprozessrecht* cit., 520 ss.

⁽¹⁶⁹⁾ Anteriormente alla c. 17, la *supplicatio* era possibile anche in relazione a cause eventualmente già deliberate attraverso uno o più gradi di giurisdizione: cfr. l'osservazione di RAGGI, *Impugnazioni* cit., 104 ss. nt. 123.

⁽¹⁷⁰⁾ Cfr. GRADENWITZ, *ZSS*. cit., 51 ss.

⁽¹⁷¹⁾ Su queste pene cfr. M. KASER, *Infamia und ignominia in der röm. Rechtsquellen*, in *ZSS*. 73, 1956, 275 nt. 267; DUPONT, op. cit., 59.

comportamento, quando esso sia giustificato dal *metus iudicis*. È questo aggravamento che a prima vista non sembra comprensibile: abbiamo visto qual'era la prassi dei giudici *a quo*, e quali ne erano i probabili motivi.

Ma proprio questo elemento è, invece, quello che permette di collegare la c. 1 alla c. 16, della quale si presenta come un necessario complemento. Infatti, dopo aver disposto che l'*appellatio non recepta* doveva aver corso ugualmente, di fronte al prefetto del pretorio, per Costantino non esisteva più alcun motivo per giustificare validamente l'omissione dell'appello stesso ⁽¹⁷²⁾.

Il collegamento tra questi brani spiega anche perchè la c. 17, che doveva seguire nell'originale alla c. 1, sia divenuta una costituzione a sè: non si giustificerebbe altrimenti, se essa fosse stata originariamente successiva alla c. 16, la divisione in due passi distinti.

Pur con queste precisazioni, tuttavia, un dubbio sulla reale autonomia della c. 17 può portare a proporsi l'ipotesi se non si sia di fronte ad un caso di geminazione ⁽¹⁷³⁾: essa potrebbe in effetti essere un'epitome del brano collocato in CTh. 11. 34. 1, di cui ripete il motivo essenziale, relativo al divieto di supplicare dopo l'omissione dell'appello ⁽¹⁷⁴⁾. Ma tale ipotesi mi sembra da scartare. In un caso come questo, bisognerebbe

⁽¹⁷²⁾ E ciò mi sembra escludere ogni indagine sull'eventuale fondatezza dell'affermazione: diversamente KASER, *Zivilprozessrecht* cit., 503 nt. 7.

⁽¹⁷³⁾ L'oscurità del rapporto tra le due costituzioni è segnalata anche da GRADENWITZ, *ZSS*, cit., 53, che l'attribuisce all'intervento dei compilatori del Teodosiano.

⁽¹⁷⁴⁾ Si osservi che non si potrebbe trarre alcun serio elemento differenziatore tra i due brani dal fatto che la c. 1 usa l'espressione *litem reparare*, e la c. 17 parla invece di *petere per supplicationem auxilium*. La *reparatio appellationis* è un istituto, probabilmente un po' più tardo di Costantino, che presuppone la presentazione dell'appello ed il suo ricevimento da parte del *iudex a quo* (cfr. H. LEGOHÉREL, *Reparatio temporum*, in *Iura* 16, 1965, 93 ss.; KASER, *Zivilprozessrecht* cit., 508); poichè il verbo *reparare* è in c. 1 certamente da collegare a *provocatione omissa*, non si può pensare che sia qui prevista una semplice richiesta di restituzione dei termini dell'appello.

pensare che la geminazione provenisse dalla stessa commissione del Teodosiano che, tagliato il brano relativo all'omissione dell'appello dovuta a *metus iudicis*, avrebbe sentito l'opportunità di ripeterne il contenuto essenziale per tutti i casi di *appellatio omissa* ⁽¹⁷⁵⁾. Ora però, questo motivo di opportunità, che è necessario supporre per spiegare la ripetizione da parte dei compilatori, può più agevolmente essere attribuito allo stesso Costantino che, nella prospettiva sopra chiarita, alla fine dell'editto, volle ribadire per tutti i casi, prescindendo da ogni motivazione dell'omissione dell'appello, la formazione della cosa giudicata dopo trascorsi i termini per la sua presentazione ⁽¹⁷⁶⁾.

12. L'analisi delle regole contenute nelle parti dell'editto qui esaminate conferma pienamente quella prima impressione della loro lettura, che all'inizio avevo indicato: si tratta di norme organizzatorie del processo, destinate ad accentuare la disciplina gerarchica della burocrazia giudiziaria. Infatti:

1) la distribuzione della competenza tra i presidi ed i giudici minori dovrà basarsi su criteri per materia;

2) la subordinazione gerarchica degli arbitri liquidatori limita la loro funzione esecutiva alla quantificazione del contenuto della sentenza del preside;

3) l'atto introduttivo del processo fissa il momento determinante della competenza, con la conseguente impossibilità di rivolgersi al giudice superiore in pendenza di processo;

4) tutte le sentenze dei giudici *vice sacra* (ad eccezione dei *praefecti praetorio*) sono appellabili: essi non possono rifiutare di ricevere l'appello, a pena di severe sanzioni;

⁽¹⁷⁵⁾ Data la provenienza dei due passi da uno stesso codice (*Vaticanus Reginae* 886, composto su un buon esemplare del Teodosiano integro ed uno del *Breviarium*: cfr. MOMMSEN, *Theodosiani libri* cit., I, 1, XLIV ss.) è invece da escludere la più normale fonte delle geminazioni, e cioè la ripetizione da parte dei compilatori di uno stesso testo, già utilizzato attraverso altra fonte.

⁽¹⁷⁶⁾ Un'espressione interessante della funzione che mi sembra di poter così individuare nell'autonomia della regola contenuta nella c. 17, può leggersi in CASS., *Var.* 1. 5.

5) esauriti o omessi gli appelli leciti, non è più possibile chiedere un riesame della causa da parte dell'imperatore.

Su questi punti non è più il caso di fermarsi, come è inutile insistere sul fatto che ciascuno di essi implichi un compiuto riconoscimento dell'autonomia, nei limiti fissati legislativamente, dei tribunali subordinati.

Può invece essere utile trarre qualche considerazione più generale dall'analisi di tutte le regole processuali dettate da Costantino nel 331: sintetizzando cioè, nei loro risultati complessivi, le conclusioni che emergono non solo dall'indagine qui condotta, ma anche dalle precedenti, relative alle prime parti dell'editto del I agosto e all'editto del I novembre.

Anzitutto mi sembra importante sottolineare il rapporto, ormai evidente ed esplicito, tra la formazione di una stabile gerarchia e la raggiunta consapevolezza del carattere pubblico della funzione giurisdizionale, anche relativa a rapporti privati. Questa presa di coscienza (intrinsecamente connessa alla subordinazione di tutta la scala dei giudici all'*Imperator Dominus*, ormai raffigurabile come sovrano assoluto) porta a superare per sempre le concezioni arcaiche e repubblicane, secondo cui tutto lo svolgimento del processo, e in particolare la sentenza, veniva considerato come una somma di attività e valutazioni soggettive, delle parti e del giudice⁽¹⁷⁷⁾.

Particolarmente indicativa di tale superamento è la nuova normativa dell'atto introduttivo del processo. Ora la *litis denuntiatio*, compiuta con l'intervento dell'autorità giudiziaria, ha effetti giuridici che condizionano la volontà dei giudici e delle parti, mediante l'imposizione dell'obbligo di proseguire il processo fino al suo termine, anche in vari casi di inattività o ostruzionismo delle parti⁽¹⁷⁸⁾.

⁽¹⁷⁷⁾ Sul punto cfr. ORESTANO, *Appello* cit., 437 ss.; in generale sulla pubblicizzazione del processo Id., s.v. *Azione (Storia del problema)*, in *Enc. dir.* IV, 1959, 789 ss., e ora M. CAPPELLETTI, *Principi fondamentali e tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*, in *Giur. it.* 120, 1968, IV, 1 ss.

⁽¹⁷⁸⁾ Cfr. *Limiti* cit., 346 ss.

Un altro elemento significativo della nuova concezione pubblicistica del processo privato è il richiamo alle leggi anteriori, regolatrici dell'appello ⁽¹⁷⁹⁾. Di fronte all'importanza prevalente che la prassi aveva sempre avuto (e in parte continuerà ad avere) nella formazione degli istituti processuali, tale richiamo ad una regolamentazione legislativa non è casuale, ma si deve interpretare come manifestazione consapevole di una nuova concezione della produzione normativa, sempre più esclusivamente determinata dall'intervento della volontà imperiale.

13. Il rilevato carattere dell'editto, come espressivo di un nuovo regime processuale, consente di meglio definire un motivo critico che in diversi luoghi mi è accaduto di accennare, contro una lettura « sostanziale » e « privatistica » di alcune delle regole costantiniane.

Esemplare mi sembra qui l'interpretazione di CTh. 4. 5. 1 pr., in cui è sempre stato visto un divieto di alienazione della *res litigiosa* a pena di nullità del contratto. Aver potuto chiarire la ragione della norma, inserendola nelle direttive tendenti ad imporre un carattere pubblicistico allo svolgimento di tutto il processo, è stato il primo passo per una corretta valutazione storica, che però non sarebbe stata completa senza il contemporaneo accertamento dei motivi che hanno condotto a quella divergente interpretazione da parte di romanisti e processualisti moderni. Essi sono del resto facilmente individuabili nella ormai nota vicenda delle concezioni ottocentesche del diritto: la costruzione di un sistema privatistico (inteso come sistema dei diritti soggettivi), contrapposto ad un sistema del diritto pubblico (inteso come sistema dei poteri originari dello stato e della sovranità), portò a concepire come separate le regole di diritto privato « sostanziale » da quelle « processuali », relative all'at-

⁽¹⁷⁹⁾ CI. 3. 13. 4: *appellatione legibus facta*; cfr. analoga espressione in CTh. 1. 5. 3, dello stesso a. 331; e già CTh. 11. 30. 3 (a. 313); 5 (a. 316); 8 (a. 319); ecc.

tuazione giudiziaria del diritto stesso. In questo clima concettuale, il divieto di trasferire l'oggetto litigioso, imposto da Costantino al fine di evitare un'interruzione del processo, veniva inteso, invece, come una limitazione del potere dispositivo delle parti ⁽¹⁸⁰⁾.

La ricostruzione di questa vicenda rimette al loro posto sia la regola costantiniana, sia la sua elaborazione pandettistica, basata sull'idea dei diritti soggettivi esistenti come tali prima e fuori del processo; ma non sarà inutile ricordare che un tale equivoco scambio ha trovato una base testuale nella ripartizione dell'editto di Costantino in diversi titoli del Teodosiano, in seguito alla quale si era perso il collegamento del cosiddetto divieto di alienazione con gli obblighi imposti al giudice e alle parti, come effetto dell'atto introduttivo del processo ⁽¹⁸¹⁾.

Lo stesso discorso (pur con un diverso riferimento storiografico) si deve ripetere per l'interpretazione di CTh. 2. 26. 3 come norma espressiva di nuove concezioni di « diritto sostanziale volgare » in tema di proprietà, di condominio e di società ⁽¹⁸²⁾. Anche questo equivoco si poteva evitare, tenendo conto della direzione unitaria delle regole dettate da Costantino, che permette di meglio cogliere la finalità della norma nel nuovo carattere di un regime processuale ispirato al principio di gerarchia. In questo caso, la ragione dell'inesatta lettura può trovarsi nella recente tendenza a vedere dappertutto delle « vulgäre Rechtsanschauungen » ⁽¹⁸³⁾: essa ha avuto il merito di

⁽¹⁸⁰⁾ Anche per la storia del cosiddetto divieto di alienazione v. *Limiti* cit., 174 ss. (per le interpretazioni tradizionali e per le loro motivazioni); 331 ss. (per la ricostruzione della regola contenuta in CTh. 4. 5. 1).

⁽¹⁸¹⁾ Una prova di ciò si ha in *Int.*, CTh. 4. 5. 1, dove già si può notare come non fosse più compresa l'originaria funzione della norma.

⁽¹⁸²⁾ V. sopra, n. 4.

⁽¹⁸³⁾ Per gli ultimi svolgimenti di tale tendenza, certo ben presente a tutti i romanisti, v. G. STÜHFF, *Vulgarrecht im Kaiserrecht unter besonderer Berücksichtigung der Gesetzgebung Konstantins des Grossen*, Weimar 1966, con le osservazioni di C. A. CANNATA, rec. in *SDHI.* 32, 1966, 391 ss.

creare uno schema d'indagine certamente utile a chiarire alcuni dati della realtà storica, che ricevono in tal modo una più comprensibile spiegazione; ma questo schema non può essere generalizzato senza il rischio di dimenticare altri, non meno importanti, elementi di quella realtà.

Nel caso specifico, ciò che l'interpretazione « volgaristica » porta a trascurare è appunto, ancora una volta, la concezione unitaria del diritto processuale e dei diritti privati che il primo serve a tutelare. Ritrovare la stessa concezione presente in un intervento legislativo che, come quello del I agosto 331, ha tutti i caratteri di una legge generale sul processo del basso impero, riconferma dunque che quella visione unitaria non è soltanto da mettere in relazione alla tipicità delle azioni del diritto classico, insieme alle quali sarebbe scomparsa⁽¹⁸⁴⁾, ma è molto più intrinsecamente da collegare con tutta una cultura giuridica, i cui modelli schematici erano (necessariamente ed ovviamente) ben lontani da quelli elaborati dai pandettisti.

14. Infine, il rilevato carattere dell'editto fornisce un argomento critico contro un'altra recente e pericolosa tendenza nella valutazione di Costantino legislatore.

È stato detto che egli abbia svolto un'opera generalmente sovvertitrice, introducendo nuovi principi processuali, e che i motivi ispiratori di questa attività rivoluzionaria non abbiano relazione con i mutamenti dell'organizzazione politico-sociale: le sue leggi risponderrebbero a finalità contingenti, e sarebbero « arbitrarie » e « occasionali ».

Queste affermazioni sono state dimostrate, in qualche caso; ma poi da più parti sono state ripetute, ed applicate ai più diversi argomenti, rischiando così di diventare un comodo e meccanico, ma erroneo, canone di valutazione⁽¹⁸⁵⁾.

⁽¹⁸⁴⁾ Cfr. LEVY, *Law of property* cit., 202 ss.

⁽¹⁸⁵⁾ Le prime manifestazioni di questa tendenza si trovano in scritti di M. Amelotti e di G. G. Archi (già da me richiamati in *Studi Urbinati* cit., 294

A me pare certo che l'editto del I agosto non è particolarmente innovatore, nè rivoluzionario, nè occasionale. Si ricordi che quasi ciascuna regola ha dei precedenti: nella stessa legislazione costantiniana, o in quella diocleziana, o nelle costituzioni imperiali dei primi secoli. Per questo motivo, esso si deve interpretare, piuttosto che come una radicale riforma del processo, come un programma di « codificazione » di principi già esistenti.

Ovviamente, uso questa parola nel senso di esposizione uniforme ed organica, e non in quello di legislazione sistematica e completa: mentre il primo carattere non può essere negato all'editto, di fronte alla coerenza che risulta dall'esame delle sue singole parti, il secondo gli manca certamente. Basti pensare che esso concerne soltanto il processo privato delle province, escludendo ogni regolamentazione della giustizia penale e dei tribunali di Roma e Costantinopoli (¹⁸⁶).

nt. 5), relativamente ad argomenti in cui la necessità di un rinnovamento legislativo era particolarmente sentita e rispetto ai quali — per tale motivo — una certa casualità delle norme introdotte da Costantino poteva essere dovuta all'esigenza di procedere alla ricerca di nuovi principi regolatori. Ma la valutazione è poi andata diffondendosi al di là di queste accettabili manifestazioni, fino ad essere utilizzata (con formulazioni veramente criticabili) per l'intera legislazione di Costantino: M. BRETONNE, *Volgarismo e proprietà postclassica*, in *Labeo* 11, 1965, 206; o addirittura per tutte le riforme postclassiche: U. ZILLETTI, *Sul valore probatorio della testimonianza nella « cognitio extra ordinem »*, in *SDHI*. 29, 1963, 149. Cfr. anche l'osservazione di CANNATA, *Possessio* cit., 94, che (indipendentemente da questi autori, riprendendo invece MALAFOSSE, *L'interdit* cit., 149 ss.) afferma come non solo il Teodosiano, ma tutte le fonti postclassiche contengano soltanto disposizioni stabilite in funzione di casi concreti.

(¹⁸⁶) È questo un aspetto non trascurabile dell'editto, che meriterebbe di essere approfondito in quanto mostra come il termine processo provinciale continui ad avere un suo significato specifico anche dopo la parificazione di tutti i territori e di tutti gli abitanti dell'impero. Ma ormai, ciò che ad esso si contrappone non è più il processo praticato in Roma, che siamo abituati a qualificare come ordinario: con un completo rovesciamento di posizioni, il processo ordinario è ora quello praticato nelle province, cui si contrappongono i vari tribunali privilegiati di categoria (su questi v. JONES, op. cit., I, 484 ss.) e, al vertice, quello personale dell'imperatore.

Inoltre, anche per una considerazione filologica è opportuno ribadire la non completezza dell'editto: non vorrei sembrare caduta nell'illusione di aver potuto veramente ricostruire l'originale del testo. Tutti sappiamo, in realtà, che ciò è impossibile: l'intervento dei compilatori dei due codici e del *Breviarium* sulle disposizioni da essi utilizzate si è indiscutibilmente esplicito in misura ben maggiore a quella dimostrabile per qualche punto ⁽¹⁸⁷⁾.

Ma pur con queste riserve, si può parlare di una coerenza e di una organicità dell'editto nel suo contenuto processuale, contenuto che proprio attraverso l'accertamento dell'opera frantumata svolta dai compilatori viene confermato come appartenente all'originale costantiniano. In questa conclusione è implicita la replica ad una generica definizione della legislazione costantiniana come occasionale ed arbitraria: tali caratteri sono inconciliabili con quella tendenza alla « codificazione » che è palese nell'editto del I agosto 331.

In un altro senso piuttosto si potrà parlare di « occasionalità »: se invece di applicare tale qualificazione, indiscriminatamente, all'attività normativa di Costantino, la si utilizza per comprenderne un aspetto particolare.

La legislazione imperiale, soprattutto quella giustiniana, è stata recentemente studiata anche come un efficace strumento di propaganda ufficiale ⁽¹⁸⁸⁾. Seguendo queste indicazioni, che la coerenza espressa nelle norme processuali del 331 si presenti come un programma di propaganda dell'ideologia del basso impero, mi sembra risultare da un lato dal rilievo dato alla concessione del giudizio personale dell'imperatore, e d'altro lato, dalla fiduciosa (anche se implicita) affermazione della bontà dell'apparato le cui funzioni vengono regolate. In modo anche più

⁽¹⁸⁷⁾ Cfr. specialmente gli studi del Volterra, citati a nt. 9.

⁽¹⁸⁸⁾ B. RUBIN, *Das Zeitalter Justinians*, I, Berlino 1960, 139 ss., ricco di osservazioni molto utili, anche se talvolta metodologicamente criticabili: cfr. S. MAZZARINO, rec. in *Studi Medievali*, III s. 2, 1961, 609.

appariscente, un elemento propagandistico risulta poi dal confronto di queste affermazioni con quelle contenute nell'editto dato al I novembre: i principi dell'oralità e della pubblicità del processo, che in esso vengono imposti all'attività giudiziaria dei presidi, sono strutturalmente incompatibili con il procedimento *per relationem*, che userà l'imperatore nel giudicare personalmente. E ancora, la funzione di controllo sull'opera dei governatori attribuita ai provinciali nel novembre, appare contraddittoria rispetto al principio di gerarchia sottolineato nell'agosto. Tali affermazioni di principio si rivelano dunque in effetti soltanto come « occasionali » strumenti di propaganda ideologica: e ciò è confermato dalla storia successiva delle norme del I novembre, che doveva dimostrare l'impossibilità di applicarle in concreto ⁽¹⁸⁹⁾.

Forse, proprio in queste contraddizioni, per le quali si può parlare di una falsa « democrazia » presente nell'ideologia imperiale dello stato ⁽¹⁹⁰⁾, sta il motivo dell'inefficacia della legislazione di Costantino, in quanto specificamente impegnata nella lotta contro gli abusi di potere da parte dell'autorità giudiziaria. Ma nonostante il fallimento di questa parte della politica legislativa costantiniana, una storia plurisecolare ha dimostrato ampiamente l'efficienza della sua riorganizzazione strutturale nel campo del processo.

⁽¹⁸⁹⁾ Cfr. *Studi Urbinati* cit., 298 nt. 17 e 328.

⁽¹⁹⁰⁾ Utilizzo così gli interessanti spunti offerti da S. MAZZARINO, *La democratizzazione della cultura nel « basso impero »*, in *XI^e Congrès Internat. des Sciences Historiques. Rapports, II. Antiquité*, Uppsala 1960, 35 ss., in particolare 46 ss.