

## Costanzo e Costante hanno davvero abolito il processo formulare?

In chiusura dell'intervento dedicato al problema dell'origine della *cognitio extra ordinem*, pronunciato durante il convegno dedicato al processo, civile e penale, in memoria di Arnaldo Biscardi, avevo accennato a qualche riserva circa la reale portata di C.I. 2.57.1 (a. 342): la legge con cui, secondo opinione universalmente condivisa, Costanzo e Costante avrebbero formalmente abolito il processo formulare<sup>1</sup>. Proprio su questo punto desidero ritornare.

Come è noto la legge di Costanzo e Costante ci è pervenuta solo attraverso il codice giustiniano: qui, nel titolo 2.57, sotto la rubrica *'de formulis et impetratione actionum sublatis'*, i compilatori hanno collocato il brevissimo testo *'iuris formulae aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicatus amputentur'*, escerpito da un provvedimento inviato a Marcellino, preside della Fenicia, il 23 gennaio 342 da una località che ci resta ignota, non essendo menzionata nella *scriptio*.

A questa costituzione segue una legge di Teodosio II, diretta a Hierio, prefetto del pretorio, il 20 febbraio 428 da Costantinopoli: *'Nulli prorsus non impetratae actionis in maiore vel minore iudicio agenti opponatur exceptio, si aptam rei et proposito negotio competentem eam esse constiterit'*. Il testo ripete senza varianti quello conservato, unica costituzione del titolo, sotto la rubrica teodosiana *'de ommissa actionis impetratione'*<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>) Rinvio al testo dell'intervento, che sarà pubblicato nella «Collana» di questa rivista («Atti del Convegno *'Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico'* in memoria di Arnaldo Biscardi. Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001»).

<sup>2</sup>) Nel Codice Teodosiano sono conservate altre cinque costituzioni inviate al prefetto del pretorio Hierio in quello stesso 20 febbraio 428 ed una sesta è conservata nel *Codex repetitae praelectionis*:

C.Th. 3.5.13: *'POST ALIA: Si donationis instrumentum ante nuptias actorum sollemnitate firmatum sit, de traditione, utrum nuptias antecesserit an secuta sit vel penitus praetermissa, minime perquiratur, in illa donatione, quae in omnibus intra ducentorum solidorum est quantitate, nec actorum confectione quaerenda. Haec enim commoda nec mariti fraude nec successorum eius improbitate nec scrupulositate iuris, etsi imperite vel callide rerum offerendarum in dotem habeat donatio mentionem, denegari uxoris deceptis patimur vel his, qui in earum iura succedunt, sed a marito vel ab heredibus eius exacta restitui: illa manente lege, quae minoribus aetate feminis etiam actorum testificatione ommissa, si patris auxilio destitutae sint, iuste consuluit. ET CETERA'*. Riprodotta con qualche variazione testuale in C.I. 5.3.17;

C.Th. 3.7.3: *'Si donationum ante nuptias vel dotis instrumenta defuerint, pompa etiam aliaque nuptiarum celebritas omittatur, nullus aestimet ob id deesse recte alias inito matrimonio firmitatem vel ex eo natis liberis iura posse legitimorum auferri, inter pares honestate personas nulla lege impediende consortium, quod ipsorum consensu atque amicorum fide firmatur. ET CETERA'*. Riprodotta senza variazioni testuali in C.I. 5.4.22;

C.Th. 3.13.4: *'POST ALIA: Ad exactionem dotis, quam semel praestari placuit, qualicumque sufficere verba censemus, etiamsi dictio vel stipulatio in pollicitatione rerum dotalium minime fuerit subsecuta. ET CETERA'*. Conservata con variazioni testuali in C.I. 5.11.6;

C.Th. 4.6.8: *'POST ALIA: Naturales liberi eorumque matres nec parentum arbitrio in successione ceterisque modis, quibus rei mobilis vel immobilis dominium confirmatur, passim et sine legis distinctione congrua permittantur, nec tamen legis, quae nuper lata est, asperitate premanur, cum satis sit eos secundum priorem constitutionem aut extantibus iustis liberis aut etiam non extantibus id tan-*

Per la verità conosciamo il titolo in questione, C.Th. 2.3, solo attraverso il *Breviarium Alaricianum* e, quindi, sarebbe lecito supporre che nell'originale fossero presenti anche altre costituzioni; tuttavia, la diversità delle rubriche induce ad escludere che C.I. 2.57.1 di Costanzo e Costante fosse collocata proprio in questo titolo del codice teodosiano e sia stata pretermessa dai compilatori del *Breviarium*, come è accaduto in numerosi altri casi. La rubrica teodosiana è infatti del tutto estranea al contenuto della legge del 342, mentre è costruita appositamente per la legge di Teodosio II, perciò: o immaginiamo che i compilatori visigoti, avendo deciso di non conservare la prima legge, abbiano interamente riscritto la rubrica, comportamento peraltro non attestato in altri casi in cui sia possibile una verifica, oppure dobbiamo ammettere che la costituzione in oggetto era inserita in un altro titolo del codice teodosiano.

Nessuna delle rubriche a noi note sembra idonea ad accogliere il provvedimento che abolisce le *formulae*: dovremmo allora immaginare che i compilatori visigoti abbiano tralasciato l'intero titolo, la cui rubrica non siamo in grado di ricostruire, ove era compresa la legge di Costanzo e Costante nel testo che ora leggiamo. In alternativa, si fa strada l'ipotesi che in realtà i compilatori giustiniani, come in molte altre occasioni, abbiano estrapolato la frase da un più ampio contesto legislativo, ormai per noi non ricostruibile<sup>3</sup>, inserito in una rubrica pertinente alla parte del testo originario non

---

*tum consequi, si patris deferatur arbitrio, quod per eam iusta moderatione decretum est, ceteris, quae de eorum matribus libertis libertinisque per novam constitutionem decreta sunt, in sua manentibus firmitate*<sup>3</sup>;

C.Th. 5.1.9: *'Pridem latae constitutionis pars quaedam abroganda est, ne ullis parentibus aut propinquis, quos naturae legisque pariter praerogativa defendit, in capiendis ab intestato hereditatibus praeferantur coniuges vel etiam conparentur, cum, si sanctitas inter eos sit digna foedere coniugali, non ita laboriosa vel sumptuosa est testandi occasio, ut desiderio suo quisquam subvenire differat, quod interdum ita sensu leviore concipitur, ut antiqui nec quod extraneis ac saepe ignotis in donationibus successonibusque tribuitur coniugibus concesserint, reprimendum inter hos potius, ut in loco ancipiti, quam incitandum favorem mutuum arbitrati. Verum ex alia, quam pridem tulimus, ut matrimonii auxilium impertiret, deficientis hoc totum credidit arbitrio permittendum. Nunc vero parentibus extantibus vel propinquis ab intestato venire coniuges prohibemus. Itaque nulla mentio prioris legis sit, si qua hoc medio brevique tempore contigisse alicui dicatur coniugis ab intestato hereditas, et lege proposita divulgetur omnem huiusmodi spem successonis, quae ab intestato deferetur, coniugibus deponendam, nisi ille casus emergerit, ut nemo de propinquis successonem mortui vindicare possit ex lege, cum fisco nostro qualiscumque iura matrimonii praeponamus. ET CETERA*'. I compilatori giustiniani hanno utilizzato questa costituzione per: C.I. 6.24.1, 8.53.29 e 6.18.1;

C.I. 6.61.2: *'Constitutionis novae capitulum clariore interpretatione sancimus, ut, quae per filios nepotes pronepotes itemque filias nepotes proneptes, quamvis in potestate sint, minime adquiri decrevimus a marito vel uxore quocumque titulo collata sive ultima voluntate transmissa, nullus ad id quoque pertinere existimet, quod ab ipso parente datum vel ante nuptias donationis causa pro una ex memoratis personis praestitum fuerat, ut minime ad eum, si casus tulerit, revertatur (prospiciendum est enim, ne hac iniecta formidine parentum circa liberos munificencia retardetur): sed ut his potestatis iure ad parentes reversis cetera, quae ex substantia speciali coniugis ad superstitem devenerunt, quamvis idem in sacris sit, fructu tamen solo atque usu parentibus deputato, dominium ei qui a coniuge vel quae meruit reservetur, parente pro emancipationis etiam beneficio, si voluerit, sicut in maternis rebus vel quae per eandem lineam veniunt, praemium habituro*'.

Le locuzioni *'post alia*' ed *'et cetera*', oltre alla tipologia dei temi trattati, legittimano l'ipotesi che ci si trovi di fronte a frammenti tratti da un unico testo. In tal caso, il principio affermato in C.Th. 2.3.1 = C.I. 2.57.2 sarebbe stato formulato in relazione ai temi affrontati dal complesso provvedimento normativo, mentre il valore generale sarebbe frutto dell'estrapolazione operata dai commissari teodosiani.

<sup>3</sup>) Quella in esame è l'unica costituzione a noi nota inviata a Marcellino, preside della Fenicia, mentre risultano inviate a un Marcellino prefetto del pretorio in occidente nel 340: C.Th. 11.12.1 (costituzione conservata solo dal manoscritto Vaticano e non ripresa né dai compilatori visigoti né da quelli giustiniani) e 6.22.3 (la costituzione, conservata in manoscritti del codice, non è recepita nel *Breviarium* e nel *Codex repetitae praelectionis*); mentre a un Marcellino *'comes orientis*' risultano dirette nel 349: C.Th. 12.2.1 (costituzione tramandata attraverso il manoscritto Vaticano e ripetuta, meno la frase conclusiva, in C.I. 10.37.1) e C.Th. 15.1.6.

Il codice giustiniano per l'anno 342 conserva solo un'altra legge (C. I. 9.9.30 = C.Th. 9.7.3), diretta *ad populum* e datata al dicembre: *'IMP. CONSTANTINUS ET CONSTANS AA. AD POPULUM. Cum vir nubit in feminam, feminas viros protectura quid cupiat, ubi sexus perdidit locum, ubi scelus est id, quod non proficit scire, ubi Venus mutatur in alteram formam, ubi amor quaeritur nec videtur, iubemus insurgere leges, armari iura gladio ultore, ut exquisitis poenis. DAT. PRID. NON. DEC. MEDIOLANO, PROPOSITA ROMAE XVII KAL. IANUAR. CONSTANTIO III ET CONSTATE II AA. CONSS.*'.

Il codice teodosiano conserva, sempre per l'anno 342, insieme ad altre (c. 12.1.33, data il 5 aprile, diretta al *comes Orientis* Rufino; c. 10.10.6, data il 6 aprile, diretta al *comes rerum privatarum* Eusebio; c. 12.1.34, data l'8 aprile, diretta

riprodotta.

Alcuni studiosi, fra i quali proprio Arnaldo Biscardi, hanno già da tempo notato che il dettato della legge allude più propriamente alle *'formulae'* negli atti giuridici senza un preciso riferimento a quelli giudiziari, ma queste osservazioni non paiono aver sollevato alcun serio dubbio sulla convinzione, già salda presso i glossatori<sup>4</sup>, che Costanzo e Costante abbiano voluto abolire il processo *per formulas*. Infatti lo stesso Biscardi afferma: «da famosa costituzione ... che, vietando ogni formalismo negli atti giuridici, aboliva anche le formule processuali, la cui tradizione si era verosimilmente conservata attraverso i repertori in uso per la pratica giudiziaria, come falsariga delle istruzioni con le quali il titolare della *iurisdictio* affidava la decisione delle liti ai suoi delegati (*iudices pedanei*)»<sup>5</sup>. Secondo questa lettura, dunque, la legge farebbe riferimento implicito al processo formulare<sup>6</sup> e alla conclusione si giunge traendo argomento in primo luogo dal tenore della rubrica, che, in effetti, sola, instaura un rapporto con l'ambito processuale; ma la rubrica, come si è visto, è di fattura giustiniana.

Anzi, a proposito della rubrica, è opportuno aggiungere che i compilatori l'hanno redatta in modo che essa sembri anticipare il contenuto normativo delle due brevissime costituzioni presenti nel titolo, mentre, in realtà, almeno per quanto riguarda la seconda, esprime, di certo, un precetto diverso. La rubrica recita: *'de formulis et impetratione actionum sublatis'*, alludendo all'abolizione delle formule e dell'*impetratio actionis*, ma la seconda costituzione, il cui breve testo ho sopra integralmente riportato, non abroga affatto l'*impetratio actionis*: si limita soltanto a vanificare gli effetti negativi che la sua omissione poteva comportare, vietando l'esercizio della specifica *exceptio*. Già Gotofredo rileva l'incongruenza fra la rubrica ed il testo della legge e, in sede di commento alla rubrica teodosiana *'de omissa actionis impetratione'*, dato atto del diverso tenore della corrispondente rubrica giustiniana, annota: *«quamquam non tam impetrationes actionum hac lege tolluntur, quam necessitas impetrationis remittitur, & omisse impetrationis exceptio, concurrentibus videlicet illis quae hac l. requiruntur, eliditur»*. Perciò anche nel caso della legge di Costanzo e Costante la rubrica potrebbe dire qualcosa di più o di diverso di quanto contenuto nella costituzione.

Essendo questo lo stato della questione, ho creduto di qualche interesse verificare l'uso del termine *'formula'* nella compilazione giustiniana, nel codice teodosiano e nelle altre fonti giuridiche pervenuteci.

Nel codice teodosiano esso ricorre due volte: in C.Th. 4.19.1.pr., legge diretta al prefetto del

ad *Auxentius praeses Augustammicae*, c. 11.36.6, inviata l'11 maggio a Leontio; c. 7.20.6 data il 24 giugno e diretta a *Helpidius consularis Pannoniae*; c. 1.5.4, data il 30 luglio, diretta a Leontio prefetto del pretorio; una legge (C.Th. 3.12.1) inviata ai *provinciales Foenices*, data il 31 marzo: il testo, tramandatosi da manoscritti, ma non accolto né nel *Breviarium*, né nel *Codex repetitae praelectionis*, collocato nel titolo *'de incestis nubtiis'*, prevede la pena di morte per chi stringesse unione matrimoniale con la figlia del fratello e della sorella: *'IMPP. CONSTANTIUS ET CONSTANS AA. AD PROVINCIALES FOENICES. Si quis filiam fratris sororisve faciendam crediderit abominanter uxorem aut in eius amplexum non ut patruus aut avunculus convolaverit, capitalis sententiae poena teneatur. DAT. PRID. KAL. APRIL. ANTIOCHIAE, CONSTANTIO III ET CONSTATE II AA. CONSS.'* A governatori della Fenicia, ma di rango consolare, risultano inviate C.Th. 12.1.52, del 3 settembre 362, C.Th. 13.1.9 del 30 giugno 372, C.Th. 7. 22. 9 e C.Th. 12.1.83 del 14 maggio 380.

In conclusione, non sembrano identificabili altri passi, oltre a quello conservato in C.I. 2.57.1, escerpiti dai compilatori dal testo originale della legge data il 23 gennaio 342.

<sup>4</sup>) Essi, ignorando il testo Veronese di Gaio, sulla base del solo frammento di Pomponio, conservato in D. 1.2.2, confondono il processo formulare con quello per *legis actiones* e quindi riferiscono il formalismo condannato da C.I. 2.57.1 all'intervento rispondente dei pontefici. Si veda il commento alla rubrica ed alla legge nell'edizione *Venetius MDLXXXI*.

<sup>5</sup>) A. BISCARDI, *Nuove testimonianze di un papiro arabo-giudaico per la storia del processo provinciale romano*, in «Studi G. Scherillo», Milano, 1972, I, p. 111 ss., in particolare p. 144-145. Dello stesso autore si veda anche *Le papyrus de la 'prokatarxis'*, in «SDHI», XXXIII, 1967, p. 320 ss., ove – p. 324 nt. 15 – sono offerti ampi riferimenti bibliografici.

<sup>6</sup>) Per un quadro completo della letteratura in proposito si veda «La legislazione di Costantino II, Costanzo e Costante (337-361)», a cura di P.O. CUNEO («Materiali per una palinogenesi delle costituzioni tardo-imperiali», II.2), Milano, 1997, p. 90.

pretorio Eutropio il 17 giugno 380 da Tessalonica, e in C.Th. 14.9.3.1, legge di Teodosio II, con *inscriptio* priva dell'indicazione del destinatario, data a Costantinopoli il 27 febbraio 425.

Nel primo testo, posto sotto la rubrica *'de usuris rei indicatae'* si legge *'Quod a nobis exemplo aequabili ex iuris prisca est formulis introductum ut, quia malae fidei possessores in fructus duplos conveniuntur, aequae malae fidei debitorum simile damni periculum persequatur'*. Nota solo perché inserita nel *Breviarium Alariciarum*, la costituzione non è ripresa dai compilatori giustiniani.

Il secondo testo, ultimo del titolo *'de studiis liberalibus urbis Romae et Constantinopolitanae'*, conservato nel manoscritto *«Vaticanus reginae 886»*, contiene la frase: *'Unum igitur adiungi ceteris volumus, qui philosophiae arcana rimetur, duo quoque, qui iuris ac legum formulas pandant, ita ut unicuique loca specialiter deputata adsignari faciat tua sublimitas, ne discipuli sibi invicem possint obstrepere vel magistri neve linguarum confusio permixta vel vocum aures quorundam aut mentes a studio litterarum avertat'*. La costituzione è ripetuta nel *Codex repetitae praelectionis* in identica sede (C.I. 11.19.1) con un'unica variazione testuale: la parola *'formulas'* è sostituita da *'voluntates'*.

Il termine ricorre ancora in due Novelle: la *Nov. Th. 5.1*, diretta a Marcellino, *comes rerum privatarum*, il 9 maggio 438 da Costantinopoli, porta la rubrica *'de patrimonialibus rei dominicae et limitrofis fundis per orientem sitis'* e, in chiusura, contiene la frase: *'Quam si quis tractator temerario spiritu contra iussa divalia, quod non opinamur, offerre temptaverit, quinquaginta librarum auri cum amissione militiae dispendio ferietur, quatenus cuncti cognoscant firmiter nos possessoribus praesenti lege donasse quae exceptionibus et ceteris formulis vacillabant, Marcelline frater amantissime'*<sup>7</sup>.

Nella *Nov. Val. 21.1*, diretta al prefetto del pretorio Albino, data a Roma il 21 ottobre 446 e pubblicata nel foro Traiano, che detta norme in materia testamentaria, all'inizio si legge: *'Iam dudum quidem divus avunculus noster testamentorum compendia generali lege complexas formulas iuris antiqui et inanem verborum conquisitionem non necessariam indicavit validissimam statuens voluntatem, cum de nostris altioribus coniuges petunt, ut decedenti prius succedat superstes'*.

Nel *Codex repetitae praelectionis* il termine *'formula'* ricorre solo nella rubrica 2.57 e nel testo della costituzione di Costanzo e Costante.

Nei *Digesta* soltanto due passi contengono la parola *'formula'*: D. 3.5.46, tratto dal primo libro della *Pauli Sententiae* (*Paul. Sent. 1.4.9-10*)<sup>8</sup>, in tema di *negotiorum gestio*: *'Actio negotiorum gestorum illi datur, cuius interest hoc iudicio experiri. Nec refert directa quis an utili actione agat vel convenientur, quia in extraordinariis iudiciis, ubi conceptio formularum non observatur, haec subtilitas supervacua est, maxime cum utraque actio eiusdem potestatis est eundemque habet effectum'* e D. 47.2.42, ove, sotto la rubrica *'de furtis'* è riprodotto un passo tratto dal libro nono *ad Sabinum* di Paolo: *'si servus navem exerceat non voluntate domini, de eo, quod ibi perit, vlgaris formula in dominum danda est, ut quod alter admisit dumtaxat de peculis, quod ipse exercitor, adiciatur ut noxae dederet'*.

Nelle *Istitutiones* giustiniane il termine non ricorre neppure una volta, benché nelle Istituzioni di Gaio esso sia presente ben sessantanove volte, salvo errori: *Gai., inst. 2. 278; 3. 222 (due volte) e 224; 4. 30, 33 (due volte), 34, 37, 39, 40 (due volte), 41 (due volte), 42, 43 (due volte), 44, 45, 46 (quattro volte), 47 (quattro volte), 48, 49, 50 (due volte), 51, 52, 53.d, 54, 57, 59, 60 (tre volte), 63, 64, 71 (due volte), 74, 74.a, 86, 91 (due volte), 92, 93 (due volte), 95, 106, 107, 114, 119, 131, 132, 134, 136 (due volte), 137, 139, 141 (due volte), 163 e 165 (due volte)*<sup>9</sup>.

Peraltro neppure nella *Epitome Gai* compare la parola *'formula'*, mentre nei *Fragmenta Augustodunensia*, essa è testimoniata un'unica volta: *'ergo cum duae sint actiones, in rem et in personam: in rem aut per petitoriam formula agitur ...'*<sup>10</sup>, benché i paragrafi 79-114 del quarto libro corrispondano ai paragrafi 39-107 del testo Veronese, ove la parola *'formula'* ricorre, come si è visto, ben sessantacinque

---

<sup>7</sup>) La Novella non è ripresa nel *Codex repetitae praelectionis*.

<sup>8</sup>) Questa è la collocazione attribuita anche da «FIRA.», II<sup>2</sup>, Firenze 1968, p. 325.

<sup>9</sup>) I dati sono riferiti all'edizione a cura di G. Baviera in «FIRA.», II, cit., p. 3 ss.

<sup>10</sup>) *Frag. Aug.* 4.95.

volte. Di particolare interesse per il discorso che vado facendo mi pare la lettura dei paragrafi 106-107 del libro quarto delle Istituzioni:

Et siquidem imperio continenti iudicium actum fuerit, sive in rem sive in personam, sive ea *f o r m u l a* quae in ius habet intentionem, postea nihilo minus ipso iure de eadem re agi potest; et ideo necessaria est exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae. Si vero legitimo iudicio in personam auctum sit ea *f o r m u l a* quae iuris civilis habet intentionem, postea ipso iure de eadem re agi non potest, et ob id exceptio supervacua est; si vero vel in rem vel in factum actum fuerit, ipso iure nihilo minus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est rei iudicatae vel in iudicium deductae.

a confronto con i paragrafi 106-114 nella versione conservata nei *fragmenta Augustoduniensia*:

Haec si tenetis, iam videbitis quod in legitimo iudicio ipso iure actio consumitur, imperiali iudicio numquam ipso iure consumi potest. In legitimo iudicio non omnis actio consumitur, sed ea sola quae habet intentionem personalem in ius conceptam: nam est et in factum concepta. Dicis: 'si paret te mihi dare oportere tot milia' vel 'illam rem' vel 'quidquid te dare facere praestare oportet'. Ista est personalis intentio in ius concepta. Sed ubi in rem actio proponitur, non potest consumi legitimum iudicium ... quomodo: 'si paret illum fundum meum esse ex iure Quiritium'. Licet et egeris legitimo iudicio, tamen non consumis actionem: tamdiu enim potest tibi competere actio, quamdiu dominium habes; nam recte dominus quandoque dicit: 'si paret illam rem meam esse ex iure Quiritium'. Ne autem idem litigans audiatur in iudiciis diversis post primam actionem ... er ... ei ponitur exceptio rei in iudicium (hoc est si adhuc pendet iudicium) rei in iudicium deductae, (si iudicata in legitimo iudicio) rei iudicatae. deductae in iudicium vel iudicatae ... Sunt et actiones, quae dicuntur in factum, de quibus iam locuti sumus. Etiam in factum actio non consumitur, quia quod factum est infectum fieri non potest. Puta depositi actio est in factum: 'si paret me deposuisse apud illum Gaium Seium illam rem, neque eam redditam esse dolo malo illius Gaii Sei, condemna illum'. Numquam ex eo, quod factum est, infectum esse, cum deposuisti, potest. Venis et dicis: 'si paret me deposuisse illam rem'. Deinde dicis: quod semel factum est infectum fieri non potest, si quid opponitur tibi ex eo quod prius iam res iudicata est, vel in iudicium deducta est. Ergo neque in factum actiones conceptae consumuntur, neque in rem; sed solae actiones personales quae habent in ius conceptam intentionem. in imperiali autem iudicio numquam actio consumitur, sed semper ...'<sup>11</sup>.

Nel secondo passo, in cui pure sono riportate testualmente diverse *formulae* o parti di *formulae*, non compare mai il termine *formula*, che invece ricorre due volte nel parallelo luogo delle Istituzioni Veronesi: sembra che *formula* sia sostituibile da *actio* (*f o r m u l a* quae iuris civilis habet intentionem — *actiones personales quae habent in ius conceptam intentionem*) quasi che, smarrito il valore della *formula* come specifico atto processuale, l'attenzione si sia spostata sul suo contenuto. Inoltre gli schemi formulari riprodotti sono stati modificati così che risultino pronunciati dalla parte: sembra quindi che essi, almeno nella prassi occidentale del quarto-quinto secolo, dovessero essere utilizzati dall'attore per descrivere la propria pretesa in termini giuridicamente corretti e non avessero più nulla a che fare con la *formula* predisposta dal Pretore, accettata dalle parti e consegnata al giudice.

Il riferimento all' *'imperiali iudicio'* che si legge in apertura e nella frase conclusiva del passo sopra riportato, frase mutila perché corrispondente alle ultime parole leggibili del manoscritto, e che non trova riscontro nel parallelo luogo del Gaio Veronese, anch'esso sopra riprodotto per intero, conforta l'ipotesi che le modifiche testuali siano state suggerite all'autore dall'intento di rendere attuale l'opera che stava parafrasando e riassumendo.

Quanto alle altre testimonianze: nei *Fragmenta Vindobonensia* delle Istituzioni di Ulpiano è conservato questo passo: '*... arbitriam explicantur aut per sponsonem, prohibitoria vero semper per sponsonem explicantur: restitutorio vel exhibitorio interdicto reddito si quidem arbitum postulaverit, is, cum quo agitur, f o r -*

---

<sup>11</sup>) Le integrazioni operate nella seconda edizione «FIRA.», I<sup>2</sup>, Firenze, 1968, p. 227 e 228, sono segnalate dal carattere corsivo.

*m u l a m accipit arbitrariam per quam arbiter ...*'(5.1) e nei *Fragmenta Argentoratensia* dei libri *disputationum* di Ulpiano, leggiamo: '... *exceptio ei prosit: et quod attinet ad f o r m u l a e conceptionem, proderit, quia extraneus possessor est. Sed si ipse, qui pigneravit, rem distractam redemit, tunc quaeri potest, an exceptione, quasi extraneus is uti possit, et magis est non ei prodesse exceptionem, licet in factum f o r m u l a e concepta sit, ut supra ostendimus*' (*libri tertii fragmenta II B verso*).

Nei *Tituli ex corpore Ulpiani* si devono segnalare due passi: 'Fideicommissa non per f o r m u l a m petuntur, ut legata, sed cognitio est Romae quidem consulum aut praetoris, qui fideicommissarius vocatur, in provinciis vero praesidium provinciarum' (25.12) e 'Adiudicatione dominia nanciscimur per f o r m u l a m familiae heriscundae, quae locum habet inter coheredes, et per f o r m u l a m communi dividendo, cui locus est inter socios, et per f o r m u l a m finium regundorum, quae est inter vicinos' (19.16).

La *Collatio* conserva un passo di Paolo, tratto dal *liber singularis* dedicato all'*iniuria* sotto il titolo 'quemadmodum iniuriarum agatur': 'Certum autem an incertum dicat, cognitio ipsius praetoris est. Demonstrat autem hoc loco praetor non vocem argentis, sed qualem f o r m u l a m edat. Certum non dicit, qui dicit pulsatum se sive verberatum. Sed et partem corporis demonstrat et quem in modum, pugno puta an fuste an lapide, sicut f o r m u l a proposita est: 'quod Auli Ageri mala pugno percussa est'. Illud non cogitur dicere dextra an sinistra, nec qua manu percussa sit. Item si dicat infamatum se esse debet adicere, quemadmodum infamatus sit. Sic enim et f o r m u l a e concepta est: QUOD NUMERIUS NEGIDIUS illi LIBELLUM MISIT AULO AGERIO INFAMANDI CAUSA' (*Coll. 2.6.3-5*).

Nei *Fragmenta Vaticana* è conservato un rescritto di Diocleziano e Costanzo datato al 293: 'Successoribus donatoris perfectam donationem revocare non permittitur, cum imperfectam perseverans voluntas per doli mali replicationem confirmet. Unde aditus praeses provinciae, si de possessione te pulsum animadvertit nec annus accessit, ex interdicto 'unde vi' restitui te cum sua causa providebit, vel si hoc tempus finitum est, ad f o r m u l a m promissam, quasi nullas vires donationem habuisse dicatur, quaestione facti examinata, iudicem praeses provinciae sententiam ferre curabit' (*Vat. fr. 312*).

Nella *Consultatio*, nel corso del commento a testi paolini<sup>12</sup>, l'autore scrive: 'certe si necesse est rusticis improbisque moribus aliquid amplius satisfieri, ipsi duo, quos quasi praefata cartula nominavit, sub praesentia electarum personarum, defensore quoquo adhibito appellentur, ut, si praesumunt aut putant iustum vel legale, audiant quae partes iurgantium crediderint intimanda: et si ipsius cartulae, quae iam dignoscitur i u r i s f o r m u l i s vacuata, modum aestimant se supplere, promant de agnitis legis sententiam' (*Cons. 7.8*).

Infine il *Commonitorium* al *Breviarium Alaricianum*, in chiusura, raccomanda: 'Providere ergo te convenit, ut in foro tuo nulla alia lex neque i u r i s f o r m u l a proferri vel recipi praesumatur'.

A questi ora elencati devono essere aggiunti i passi relativi alla 'formula Fabiana'<sup>13</sup>.

La rilettura del complesso delle testimonianze, peraltro già note, consente di verificare nelle fonti più tarde, occidentali ed orientali, la scomparsa del termine 'formula' nel suo significato tecnico proprio e l'emersione della locuzione 'formula iuris' o 'iuris formula', ignota ai giuristi classici<sup>14</sup>, che non si riferisce più in modo inequivoco all'atto processuale, cuore del processo formulare, ma ha un impiego variegato con riferimento, in primo luogo, ad atti negoziali e, in particolare, al testamento<sup>15</sup>. Proprio questa locuzione è usata in C.I. 2.57.1 ed appare significativa la glossa: 'iuris formulae id est solemnitates'<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> I passi commentati sono: *Pauli sent. I lib. de pact.* ('Nec contra leges nec contra bonos mores pacisci possumus'), *Item eod. lib. et tit.* ('Pactum contra ius aut constitutiones aut s.c. interpositum nihil momenti habet') ed *Item ex corpore Pauli de pact. et conventis* ('Post rem indicatam pactum, nisi donationis causa interponatur, servari non potest').

<sup>13</sup> Vedi *Paul. Sent. 3.3* e i *Fragmenta de formula Fabiana* in «FIRA». II, cit., p. 427 ss.

<sup>14</sup> Questa espressione non ricorre mai in Gaio, né si rinviene nei frammenti dei giuristi classici, sopra riprodotti, pervenutici non per mezzo dei *Digesta* giustinianeici.

<sup>15</sup> Espliciti in questo senso i passi della *Consultatio* e della Novella di Valentiniano III sopra riportati. Certo si tratta di testimonianze successive a C.I. 2.57.1.

<sup>16</sup> Vedi l'edizione di Venezia, già citata (nt. 4); l'editore, inoltre, segnala una variante nella tradizione testuale della rubrica in cui si leggerebbe 'formulis iuris', anziché solo 'formulis'.

Inoltre i risultati di questa verifica, per quanto riguarda la compilazione giustiniana, permettono di concludere che il termine *'formula'*, nella sua accezione tecnica processuale, era ormai estraneo al vocabolario dei giustiniani e che i compilatori lo eliminarono con ogni cura dai passi conservati nei *Digesta*<sup>17</sup>. Proprio la necessità di una sistematica revisione dei testi classici può avere richiamato l'attenzione sull'opportunità di far risultare in modo inequivoco che il processo formulare era ormai da molto tempo sicuramente non più utilizzato.

In conclusione riceve significativa conferma l'interpretazione che voleva la legge di Costanzo e Costante rivolta ad eliminare il formalismo negli atti giuridici, in genere; è allora lecito enunciare, almeno come ipotesi di lavoro, la congettura che i compilatori abbiano estrapolato il testo di C.I. 2.57.1 da un più ampio provvedimento, non riferentesi al processo formulare<sup>18</sup>, per porlo in grande evidenza e ricondurlo alla tematica processuale, mediante la rubrica appositamente confezionata, e ciò per esigenze interne alla codificazione o legate alla politica legislativa di Giustiniano<sup>19</sup>. Se si segue quest'ultima prospettiva, il fatto che nel titolo giustiniano le *formulae* siano accostate all'*impetratio actionis*, potrebbe suggerire l'ipotesi che i compilatori abbiano voluto sancire la fine proprio di quell'uso delle *formulae* negli atti introduttivi del processo, che abbiamo visto testimoniato nei *Fragmenta Augustoduniensia*; resta tuttavia altamente probabile che già nei decenni iniziali del quarto secolo fosse ormai caduto qualunque vincolo di stretto formalismo nell'ambito processuale: ciò è attestato almeno dal passo delle *Pauli Sententiae* già citato: *'Actio negotiorum gestorum illi datur, cuius interest*

<sup>17</sup> I frammenti delle Istituzioni e dei *libri disputationum* di Ulpiano, nonché i *Tituli ex corpore Ulpiani* sono chiare testimonianze dell'uso del termine da parte di altri giuristi, oltre che da Gaio: il numero delle testimonianze, a fronte dell'assoluta esiguità dei frammenti giunti al di fuori della compilazione, consente di immaginare un uso piuttosto diffuso della parola *formula*, così come del resto riscontrato nelle Istituzioni di Gaio, nel testo Veronese.

<sup>18</sup> Visto il contesto in cui risulta usata l'espressione *'formula iuris'* negli altri passi in cui è stata riscontrata, è più facile pensare ad una legge che si occupasse di atti negoziali o di testamenti. Ciò sarebbe anche coerente con l'invio ad un preside di provincia, sintomo di intervento su problemi contingenti, legati all'applicazione della legislazione imperiale sul territorio. D'altra parte interventi di legislatori postclassici, volti a contrastare l'eccessivo formalismo degli atti, con particolare riguardo ai testamenti, sono attestati con una certa frequenza e ripetitività, fino allo stesso Giustiniano. In particolare appare suggestivo il collegamento, già accennato da Paola Ombretta Cuneo (*op.cit.*, p. CII), con la legge diretta al popolo nel 339, legge di cui ci restano diversi frammenti conservati nel libro se-  
sto del *Codex repetitae praelectionis*:

C.I. 6.9.9: *'Ut verborum inanium excludimus captiones, ita haec observari decernimus, ut apud quemlibet iudicem vel etiam apud duumviros qualiscumque testatio amplectendae hereditatis ostendantur, statutis prisco iure temporibus coartanda, eo addito, ut, etiamsi intra alienam vicem, id est prioris gradus, properantius exseratur, nihilo minus tamen efficaciam parem, quasi suis sita curriculum, consequatur'*.

C.I. 6.23.15: *'Quoniam indignum est ob inanem observationem irritas fieri tabulas et iudicia mortuorum, placuit ademptis his, quorum imaginarius usus est, institutioni heredis verborum non esse necessariam observantiam, utrum imperativis et directis verbis fiat an inflexa. Nec enim interest, si dicatur 'heredem facio' vel 'instituo' vel 'volo' vel 'mando' vel 'cupio' vel 'esto' vel 'erit', sed quibuslibet confecta sententiis, quolibet loquendi genere formata institutio valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio, nec necessaria sint momenta verborum, quae forte seminecis et belbutiens lingua profudit. Et in postremo ergo iudiciis ordinandis amota erit sollemnium sermonum necessitas, ut, qui facultates proprias cupiunt ordinare, in quacumque instrumenti materia conscribere et quibuscumque verbis uti liberam habeant facultatem'*.

C.I. 6.37.21: *'In legatis vel fideicommissis verborum necessaria non sit observantia, ita ut nihil prorsus intersit, quis talem voluntatem verborum casus exceperit aut quis loquendi usus effuderit'*.

Nessuno di questi testi ci è pervenuto nella redazione teodosiana: del resto il libro quarto del codice teodosiano, sede naturale di questa legge, è giunto a noi particolarmente mutilo.

<sup>19</sup> L'altra alternativa astrattamente configurabile, come già accennato, sarebbe pensare che la legge di Costanzo e Costante sia stata riferita al processo, conferendole il significato di abolire le *formulae*, dai compilatori teodosiani che, a questo scopo, avrebbero creato una apposita rubrica. I visigoti avrebbero eliminato l'intero titolo, mentre i giustiniani lo avrebbero fuso con quello *'de ommissa actionis impetratione'*, riscrivendo completamente la rubrica. Non abbiamo alcun indizio per ricostruire l'ipotizzata rubrica teodosiana e la collocazione del titolo nel codice teodosiano: infatti l'ordine seguito nella parte iniziale del libro secondo, ove il *Breviarium* consente di situare il titolo *'de ommissa actionis impetratione'*, è stato completamente disatteso dai compilatori giustiniani: la rubrica C.Th. 2.1 corrisponde, almeno in parte, a C.I. 3.13; la C.Th. 2.2, esattamente, a C.I. 3.5, mentre le rubriche C.Th. 2.4.5 e 6 non sono ripetute nel *Codex repetitae praelectionis*. A proposito dell'ordine sistematico seguito nei due codici, si veda da ultimo A.M. GIOMARO, *Il Codex repetitae praelectionis*, Roma 2001.

*hoc iudicio experiri. Nec refert directa quis an utili actione agat vel convenientur, quia in extraordinariis iudiciis, ubi conceptio formulae non observatur, haec subtilitas supervacua est, maxime cum utraque actio eiusdem potestatis est eundemque habet effectum*<sup>20</sup>, e da un breve inciso di C.I. 6.23.15, la *lex generalis* diretta ad *populum* nel 339 per regolare le formalità testamentarie: ‘*Et in postremis ergo iudiciis ordinandis amota erit sollemnum sermonum necessitas ...*’; di entrambi i testi conosciamo solo la versione giustiniana. In ogni caso altro è escludere rigidi vincoli formali dagli atti processuali, così come sono stati esclusi dai testamenti, eloquente l’elencazione esemplificativa offerta sempre da C.I. 6.23.15<sup>21</sup>, altro è abolire il processo formulare. Nel quarto secolo certamente la sua storia era esaurita, ma non abbiamo elementi per dire che la fine sia stata sancita da una legge in una data determinata.

L’ammettere, anche solo in via di ipotesi, che non sia esistito un provvedimento legislativo di Costanzo e Costante volto ad abolire formalmente il processo formulare, pone in luce nuova e diversa dati quali, ad esempio, l’uso di ‘*formula*’ (non ‘*iuris formula*’) contrapposta ad ‘*exceptio*’ nella *Nov.* 5.1 di Teodosio II, ancora nel 438, e la testimonianza della sopravvivenza nella prassi della *pluris petitio* nella sua conformazione classica e della conoscenza diffusa dei suoi effetti, offerta da un sermone natalizio di Leone Magno: ‘*Solvitur itaque lethiferae pactionis malesuada conscriptio, et per injustitiam plus petendi, totius debiti summa vacatur*’<sup>22</sup>, e induce a guardare da una nuova prospettiva la storia del processo nel tardo impero. In via meramente esemplificativa, riporto qui un passo di uno scritto di Provera, attento studioso del processo nell’ultima età del diritto romano, perché mi pare la sua riletture suggerisca con chiarezza il tipo di conclusioni che si dovrebbero trarre qualora si ritenessero condivisibili le ipotesi sopra formulate:

... le *cognitiones* andarono progressivamente moltiplicandosi a spese della procedura *per formulas*, fatalmente destinata a scomparire perché ancorata a norme e principi estranei al clima politico imperiale. Infatti Costanzo e Costante nel 342 d. C. (cfr. CI. 2.57.1) vietarono espressamente l’utilizzazione delle vecchie formule perché esse, con le loro sottigliezze verbali, traevano in inganno le parti (la motivazione la dice lunga sul significato della riforma).

La situazione restava comunque irta di difficoltà, dal momento che si era ben lontani dall’aver sostituito ad un modello di processo strutturato in regole e principi sapientemente elaborati da una giurisprudenza di alto livello, un modello nuovo, degno di questo nome. A quest’opera si accinsero, invece, i giuristi bizantini, procedendo alla ricostruzione di una disciplina organica del processo civile anche in veste di consulenti dell’imperatore, il quale dedicò a questa materia numerose ed importanti costituzioni in epoca successiva alla grande compilazione.

I giuristi bizantini, come era loro costume, attinsero ampiamente, a quel fine, ai testi della giurisprudenza formulare, abilmente adattati alle nuove esigenze. In definitiva, quindi, il processo *per libellum* giustiniano risulta essere il frutto di una sorta di fusione fra norme e principi risalenti alla procedura *per formulas* ed altri risalenti, invece, alla *cognitio extra ordinem*<sup>23</sup>.

Infine, per quanto attiene la compilazione, rilevata, in ogni caso, l’indubbia volontà dei compilatori giustiniani di costruire anche nel codice legami con il passato<sup>24</sup>, se si pensa che la collocazione nel titolo 2.57 della costituzione attribuita a Costanzo e Costante, nonché la redazione della rubrica, siano da attribuire ai compilatori del *Novus Codex*, ciò comporta una nuova e diversa valutazione

---

<sup>20</sup>) Si tratta del passo conservato in D. 3.5.46.

<sup>21</sup>) Il testo è integralmente riprodotto *supra*, nt. 17.

<sup>22</sup>) Il passo tratto dal *Sermo XXII* (ed. A. CHAVASSE), cap. 4, § 4, redaz. β, è qui riprodotto nel testo della «*Patrologia Latina Database* di Chadwyck-Healey Ltd.». La segnalazione mi è stata offerta, durante una conversazione a Pontignano, dalla dottoressa Stefania Petrini, che da anni va conducendo la lettura degli scritti di Leone Magno, e che ringrazio per l’informazione preziosa ed altrimenti irraggiungibile.

<sup>23</sup>) G. PROVERA, *Divagazioni storiche intorno ad un progetto di «codice tipo» di procedura civile per l’America latina*, in «*Index*», XIX, 1997, p. 333 ss., in particolare p. 334.

<sup>24</sup>) Significative, da questo punto di vista, sono le rubriche ‘*de lege Fufia Caninia tollenda*’ (C.I. 7.3) e ‘*de senatus consulto Claudiano tollendo*’ (C.I. 7.24).



della legislazione processuale del 528 e dell'inizio del 529, nonché degli anni immediatamente precedenti, poiché costringe ad ipotizzare, già in questi anni, un disegno organico e ormai maturo. Se invece si preferiscono i compilatori del *Codex repetitae praelectionis*, è necessario operare un collegamento, oltre che con le riforme processuali intervenute negli anni 529-534, anche con la redazione dei *Digesta*. Come già accennato, potremmo allora pensare che i compilatori abbiano voluto creare una legittimazione legislativa agli interventi interpolatori compiuti per eliminare dai testi classici il termine *'formula'*. Ciò però indurrebbe a supporre che risultati analoghi a quelli ottenuti tramite la pubblicazione delle *constitutiones ad commodum operis* siano stati conseguiti mediante la manipolazione di *leges* precedenti. Ciò non crea alcuno stupore sotto il profilo del rapporto dei compilatori con i testi legislativi raccolti, improntato alla più grande libertà, ma sollecita una qualche riflessione perché rivelerebbe un interesse, non voglio dire una necessità, dei compilatori ad avere un puntuale riscontro nel sistema delle *leges* ad ogni variante significativa da loro effettuata nel sistema degli *iura*.

Sono perfettamente consapevole che quanto appena esposto costituisce un semplice abbozzo, pur già sottoposto a prime verifiche, delle riflessioni suggerite dal recente incontro di Pontignano. Tuttavia, parendomi fertile e stimolante l'argomento, lunga e complessa la via per giungere a conclusioni articolate che tengano conto almeno dei più rilevanti fra i numerosi problemi connessi, ho ritenuto maggiormente utile questa rapida comunicazione onde offrire l'occasione di dibattito.