

Riccardo Fercia

Brevi note in tema di efficacia normativa degli editti del prefetto del pretorio: la disciplina dell'immissione nel possesso tra V e VI secolo (*)

1. Il problema dell'efficacia normativa degli editti dei prefetti del pretorio alla fine dell'esperienza del Principato – 2. L'interpretazione bizantina di C.I. 1.26.2 – 3. La disciplina prefettizia delle immissioni nel possesso tra il V ed il VI secolo: i dati normativi – 4. Le costanti – 5. Le correlazioni con il diritto degli *antecessores* – 6. L'impatto normativo: nuove vie della giustizia e sanzioni criminali – 7. Per un appunto sull'efficacia normativa della disciplina edittale.

1. Una recente indagine di Francesco Arcaria¹ ha riproposto, mettendo in discussione un'autorevole posizione divenuta nel tempo quasi «tradizionale»², alcune delle questioni sottese dall'esegesi di

C.I. 1.26.2: Formam a praefecto praetorio datam, et si generalis sit, minime legibus vel constitutionibus contrariam, si nihil postea ex auctoritate mea innovatum est, servari aequum est (a. 235).

Secondo l'Arcaria, la costituzione imperiale in esame – che va ascritta, a seguire il convincente ragionamento sul punto condotto da questo autore³, alla cancelleria non già di Severo Alessandro, ma del suo successore, Massimino il Trace – dovrebbe considerarsi un'*epistula*⁴, verosimilmente indirizzata a *Petronius Restitutus*, *procurator Augusti* nella *Mauretania Caesariensis*⁵. Con essa, sempre a seguire questa esegesi, la cancelleria imperiale avrebbe semplicemente dato all'alto funzionario una ben precisa istruzione: quella dell'opportunità, nel decidere una controversia devoluta alla sua giurisdizione, di applicare comunque, nonostante rivestano carattere generale, i dati normativi rappresentati dalle istruzioni operative di massima dettate dalla prefettura del pretorio, purché non antinomiche con *leges* e *constitutiones*, né superate da successive disposizioni imperiali⁶.

In quest'ordine di idee, evidentemente, C.I. 1.26.2 non contiene – nonostante un recente tentativo di precisazione in tal senso⁷ – una «delega legislativa» all'ufficio del prefetto del pretorio. La

*) Ricerca svolta nell'ambito del «PRIN» 2008, cui partecipano le Università di Cagliari, Genova, Parma, Sassari e Torino, coordinato dal professor Fausto Gorla, sul tema «Normativa primaria e normativa secondaria su amministrazione e giustizia nell'Oriente romano dei secoli IV-VI».

1) F. ARCARIA, *Sul potere normativo del prefetto del pretorio*, in «SDHI», LXIII, 1997, p. 301 ss., con ampia ricognizione critica della precedente letteratura.

2) C.E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, «*Anekdotas*», III, Leipzig, 1843 (rist. Aalen, 1969), p. 227 ss., seguito da F. PASTORI, *I prefetti del pretorio e l'arresto dell'attività giurisprudenziale*, in «Studi Urbinati», XIX, 1950-1951, p. 39 ss.

3) ARCARIA, *Sul potere*, cit., p. 306 ss.

4) ARCARIA, *op. cit.*, p. 309 s.

5) ARCARIA, *op. cit.*, p. 310 e nt. 39.

6) ARCARIA, *op. cit.*, p. 312 ss., in particolare p. 322 s.

7) S. PIETRINI, *Una testimonianza sul potere normativo del «praefectus praetorio»*, in «Studi A. Metro», IV, Milano, 2010, p. 571 ss.

tesi dell'Arcaria è, in linea di principio, convincente, ed anzi potrebbe forse scorgersi un'ulteriore ragione a favore di questa impostazione, sulla quale l'autore non parrebbe soffermarsi.

Mi riferisco all'espressione '*servari aequum est*' che figura nel cuore precettivo della norma, dal quale, a mio parere, potrebbero trarsi alcune importanti indicazioni: per comprenderne il significato, occorre innanzitutto tenere presente che, come esattamente aveva chiarito il Talamanca, «l'*aequitas* esprime l'esigenza di una disciplina adeguata, nell'ambito di un quadro istituzionale che è sì dato, ma in cui, all'interno del sistema aperto del *ius controversum*, i *prudentes* possono variare i valori recepiti, senza che si sentano, però, mai legittimati a sovvertirli bruscamente»⁸.

Orbene è senza dubbio vero che una siffatta prospettiva va riferita all'attività scientifica dei giuristi; è altresì vero, tuttavia, che – ad addentrarsi ancora nella via indicata dallo spunto dell'Arcaria – la disposizione confluita in C.I. 1.26.2 è un'*epistula* indirizzata ad un governatore provinciale. Se, allora, si tiene altresì presente che «con i *rescripta* e le *epistulae* l'imperatore fissa in modo vincolante il punto di diritto da applicare in una controversia relativa ad un caso concreto, portato alla sua attenzione da un privato (cui sono indirizzati i *rescripta*) oppure da un funzionario o da un magistrato (ai quali si risponde con le *epistulae*)»⁹, nulla esclude – ed è anzi probabile, e su questo mi discosto dalla lettura dell'Arcaria¹⁰ – che *Petronius Restitutus* (?) avesse domandato alla cancelleria imperiale, e con essa ai giuristi che svolgevano l'attività rispondente all'interno dell'ufficio, se la *forma* della prefettura del pretorio potesse considerarsi parte integrante dei *iura* normalmente applicabili per definire una controversia sottoposta alla sua cognizione. Un dubbio *de iure*, questo, ben percepibile solo che si consideri come problematica, ancora nel 235, l'inerenza ai *iura populi Romani* degli atti normativi dei prefetti del pretorio, che per Gaio – che scriveva, come è noto, ai tempi di Antonino Pio, e dunque in un momento non eccessivamente distante dal provvedimento in esame – non sembrano venire in rilievo neppure *sub specie* della normazione conseguente all'esercizio del *ius edicendi* (Gai., *inst.* 1.6).

Il *ius edicendi* che connota l'ordinamento del Principato, infatti, almeno nell'ottica gaiana, va riferito all'ideale prosecuzione del *ius edicendi* proprio dei magistrati repubblicani ancora formalmente inseriti nella nuova architettura costituzionale, e comunque a quello proprio del *princeps*, conseguente all'investitura nell'*imperium* di cui egli è titolare per il tramite di *lex* (Gai., *inst.* 1.5). In quest'ottica, è ben difficile che i *praefecti praetorio* potessero ritenersi *magistratus populi Romani*: ancora nel 235, essi dovevano essere considerati, in una logica costituzionale in cui è comunque percepibile l'idea del dualismo ordinamentale tra *princeps* e figure dell'ormai lontana repubblica¹¹, alti funzionari dell'apparato gestionale del primo; ma giammai *magistratus*. Come tali, contrariamente a quanto sosteneva lo Zachariae von Lingenthal¹², non potevano considerarsi titolari, a mio parere, di un vero e proprio *ius edicendi*: né, a tal fine, può invocarsi la tendenziale ricorrenza, nelle fonti a nostra disposizione (così come, in fin dei conti, nella vischiosa tradizione espositiva della dottrina contemporanea), del termine '*edictum*' – o di altre espressioni sostanzialmente equivalenti – per assegnare una ben precisa qualificazione tecnica agli atti normativi prefettizi, e ciò tanto più ove si consideri l'innegabile pluralità di segni¹³, di lingua latina come di lingua greca, che vi fanno problematico riferimento.

D'altro canto, è indubbio che la nostra *epistula* parli semplicemente di una '*forma*' – una circolare contenente ordini e direttive¹⁴ – che risulta *data*, in ipotesi, come '*generalis*', e che con il *ius edicendi* «in senso tecnico», nella prospettiva giuspubblicistica del rispondente, non parrebbe avere, di per sé,

⁸) M. TALAMANCA, *La 'bona fides' nei giuristi romani: 'Leerformeln' e valori dell'ordinamento*, in «Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Studi A. Burdese», IV, Padova, 2003, p. 298 nt. 811.

⁹) M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 29.

¹⁰) Cfr. ARCARIA, *Sul potere*, cit., p. 323, che ipotizza all'origine della richiesta di chiarimenti da parte dell'ufficio del governatore provinciale in ordine all'applicabilità della *forma* prefettizia la «circostanza che tali disposizioni contrastavano con quanto stabilito in precedenza dal *princeps*».

¹¹) Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Storia di Roma tra diritto e potere*, Bologna, 2009, p. 292 ss., in particolare p. 299.

¹²) ZACHARIAE VON LINGENTHAL, «*Anekdotas*», III, cit., p. 231 ss.; cfr. anche V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*⁷, Napoli, 1957 (rist.: 2006), p. 247.

¹³) Che non sfuggiva allo stesso ZACHARIAE VON LINGENTHAL, «*Anekdotas*», III, cit., p. 238 ss.

¹⁴) ARCARIA, *Sul potere*, cit., p. 317 ss.

alcuna specifica connessione: la stessa espressione ‘*dare formam*’, invero, non trova coincidenze di sorta con quelle che descrivono la genesi dei fatti normativi esaminati nel primo commentario gaiano, ove si consideri che il giurista parla, come è noto, di ‘*constituere*’ in generale (Gai., *inst.* 1.1); di ‘*inhibere atque constituere*’ (per *leges, plebiscita, senatusconsulta*: Gai., *inst.* 1.3); di ‘*constituere*’ *tout court* per i provvedimenti imperiali (Gai., *inst.* 1.5), chiarendo come il ‘*legis vicem optinere*’ di questi ultimi consegua al fatto che il *princeps*, come si è accennato, diviene titolare dell’*imperium* in forza d’investitura per tramite di *lex*; ed infine di ‘*iura condere*’ per l’attività dei giuristi, quanto meno di quelli muniti del *ius respondendi* (Gai., *inst.* 1.7).

In nessun caso, dunque, almeno a seguire l’esposizione di Gaio, dalla quale è difficile prescindere, un ‘*dare formam*’ da parte di un alto funzionario – diciamo pure il più alto funzionario dipendente sì da quel «magistrato anomalo» che è il *princeps*¹⁵, ma irriducibile *ex se* ad una delle figure di *magistratus populi Romani*, che sono unicamente quelle che affondano le proprie radici pubblicistiche nella tradizione repubblicana – è considerato fatto di normazione suscettibile di rientrare nel novero dei *iura populi Romani*; quanto, evidentemente, doveva pur porre qualche difficoltà applicativa: e la richiesta di indicazioni da parte di *Petronius Restitutus* – o chi per lui, ove non si ritenga attendibile la congettura prosopografica dell’Arcaria – ne rappresenta, forse, la più antica attestazione.

Ed è in conseguenza di questa difficoltà – una difficoltà in sé espressiva del viatico giuspolitico dal Principato al Dominato – che la cancelleria ricorre all’*aequitas*: è per questa via, in altri termini, che il rispondente ritiene di poter orientare il suo *procurator* a determinarsi per considerare in linea di principio opportuna una «variazione» in ordine ai *iura* normalmente applicabili, ritenendo «equo» tener conto anche della *forma a praefecto praetorio data*. E’ vero, cioè, che una *forma* prefettizia, in ipotesi *generalis*, non è – in ragione della sua provenienza – direttamente equiparabile alle *leges generales* imperiali, sicché, a stretto rigore, non risulta riconducibile ai *iura* che formano, alla fine dell’esperienza del Principato, l’ordinamento giuridico romano; nondimeno, è opportuno applicarla al caso concreto sottoposto alla cognizione del governatore.

Non è, in ultima analisi, la natura sostanziale dell’atto prefettizio considerato – sembra dire la cancelleria – a consentire di ricondurlo a precetto normativo di immediata applicazione, ma la valutazione di un’opportunità giuspolitica. In definitiva, la generalità ed astrattezza, di per sé, non consentono di affermare che la *forma* prefettizia ‘*vicem legis optineat*’; e tuttavia, il contenuto precettivo di C.I. 1.26.2 afferma che, nel quadro dei *iura* vigenti nel 235, per orientarsi sull’individuazione degli enunciati normativi su cui può fondarsi la decisione della controversia è inopportuno seguire pedissequamente il *ius strictum*, in quanto tra le fonti disponibili – e l’indicazione vale, è appena il caso di dirlo, *hic et nunc*, e per quella determinata controversia – ben può rientrare, a determinate condizioni, anche la *forma* del prefetto del pretorio. Essa, ad ogni buon conto, non è – sempre a parafrasare l’*epistula* – né *lex* né *constitutio*, né può essere con queste ultime in rapporto di antinomia, attuale o futura; non è dotata, in sostanza, di «autonoma» forza normativa, ma, semmai, la riceve appunto per il tramite del ricorso all’*aequitas* da parte della cancelleria imperiale.

Di per sé, per concludere, la *forma* prefettizia, seppur costruita in termini generali ed astratti, a rigore non fa parte dei *iura*, né è equiparabile ad alcuno di essi *sub specie* dell’idoneità a produrre autonomamente diritto, a «formare» l’ordinamento. La cancelleria imperiale registra l’esigenza giuspolitica di attenuare questo rigore con riferimento ad un caso concreto, e la recepisce asseverando la meritevolezza dell’indirizzo indicato al *procurator*, al di fuori di qualsiasi prospettiva «gerarchica» tra i vari formanti di cui *constant i iura populi Romani* (Gai., *inst.* 1.2).

Siamo ora in grado di trarre alcune ulteriori indicazioni per orientarci in termini forse un poco più consapevoli nell’attuale dibattito scientifico, oggi riaccessi da una recente lettura.

¹⁵ Pur con tutte le riserve che questa prospettazione indubbiamente implica (cfr. sul punto, in chiave critica, CAPOGROSSI COLOGNESI, *Storia*, cit., p. 299), essa lascia intuire un fondo di verità storica che può contribuire a delimitare il problema in esame.

Si è, invero, ritenuto costituire un «serio ostacolo»¹⁶ alla ricostruzione dell'Arcaria – che invece mi pare sostanzialmente condivisibile – la previsione, da parte della cancelleria imperiale, secondo la quale la *forma* prefettizia non può comunque contraddire *leges e constitutiones*, ed il *ius novum* imperiale è destinato automaticamente a prevalere. E tuttavia, con il chiarimento or ora individuato è forse più agevole percepire la sostanziale fondatezza dell'esegesi di questo autore: non siamo di fronte, in altri termini, a fonti riconducibili ai *iura populi Romani* di cui ci informa Gaio, ma a dati normativi che solo tramite l'*aequitas* possono trovare applicazione. Così pure, io credo, si avvalora, quasi specularmente, la critica che l'Arcaria rivolge alla tesi che, a suo tempo, ebbe a suggerire il Pastori¹⁷: il tendenziale «esaurimento» dell'attività scientifica dei *prudentes* non può, di per sé, ricondursi alla pretesa potestà normativa della prefettura del pretorio, ai cui uffici si erano avvicendati i grandi giuristi della «Severerzeit». In sostanza, il problema è alquanto più complesso, ed implica difficoltà che qui non è possibile dipanare. Sicuramente, questo «esaurimento» non dipende dall'esercizio di una funzione normativa in realtà mai conferita.

2. Condivisibile è, a questo punto, la lettura dell'Arcaria anche per quanto concerne l'affermazione secondo la quale la prefettura del pretorio ebbe funzioni normative tra il V ed il VI secolo¹⁸. Ne è però, a mio avviso, la reinterpretazione bizantina di C.I. 1.26.2, sulla quale ci dovremo ora soffermare.

Si consideri, dunque,

Bas. 6.4.7: Κρατείωσαν οἱ τῶν ἐπάρχων τύποι γενικοὶ ὄντες, μηδενὶ νόμῳ ἢ διατάξει μεταγενεστέρῃ μαχόμενοι.

La parafrasi del dato normativo confluito nel *Codex*¹⁹ va ascritta, con ogni probabilità, all'*Index* del Codice di Taleleo²⁰, la cui personalità di giurista ed insegnante, come si è di recente evidenziato in altra prospettiva d'indagine²¹, ha riservato una specifica attenzione all'individuazione del diritto applicabile nelle aree provinciali: quanto la rende – come a breve risulterà chiaro – particolarmente significativa ai fini della nostra indagine, e ciò tanto più ove la si intenda come il precipitato storico di una configurazione ermeneutica dell'*epistula* di Massimino sedimentatasi ben prima del VI secolo.

A seguire, quindi, la lettura bizantina di C.I. 1.26.2, emerge un discostamento rispetto al testo confluito nel Codice percepibile con riferimento ad alcuni punti fondamentali.

Innanzitutto, i provvedimenti a carattere normativo dei prefetti del pretorio devono essere rispettati *tout court*, sicché vien meno l'interposizione dell'*aequitas*. Nell'assetto costituzionale che connota l'esperienza del Dominato – diciamo da Diocleziano e Costantino in poi – è evidente, infatti, che la difficoltà in cui si era imbattuto il governatore provinciale che aveva richiesto il chiarimento emanato con l'*epistula* or ora esaminata svanisce del tutto: i *praefecti praetorio* «danno» le loro *formae* agendo *vice sacra* esattamente come *vice sacra* decidono una causa in grado d'appello. Neppure in questo caso, ad ogni modo, ci troviamo di fronte ad una «gerarchia» di fonti: semmai, è da dirsi che i *τύποι* prefettizi dettano regole immediatamente applicabili a prescindere dall'esistenza di una norma imperiale che saremmo tentati di considerare «primaria», ove si consideri che essi hanno un'efficacia – si parla

¹⁶ PIETRINI, *Una testimonianza*, cit., p. 572.

¹⁷ ARCARIA, *Sul potere*, cit., p. 323 ss.

¹⁸ ARCARIA, *op. cit.*, p. 336 ss.

¹⁹ In «Basilicorum libri LX» (ed. H.J. SCHELTEMA et N. VAN DER WAL), A.I, Groningen, 1955, p. 195, ll. 20-21.

²⁰ Su cui cfr. H.J. SCHELTEMA, *L'enseignement de droit des antécédents*, Leiden, 1970, p. 32 ss.; P.E. PIELER, *Rechtstiteratur*, in «Die Hochsprachliche profane Literatur der Byzantiner», II (cur. H. HUNGER, C. HANNICK, P.E. PIELER), München, 1978, p. 423 s., N. VAN DER WAL, J.H.A. LOKIN, «*Historiae iuris Graeco-romani delineatio*». *Les sources du droit byzantin de 300 à 1453*, Groningen, 1985, p. 42 s., e J.H.A. LOKIN, T.E. VAN BOCHOVE, *Compilazione - educazione - purificazione. Dalla legislazione di Giustiniano ai 'Basilica cum scholiis'*, in «Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici» (cur. J.H.A. LOKIN, B.H. STOLTE), Pavia, 2011, p. 131 s.

²¹ F. BOTTA, *Per lo studio del diritto penale bizantino. Aspetti del regime repressivo del 'plagium' fra tradizione romana e innovazione orientale*, in «Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici» (cur. J.H.A. LOKIN, B.H. STOLTE), Pavia, 2011, p. 634 ss.

di κρατεῖν per descriverne l'atteggiarsi a norme statali direttamente vincolanti – tendenzialmente autonoma, desumibile dal fatto che, molto semplicemente, non debbono trovarsi in conflitto con disposizioni imperiali ad essi successive.

Anche su questo aspetto l'interpretazione bizantina si discosta con evidenza dal testo di C.I. 1.26.2: per la cancelleria imperiale del 235, in buona sostanza, è opportuno che si applichi la *forma* prefettizia, quantunque *generalis*, purché non risulti in ogni caso contrastante con *leges* e *constitutiones*, né sia superata da una disciplina imperiale successiva. Nel III secolo si distingueva nettamente, dunque, tra innovazione dettata da *ius superveniens* proveniente dalla cancelleria imperiale, che ha valenza «primale» («*si nihil postea ex auctoritate mea innovatum est*»), ed eventuale antinomia attuale, che preclude la possibilità di *servare* la *forma* prefettizia, applicabile unicamente ove non sia in nulla *legibus vel constitutionibus contraria*: questa distinzione scompare in *Bas.* 6.4.7, che insiste unicamente sulla rilevanza delle norme imperiali sopravvenute. Ciò non significa – è appena il caso di evidenziarlo – che l'editto prefettizio possa essere emanato in contrasto con le norme imperiali vigenti; ma che, semmai, questi provvedimenti sono in grado di dettare norme giuridiche generali ed astratte ogni qual volta lo richieda una concreta necessità di governo, e senza dover attendere l'intervento della cancelleria imperiale.

Quasi per corollario, quindi, nell'ottica di *Bas.* 6.4.7 i τύποι prefettizi – intendendosi con questa espressione, genericamente, gli «editi» dei prefetti del pretorio, quale che sia poi la tipologia testuale di volta in volta rilevante – sono efficaci, nei termini or ora delineati, non già «nonostante abbiano» carattere generale («*formam a praefecto praetorio datam, et si generalis sit ... servari aequum est*»), ma proprio «perché hanno» tale carattere (κρατεῖν ... γενικοί ὄντες): l'insistenza sulla correlazione tra idoneità del provvedimento a κρατεῖν, e sua configurazione come γενικός, va letta nel segno dell'intervenuta riconduzione dei τύποι prefettizi a veri e propri fatti di normazione. In altri termini, per la cancelleria del 235 è semplicemente «opportuno» applicare la *forma* prefettizia «ancorché» sia *generalis*, in quanto la produzione di norme generali ed astratte, in quel momento storico e politico, non compete all'ufficio prefettizio, sicché è solo per la via dell'*aequitas* che quelle regole possono applicarsi per decidere una controversia; per la cancelleria del Dominato, ed evidentemente per quella giustiniana, i τύποι prefettizi possono invece configurarsi senza dubbio come norme giuridiche non solo in quanto dettate *vice sacra*, ma altresì, e soprattutto, in quanto hanno l'attitudine a regolare in astratto una fattispecie, ciò che consegue alla loro formulazione in termini generali.

La triplice divergenza evidenziata tra il testo di C.I. 1.26.2 e quello di *Bas.* 6.4.7 mostra una significativa eterogeneità allo stesso tempo giuspolitica e tecnica che esprime, a mio avviso, il segno tangibile dell'intervenuto superamento del passaggio dal Principato al Dominato: mutato l'assetto costituzionale, l'editto prefettizio può autonomamente dettare regole in modo tale da determinare la tendenziale completezza normativa dell'ordinamento. Regole, queste, efficaci *vice sacra*, e come tali destinate automaticamente a venir meno, senza necessità di ricorrere ad una vera e propria figura di «abrogazione», una volta che risultino in contrasto con una successiva disciplina dettata direttamente dall'autorità imperiale²², su cui si concentra ormai qualsiasi funzione di indirizzo politico.

Una prova di questa specifica efficacia normativa è data, a mio parere, dagli editti prefettizi che, tra la fine del V secolo e la prima metà del VI, hanno disciplinato l'immissione nel possesso di immobili.

3. I dati normativi che dovremo ora esaminare sono costituiti da quattro editti²³ emanati dalla pre-

²² E' in questa chiave che tenderei a leggere l'endiadi νόμος ἢ διάταξις, che compendia in chiave normativa il riferimento all'«*innovari ex auctoritate*» dell'*epistula* classica.

²³ Per la connessione, cfr. K.E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Zur Geschichte des römischen Grundeigentums*, in «ZSS.», IX, 1888, p. 268, J.C. NABER, *Observatiunculae de iure Romano*, LXIX, *De clandestina possessione recuperanda*, in «Mnemosyne», XXIV, 1896, p. 170 s., G. ROTONDI, *Problemi giuridici in alcuni scolii di Teodoro Balsamone* (già in «ATO.», I, 1914-1915), in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1922, p. 46 nt. 1, ID., «*Possessio quae animo retinetur*». *Contributo alla dottrina postclassica del possesso e dell'animus possidendi* (già in «BIDR.», XXX, 1921), in *Scritti giuridici*, III, cit., p. 181 nt. 1, F. GALLO, *La pretesa pubblicità dei trasferimenti nel diritto romano arcaico e classico*, in «SDHI.», XXXIII, 1957, p. 250 nt. 206, M. DE DOMINICIS, *Innovazioni bizantine al regime postclassico degli 'agri deserti'*, in «Studi E. Volterra», IV, Milano, 1971, p. 353 s., P. VOGLI, *Tradizione, donazione, vendita da Costantino a Giustiniano* (già in «Iura», XXXVIII, 1987, p. 72 ss.), in P.

fettura d'Oriente: in ordine cronologico, seguendo la numerazione dell'edizione dello Zachariae von Lingenthal²⁴, si tratta di *Ed. 33.1*²⁵, *Ed. 29*²⁷ e *Ed. 2*²⁸, tramandato anche nella collezione delle centosessantotto Novelle giustiniane come *Nov. 167*²⁹.

Li riportiamo qui di seguito, accompagnati dalla traduzione di Zachariae von Lingenthal:

Ed. 33.1: Τοὺς βουλομένους παραλαβεῖν νομήν, εἴτε γνώμη τῶν κυρίων τῆς κτήσεως εἴτε καὶ ἀγνοούντων ἢ

VOCI, *Ultimi studi di diritto romano* (cur. R. Astolfi), Napoli, 2007, p. 61 nt. 17, R. BONINI, *Ricerche di diritto giustiniano*, Milano, 1990, p. 23 nt. 36, A. PALMA, *Donazione e vendita 'advocata vicinitate' nella legislazione costantiniana*, in «Index», XX, 1992, 493 e nt. 54, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Studi sull'abbandono degli immobili nel diritto romano*, Napoli, 1989, p. 334 nt. 278, G. D'ANGELO, *La perdita della 'possessio animo retenta' nei casi di occupazione*, Torino, 2007, p. 170, A. PALMA, *Ancora in tema di pubblicità e 'vicinitas'*, in «Studi R. Martini», II, Milano, 2009, p. 946 s., e S. SCHIAVO, *Il prefetto Eustazio, Giustiniano e la 'vacua possessio absentium'*, in «Coniectanea iuris. Studi sul diritto in transizione», San Lazzaro di Savena, 2012, p. 137. La letteratura or ora ricordata tende a tener presente anche *Ed. 5.3*, che per la nostra indagine riveste una minore importanza. Per quanto concerne la tipologia dei provvedimenti in esame, i testimoni a nostra disposizione qualificano l'*Ed. 33* come τύπος (così il *Bodleianus 264 (Roe. 18)*, laddove l'*index* del *Marcianus 179* reca ἴδιον: cfr. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, «*Anekdotas*», III, cit., p. 261), così come risultano figure di τύποι anche l'*Ed. 29* e l'*Ed. 2*, mentre l'*Ed. 12* non reca alcuna qualificazione. E' da dirsi, al riguardo, che – come già si è poco sopra rilevato – di per sé una determinata qualificazione del provvedimento normativo non appare indicativa di una ben precisa conseguenza pratica, specie ove si consideri che il termine τύπος parrebbe adoperato, in generale, per indicare i provvedimenti prefettizi *tout court*: salvo forse ritenere – ma sul punto occorrerebbe una più approfondita indagine – che in senso specifico possano qualificarsi τύποι i provvedimenti riconducibili alle *formae* configuratesi già nel Principato (su cui si veda ARCARIA, *Sul potere*, cit., p. 317 ss.).

²⁴ E' stata possibile la verifica diretta del testo stabilito dallo Zachariae in quanto la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari dispone del microfilm del *Bodleianus 264 (Roe. 18)*, manoscritto oxoniense formato nel settembre del 1348 (cfr. il «Repertorium der Handschriften des byzantinischen Rechts» [d'ora in avanti «RHBR.», I [von L. BURGMANN et al.], Frankfurt am Main, 1995, n. 151.13, f. 91r-96v), che rappresenta il testimone principale dell'edizione adoperata.

²⁵ Di *Basilinus*, prefetto sotto Zenone (cfr. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, «*Anekdotas*», III, cit., p. 273 nt. 140, e «The prosopography of the later Roman empire», II, A.D. 395-527 [by J.R. MARTINDALE], Cambridge, 1980, sv. '*Basilinus 5*', p. 214 s.). *Basilinus*, invero, è l'indicazione prosopografica che figura nel *Bodleianus 264 (Roe. 18)*; lo ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *op. cit.*, p. 278 nt. 238, rileva come il provvedimento sia invece attribuito, nell'*index* del *Marcianus 179*, a *Basilides*, ricordato con riferimento alla sua carica nella costituzione *Summa rei publicae*, 2 del 529 (cfr. ancora ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *op. cit.*, p. 261 nt. 37). E', dunque, da darsi atto dell'esistenza del problema della paternità del provvedimento, non senza rilevare come, peraltro, l'arco temporale che separerebbe le due prefetture sia poi sostanzialmente ininfluente ai fini della nostra indagine. Se, comunque, si considera che la disciplina dell'immissione nel possesso appare progressivamente procedimentalizzata anche *ratione loci*, non sarebbe forse eccessivamente azzardato ipotizzare corretta l'attribuzione del *Bodleianus 264 (Roe. 18)*, e identificare il prefetto dell'*Ed. 33* con lo stesso prefetto dell'*Ed. 21* (cfr. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *op. cit.*, p. 273 e nt. 140), ovvero appunto il *Basilinus* di cui discutiamo. Ne conseguirebbe che la procedimentalizzazione, per così dire, «meno articolata» dell'immissione nel possesso sarebbe anche la più risalente tra quelle in esame (cfr. *infra*, § 4). Per l'attribuzione a *Basilides* cfr. di recente, piuttosto, VOCI, *Tradizione*, cit., p. 61 nt. 17.

²⁶ Di *Eustathius*, prefetto sotto Anastasio (cfr. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, «*Anekdotas*», III, cit., 270 nt. 90, e «The prosopography», II, cit., sv. '*Eustathius 11*', p. 436).

²⁷ Di *Archelaus*, prefetto sotto Giustino I (cfr. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, «*Anekdotas*», III, cit., 261 nt. 30, e «The prosopography», II, cit., sv. '*Archelaus 5*', p. 133 s.).

²⁸ Di *Flavius Theodorus Bassus*, prefetto sotto Giustiniano (cfr. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, «*Anekdotas*», III, cit., 260, e «The prosopography of the later Roman empire», III.A [by J.R. MARTINDALE], Cambridge, 1992, sv. '*Comitas Theodorus Bassus 4*', p. 178).

²⁹ Esamineremo questo provvedimento nel testo confluito nella collezione delle CLXVIII Novelle giustiniane. E', al riguardo, da dirsi che l'obiettiva difficoltà testuale costituita dalla mancanza degli ultimi fogli del *Laurentianus 80.4* (cfr. «RHBR.», I, n. 67.1, f. 1r-194v, e n. 95, f. 1r-2v, su cui cfr. D. SIMON, *Handschriftenstudien zur byzantinischen Rechtsgeschichte*, in «BZ.», LXXI, 1978, p. 332 ss., e specificamente p. 337 s.) è ormai superata dal loro ritrovamento (cfr. D. HOLWERDA, *Zum Neuentdeckten Schlussteil der Florentiner Novellenhandschrift*, in «Subseciva Groningana», IV, «Novella Constitutio». Studies N. van der Wal, Groningen, 1990, p. 99 ss., e specificamente p. 101), non senza rilevare come questi ultimi fogli del *Laurentianus* abbiano sostanzialmente confermato le opzioni testuali già accolte dagli editori (ZACHARIAE VON LINGENTHAL, «*Anekdotas*», III, cit., p. 249, e *Novellae*, in «Corpus iuris civilis», III⁸ [rec. R. SCHOELL, G. KROLL], Berlin, 1963, p. 754 s.). Disponiamo, ad ogni modo, di due epitomi, l'una edita da ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *op. cit.*, p. 266 s., conservata dal *Bodleianus 264 (Roe. 18)*, l'altra attribuita a *Theod. 167*, restituita tramite l'operetta conservata dallo *Zavorda 121* (cfr. «RHBR.», I, n. 327.7, f. 69v-70, f. 87-94v, ed. L. BURGMANN, D. SIMON, *Ein unbekanntes Rechtsbuch*, in «Fontes minores», I, Frankfurt am Main, 1976, p. 73 ss., e specificamente p. 94).

καὶ ἀπόντων ἐκείνων, κατὰ ψῆφον παρουσίᾳ δημοσίων παραλαμβάνειν μαρτυρούντων τῇ πρώτῃ τῆς νομῆς παραδόσει· ἀπόντων δὲ τούτων, κἄν γεωργοὶ φήσωσι δεχθῆναί τινα, μὴ ἀρκεῖν τοῦτο. εἰ δὲ ἐν τῇ βασιλίδι παραδίδεται νομή, καὶ ταβουλλαρίους δύο παρεῖναι μαρτυρούντας τῇ παραδόσει, καὶ ὡς οὐδείς ἀντεῖπεν, καὶ λαμβάνειν αὐτοὺς ὑπὲρ μισθοῦ δ' κεράτια. εἰ δὲ ἔξω τῆς βασιλίδος διάκειται, νομίσματος τὸ τρίτον. ταῦτο δὲ κρατεῖν καὶ ἐν ταῖς ἐπαρχίαις, τοῦ παραβαίνοντος ποινὴν ὑφορομένου ε' χρυσίου λιτρῶν. (Basilius – *sive Basilides?* – p.p.)

Qui possessionem apprehendere volunt, sive voluntate dominorum possessionis sive ignorantibus vel etiam absentibus illis, eam apprehendant ex decreto praesentibus publicis personis, quae primam possessionis traditionem attestentur; sin autem hi non adsint, si vel coloni aliquem dicant receptum esse, hoc non sufficiat. Quodsi in regia urbe traditur possessio, etiam tabularii duo adsint attestantes traditionem, et quod nemo ei contradixit: iique IV ceratiorum mercedem accipiant. Sin possessio extra urbem regiam sita est, tertiam partem aurei. Idem obtineat in provinciis: V librarum auri mulctam subituro eo, qui haec transgressus fuerit.

Ed. 12: Ἐάν τις πορίσῃται ψῆφον περὶ τοῦ ἐπὶ νομῆς γενέσθαι, ἐν μὲν τῇ βασιλίδι πόλει καὶ ἐν τοῖς χωρίοις καὶ προαστείοις αὐτῆς τὸν ἐκβιβάζοντα τὸ πρᾶγμα ἐπὶ δημοσιευόντων πυνθάνεσθαι παρὰ τῶν οἰκούντων τὴν οἰκίαν ἢ γεωργούντων τὸ προάστειον ἢ τὸ χωρίον καὶ ἐκ τῶν γειτόνων, τίνος γέγονε τὸ πρᾶγμα δεσπότου καὶ εἰ μηδεὶς τοῦτο νέμεται, καὶ πρὸς τοῦτους καὶ αὐτὰς εὐθὺς ἐν ἀρχῇ προστιθέναι τὰς ψήφους τῶν ἐπάρχων ἢ τοῦ ἀρχοντος ἐν αὐτοῖς τοῖς τόποις ἐπὶ δημοσιευόντων. ὁ δὲ παρὰ ταῦτα γινόμενος ἐπὶ νομῆς τοῖς περὶ τῆς βίας ὑποκίεσται νόμοις, ἀποδιδούς καὶ τὴν ἐπενεχθεῖσαν ζημίαν τῷ τὴν νομὴν ἀφηρημένῳ. (Eustathius p.p.)

Si quis decretum protulerit de in possessionem missione, in regia quidem urbe et in terris et suburbanis eius executorem rei coram publicis personis quaerere oportere ab iis, qui in aedibus habitant, vel ab iis, qui suburbanum vel terram colunt, et a vicinis, cuius domini res sit et an nemo eam possideat, et praeterea statim initio decreta praefectorum vel iudicis in ipsis locis praesentibus publicis personis proponere. Qui praeter haec in possessione constitutus fuerit, legibus de vi subiacebit, et damnum ei, cui possessio ablata est, illatum resarcibit.

Ed. 29: Εἴ τις νομὴν ἀκινήτων πραγμάτων ὡς προσήκουσαν αὐτῷ καὶ μηδένα ἔχουσαν ἐπιλημμένον αὐτῆς αἰτεῖ παραλαβεῖν, χρήσθω προστάξει πρὸς τὸν ἑκδικὸν τῆς πόλεως, ἐφ' ἧς τὸ πρᾶγμα ἐστίν, ὁ ἀρχων, καὶ πρὸς τοὺς τὰ πρῶτα φέροντας τῆς βουλῆς, ὥστε αὐτὸν δημοσίων παρόντων καὶ τῶν γειτόνων οὕτω τὲ πρακτομένον ὑπομνημάτων δῆλον ποιῆσαι μεθ' ὄρκου δόσεως, ὡς οὐδείς τῶν πραγμάτων ἐπιλήπται, καὶ τῶν ὑπομνημάτων εἰς αὐτὸν φερομένων τὴν αἰτίαν ἐξετάζετω, ἢ ὁ λαβεῖν αἰτῶν προΐσχηται. καὶ εἰ μὲν δεσπότης εἶναι φανῆ καὶ μηδεὶς ἐπιλήπται τῆς νομῆς, παραδίδόναι αὐτὴν· εἰ δὲ ὑποθήκας προβάλλεται, κατὰ τὸ τῶν ὀφλημάτων παραδοθῆναι μέτρον· ἀδείας οὐσης τῷ πρότερον ἐπιλημμένῳ τῆς νομῆς εἴσω μηνῶν ἕξ ἐπανελθεῖν καὶ ὑποδέξασθαι τὴν δίκην, εἴγε τὴν ἐπὶ τοῦτω δι' ἐγγυῶν δόσεως ραράσχη ἀσφάλειαν, τὴν τε ζημίαν, ὅση γέγονε τῷ τῆς νομῆς ἐπιλαβομένῳ. ἀποδεικνύειν πρότερον, ὅτι ταύτης ἐπιλήπτο τῆς νομῆς, καὶ οὕτως ἀναλαμβάνειν αὐτὴν καὶ τοῖς οὖσιν αὐτῷ χρήσθαι δικαίους. (Archelaus p.p.)

Si quis possessionem rerum immobilium quasi sibi competentem nec a quoquam detentam adipisci petat, praeses utatur commonitorio ad defensorem urbis, sub qua res est, et primores curiae, ut ille in praesentia publicarum personarum atque vicinorum et actis hoc modo conficiendis cum iuramenti praestatione manifestum faciat, neminem eas res detinere: et actis ad ipsum relatis causam inquirat, quam, qui possessionem adipisci vult, praetendit. Et siquidem dominus esse apparuerit nec quisquam possessionem apprehenderit, tunc eam tradat: sin hypothecas praetendit, eam tradat secundum debitorum modum; licentia autem sit ei, qui prius possessionem apprehendit, intra sex menses revertendi et iudicium suscipiendi, siquidem propterea fideiussoribus datis praestiterit cautionem et damnum, quod datum est ei, qui possessionem apprehendit, resarciverit. Illum vero oportet ostendere primum, se huius rei possessionem apprehendisse, et ita eam recipere et suis uti iuribus.

Nov. 167 = Ed. 2: Φλάβιος Κομίτας Θεόδωρος Βάσσωσ ὁ μεγαλοπρεπέστατος ἑπαρχος τῶν ἱερῶν πραιτωρίων λέγει.

Τὰ μὲν ἄλλα ὅσα διετυπώθη παρὰ τῶν ἡμετέρων θρόνων καὶ ἐν κοιναῖς δηλοῦνται γράμμασιν ἢ καὶ ἄλλοις γενικοῖς τύποις τῆς ἡμετέρας ἀρχῆς, ἢ περὶ τῶν ἐπιχωρίων ἀρχόντων καὶ τάξεων καὶ ὅλων ἀπαιτητῶν διαλεγόμενοις, καθ' ὃν αὐτοὺς δέοι τρόπον τοῖς ὑπηκόοις προσφέρεσθαι, ἢ περὶ τῆς τῶν ὑπηκόων αὐτῶν ἐν τοῖς συναλλάγμασιν ὀρθότητος καὶ τῆς περὶ τὰς εὐσεβεῖς εἰσφοράς εὐγνωμοσύνης, τὴν εαυτῶν ἔχειν ἰσχὺν βουλόμεθα καὶ ἐκ τῆς παρούσης ἡμῶν προστάξεως. ἐκεῖνο δὲ σαφέστερον ἔτι προσδιορίσασθαι δεῖν ἔγνωμεν. εἰ γὰρ τις ἀκινήτου τινὸς ἀντιλαβέσθαι σπουδάζων ἀρχικὰς ψήφους πορίσειτο, ἐπὶ μὲν τῆς εὐδαίμονος ταύτης

πόλεως ἀρκέσει τυχὸν ἢ τάξις τὴν σχολὴν μαρτυροῦσα τῆς τῶν πραγμάτων τούτων νομῆς, εἰ καὶ τῶν γειτόνων ἢ αὐτῆ τάξις λέγει μαθεῖν, ὡς οὐδεὶς τῶν πραγμάτων τούτων ἐπιέληπται· ἐπὶ δὲ τῶν ἐν ταῖς ἐπαρχίαις κειμένων ὑπὸ τοῖς τῶν τόπων ἐκδίκους ὑπομνήματα, ἃ παραπλησίως ταῦτο τοῦτο πράττονται, δεήσει συνίστασθαι, μαρτυρίας μὲν ἔχοντα τῶν γειτόνων, τῆνικαῦτα δὲ ἄδειαν παρεχόμενα τοῖς τὰς ψήφους ἠτηκόσι τὰ πράγματα κατασχεῖν. καὶ τοῖς μέλλουσι δὲ ἐκ συναλλαγμάτων τινῶν πρᾶγμα λαμβάνειν καὶ νομὴν τοιαύτην ἢ δεσποτείαν ὑπὸ τὴν ἑαυτῶν ποιεῖσθαι κατοχὴν, ἀναγκαίως τὰς τῶν ἐκδίκων ἐν ταῖς ἐπαρχίαις μαρτυρίας νομίζομεν, ὥστε ὑπομνημάτων συνισταμένων ὑπ' αὐτοῖς δηλοῦσθαι τὴν παράδοσιν, εἴτε ἐπιστάλματα τύχοι γραφέντα φροντισταῖς, εἴτε ἐπισταλμάτων χωρὶς ἢ παράδοσις μέλλοι γίνεσθαι, προσόντος ἐνταῦθα τοῦ καὶ τοὺς γεωργοὺς ἢ φροντιστὰς χρῆναι συνομολογεῖν ἐπὶ τῶν ὑπομνημάτων, ὡς τὸν ἕτερον εἰδοῖεν νομέα καὶ δεσπότην καὶ τῆ τοῦ παραδόντος ἀκολουθήσαιεν γνώμη τοῦτο αὐτοῖς ἐπιτρέψαντος. ἔνθα δὲ ἂν ἐκδικος μὴ παρῆ, τὸν λαμπρότατον τῆς ἐπαρχίας ἄρχοντα τὰ τοιαῦτα συνιστᾶν ὑπομνήματα προστάττομεν, ἢ τὸν ὀσιώτατον τῆς πόλεως ἱερέα, ὅς ἢν ἢ κτήσις ἐστὶν ὑπὲρ ἧς τὰ τοιαῦτα πράττεται, εἰ πολλῶ τυχὸν ὁ τῆς ἐπαρχίας ἡγούμενος ἀπολίπιτο τῶν τόπων, ἐν οἷς ἢ παράδοσις γίνεται. ἐν δὲ τῆ βασιλίδι ταῦτη πόλει καὶ τοὺς καλουμένους ἐκβίβαστους καὶ τὰ ὑπὲρ τῶν παραδόσεων συνιστάμενα ἐκμαρτυρία ῥοπήν ἰκανὴν δίδοναι τοῖς παρειληφόσιν ἡγούμεθα. προστάττομεν τοίνυν τῆ σῆ μεγαλοπρεπείᾳ καὶ τῆ πειθομένη σοὶ τάξει καὶ πᾶσι τοῖς κατὰ τὴν ἰθυνομένην ὑπὸ σοῦ χώραν δαιτωμένοις πάντων ἐφ' ἐξῆς ἐπιμελήσασθαι τῶν παρεγγυησαμένων ὁμοίως.

Flavius Comitas Theodorus Bassus magnificentissimus praefectus sacrorum praetoriorum dicit. Caetera quidem, quae statuta sunt a nostris thronis et in communibus apparent litteris aliisve generalibus formis nostri magistratus, quae vel de provincialibus magistratibus et cohortibus et simpliciter exactoribus tractant, quemadmodum eos oporteat cum subditis agere, vel de bona fide a subditis ipsis in contractibus observanda et de sacris illationibus devota mente inferendis, robur suum obtinere volumus etiam ex praesenti nostra praecceptione. Illud autem clarius iam definiri debere cognovimus. Nimirum si quis rem immobilem apprehendere cupiens decreta iudicis acceperit, in hac quidem felici civitate sufficet testimonium forte officii, vacuum earum rerum possessionem esse dicentis, si etiam a vicinis officium sese dicat audivisse, neminem in earum rerum detentione esse; in his autem, quae in provinciis sitae sunt, sub defensoribus locorum acta, quae similiter id ipsum faciunt, debentur confici, ita ut quidem testimonia vicinorum contineant, tunc autem his, qui decreta impetraverunt, veniam rerum apprehendendarum concedant. Sed et his, qui ex contractibus quibusdam rem accipere et eiusmodi possessionem vel dominium in suam detentionem redigere volunt, necessaria defensorum in provinciis testimonia esse censemus, hoc modo, ut actorum sub iis confectione manifestetur traditio, sive forte mandata scripta sint ad curatores, sive absque mandatis traditio facienda sit; illo casu (mandatis) adiiciendo, etiam colonos vel curatores debere apud acta confiteri, quod alterum agnoverint possessorem et dominum, et tradentis voluntati obtemperaverint, qui hoc ipsis permiserit. Sicubi vero defensor non sit praesens, clarissimum provinciae praesidem huiusmodi acta conficere praecipimus, vel sanctissimum sacerdotem civitatis, sub qua sita est possessio de qua haec acta conficiuntur, si forte provinciae praeses longe ab iis locis absit, ubi traditio celebratur. In hac vero regia urbe executiones, quae vocantur et quae super traditionibus scribuntur testimonia, idoneam auctoritatem accipientibus praebere arbitramur. Praecipimus igitur magnificentiae tuae et officio tibi subiecto et cunctis in provincia a te gubernata degentibus, omnium, quae imperata sunt, deinceps similiter curam habere.

La disciplina prefettizia di cui ci dobbiamo occupare ha ad oggetto l'immissione nel possesso, sia che essa avvenga in forza di provvedimento giudiziario, sia che essa avvenga in forza di atti privati.

Emerge un contesto normativo estremamente articolato, che esamineremo in una triplice direzione: l'individuazione delle costanti, vale a dire la reiterazione di un ben preciso disegno normativo che parrebbe quasi «tralatizio» tra i vari editti in materia; le correlazioni con la normazione imperiale in senso stretto; l'ampiezza dell'impatto normativo, con il quale sembrano crearsi nuove vie della giustizia, e addirittura sanzioni di tipo penale per la violazione della *forma* prefettizia.

4. Nei dati normativi in esame, emergono almeno due costanti: da un lato, la peculiare procedura dell'immissione nel possesso, che appare diversificata *ratione loci* a seconda che essa avvenga a Costantinopoli oppure nelle province; dall'altro, la previsione di uno specifico regime di controllo e pubblicità dell'immissione stessa, variamente articolato dai singoli uffici prefettizi.

Soffermiamoci, innanzitutto, sulla divergenza di disciplina *ratione loci*.

Muovendo da una ricognizione dei contenuti dell'Ed. 33.1, parrebbe potersi percepire, al di là delle difficoltà testuali ampiamente rilevate dallo Zachariae von Lingenthal, che a Costantinopoli

fosse sufficiente la presenza di due *tabularii* per registrare la *traditio* in assenza di contestazioni e che, per converso, nelle province l'immissione dovesse avvenire alla presenza delle *publicae personae*, a pena di un arresto procedimentale³⁰.

Il che pone problemi di un certo rilievo: resta aperta, specificamente, la soluzione del caso in cui davanti ai *tabularii* fosse manifestata un'opposizione al prosieguo della procedura.

Non è improbabile che una simile difficoltà potesse essere superata solo dalle *publicae personae*, non anche dai *tabularii*, così creandosi il presupposto per una sorta di stasi procedimentale. Del resto, al novero delle *publicae personae* era ascrivibile, in linea di principio, quella «plethora di subordinati delle amministrazioni cittadine, provinciali e centrali, le cui funzioni non sono sempre chiarissime, come non sempre palese risulta il loro inquadramento gerarchico»³¹; e, come è stato rilevato in dottrina, fra queste funzioni rientrava – già dal tardo Principato – l'esercizio di poteri «di cognizione» e «di polizia»³², i quali ben giustificano questo ruolo – quantunque in fin dei conti in una certa misura indefinito nel testo di cui ci occupiamo – di «controllo fidefacente», ed in sé tendenzialmente autosufficiente, che la prefettura configura nel procedimento di immissione nel possesso immobiliare, e che verosimilmente avrebbe potuto consentire in concreto il superamento di eventuali contestazioni.

In sostanza, a Costantinopoli il meccanismo procedimentale doveva limitarsi a prevedere il ricorso ai *tabularii*, mentre nelle province si svolge indefettibilmente alla presenza delle *publicae personae*: sarà Eustazio – a risolvere forse la difficoltà che abbiamo immaginato? – ad imporlo, di lì a qualche anno, anche a Costantinopoli. Con l'Ed. 12, infatti, seppur al di fuori di una specifica differenziazione *ratione loci* la procedura si perfeziona ulteriormente: affidata ad un *executor*, essa risulta ora protetta dalle norme *de vi* per eventuali violazioni, mentre il soggetto che per avventura risulti irritualmente spossessato viene legittimato ad invocare una forma di tutela risarcitoria. E' quindi Archelao ad introdurre una forma di «opposizione» proponibile dal terzo spossessato (Ed. 29).

La divergenza *ratione loci* riemerge con la *forma* di Basso (Ed. 2 = Nov. 167), secondo la quale a Costantinopoli è sufficiente un accertamento semplificato da parte della *τάξις* in ordine all'inesistenza di un attuale possessore del cespite, laddove nelle province è necessaria una specifica e puntuale istruzione in merito; tempi certi per la definitiva attuazione dell'immissione nel possesso in forza di un provvedimento giudiziario sono infine stabiliti nell'editto di Ariobindo (Ed. 5.3)³³.

³⁰ Con riferimento al testo dell'Ed. 33.1, parrebbe forse problematica la traduzione latina dello Zachariae von Lingenthal del tratto *καὶ τοβουλλαρίους δύο παρῆναι μαρτυροῦντας τῇ παραδόσει, καὶ ὡς οὐδεὶς ἀντεῖπεν*. Non tenderei, infatti, ad interpretare il provvedimento prefettizio nel senso che a Costantinopoli occorrono «anche» due *tabularii*, in quanto i due *καὶ* sembrerebbero piuttosto coordinare l'inscindibile necessità di un duplice requisito (la registrazione dell'immissione e l'assenza di contestazioni), che a mio avviso risulta meno gravoso rispetto alla procedura «ordinaria» precedentemente delineata. Si rileverà, inoltre, come l'Ed. 33.1, nonché l'Ed. 29, da collocarsi in un momento antecedente non solo alla riforma giustiniana varata con C.I. 7.25, *'de nudo ex iure Quiritium tollendo'* (Iust., aa. 530-531) e con C.I. 7.31, *'de usucapione transformanda et de sublata differentia rerum Mancipi et nec Mancipi'* (Iust., a. 531), ma anche a quella in tema di *longi temporis praescriptio*, varata con C.I. 7.39.8 pr. (Iust., a. 528), si riferiscano alla *traditio* come modi di acquisto innanzitutto della *possessio*: trattandosi di immissione nel possesso di fondi extratitulari, l'oscillazione terminologica che connota il modo di esprimersi della prefettura d'Oriente in ordine ai problematici confini tra *νομή* e *δεσποτεία* potrebbe essere, del resto, una conseguenza di ben note difficoltà teoriche e pratiche in larga misura rimaste irrisolte per secoli. Di esse, anzi, la peculiare espressione *κύριοι τῆς κτήσεως* – letteralmente, *'possessio-nis domini'*, ovvero qualcosa come «titolari di un diritto (reale) al possesso» – che si legge proprio in Ed. 33.1 parrebbe – ed al di fuori di qualsiasi improbabile qualificazione dogmatica – quasi una proiezione. Su questi aspetti, ai quali è qui possibile fare appena un cenno, conto peraltro di soffermarmi in uno studio successivo.

³¹ Così, testualmente, F. BOTTA, *L'iniziativa processualcriminale delle 'personae publicae' nelle fonti giuridiche di età giustiniana*, in «Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'Impero d'Oriente in età giustiniana tra passato e futuro. Atti del convegno, Modena, 21-22 maggio 1998» (cur. S. PULIATTI, A. SANGUINETTI), Milano, 2000, p. 286 s. e nt. 6.

³² Cfr. ancora BOTTA, *op. cit.*, p. 285 ss.

³³ Come Basso, anche Ariobindo risulta prefetto per l'Oriente in epoca giustiniana, in un contesto cronologicamente recenziore (cfr. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *«Anekdota»*, III, cit., p. 261 nt. 42). Per quanto concerne Ed. 5.3, ad ogni modo, il precetto parrebbe forse riferirsi ad una disciplina legislativa già esistente, peraltro di difficile individuazione: in altri termini, esso potrebbe, in teoria, alludere alle norme imperiali contenute nella Compilazione giustiniana, così come alle regole in tema di immissione nel possesso immobiliare già date dai precedenti

Nel quadro or ora delineato salta agli occhi come la procedura sia divenuta progressivamente sempre più articolata, e come la complessiva esperienza normativa maturata pervenga a configurarla come tendenzialmente meno gravosa a Costantinopoli. Se ne desume, innanzitutto, come il controllo del territorio rappresentasse, nel primo contesto logistico, un serio problema e come, quindi, la prefettura sentisse come priorità irrinunciabile quella di configurare un sistema potenzialmente idoneo ad evitare il rischio di generare sedizioni o rivolte. D'altro canto, la gestione del territorio – e, specificamente, la materiale disponibilità del fondo – non può non avere una specifica rilevanza socio-economica³⁴, che non è possibile trascurare in ragione della centralità del fattore di produzione rappresentato dall'agricoltura: basti pensare, del resto, al regime di trasferimento forzoso ai *possessorum* vicini previsto per gli *agri deserti* o *rudes*³⁵.

Per altro verso, è comune ad ogni immissione nel possesso uno specifico regime di controllo e pubblicità. Si tratta quasi di un corollario di quanto or ora rilevato: l'acquisto del possesso senza un analitico controllo della burocrazia imperiale è visto come potenziale fonte di pericolo per l'ordinata amministrazione dello Stato. D'altro canto, che l'immissione nel possesso fosse comunque accompagnata da una rigorosa sovrastruttura pubblicitaria è del tutto coerente con la necessità di individuare con certezza i destinatari delle pretese fiscali³⁶.

Un dato, infine, preme evidenziare.

Dalla disciplina che stiamo esaminando non sembrano emergere indizi che inducano univocamente ad ipotizzare specifiche connessioni con il problema dell'immissione nel possesso degli *agri deserti*, cui abbiamo poc'anzi fatto cenno: nonostante una recente indagine – peraltro per altri aspetti in larga misura convincente, come avremo modo di chiarire più avanti – tenda ad intravedere «sullo sfondo»³⁷ dei nostri editti questa tematica, in prudente adesione ad una lettura tendenzialmente consolidata in questa direzione³⁸, sarei più propenso a considerare quest'ultimo profilo come questione di necessità destinata a rimanere aperta.

Per un verso, infatti, la procedura di attribuzione degli *agri deserti* trova una specifica regolamentazione, con riferimento alle norme prefettizie, in *Ed. 1 = Nov. 166*, del prefetto Demostene, che stabilisce un procedimento in larga misura autonomo, tendenzialmente incompatibile con il quadro normativo sinora descritto; per altro verso, è innegabile – ed il profilo risulta puntualmente rilevato³⁹ – che la procedura di immissione nel possesso qui analizzata si riferisca trasversalmente – come emerge bene, in particolare, da *Ed. 2* e da *Ed. 33.1* – a contesti negoziali così come extraneoziali, il che lascia quanto meno in una certa aporia ove si tenda ad omologare le opzioni normative prefettizie nel comune denominatore dell'attribuzione degli *agri deserti*. Semmai, a mio parere potrebbe essere forse più probabile che, nel complessivo tessuto normativo edittale, sia progressivamente emersa una forma, estremamente articolata, di tutela del possessore o del *dominus* attuale onde evitare che l'immissione nel possesso finisca in ipotesi per confliggere con l'interesse di quest'ultimo in assenza di una possibilità di denunciare alla pubblica autorità le proprie eventuali doglianze avverso lo spossamento stesso.

prefetti. Al riguardo, la questione dovrebbe a mio avviso rimanere aperta, tanto più ove si consideri che non si può escludere, a seguire il complessivo andamento dell'epitome, che questo editto disciplinasse l'immissione nel possesso di *agri deserti*. Accanto alle norme imperiali già vigenti in materia (mi riferisco, genericamente, al titolo C.I. 11.59, *'De omni agro deserto et quando steriles fertilibus imponuntur'*, oltre a *Nov. 128.8*, a. 545: cfr. più precisamente PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., p. 856), dunque, l'editto potrebbe correlarsi anche *Ed. 1 = Nov. 166*, del prefetto Demostene, prefetto per la *pars Orientis* sul finire del primo quarto del VI secolo.

³⁴ Per l'economia rurale, cfr. A. DEMANDT, *Die Spätantike*, in «Handbuch der Altertumswissenschaft», III.6, München, 1989, p. 323 ss., in particolare p. 330 ss.

³⁵ Cfr. sul punto G. PUGLIESE (coll. F. SITZIA e L. VACCA), *Istituzioni di diritto romano*³, Torino, 1991, p. 856; e DEMANDT, *Die Spätantike*, cit., p. 335.

³⁶ Cfr. VOCI, *Tradizione*, cit., p. 62.

³⁷ SCHIAVO, *Il prefetto Eustazio*, cit., p. 137 ss.

³⁸ Cfr. in particolare DE DOMINICIS, *Innovazioni*, cit., p. 353 s., SOLIDORO MARUOTTI, *Studi*, cit., p. 334 nt. 278, e D'ANGELO, *La perdita*, cit., p. 170 e nt. 43.

³⁹ SCHIAVO, *op. cit.*, p. 138 nt. 3.

Delineate le costanti nelle previsioni edittali prefettizie, procediamo ora alla ricognizione delle loro correlazioni con le norme imperiali.

5. Una prima correlazione con le norme imperiali può individuarsi in chiave processuale, ed andrebbe a mio avviso identificata con la costante preoccupazione di garantire all'immissione nel possesso una procedura tale da radicare in capo ad un terzo qualificato la legittimazione a dedurre una sorta di «interesse oppositivo», di cui la pubblica autorità deve comunque scrutinare la fondatezza, anche nei casi in cui l'immissione stessa consegua ad un provvedimento del giudice.

La ragione di questa preoccupazione può forse apparire singolare: è strano, cioè, che il prefetto del pretorio non consideri sufficientemente affidante l'accertamento dei presupposti per ottenere il possesso effettuato da un ufficio giudiziario, che è pur sempre diretta emanazione dell'autorità imperiale, e ciò tanto più ove questa «diffidenza» provenga da prefetture attive ai tempi di Giustiniano. Invero, tuttavia, l'esigenza sentita dalle prefetture non è altro che quella di assicurare l'attuazione dei provvedimenti giudiziari con l'intervento dei pubblici poteri: così come il *civis* non può, in linea di principio, invocare l'autotutela delle proprie posizioni giuridiche soggettive, allo stesso modo l'esecuzione di un qualsiasi provvedimento conseguente ad una cognizione giurisdizionale deve trovare attuazione con l'intervento dello Stato. Nel nostro sistema, con riferimento all'attribuzione possessoria immobiliare, ciò è garantito, come noto, dalla procedura per rilascio di cui agli artt. 605 ss. del codice di procedura civile: ed i prefetti, in sostanza, non fanno altro che regolare minuziosamente un meccanismo procedimentale analogo, che peraltro adoperano «trasversalmente» anche per la circolazione possessoria in conseguenza di atti privati, come emerge bene, in particolare, dall'editto di Basso.

In questo contesto, ad ogni modo, l'indizio che ci fa capire in quali termini emerga un nesso con il sistema delineato dagli *antecessores* è contenuto, a mio parere, nell'*Ed.* 29. Vi leggiamo, infatti, che la procedura si svolge

... ἀδείας οὔσης τῷ πρότερον ἐπειλημμένῳ τῆς νομῆς εἴσω μηνῶν ἕξ ἐπανελθεῖν καὶ ὑποδέξασθαι τὴν δίκην, εἶγε τὴν ἐπὶ τοῦτω δι' ἐγγυῶν δόσεως ραράσχη ἀσφάλειαν, τὴν τε ζημίαν, ὅση γέγρονε τῷ τῆς νομῆς ἐπιλαβομένῳ.

Il prefetto si preoccupa di consentire una sorta di «opposizione di terzo qualificata», offerta, cioè, al soggetto terzo – nel senso che si è precisato – che subisca un danno dall'esecuzione del provvedimento giudiziario ottenuto dal richiedente e legittimante all'immissione nel possesso. Il significato della «diffidenza» di cui parliamo, a questo punto, è dato dall'inesistenza, nella procedura *per libellos* che caratterizza il rito civile tra il V ed il VI secolo, di rimedi sovrapponibili all'attuale litisconsorzio, ed al regime delle opposizioni di terzo, che del litisconsorzio rappresentano la proiezione al di là del processo. E' significativo, anzi, constatare come una figura di opposizione sia prevista dalla normativa prefettizia, che – come si è visto – ha efficacia in quanto sia generale, e non sia travolta da norme imperiali successive.

Allo stesso tempo, l'immissione nel possesso in forza di un provvedimento del giudice andrebbe forse interpretata nell'alveo del tendenziale sincretismo, privo peraltro di valenza dogmatica, tra azioni ed interdetti, che sfocerà nella previsione di *Iust. Inst.* 4.15.8⁴⁰: sul piano del risultato pratico – si pensi al rapporto νομὴ ἢ δεσποτεία / νομεὺς καὶ δεσπότης nell'editto di Basso, e quindi in epoca giustiniana – è evidentemente indifferente che l'acquisto del possesso in conseguenza dell'atto del giudice sia riconducibile all'esito di una *rei vindicatio*, di una *Publiciana* oppure di un interdetto *adipiscendae* o *recuperandae possessionis* del *ius antiquum*, in quanto sul piano del rito l'interdetto è azione utile *ex causa interdicti*.

Emergono altresì, quindi, come si accennava, anche alcune connessioni di carattere squisita-

⁴⁰) Sia consentito un rinvio al mio *'Actiones' e 'actio utilis ex causa interdicti': vicende storiche, anomalie, opacità*, in «Principi generali e tecniche operative del processo civile romano nei secoli IV-VI d.C. Atti del Convegno, Parma, 18 e 19 giugno 2009» (*cur.* S. PULLATTI, A. SANGUINETTI), Parma, 2010, p. 129 ss.

mente sostanziale.

Innanzitutto, la previsione di una specifica pubblicità, costruita attorno al richiamo dei rappresentanti della *civitas* «a testimoni» dell'immissione stessa, è con ogni probabilità un riflesso della necessità di recuperare – anche nella prospettiva della persistenza del principio di separazione tra atti che creano obbligazioni ed atti incidenti sulla circolazione dei diritti⁴¹ – la dimensione di pubblicità formale che conseguiva, prima delle riforme giustiniane, al ricorso alle formalità mancipatorie, abrogate, come è noto, insieme con il *nomen* 'ex iure Quiritium', e quindi con la riconduzione della *traditio* ad unico modo di acquisto derivativo *inter vivos* della proprietà, intesa ormai come un'unica categoria concettuale⁴². Quanto, fra l'altro, non può non testimoniare altresì di una certa disarmonia, sulla quale occorrerebbe ben altro spazio d'indagine, tra la progressiva accentuazione del processo di «smaterializzazione» della *traditio* e la conseguente affermazione delle varie figure della *traditio symbolica, longa e brevi manu*, così come del costituito possessorio⁴³, e la configurazione, a livello di determinazione normativa *in concreto* delle immissioni nel possesso, di una tanto articolata e meticolosa forma di pubblicità e controllo dell'attribuzione di disponibilità di un fondo agricolo.

Per altro verso, è altresì verosimile che in questo rapporto tra νομή e δεσποτεία si stenda l'ombra della problematica configurazione degli effetti traslativi del contratto di compravendita immobiliare nell'ordinamento giustiniano⁴⁴, il quale in ogni caso rappresenta la recezione di una grande linea di tendenza di area culturale ellenistica immanente da tempo nel sistema⁴⁵. Orbene se, come sosteneva il Talamanca, il contratto scritto di vendita, con C.I. 4.21.17 (Iust., a. 528), è «un atto traslativo fondato – anche se ciò non è esplicitamente detto – sul pagamento del prezzo»⁴⁶, nulla esclude che l'attività normativa dei prefetti da Costantino a Giustiniano abbia dovuto fare i conti con la progressiva configurazione del problema del trasferimento della proprietà per atto tra vivi nel diritto «ufficiale», dettando una regolamentazione, per così dire, «intermedia» tra la prospettiva classica e quella progressivamente emergente dall'interazione con le esperienze ellenistiche, specie con riferimento al tormentato problema della «circolazione» dei fondi extraitalici.

Fra l'altro, l'editto parrebbe forse far implicito riferimento, se si considera che i contratti di cui discutiamo non sono riferibili alla sola compravendita, ma a tutti quelli che consentono genericamente di 'rem accipere', al difficoltoso coordinamento tra gli effetti della vendita e quelli della donazione, da tempo ampiamente evidenziato dal Lambertini⁴⁷. In altre parole, il riferimento ai soggetti che intendono ἐκ συναλλαγμάτων τινῶν πράγματα λαμβάνειν καὶ νομὴν τοιαύτην ἢ δεσποτείαν parrebbe il

⁴¹ E' quanto emerge per chi ritenga di poter valorizzare la tesi del VOCI, *Tradizione*, cit., p. 69 s.

⁴² C.I. 7.25, 'de nudo ex iure Quiritium tollendo' (Iust., aa. 530-531), e C.I. 7.31, 'de usucapione transformanda et de sublata differentia rerum Mancipi et nec Mancipi' (Iust., a. 531), su cui cfr. per tutti C.A. CANNATA, *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo*, I, Torino, 2005, p. 70 ss.

⁴³ Cfr. ancora PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., p. 855 s.

⁴⁴ Cfr. sul punto, essenzialmente, A. BISCARDI, *Studi sulla legislazione del basso Impero*, II, *Orientamenti e tendenze del legislatore nella disciplina dei diritti reali*, in «SSE.», LIV, 1940, p. 306 ss., e più di recente ID., *La prassi delle influenze provinciali sulla regola 'emptio dominium transfertur' nella realtà giuridica del tardo Impero*, in «Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica» (cur. L. VACCA), II, Milano, 1991, p. 455 ss., F. GALLO, *Il principio 'emptio dominium transfertur' nel diritto pregiustiniano*, Milano, 1960, *passim*; su questo problema cfr. anche E. LEVY, *Verkauf und Übereignung*, in «Iura», XIV, 1963, p. 1 ss.; riprende questi aspetti in una nuova prospettiva di ricerca, di recente, anche M.A. FINO, *Quale interdipendenza delle obbligazioni se 'emptio dominium transfertur'? Per una storia del 'synallagma' funzionale nell' 'emptio venditio' durante l'età tardoantica*, in «La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano», I, Padova, 2007, p. 865 ss., con ulteriori riscontri.

⁴⁵ E difatti, a seguire il TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 583 s. (*amplius* ID., 'Vendita [diritto romano]', in «ED.», XLVI, Milano, 1993, p. 461 ss., in particolare p. 462-464, con ampi riscontri in letteratura) sembrerebbe che alcune costituzioni, da Costantino in poi, tendano a delineare una costruzione della compravendita differente da quella seguita almeno sino a Diocleziano, ed orientata da una prospettiva ellenistica.

⁴⁶ Così, testualmente, in *Istituzioni*, cit., p. 584; ma cfr. anche ID., 'Vendita', cit., p. 467 ss.

⁴⁷ Cfr. R. LAMBERTINI, I. 2.7.2: *un problematico raccordo tra effetti della donazione e della compravendita in diritto giustiniano*, in «Labeo», XLIX, 2003, p. 72 ss., nonché ID., *In tema di 'iusta causa traditionis'*, in «Fides Humanitas Ius. Studi L. Labruna», IV, Napoli, 2007, p. 2752 ss.

riflesso di difficoltà teoriche e pratiche tendenzialmente aperte⁴⁸ tanto nel contesto del macrosistema dei *Digesta*, quanto nel microsistema delle *Institutiones*⁴⁹. Non sarà un caso, del resto, che dai papiri ravennati – sostanzialmente coevi con le fonti qui esaminate – emerga una tendenziale uniformità di regime pubblicitario per quanto concerne l'immissione nella disponibilità materiale del ce-spite ottenuto per causa negoziale⁵⁰.

Infine, l'accentuazione del rigore del sistema pubblicitario che si riscontra specialmente nell'editto di Basso va forse correlata all'avversione dell'ordinamento giustiniano al titolo putativo dell'*usucapio*, comprovata dall'esposizione di *Iust. inst.* 2.6.11⁵¹: ne sarebbe una traccia, a mio parere, già con riferimento all'editto di Archelao, la previsione secondo la quale il *praeses* deve svolgere un'inchiesta avvalendosi dell'apparato amministrativo del *defensor*⁵²,

... καὶ τῶν ὑπομνημάτων εἰς αὐτὸν φερομένων τὴν αἰτίαν ἐξεταζέτω, ἣν ὁ λαβεῖν αἰτῶν προΐσχηται.

In forza di questa disposizione, dunque, viene in rilievo la necessità – confermata nell'editto di Basso – di determinare la causa dell'attribuzione possessoria.

Esaminate le correlazioni con le norme imperiali, siamo ora in grado di delineare i termini dell'impatto normativo della normativa prefettizia.

6. All'interno della disciplina edittale sinora esaminata sono emerse almeno due prospettive di grande interesse.

La prima è rappresentata dal fatto che la previsione edittale è in grado di istituire una «via» della giustizia: quanto, in teoria, ci saremmo attesi riservato alla norma imperiale intesa in senso stretto, in quanto è solo essa a poter determinare, almeno nella cultura giuridica giustiniana, se esiste o meno un potere di agire in giudizio⁵³. Ora è vero che non si concede una ἀγωγή, ma semmai una δίκη; e tuttavia, al di là della genericità della terminologia, è innegabile che Archelao apra la via del giudizio di opposizione all'immissione nel possesso, così integrando la disciplina imperiale della *cognitio* alla quale una siffatta possibilità è ignota. La norma prefettizia, in sostanza, va a disciplinare – in forza, è evidente, del significato attribuito in questo momento a C.I. 1.26.2 – un *vacuum*, e detta una regola che attribuisce, in ultima analisi, la possibilità di percorrere una via della giustizia (*Ed.* 29).

La seconda consegue alla condivisione dei risultati di fondo cui è pervenuta una recente esegesi dell'editto di Eustazio⁵⁴, che muove dalle ricerche del Bonini⁵⁵.

Si è, infatti, esattamente osservato come l'*Ed.* 12 rappresenti, in sostanza, un'anticipazione normativa funzionale a colmare una lacuna che solo con C.I. 8.4.11 (*Iust.*, a. 532)⁵⁶ trova regolamenta-

⁴⁸ Quanto, del resto, ben può conseguire anche alla tendenziale ambiguità, su cui insiste parte della dottrina, della legislazione imperiale sul punto, su cui dunque avrebbe avuto necessità di inserirsi la normazione prefettizia: al riguardo, infatti, CANNATA, *Materiali*, I, cit., p. 12 nt. 11, sostiene che «l'allusione alla vendita, come alla donazione o al contratto in generale, non si riferisce ... all'atto traslativo, bensì al titolo del trasferimento» (ad analoghi risultati – distinzione netta, senza specifiche soluzioni di continuità, tra atto obbligatorio ed atto traslativo nell'esperienza giuridica romana – perveniva, con un autonomo ed interessante percorso, anche VOCI, *Tradizione*, cit., p. 3 ss., e specificamente p. 69 s.; con riferimento alla tesi del Gallo, si veda M. TALAMANCA, *rec.* a GALLO, *op. cit.*, in «AG.», CLX, 1961, p. 141 ss., che tende ad una lettura assai più cauta delle fonti esaminate dall'insigne autore.

⁴⁹ Mi avvalgo di una terminologia del TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 584.

⁵⁰ Cfr. VOCI, *Tradizione*, cit., p. 62 ss. e 70.

⁵¹ Cfr. per tutti L. VACCA, *'Usucapione (dir. rom.)'*, in «ED.», XLV, Milano, 1992, p. 989 ss., e PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., p. 857 s.

⁵² Per l'organizzazione cittadina cfr. per tutti DEMANDT, *Die Spätantike*, cit., p. 399 ss. (comunità provinciali) e p. 391 ss. (Costantinopoli).

⁵³ Cfr. F. SITZIA, *L'azione nelle Novelle di Giustiniano*, in «BIDR.», XCVIII-XCIX, 1995-1996, p. 171 ss.

⁵⁴ SCHIAVO, *Il prefetto Eustazio*, cit., p. 144 ss.

⁵⁵ BONINI, *Ricerche di diritto giustiniano*, cit., p. 5 ss., in particolare p. 23 ss.

⁵⁶ *Iust. A. Iohanni* p.p.: *'Cum quaerebatur inter Illyricanam advocacionem, quid fieri oporteret propter eos, qui vacuum possessionem absentium sine iudiciali sententia delinuerunt, quia veteres leges nec unde vi interdictum nec quod vi aut clam vel aliam quandam actionem ad recipiendam talem possessionem definiebant, violentia in ablatam possessionem minime praecedente, nisi domino tan-*

zione nelle norme imperiali. Ora, pur dovendosi considerare questione aperta – lo abbiamo detto⁵⁷ – quella relativa alla riconducibilità di questo e degli altri editti qui esaminati al tema degli *agri deserti*, l'opzione ricostruttiva della Schiavo è convincente: con la riforma del 532, «in caso di occupazione di fondo altrui senza la *iudicialis sententia*, l'assente avrebbe goduto della possibilità di utilizzare l'*interdictum unde vi* per il recupero del possesso del bene, considerandosi alla stregua di un *praedo* l'occupante pur mancando la *violentia*»; nondimeno, «circa venticinque anni prima del provvedimento giustiniano ... il prefetto del pretorio disponeva che, nel caso in cui qualcuno si immettesse nel possesso di un fondo in violazione delle norme da lui richiamate, questi sarebbe stato sottoposto alle 'leggi sulla violenza'»⁵⁸. A questo punto, se si considera che la costituzione del 532 era stata sollecitata dal collegio forense costituito presso l'ufficio giudiziario del prefetto del pretorio per l'Ilirico⁵⁹, non è escluso che la disciplina di Eustazio, dettata in età anastasiana per la *pars Orientis*, fosse considerata da quegli avvocati come un modello normativo da estendersi, per il tramite dell'autorità imperiale, anche nella loro realtà pratico-applicativa; né escluderei che la soluzione di Eustazio avesse lasciato aperte – proprio per via dell'assenza di un immediato aggancio nella disciplina imperiale – una serie di aporie, sicché la δίκη promessa da Archelao ai tempi di Giustino I, cui abbiamo fatto ora riferimento, ben potrebbe testimoniare di una certa qual oscillazione nei tentativi, da parte della prefettura d'Oriente, di trovare una regola soddisfacente per consentire al soggetto spossessato il controllo, seppure *ex post*, dell'esito procedimentale. A ritenere fondata questa congettura, se davvero Archelao, una ventina d'anni dopo Eustazio, ne coltivava ulteriormente l'opzione normativa – continuando, cioè, a ricercare una norma che consenta al terzo che subisca l'altrui immissione nel possesso in violazione di regole procedimentali configurate a garanzia di un ineludibile ordine pubblico sino al sopraggiungere dell'intervento normativo imperiale del 532 – è verosimile escludere che questo peculiare meccanismo di tutela fosse correlato ad una ben precisa costituzione in ipotesi non accolta nel *Codex*: la normazione prefettizia, in sostanza, parrebbe intervenire *praeter legem*. In questo quadro, il terzo che intendesse affidarsi al controllo previsto dagli editti si presenta, nelle fonti a nostra disposizione, in veste di attore che mobilita, nel caso dell'*unde vi*, un vero e proprio processo civile *per libellos* (sul piano del rito, infatti, è equiparato all'*actio*), pur rimanendo inconfigurato lo schema processuale della δίκη proposta da Archelao. Con C.I. 8.4.11, allora, la cancelleria imperiale non avrebbe fatto altro che riprendere in mano la situazione, superando – per il tramite del meccanismo che ci descrive la lettura bizantina di C.I. 1.26.2, desumibile da *Bas.* 6.4.7 – la più recente soluzione di Archelao con la contestuale statuizione di una disciplina compatibile con l'editto di Eustazio, che parrebbe allora in larga misura recepito fors'anche perché in ipotesi più gradito al ceto forense.

In questo quadro mi pare assai difficile delineare una ricostruzione più precisa: quel che emerge è la novità normativa dettata dalla prefettura, di cui occorre evidentemente definire il contenuto, specie con riferimento ai νόμοι περὶ τῆς βίαις richiamati da Eustazio.

Ora, pur ritenendo in linea di principio plausibile l'interpretazione della Schiavo, che pensa ad un'applicazione dell'*interdictum unde vi*⁶⁰, sarei più cauto nell'escludere che l'ufficio pensasse (anche) alla sanzione criminale, e segnatamente al *crimen vis*, in quanto lo spossessamento non conseguirebbe, a rigore, ad una *deiectio violenta*⁶¹: in merito, la critica che la Schiavo rivolge all'appunto del Naber⁶² –

tummodo in rem actionem exercere permittentes: nos non concedentes aliquem alienas res vel possessiones per suam auctoritatem usurpare sancimus talem possessorem ut praedonem intellegi et generali iurisdictione ea teneri, quae pro restituenda possessione contra huiusmodi personas veteribus declarata est legibus. ridiculum etenim est dicere vel audire, quod per ignorantiam alienam rem aliquis quasi propriam occupaverit. (1) Omnes autem scire debent, quod non suum est, hoc ad alios modis omnibus pertinere, cum talis dispositio in furti actione iam dudum veteribus legibus definita est dicentibus: si quis alienam rem adversus domini voluntatem attigerit, furti actione teneatur. (2) His videlicet, quae super recipienda possessione a nobis disposita sunt, locum habentibus, si non ex die, ex quo possessio detenta est, triginta annorum excesserunt curricula' (a. 532).

⁵⁷) Cfr. *supra*, § 4.

⁵⁸) Così, testualmente, SCHIAVO, *op. cit.*, p. 144.

⁵⁹) Cfr. ancora SCHIAVO, *op. cit.*, p. 139 s., con letteratura.

⁶⁰) SCHIAVO, *op. cit.*, p. 144 ss., in particolare p. 148.

⁶¹) SCHIAVO, *op. cit.*, p. 148.

orientato in questa direzione – non appare, a mio parere, decisiva. Se si accetta, infatti, l'idea che la disciplina *περὶ τῆς βίᾳς* possa riferirsi, nel linguaggio adoperato dall'ufficio di Eustazio, alla tutela *unde vi*, nulla esclude che la via criminale fosse considerata implicitamente percorribile, alla luce di C.I. 8.4.4 (Diocl. et Max., a. 294)⁶³, insieme con quella interdittale, strumentale alla tutela risarcitoria in senso ampio. Nella configurazione tardoantica del *crimen vis*, del resto, è forse opportuno evitare qualsiasi atteggiamento di rigore quasi dogmatico, specie alla luce dell'ampiezza che la fattispecie tende ad assumere – all'interno di un percorso già avviatosi nel Principato⁶⁴ – con C.Th. 9.10.1 = C.I. 9.12.6 (Constant., a. 317)⁶⁵; sicché dalla costituzione diocleziana del 294, che per l'ufficio di Eustazio ben poteva rappresentare un importante riscontro, non si desume unicamente – il che è plausibile – la giustificazione del titolo risarcitorio cui il prefetto fa riferimento⁶⁶, ma anche la contestuale percorribilità della tutela criminale, in cui la configurazione della *βία*, intesa in senso ampio, consiste nello spossessamento qualificato dal comportamento contrastante con una regolamentazione di ordine pubblico (ed in questo va inteso il *παρὰ τὰ ὅλα γενέσθαι*), direttamente incidente sulla posizione giuridica da essa protetta, integrandosi così – nella difficile individuazione dei confini della *vis privata* rispetto alla *vis publica* – uno dei *multa facinora* che, da Costantino in poi, *sub uno violentiae nomine continentur*.

In quest'ordine di idee, e senza dimenticare che il testo di cui disponiamo è pur sempre un'epitome, l'uso del plurale *νόμοι* è significativo, in quanto abbraccia sia la tutela interdittale, sia la tutela risarcitoria, sia la via criminale che con essa concorre dalla fine del III secolo; ma quanto più interessa per la nostra indagine è rappresentato dalla possibilità, per la norma prefettizia, di correlare autonomamente – circa venticinque anni prima dell'intervento imperiale del 532, appunto – le proprie norme «primarie» (intendendo con questa espressione norme che impongono doveri di comportamento: nel caso in esame, il procedimento di immissione) con (parimenti proprie, almeno per quanto concerne la loro eterogenesi applicativa) norme «secondarie»⁶⁷ che prevedono, in ultima analisi, l'estensione di sanzioni – intese in senso lato – già previste dall'ordinamento, vale a dire la tutela interdittale *unde vi* della *possessio* violata in spregio al contesto procedurale così imposto; la tutela risarcitoria che a ciò consegue, ormai attratta nel progressivo sincretismo delle figure di tutela, che sarà recepito in C.I. 7.40.3.3 (Iust., a. 531)⁶⁸; la previsione dell'applicazione delle sanzioni penali *de vi* per la medesima fattispecie.

7. Siamo ora giunti a tirare le fila di questo discorso.

⁶² SCHIAVO, *op. cit.*, p. 146 s., annotando quanto scriveva NABER, *De clandestina possessione recuperanda*, cit., p. 170 s.

⁶³ Diocl. et Max. AA. et CC. Hygino: 'Si de possessione vi deiectus es, eum et legis Iuliae vis privatae reum postulare et ad instar interditi unde vi convenire potes, quo reum causam omnem praestare, in qua fructus etiam, quos vetus possessor percipere potuit, non quos praedo percepit, venire non ambigitur' (a. 294).

⁶⁴ Mi riferisco, in particolare, alle *leges geminae* che si leggono in D. 4.2.13 (Callistr. 5 *de cogn.*) ed in D. 48.7.7 (Callistr. 5 *de cogn.*): da queste fonti emerge un profilo evolutivo dell'idea di '*vis*', non limitata ad '*homines vulnerare*', ma estesa ad una figura di condotta per più versi accostabile ad un esercizio abusivo delle proprie ragioni. In merito sono illuminanti, per la nostra prospettiva d'indagine, le considerazioni di G.G. ARCHI, *Rescrits impériaux et littérature jurisprudentielle dans le développement du droit criminel* (già in «RIDA», IV, 1957), in *Scritti di diritto romano*, III, Milano, 1981, p. 1441 ss.

⁶⁵ Constant. A. ad Catullinum procons. Africae: 'Quoniam multa facinora sub uno violentiae nomine continentur, cum aliis vim inferre certantibus, aliis cum indignatione resistentibus verbera caedesque crebro deteguntur admittunt, placuit, si forte quis vel ex possidentis parte vel eius qui possessionem temerare temptaverit interemptus sit, in eum supplicium exerceri, qui vim facere temptavit et alterutri parti causam malorum praebuit: et non iam relegatione aut deportatione insulae plectetur, sed supplicium capitale excipiat nec interposita provocatione sententiam quae in eum fuerit dicta suspendat' (a. 317). Sul punto cfr. per tutti B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*², Milano, 1998, p. 290 s.

⁶⁶ SCHIAVO, *op. cit.*, p. 151 s.

⁶⁷ Mi avvalgo qui di espressioni tecniche proprie della contemporanea teoria generale, e specificamente della dottrina di Hart: per la distinzione tra norme primarie e norme secondarie (o metanorme), cfr. per tutti N. BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, p. 230 ss.

⁶⁸ Cfr. sul punto, per tutti, F. GORIA, *Azioni reali per la restituzione della dote in età giustiniana: profili processuali e sostanziali*, in «Diritto e processo nella esperienza romana», Napoli, 1994, p. 250 ss., e F. SITZIA, *L'azione nelle Novelle di Giustiniano*, in «BIDR.», XCVIII-XCIX, 1995-1996, in particolare p. 178 ss.

La normazione prefettizia in materia di immissioni nel possesso presenta natura secondaria, pur se a carattere integrativo e (relativamente) indipendente. A conferma di questa prospettiva, si può notare come nessuno degli *edicta* esaminati richiami espressamente una o più costituzioni imperiali: l'editto di Basso, semmai, richiama gli editti delle precedenti prefetture sulla stessa materia, né varrebbe pensare ad una – troppo generica – «immanenza» della ben nota legislazione costantiniana in materia di possesso⁶⁹. Quantunque l'argomento non possa ritenersi decisivo, è da dirsi altresì che nessuna tra le costituzioni imperiali inviate ai quattro prefetti di cui abbiamo esaminato gli *edicta* risulta riferibile – almeno allo stato delle fonti a nostra disposizione⁷⁰ – al tema delle immissioni nel possesso.

Questa minuziosa regolamentazione della materia parrebbe configurarsi come un «microsistema secondario» tendenzialmente autoreferenziale, in armonia con l'idea, desumibile da *Bas.* 6.4.7, secondo cui gli unici due requisiti perché gli *edicta* abbiano efficacia normativa sono costituiti da un lato dal loro carattere generale, e dall'altro non già dall'eventuale antinomia con i dati normativi imperiali, ma semmai dall'impossibilità di considerarli vigenti ove superati da – ove, cioè, divenuti antinomici con – norme imperiali sopravvenienti.

In quest'ordine di idee, gli editti dei prefetti sinora esaminati costituiscono – con tutte le cautele che il ricorso ad una simile espressione impone, ed al di là di qualsiasi inutile tentativo di rileggere le prospettive antiche rivestendole di sovrastrutture contemporanee – «regolamenti indipendenti»⁷¹ *ante litteram*: nell'ordine di idee indicato dal Gorìa⁷², si tratta, cioè, di una normazione secondaria *praeter legem*, fondata sulla disposizione di C.I. 1.26.2, da ritenersi vivente nel sistema nell'interpretazione che le viene riconosciuta nella «Geistesart» bizantina da *Bas.* 6.4.7. La disciplina prefettizia, in sostanza, non dà esecuzione ad una costituzione imperiale, ma si inserisce, almeno nei casi considerati, nello «spazio vuoto» di un ordinamento a carattere statual-legalistico, in cui la prospettiva autopoietica che connota il diritto dei *prudentes* ormai non ha più ragion d'essere.

⁶⁹ Sulla quale cfr., per tutti, L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela del possesso in età costantiniana*, Napoli, 1998, *passim*.

⁷⁰ Ho condotto, al riguardo, una ricerca su «BIA.2» (stringhe *arcbela**, *bas**, *basil**, *eustath**; raffinamento con la stringa *posses** e successiva verifica con la stringa *pos**) per verificare quali fossero, tenendo conto di datazione ed *inscriptio*, le costituzioni inviate ai nostri prefetti, per poi individuare, tra queste ultime, quelle in cui comparisse il riferimento al possesso: pur riscontrando rare occorrenze inerenti al tema generalissimo della *possessio*, nessuna di queste costituzioni, a mio modesto parere, è inerente alla disciplina edittale esaminata in questo contributo.

⁷¹ Che, nel nostro ordinamento, si fondano sull'art. 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400: cfr. per tutti, sul punto, R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in «Trattato di diritto civile e commerciale» (*dir.* A. Cicu e F. Messineo, *cont.* L. Mengoni), I.1, Milano, 1998, p. 575 ss.

⁷² F. GORÌA, *La prefettura del pretorio tardo-antica e la sua attività edittale*, lezione tenuta presso la Sede napoletana dell'«Associazione di Studi Tardoantichi» il 24 maggio 2011, disponibile *on line* nel sito dell'«AST.» (<http://www.studitardoantichi.org/home.html>).