

Sul processo litisconsortile nell'esperienza giuridica romana (*)

1. Ad indagare la vicenda della formazione e il significato della rubrica del titolo 3.40, *De consortibus eiusdem litis*¹, con il quale il codice di Giustiniano intendeva regolare l'ipotesi in cui, nel caso di comunanza della lite fra più soggetti, questi dovevano agire o essere convenuti nello stesso processo, è dedicata la recente monografia di Piera Capone, che costituisce l'esito di una indagine il cui risultato è apparso, nelle stesse parole dell'Autrice, «quantomeno sorprendente, dal momento che si è rintracciato un unico luogo in cui figura l'espressione *litis consortes*»¹, nella quale si realizza la «combinazione dei due termini ... a formare una entità lessicale dal valore endiadico»².

Dopo una più che opportuna precisazione, svolta sulla scia della dottrina tedesca della metà del XIX secolo³, in base alla quale, sotto il profilo della tecnica processuale, la fattispecie considerata nel volume, in difformità dal consueto schema bilaterale della vicenda litigiosa, attiene esclusivamente alle sole ipotesi di pluralità di attori o convenuti piuttosto che ai giudizi divisorii, l'autrice si propone, per un verso, lo studio dei modi di formazione del titolo giustiniano, «inesistente nei modelli precedenti», e per altro verso l'esame del fenomeno del litisconsorzio processuale in sede civile «nel concreto operare delle singole fattispecie»⁴.

2. Il volume, diviso in quattro parti⁵, si segnala subito all'attenzione degli studiosi per la innovativa e convincente impostazione di condurre l'indagine non già, come avvenuto in passato⁶, esclusivamente in relazione al sistema del processo di natura privatistica, bensì con specifica attenzione alla realtà processuale della tarda antichità, oggetto di rinnovato e recente interesse da parte della romanistica, soprattutto italiana⁷.

Infatti, dopo una ricostruzione storica del sistema processuale delle *legis actiones*, strutturalmente

*) A proposito di P. CAPONE, *De consortibus eiusdem litis. Storia di un titolo del Codice di Giustiniano* (Publicazioni del Dipartimento di diritto romano, storia e teoria del diritto «F. De Martino» dell'Università degli studi di Napoli «Federico II»), Napoli, Satura Editrice, 2012, p. XI, 449.

¹) CAPONE, *De consortibus*, cit., p. 4.

²) CAPONE, *De consortibus*, cit., p. 6.

³) Il riferimento è alla trattazione di M. A. BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung. Der römischen Civilprozess*, II, Bonn, 1866 (rist. Aalen 1959), p. 467 s.

⁴) CAPONE, *De consortibus*, cit., p. 37.

⁵) Parte prima (*Fonti, dottrina, prospettive*): pag. 3 ss.; parte seconda (*Problematiche formulari*): pag. 41 ss.; parte terza (*Le leges di CI. 3.40 De consortibus eiusdem litis*): pag. 205 ss.; parte quarta (*Il valore di CI. 3.40 fra raffronti sistematici e scelte compilatorie*): p. 395 ss.

⁶) Valga menzionare l'importante monografia di K. MEFFERT, *Die Streitgenossenschaft im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1974, in particolare p. 21 ss.

⁷) L'Autrice richiama opportunamente al riguardo il volume «Principi generali e tecniche operative del processo civile romano nei secoli IV-VI d.C. Atti del Convegno Parma 18-19 giugno 2009» (cur. S. PULIATTI e U. AGNATI), Parma, 2010, su cui si veda recentemente il mio *Aequum iudicium e processo romano della tarda antichità: principi generali e tecniche operative*, in «SDH», LXXVIII, 2012, p. 721 ss.

incompatibile con l'evenienza di una pluralità di attori o convenuti, ipotizzabile esclusivamente in casi eccezionali dettati dalla peculiarità del caso concreto⁸, seguita da una prudente e ragionata adesione alle critiche di una consolidata dottrina che non esclude, in generale, la ricorrenza del fenomeno litisconsortile nel sistema formulare⁹ – non ravvisandosi impedimenti in tal senso legati alla nuova tecnica processuale, come pure è stato sostenuto, bensì solo l'assenza di una sua elaborazione teorica¹⁰ –, l'autrice affronta la disciplina positiva delle ipotesi in cui più parti contemporaneamente godano della legittimazione ad agire o a contraddire in uno stesso processo nella *cognitio extra ordinem*: per fare ciò, la studiosa ipotizza che la sistemazione della materia, seppure ancora a livello embrionale, sia avvenuta nel *Corpus Iuris*, mediante l'inserzione del titolo 11.2 nel Digesto, '*De quibus rebus ad eundem iudicem mittetur*', composto da due brevi frammenti, uno di Pomponio¹¹ e l'altro di Papiniano¹², ma specialmente grazie alla disciplina che si ricava dalle due costituzioni che compongono il titolo 3.40 del Codice, '*De consortibus eiusdem litis*'¹³.

3. Il fenomeno litisconsortile nell'esperienza del processo romano ha costituito l'oggetto dell'attenzione del legislatore già nella prima metà del quarto secolo, come risulta dai due provvedimenti normativi che compongono il titolo in esame, l'uno attribuito a Giuliano (C.I. 3.40.1) ed emanato nell'anno 362, l'altro agli imperatori Valentiniano e Valente (C.I. 3.40.2), pubblicato nel 364.

L'importanza del primo intervento normativo impone un esame analitico, che suggerisce di riportarne integralmente il testo:

Imp. Iulianus A. Secundo pp. Explosis atque reiectis praescriptionibus, quas litigatores sub obtentu consortium studio protrahendae disceptationis excogitare consueverunt, sive unius fori omnes sint sive in diversis provinciis versentur, nec adiuncta praesentia consortis vel consortium agendi vel respondendi iurgantibus licentia pro parte pandatur. D. iii non. Sept. Antiochiae Mamertino et Nevitta cons.

Il provvedimento parzialmente riproduce, segnatamente nella prima parte, una più distesa versione del testo, conservata sia quale costituzione unica del *Breviarium Alaricianum* (2.5.1), sia nel titolo 2.5 del Codice Teodosiano, '*De dominio rei quae possitur vel consortibus ab eo, cui denuntiatum fuerit, nominandis*', c. 2:

Imp. Iulianus A. Secundo p(raefecto) p(raetorio). Explosis atque reiectis praescriptionibus, quas litigatores sub obtentu consortium studio protrahendae disceptationis excogitare consueverunt, sive unius fori omnes sint sive in diversis provinciis versentur, nec adiuncta praesentia consortis vel consortium agendi vel respondendi iurgantibus licentia pro parte pandatur. Et amputata constitutione Constantini patrum mei quae super consortibus promulgata est, antiquum ius, quantum pertinet ad huiusmodi disceptationes, cum omni firmitate servetur, ut interruptis artificiosis obstaculis possidentum astutia comprimatur. D. iii non. Sept. Antiochiae Mamertino et Nevitta cons.

⁸) Ancora attuale, al riguardo, G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I. *Le legis actiones*, Roma, 1962, p. 232 s.

⁹) Per sostenere le proprie conclusioni, l'autrice parla di materia «non docile a nette definizioni dogmatiche» (p. 201).

¹⁰) Il riferimento è a B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, Cortona, 1927, p. 85 s., che cita, con argomenti a contrario, a proposito di *plures fideiussores*, un noto passo giurisprudenziale, escerpito dal commentario all'editto di Ulpiano, D. 46.7.5.7, nonché il frammento paolino D. 39.3.11.1, relativo al silenzio del giurista a proposito dell'esperibilità collettiva dell'*actio aquae pluviae arcendae* (su cui, recentemente, vedi M. KASER, H. HACKL, *Das römischen Zivilprozessrecht*, München, 1996, p. 208).

¹¹) D. 11.2.1 (Pomp. 3 *ad Sab.*): '*Si inter plures familiae eriscundae agetur et inter eosdem communi dividendo aut finium re-gundorum, eundem iudicem sumendum: praeterea, quo facilius coire coheredes vel socii possunt, in eundem locum omnium praesentiam fieri oportet*'.

¹²) D. 11.2.2 (Pap. 2 *quaest.*): '*Cum ex pluribus tutoribus unus, quod ceteri non sint idonei, convenitur, postulante, eo omnes ad eundem iudicem mittuntur: et hoc rescripsit principum continentur*'.

¹³) Si tratta della parte terza del volume, a sua volta suddivisa in tre densi capitoli (Capitolo primo: *Una «perduta lex super consortibus di Costantino»; capitolo secondo: L'abrogazione della lex super consortibus di Costantino ad opera di Giuliano e il recupero dell'antiquum ius; capitolo terzo: Commune negotium et quibusdam absentibus*).

Il testo teodosiano riveste una speciale rilevanza nella ricostruzione del litisconsorzio processuale, poiché consente di ricavare come l'*occasio* della disposizione giuliana in esame fosse rappresentata da una '*constitutio quae super consortibus promulgata est*', emanata da Costantino, che veniva espressamente abrogata ('*ex amputata constitutione*')¹⁴, con il deliberato scopo di mantenere la *firmitas* dell'*antiquum ius* ('*cum omni firmitate servatur*').

Il provvedimento costantiniano non è conservato nelle raccolte ufficiali, ma l'autrice bene si adopera per tratteggiarne caratteristiche e contenuto, ipotizzando che la cancelleria dell'imperatore Giuliano intendesse reprimere gli intenti defatigatori che specialmente il convenuto strumentalmente utilizzava, opponendo *praescriptiones* per addurre l'esistenza di *consortes*¹⁵, con lo scopo di ritardare la conclusione dei processi e, di conseguenza, l'emanazione di una sentenza.

L'autrice, con convincenti argomenti – fra cui spicca quello di una più efficace finalità dilatoria rispetto all'ipotesi inversa, nella quale l'attore avrebbe avuto maggiore facilità ad individuare i litisconsorti – ipotizza che la fattispecie richiamata nel testo in esame fosse quella di un giudizio con pluralità di convenuti, nel quale la *praescriptio* fosse utilizzata per eccepire l'esistenza di altri *consortes*, da convenire congiuntamente nel caso di azione di rivendica esercitata nei confronti di uno solo dei *possessores*.

Nello sforzo di individuare, con maggiore precisione possibile, l'ambito nel quale la disposizione costantiniana *super consortibus* non conservata si sarebbe collocata nel quadro della politica legislativa dell'imperatore e nel tentativo di enfatizzarne la natura dichiaratamente innovativa rispetto alla precedente prassi di età tardoclassica, l'autrice, per un verso, scorge un' «attrazione tematica» con l'editto emanato nel 331 (C.Th. 11.30.16), evidenziando, per altro verso, come la legge costantiniana segnerebbe un progressivo e, per certi aspetti, definitivo «riconoscimento di un numero sempre maggiore di eccezioni dilatorie ... che presentavano un carattere pregiudiziale rispetto all'ulteriore progredire del procedimento»¹⁶.

La prima conclusione dell'autrice sulla possibile ricomprensione della *lex constantiniana super consortibus nell'edictum ad universos provinciales*, emanato da Costantino nell'anno 331, merita senz'altro piena adesione: infatti, come è noto, l'imperatore Costantino, alle *kalendae* di agosto dell'anno del consolato di Basso ed Ablavio, emanò un importante provvedimento, pubblicato a Costantinopoli il 1 settembre successivo¹⁷, dedicato a regolare vari aspetti del processo, che doveva essere molto ampio e che viene considerato il massimo sforzo compiuto dall'imperatore per la riorganizzazione dei giudizi civili, tanto da indurre il Gaudemet a definirlo come «un édit général sur la jurisdiction applicable dans tous l'Empire»¹⁸. Nei codici sono conservati numerosi frammenti, alcuni inseriti nel Teodosiano, altri solo nel Codice Giustiniano¹⁹.

¹⁴ Sulla generale avversione di Giuliano nei confronti della politica attuata da Costantino, si veda, recentemente, L. DE GIOVANNI, *Istituzioni, scienza giuridica, codici nel mondo tardo antico. Alle radici di una nuova storia*, Roma, 2007, p. 217 ss. e in particolare p. 223. Significativamente, cfr. già C. PHARR, *The Theodosian Code and Novels and the Sirmondian constitutions*, Princeton, 1952, ad C.Th. 2.5.2: «Julian seems to have taken an especial pleasure in abolishing the laws of his uncle, Constantine, the Christian reformer».

¹⁵ Ampia disamina dell'autrice (p. 225 ss.) sulla categoria dei '*consortes*', su cui si veda anche l'interpretazione restrittiva di J.W. PLANCK, *Die Mehrheit Rechtsstreitigkeiten im Prozessrecht*, Göttingen, 1848, p. 139 ss., che circoscrive la fattispecie ai soli '*consortes agri*', nonché l'opposta opinione di F. DE MARINI, *I limiti alla disponibilità della «res litigiosa» nel diritto romano*, Milano, 1967, p. 345 nt. 43, cui la Capone (p. 231) aderisce: «... non può escludersi che l'*occasio* della *lex* sia stata determinata da un caso di rivendica contro *consortes agri*, ma l'ordine che ne seguì appare – piuttosto – di carattere generale e conforme a un modo di procedere non estraneo, del resto, alle cancellerie imperiali».

¹⁶ CAPONE, *De consortibus*, cit., p. 239.

¹⁷ La data di pubblicazione è riportata esclusivamente nel frammento 11.30.16: '*Dat. kal. Aug.; p(ro)p(osita) kal. Sept. Constan(tino)p(oli) Basso et Ablavio cons.*'.

¹⁸ J. GAUDEMET, *Constitutions constantiniennes relatives à l'appel*, in «ZSS», XCVIII, 1981, p. 91, ora in *Droit et société aux derniers siècles de l'Empire romain*, Napoli, 1992, p. 111. Così, già L. RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem. Contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica*, Milano, 1965, p. 205, ma soprattutto, F. DE MARINI AVONZO, *La giustizia nelle province agli inizi del Basso Impero*, II. *L'organizzazione giudiziaria di Costantino*, in «Studi Urbinati», XXXIV, 1965-1966, p. 171 ss.

¹⁹ Fanno parte dell'*edictum generale*, oltre alle costituzioni esaminate nel testo, C.Th. 2.26.3, che considera il differente regime processuale delle *controversiae finales* e di quelle *de proprietate*, C.Th. 4.5.1, dedicata al divieto di alienare

L'autrice esamina, in particolare, due costituzioni dell'editto che sono idonee a corroborare l'ipotesi di una ricompressione della legge non conservata nel quadro del provvedimento normativo di età costantiniana e, con specifico riferimento al litisconsorzio, al «raggiungimento di un giudizio vindicatorio unico alla presenza di tutti i *consortes*»: una prima costituzione, di tradizione esclusivamente giustiniana, C.I. 3.19 (*Ubi in rem actio exerceri debet*) 2, che, per quanto particolarmente interessante, fa obbligo al possessore di cosa immobile, convenuto *in rem actione*, di denunciare senza indugio il nome del proprietario (*debet statim in iudicio dominum nominare*), perché questi possa intervenire nel giudizio²⁰; un secondo provvedimento, C.Th. 3.30 (*De administratione et periculo tutorum et curatorum*) 4, relativo agli obblighi e alle relative sanzioni nei confronti di tutori e curatori del minore che, convenuti in un giudizio di rivendica, si fossero rifiutati di indicare gli altri soggetti legittimati a resistere in giudizio, *si participes rei, quae lite poscitur ... edere detractaverint o contra verum nominaverint*²¹.

Qualche ulteriore riflessione merita invece, a mio giudizio, la seconda affermazione dell'autrice, che vorrebbe – in certo senso – attribuire alla disposizione giuliana conservata in C.Th. 2.5.2 la netta volontà della cancelleria imperiale, mediante l'espressa abolizione della *constantiniana lex* e il ritorno all'*antiquum ius*, di introdurre nel sistema processuale della tarda antichità una generale limitazione delle ipotesi di utilizzo delle *praescriptiones*.

L'esame della legislazione successiva suggerisce conclusioni meno nette di quelle prospettate nel volume qui recensito: mi riferisco in particolare ad un importante provvedimento legislativo, conservato nel titolo *Quorum appellationes non recipiantur*, C.Th. 11.36.18, emanato Milano durante il primo consolato di Valentiniano e Valente²²:

lite pendente la res litigiosa, C.Th. 11.30.16, che contiene una serie di disposizioni che disciplinano alcuni aspetti particolari del giudizio di appello e in cui si prevede, innanzi tutto, l'appellabilità delle sentenze dei proconsoli, dei *comites* e, in generale, dei giudici *qui vice praefectorum cognoscunt*, C.Th. 11.30.17, che stabilisce la pena della deportazione per chi, avendo omesso di interporre una *licita provocatio*, tenti poi di ottenere, *per supplicationem*, l'*auxilium* imperiale, C.Th. 11.34.2 che, a sua volta, colpisce con la deportazione *in insulam* e con la confisca di tutti i beni colui che, dopo avere omesso l'appello contro sentenze di *comites* e di altri *qui vice nostra indicaverint, litem reparare temptaverint ... firmanes se per metum appellationis omisisse auxilium*, e C.I. 3.13.4, che vieta di declinare la competenza del giudice ordinario e di adire direttamente il tribunale del prefetto del pretorio o di altro giudice *spectabilis*.

²⁰ C.I. 3.19.2: *Imp. Constantinus A. ad universos provinciales. Si quis alterius nomine quolibet modo possidens immobilem rem litem ab aliquo per in rem actionem sustineat, debet statim in iudicio dominum nominare, ut, sive in eadem civitate degat sive in agro sive in alia provincia sit, certo dierum spatio ab iudice finiendo eoque ad notionem eius perducendo, vel ipse in locis in quibus praedictum situm est perveniens vel procuratorem mittens actoris intentiones excipiat. Si vero post huiusmodi indultum tempus minime hoc quod dispositum est facere maluerit, tamquam lite quae ei ingeritur ex die, quo possessor ad iudicium vocatus est, ad interrumpendam longi temporis praescriptionem contestata iudex, utpote domino possessionis nec post huiusmodi humanitatem sui praesentiam faciente, edictis legitimis proponendis eum citare curabit et tunc in eadem voluntate eo permanente negotium summatim discutiens in possessionem rerum actorem miti non differet, omni adlegatione absentis de principali quaestione servata. D. x k. Aug. Basso et Ablabio cons.*. Sul contenuto della costituzione si veda, in generale, L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela del possesso in età costantiniana*, Napoli, 1998, p. 172 ss.

²¹ C.Th. 3.30.4: *Idem A. ad universos provinciales. Post alia. Minorum defensores, hoc est tutores vel curatores, si participes rei, quae lite poscitur, ita, ut insum est, edere detractaverint eosdemque contra verum nominaverint, quoniam pupillo nihil vel adulto perire oportet, in quolibet litis eventu tantum de proprio pecuniae fisco infernat, quantum aestimatione habita ex tertia parte colligitur. Quod si pauperes sint, capitis deminutione plectantur et destinant cives esse Romani, ita ut ius integrum ipsis minoribus reservetur. Et cetera dat. k. Aug. Basso et Ablabio cons.*. Ampia disamina sugli aspetti «sociali» del provvedimento in D. GRODZYSKI, *Pauvre et indigent, vils et plebeiens. Une étude terminologique sur le vocabulaire des petit gens dans le Code Theodosien*, in «SDHI», LIII, 1987, p. 163 ss.

²² La data di emanazione del provvedimento è, in verità, dubbia: essa, infatti, è indicata nella *subscriptio* al dicembre 365 (*Dat. xiii kal. Ian ... Valentiniano et Valente AA. cons.*), ma non si concilia con il luogo di emanazione, *Mediolano*, poiché l'imperatore d'Occidente era stanziato, sin dall'autunno di quell'anno, a Parigi (*Et circa id tempus aut non multo posterius ... quae prope kalendas Novembris venturo Valentiniano Parisios*: Amm. Marc., *r. gest.* 26.5.8). Anche l'indicazione del destinatario, il *praefectus urbi* Simmaco, è problematica, poiché il funzionario non rivestiva più la carica, essendo stato sostituito da Volusiano sin dall'aprile di quell'anno (C.Th. 1.6.5). Per tentare di risolvere l'aporia, Seeck (*Regesten der Kaiser und Päpste für die Jahre 311 bis 476 n. Chr.*, Stuttgart, 1919, rist. Frankfurt, 1984, p. 85) proponeva di retrodatare la costituzione al dicembre 364, ipotizzando che nella *subscriptio* fosse caduta l'indicazione dell'anno consolare di emissione (*Divo Ioviano e Varroniano*) e fosse rimasta l'indicazione dell'anno successivo, in cui la costituzione sarebbe stata pubblicata a Milano. Io credo che non si possa neppure escludere che l'errore stia non nell'anno consolare (che il Mommsen indica dubitativamente), ma nel mese e nel giorno di emanazione, consi-

Impm. Valentinianus et Valens AA. Ad Symmachum p(raefectum) u(rbi). Post Alia. Nullum audiri provocantem ante definitivam sententiam volumus, si tamen in iudicio competentem negotium fuerit inchoatum, salva scilicet iuris antiqui moderazione atque sententia, cum vel exceptio obponitur vel ad agendum locus poscitur vel dilatio instrumentorum causa aut testium postulatur atque haec inpatientia vel iniquitate iudicium denegantur. Similiter ne ab executione quidem provocantem admitti convenit, si tamen executoris vitio minime modus sententiae transeat. In fiscali bus quoque vel manifestis debitis set criminalibus confessis negotiis nec non etiam praeiudiciis omnis prava repugnantium amputetur intentio. Postremo universas appellationes quas iura inprobant, non oportet audiri. Dat. xiii kal. Ian. Med(iolano) Val(entini)ano et Valente AA. cons.

Se, in generale, la costituzione ribadisce, in modo esplicito, il principio in base al quale ai litiganti era fatto espresso divieto di appello contro le sentenze non definitive (*Nullum audiri provocantem ante definitivam sententiam volumus*)²³, essa, per quanto particolarmente interessa ai nostri fini, elenca una serie di ipotesi nelle quali, nel corso di un giudizio, è stata respinta un'eccezione processuale, stabilendo che in questi casi l'appello è ammissibile anche *'ante definitivam sententiam'*: si tratta, dunque, di una disciplina che, seppure indirettamente, ma in modo chiaro, testimonia come, nel sistema processuale della seconda metà del IV secolo, non soltanto le eccezioni proposte dalle parti erano oggetto di una disciplina largamente permissiva, ma tali strumenti processuali costituivano una precisa salvaguardia dei diritti dei litiganti, attuata mediante la previsione in virtù della quale, per il caso di loro rigetto in primo grado, le *exceptiones* potevano – in deroga all'opposto e ben consolidato principio generale²⁴ – immediatamente essere riproposte al giudice superiore, senza attendere l'esito del processo in corso.

L'atteggiamento tollerante della cancelleria imperiale a proposito dell'ammissibilità delle *exceptiones* si ricava dalla portata del fenomeno, che attesta la varietà delle ipotesi nelle quali le parti potevano opporre nel corso di un giudizio: si tratta, in particolare, del caso in cui l'azione fosse stata proposta dinanzi ad un giudice incompetente, che abbia respinto la relativa eccezione; dell'ipotesi in cui fosse stata rigettata l'istanza per ottenere un *locus ad agendum* oppure del rifiuto, in generale, di una eccezione (*exceptio obponitur*) e, infine, della richiesta una dilazione per la produzione di documenti o la citazione di testi, quando tali richieste fossero state respinte *inpatientia vel iniquitate iudicium*.

Il tenore, in verità non del tutto perspicuo del provvedimento, ha fatto sorgere il dubbio se la formulazione della norma sia da attribuire alla redazione originaria o, come già pensava il Gradenwitz, alla circostanza che la costituzione è «vielleicht der Schluss eines grösseren Erlasses an den praefectus urbis»²⁵: ai nostri fini, l'esame delle singole fattispecie considerate dalla norma risulta di particolare interesse. Così è, anzitutto, per la prima ipotesi considerata nel provvedimento, *'si tamen in iudicio competentem fuerit inchoatum'*, che condiziona e limita il principio generale dell'inappellabilità *ante definitivam sententiam* e dal quale si ricava che la regola generale sull'inappellabilità delle sentenze non definitive sia applicabile esclusivamente per i casi in cui il giudizio sia stato incardinato avanti ad un giudice competente. Al contrario, il provvedimento ha voluto diversamente regolare l'ipotesi in cui il convenuto abbia sollevato un'eccezione di incompetenza del giudice adito, stabilendo che, in tale eventualità, sia possibile ricorrere al giudice *ad quem* anche *'ante definitivam sententiam'*: per dare un significato compiuto a tale disposizione, si deve supporre che il legislatore abbia qui previsto l'ipotesi

derando l'identità di contenuto con la c. 2 C.Th. 11.31, *'De reparationibus appellationum'*, anch'essa indirizzata al prefetto urbano Simmaco, che risulta emanata a Milano il 16 febbraio del 365 (*'Dat. xiiii kal. Mart. Medi[iolano] Val[entini]ano et Valente AA. cons.'*).

²³ Il principio del divieto di appello *'ante definitivam sententiam'* era pacifico nel sistema processuale della *cognitio extra ordinem*: si vedano, al riguardo, C.I. 7.62.6, C.Th. 11.30.2 e C.Th. 11.36.2 e 3. In dottrina, cfr. per tutti, W. LITEWSKI, *Die römischen Appellation in Zivilsachen*, II, in «RIDA», XIII, 1966, p. 256 ss., e U. VINCENTI, *«Ante sententiam appellari potest»*. *Contributo allo studio dell'appellabilità delle sentenze interlocutorie nel processo romano*, Padova, 1966, p. 64 ss.

²⁴ Basti, sul punto, rinviare all'opera di BETHMANN-HOLLWEG, *Der römischen Civilprozess*, III, cit., p. 291 ss.

²⁵ O. GRADENWITZ, *Weitere Interpolationen im Theodosianus*, in «ZSS», XXXVIII, 1917, p. 47.

in cui il giudice abbia respinto l'eccezione di incompetenza²⁶ e sembra prevalere, nelle intenzioni della cancelleria imperiale, l'esigenza di economia processuale che risulterebbe ancora più radicalmente sacrificata se si dovesse attendere la definitiva sentenza di merito per proporre il gravame sulla questione di competenza e questa dovesse rivelarsi fondata.

Emerge così, per un verso, la pacifica possibilità, per il convenuto, di sollevare un'eccezione di incompetenza e il rilievo che la cancelleria imperiale aveva voluto attribuirvi consentendo, in deroga al principio generale dell'inappellabilità delle sentenze non definitive, il loro immediato riesame da parte del giudice superiore.

La seconda ipotesi indicata nel provvedimento valentiniano, nonostante qualche incertezza in dottrina²⁷, completa la fattispecie: infatti, anche con l'espressione '*ad agendum locus poscitur*', il legislatore intendeva riferirsi ad una questione di competenza, specularmente all'eccezione sollevata dal convenuto, con la quale l'attore invocava un termine per la riassunzione del giudizio avanti al tribunale competente. Anche in questo caso, la *ratio* del provvedimento, che attribuisce all'attore la possibilità di un immediato reclamo contro il parere negativo del giudice, va ricercato nel principio dell'economia processuale, in quanto esso vale a risolvere senza ritardo la questione preliminare di competenza.

La terza fattispecie, '*cum exceptio obponitur*', pur nella sua enunciazione non del tutto perspicua, consente alcune importanti riflessioni: è ben vero che la generica espressione utilizzata dal legislatore non consente di chiarire quale fosse l'ipotesi processuale concretamente considerata, né a quale tipo di eccezioni essa si riferisse, ma offre un'ulteriore conferma del largo uso che, nella prassi forense, i litiganti facevano delle eccezioni processuali e della rilevanza che esse avevano assunto nello svolgimento dei giudizi, tanto da richiedere una puntuale regolamentazione normativa: un orientamento opposto, dunque, rispetto al rigido atteggiamento assunto in materia, qualche anno prima, dalla cancelleria imperiale con la *constantiniana lex* non conservata nella legge di Giuliano (C.I. 3.40.1).

Tale conclusione, del resto, non pare neppure contraddetta nel caso di adesione all'interpretazione più restrittiva²⁸, che vuole circoscritta la possibilità di impugnazione contro le pronunce non definitive al solo caso dell'intervenuto rigetto di un'eccezione perentoria²⁹.

L'ultima deroga al principio dell'inappellabilità '*ante definitivam sententiam*' si riferisce all'ipotesi di rifiuto, da parte del giudice, di una richiesta istruttoria, finalizzata alla produzione di documenti o all'escussione dei testimoni³⁰, '*dilatatio instrumentorum causa aut testium postulatur atque haec inpatientia vel iniquitate iudicium denegantur*'.

Va detto come rilevi, in modo particolare, nel testo in esame, il richiamo alla '*iuris antiqui moderatio atque sententia*', che testimonia come il regime largamente permissivo in ordine alla ammissibilità delle eccezioni processuali, attestato dalla costituzione 18 C.Th. 11.36, non avesse carattere assolutamente innovativo, ma si inserisse – in modo consapevole – nel quadro generale del sistema processuale della tarda antichità, consentendo di scorgere l'eco di risalenti principii elaborati dalla giuri-

²⁶ Già il Gotofredo, *Codex Theodosianus*, ad C.Th. 11.36.1, annotava che, ferma la regola dell'inappellabilità delle sentenze non definitive, «benigno adhuc iure tamquam ab incompetente iudice appellare licet, etiam post negotium inchoatum».

²⁷ Gotofredo, *Codex Theodosianus*, ad C.Th. 11.36.18, ipotizza che si tratti di una richiesta di dilazione («Tertia exceptio est, si locus ad agendum postulatus fuerit et iniquitate iudicis hoc fuerit denegatum; ad agendum locus poscere scilicet nihil aliud est, quam spatium, dilationem postulare, solemniter procul dubio iudiciorum formula, locum ad agendum dari mihi postulo»), mentre Gradenwitz (*Weitere Interpolationen im Theodosianus*, cit., p. 47) parla, senza mezzi termini, di «Unerklärte Wendung».

²⁸ Così, Gotofredo, *Codex Theodosianus*, ad C.Th. 11.36.18: «Secunda exceptio est, si exceptio opposita, repulsa fuerit: exceptio inquam, id est praescriptio peremptoria». *Contra*, LITIEWSKI, *Die römischen Appellation in Zivilsachen*, II, cit., p. 256 nt. 89 e ss., e VINCENZI, *Ante sententiam*, cit., p. 66 nt. 92.

²⁹ A favore di tale ipotesi milita il contenuto di una successiva costituzione, C.Th. 11.36.23, nella quale Valente, Valentiniano e Graziano, nell'anno 378, pur ribadendo il generale principio del divieto di impugnazione *ante definitivam sententiam*, ammettevano il riesame di un provvedimento di rigetto delle eccezioni perentorie: '*Exceptis praescriptionibus peremptoriis si quis ab articulo appellare temptaverit, non audiatur*'.

³⁰ Gotofredo, *Codex Theodosianus*, ad C.Th. 11.36.18: «Quarta exceptio est, si dilatatio instrumentorum vel testium causa postuletur, eaque a iudice denegetur».

sprudenza³¹: ciò vale a ritenere che la norma giuliana, conservata nel titolo ‘*De consortibus eiusdem litis*’ (3.40.1) del Codice di Giustiniano, concernesse, in origine, la soluzione di un caso particolare, riferito alla legittimazione a contraddire delle parti in una vicenda processuale specifica, piuttosto che l’enunciazione di un principio generale in tema di *exceptiones*, e che la sua considerazione quale legge generale sia da attribuire all’inserzione, per vero solo parziale, nella raccolta giustiniana, in virtù degli intenti che ne avevano ispirato la formazione.

Vale qui la pena di ricordare come, del resto, anche nella legislazione anteriore a Costantino, il sistema della *cognitio extra ordinem* fosse stato incline ad ammettere con larghezza le eccezioni processuali: ne fa fede un rescritto di Diocleziano, emanato nell’anno 294, che attesta l’applicazione di un orientamento ampiamente permissivo, anche in questo consentendo, come emerge dalla seconda parte del provvedimento, la proposizione dell’*exceptio* persino nel secondo grado di giudizio:

C.I. 7.50.2: Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Alexandriae. Peremptorias exceptiones omissa initio, antequam sententia feratur, opponi posse perpetuum edictum manifeste declarat. Quod si aliter actum fuerit, in integrum restituito permittitur. Nam iudicatum contra maiores annis viginti quinque non oppositae praescriptionis velamento citra remedium appellationis rescindi non potest. Vii k. Ian. Nicomediae CC. cons.

Come si ricava implicitamente, ma con chiarezza, Diocleziano afferma che la sentenza, pronunciata contro la parte che ha omesso di valersi in primo grado di un’eccezione perentoria, non può essere rescissa (*rescindi non potest*) se non è stato interposto gravame contro di essa: dal che si deduce che se questo fosse stato interposto, l’eccezione avrebbe potuto essere pacificamente invocata³².

Del resto, qualche indizio nella medesima direzione ritengo possa ricavarsi da un ancor più risalente rescritto dell’anno 239, attribuito all’imperatore Gordiano, relativo alla possibilità di proporre eccezioni perentorie, in forza dell’affermazione che al postulante non avrebbe potuto essere opposta la *praescriptio militiae* in secondo grado:

C.I. 2.12 (13).13: Imp. Gordianus A. Viciano militi. Ita demum super lite persequenda, quam tibi mater mandavit, actionem intendere potes, si, cum primo litem contestarieris, non est tibi eo nomine opposita praescriptio militiae: quod nec, cum appellatio agitur, tibi obici poterit. Nam si integra res est, ratio perpetui edicti acceptam tibi non permittit alieno nomine actionem intendere. iii id. Ian. Gordiano A. et Aviola cons.

4. Il secondo provvedimento del titolo 3.40 del Codice Giustiniano, dedicato all’ipotesi di svolgimento del processo nei confronti di più soggetti, su cui l’autrice sofferma, in particolare, la propria attenzione, è la costituzione dell’anno 364, che risulta emanata da Valentiniano e Valente:

C.I. 3.40.2: Imp. Valentinianus et Valens AA. Sallustio pp. Commune negotium post litem legitime ordinatam et quibusdam absentibus in solidum agi sine mandato potest, si praesentes rem ratam dominum habiturum cavere parati sunt, vel si, quid ab his petitur, iudicatum solvi satisfactione firmaverint. PP. vi id. Dec. Divo Ioviano et Varroniano cons.

Prima di affrontare l’esame del contenuto della legge, occorre analizzare i problemi palinogenetici che la costituzione solleva e che l’autrice bene individua³³, con particolare riferimento all’indicazione del de-

³¹ *Contra*, LITEWSKI, *Die römischen Appellation in Zivilsachen*, II, cit., p. 261, e VINCENTI, *Ante sententiam*, cit., p. 65 nt. 89.

³² Il rescritto è stato oggetto di approfondito esame da parte di A. GUARNERI CITATI, *Exceptio omissa initio-in integrum restitutio-appellatio* (C.I. VII.50.2), in «Studi S. Perozzi», Palermo, 1925, p. 250 ss., C. SANFILIPPO, *Contributi esegetici alla storia dell’appellatio*, in «AUCA» VIII, 1934, p. 347 s., W. KOLITSCH, *Praescriptio und exceptio ausserhalb des Formularverfahrens*, in «ZSS», LXXXIX, 1959, p. 294, e N. SCAPINI, *Il ius novorum nell’appello civile romano*, in «Studi Parmensi», II, 1978, p. 21 ss.

³³ Al problema prosopografico, l’autrice dedica opportunamente un intero paragrafo dal titolo «*La questione*

stinatario che, nella sola versione giustiniana, è indicato nel prefetto del pretorio Sallustio, mentre manca nell'*inscriptio* del testo trådito dal Codice Teodosiano (2.12.2, *Imppp. Valentinianus et Valens AA.*)³⁴.

Dopo un serrato esame delle varie possibili soluzioni, l'autrice propende a favore della corruzione dell'*inscriptio* in relazione al nome del destinatario, '*Sallustio pp.*'³⁵, confermando l'attribuzione del provvedimento agli imperatori Valentiniano e Valente, il che – prosegue – «appare plausibile anche dal punto di vista del tipo di normativa adottata», considerando che «il susseguirsi dei due interventi, quello di Costantino e quello di Giuliano, potrebbe aver portato ulteriormente alla luce le problematiche legate allo svolgimento dei giudizi con una pluralità di attori o di convenuti e, dunque, dare adito a provvedimenti successivi»³⁶.

In particolare, conclude l'autrice, «può dirsi che siamo di fronte ad un'ulteriore testimonianza della progressiva individuazione nel corso del IV secolo della pluralità di attori ovvero di convenuti quali soggetti che erano *consortes* anche rispetto alla lite; una tendenza, questa, che – come accennato – sembra affondare le sue radici nella *praescriptio consortium* da ricollegare ad una *lex super consortibus* costantiniana e che farebbe da preludio, dunque, ai *consortes eiusdem litis* giustiniane»³⁷.

I dubbi sulla paternità del provvedimento sono, in effetti, molti e molto gravi, ma a favore di un'attribuzione a Valentiniano e Valente potrebbe far propendere anche un'ipotesi differente: infatti, sempre che si consideri accettabile l'indicazione del destinatario data nel Codice Giustiniano, la costituzione potrebbe essere stata indirizzata non a *Flavius Sallustius*, ma a quel *Saturninus* (o *Saturninius Secundus*), il cui terzo nome appare ora come *Salutius*, ora come *Sallustius*³⁸. Questi era stato nominato da Giuliano prefetto del pretorio d'Oriente e lo rimase sotto Gioviano e sotto Valentiniano e Valente³⁹: in questo caso, la costituzione, pubblicata l'8 dicembre 364, considerando i tempi usualmente intercorrenti fra l'emanazione e la pubblicazione dei provvedimenti imperiali, potrebbe essere anteriore di qualche mese, forse addirittura prima che i due Augusti, nell'estate del 364, come ci racconta Ammiano, dapprima divisero a Naisso i *comites*⁴⁰ e, successivamente, raggiunsero Sirmio, dove, *diviso palatio*, si separarono, Valentiniano dirigendosi alla volta dell'Italia, Valente alla volta di Costantinopoli⁴¹.

Una soluzione parzialmente differente, a favore della quale, in definitiva, ritengo corretto inclinare e che, tra l'altro, consentirebbe di conservare il nome del destinatario del provvedimento come indicato nella versione giustiniana, è quella di ipotizzare che possa trattarsi di quel Flavio Sallustio, nominato da Giuliano prefetto delle Gallie nel 361⁴² e rimasto in carica almeno sino al settembre 363⁴³: in questo caso, è vero, rimarrebbe il dubbio sul motivo per cui una costituzione a lui indirizzata sia stata pubblicata solo nel dicembre 364, oltre un anno, cioè, dopo il suo allontanamento dalla carica⁴⁴.

del destinatario e i suoi riflessi sulla paternità del provvedimento: profili prosopografici, editoriali, contenutistici» (p. 376 ss.).

³⁴) La costituzione conservata nel Codice Teodosiano, infatti, molto simile nel contenuto, è priva del nome del destinatario: C.Th. 2.12.2: '*Imppp. Valentinianus et Valens AA. Commune negotium et quibusdam absentibus agi potest, si praesentes rem ratam dominum habiturum cavere parati sunt, vel si, quid ab his petitur, indicatum solvi satisfactione firmaverint. P(ro)p(osita) vi id. Decemb. Divo Ioviano et Varroniano cons.*'.

³⁵) Sulla scia di O. SEECK, *Die Briefe des Libanius zeitlich geordnet*, Leipzig, 1906, p. 264.

³⁶) CAPONE, *De consortibus*, cit., p. 390.

³⁷) CAPONE, *De consortibus*, cit., p. 376.

³⁸) A. H. M. JONES, J. R. MARTINDALE, J. MORRIS, *The Prosopography of the Later Roman Empire*, I, Cambridge, 1971, p. 814, '*Salutius*'.

³⁹) Se ne ha notizia da Amm. Marc., *r. gest.* 22.3.1 ('*Brevi deinde Secundo Sallustio, promotus praefecto praetorio, summam quaestionum agitandarum ut fido commisit*') e 26.5.5 ('*Et Orientem quidem regebat potestate praefecti Sallustius*').

⁴⁰) *R. gest.* 26.5.1.

⁴¹) *R. gest.* 26.5.4.

⁴²) Amm. Marc., *r. gest.* 23.5.4: '*Iulianus ... litteras tristes Sallusti Galliarum praefecti suscipit*'.

⁴³) P.Oxy. 1116.

⁴⁴) Il problema è bene individuato dall'autrice (pag. 390): «... resta, infatti, lo scoglio di dover riconoscere, per difendere quell'idea, che il provvedimento sia rimasto sospeso per molti mesi». A favore della possibilità di un simile intervallo, seppure non frequente nella normativa della prima metà del IV secolo, Seeck, *Regesten*, p. 80.

La soluzione del problema va ricercata, a mio giudizio, ipotizzando che il provvedimento 2 C.I. 3.40 sia da attribuire all'anno 363 e da ascrivere, almeno nella sostanza, all'opera legislativa di Giuliano e non dei successori Valentiniano e Valente⁴⁵: ciò, soprattutto, considerando il contenuto della costituzione giuliana che apre il titolo '*De cognitoribus et procuratoribus*' del Codice Teodosiano, indirizzata al prefetto del pretorio *Secundus* e *lecta apud acta* il 4 febbraio dell'anno 363:

C.Th. 2.12.1: Imp. Iulianus A. Secundo p(raefecto) p(raetorio). Nulla dubitatio est post causam in iudicium publicatam utpote dominum litis procuratorem effectum etiam post excessum eius, qui defensionem mandaverat, posse incoatam litem iurgiumque finire, quippe cum et procuratorem posse eum instituire et ad heredes suos incoata transmittere veteris iuris voluerint conditores. Lecta apud acta prod. Non. Febr. Iuliano A. iiii et Sallustio cons.

La norma attribuiva pacificamente ('*nulla dubitatio*') al *procurator* la legittimazione attiva a proseguire il giudizio, quale *dominus litis*, anche dopo la morte del mandante e anche con gli eredi di questo⁴⁶, introducendo una disciplina che pare coordinarsi coerentemente con la costituzione 2 del titolo '*De consortibus eiusdem litis*' del Codice Giustiniano (3.40).

Ne fanno fede, a mio giudizio, non soltanto l'identità della materia, dedicata in entrambi i provvedimenti a regolare analoghi casi di giudizi nei quali si verteva di interessi comuni⁴⁷, bensì – e con maggiore rilevanza – l'applicabilità delle regole sui *consortes* e, specificamente, quelle sulla ammissibilità delle *exceptiones*, che – nel concreto svolgimento della vicenda processuale – dovevano essere state sollevate dalle parti.

Un'interpretazione che pare confermare l'idea che la norma in esame (C.I. 3.40.2) vada ascritta ad un contesto specifico e che essa, come per il provvedimento di apertura del titolo giustiniano (C.I. 3.40.1), in quanto priva del carattere della generalità, attenesse alla soluzione di un caso pratico relativo ad una situazione contingente, che era stata sottoposta all'esame del prefetto del pretorio, destinatario di entrambi i provvedimenti imperiali.

Pare dunque corretto ipotizzare che, nel sistema della *cognitio extra ordinem*, la disciplina generale in tema di eccezioni, più che alle due costituzioni conservate nel titolo '*De consortibus eiusdem litis*', la prima delle quali particolarmente restrittiva, doveva essere stata affidata, anche in tema di *consortes*, per un verso a provvedimenti dell'imperatore Costantino, considerando il contenuto della *constantiniana lex* che, seppure non conservata, doveva avere assunto, all'epoca, un'importanza centrale nel sistema processuale, tanto da essere ricordata – all'atto dell'inserzione nel codice per mano dei compilatori – a distanza di molti anni; per altro verso, alla legislazione di Valentiniano e Valente, che alla regolamentazione e allo svolgimento del processo avevano dedicato gran parte della legislazione nel dodicennio di comune governo⁴⁸.

5. Chiude la trattazione un capitolo finale (*Il valore di CI. 3.40 fra raffronti sistematici e scelte compilatorie*), dedicato alle ragioni che avrebbero indotto i compilatori a coniare il nuovo titolo '*De consortibus eiusdem litis*': ragioni che vengono individuate, nel quadro di un generale disegno normativo della cancelleria imperiale, nella necessità di specificare, in relazione a ciascun giudizio, che la categoria di *consortes* che ne costituiva l'oggetto era rappresentata dalla condivisione, da parte di più soggetti, di

⁴⁵ Ove non addirittura a Gioviano, sulla cui legislazione mi permetto di rinviare al mio *Rilevi sulla produzione normativa dell'imperatore Gioviano*, in *Studi di diritto romano tardoantico*, Torino, 2011, p. 1 ss.

⁴⁶ C.Th. 2.12.1: '*Imp. Iulianus A. Secundo p(raefecto) p(raetorio). Nulla dubitatio est post causam in iudicium publicatam utpote dominum litis procuratorem effectum etiam post excessum eius, qui defensionem mandaverat, posse incoatam litem iurgiumque finire, quippe cum et procuratorem posse eum instituire et ad heredes suos incoata transmittere veteris iuris voluerint conditores. Lecta apud acta prod. Non. Febr. Iuliano A. iiii et Sallustio cons.*'.

⁴⁷ Questo senza spingersi a parlare, con Giovanni Pugliese (*La «cognitio» e la formazione dei principi teorici sull'efficacia del giudicato*, in «Studi B. Biondi», II, Milano, 1963, p. 162 nt. 49, ora in *Scritti giuridici scelti*, II, Napoli, 1985, p.106 nt. 49) di «interesse indiviso».

⁴⁸ Sottolineava questo profilo R. ANDREOTTI, *Incoerenza della legislazione dell'imperatore Valentiniano I*, in «NRS.» XV, 1931, p. 476 ss., parlando, a proposito della legislazione processuale, di «riforma sistematica».

una medesima posizione processuale.

La scelta operata dai compilatori di sottolineare il profilo unitario fra le due disposizioni normative di epoca precedente per dare autonomo rilievo ad una categoria processuale che si era venuta delineando nel concreto svolgimento delle singole controversie era, dunque, il frutto consapevole di un disegno sistematico, finalizzato all'estrapolazione di provvedimenti normativi contenuti in titoli teodosiani differenti, di cui uno (C.Th. 2.5) non conservato nel *Codex Iustinianus*, mentre l'altro (C.Th. 2.12) riprodotto in modo pressoché identico, e offre, in definitiva, la conferma che i commissari giustiniani dovevano averne dato una lettura «del tutto differente da quella che era stata propria dei compilatori del Teodosiano, ma che, esaltandone un aspetto comune, era stata in grado di giustificare la artificiale unificazione sotto lo stesso titolo»⁴⁹.

Si tratta, all'evidenza, di un risultato, che – lungi dall'esaurirsi con il tema specifico della presente indagine – offre nuove prospettive di ricerca anche nello studio della formazione dei titoli del Codice di Giustiniano e, più in generale, nella ricostruzione di una più completa e corretta conoscenza della legislazione imperiale.

In conclusione, la lunga trattazione che precede costituisce, già di per sé, una testimonianza del vivo interesse e delle suggestioni che, negli studiosi del processo romano tardoantico, è destinata a suscitare la monografia di Piera Capone, che si apprezza per la sua solidità, sia sotto il profilo della corretta impostazione metodologica, sia dal punto della sensibilità storica dimostrata dall'autrice, che può considerare convincentemente raggiunto l'obiettivo iniziale che si era prefissa, cioè quello di ricostruire il fenomeno litisconsortile nell'esperienza giuridica romana, «nel tentativo di verificare, proprio a fronte dell'assenza di un linguaggio tipico ed univoco, il grado di conoscenza del fenomeno, gli ambiti di discussione e gli eventuali contenuti delle prime fonti di una sua regolamentazione ... quali preludio proprio alla idea giustiniana dei *consortes litis*»⁵⁰: un risultato da cui non si potrà prescindere nei futuri studi sul processo romano della tarda antichità.

⁴⁹) CAPONE, *De consortibus*, cit., p. 409.

⁵⁰) CAPONE, *De consortibus*, cit., p. 13.