

Lucia Di Cintio

Considerazioni su alcuni aspetti della «Interpretatio Visigothorum» in tema di giudizio

1. *Regula iuris e lex* - 2. *Commune negotium* - 3. *In principio quaestionis* - 4. Osservazioni finali.

1. In precedenti studi¹ si è visto come l'*Interpretatio visigota*, nel Tardo Antico, abbia rappresentato un veicolo di novità rispetto al testo ufficiale, rivelatore dell'assetto giuridico effettivo nel contesto in cui essa si colloca. In tale prospettiva, saranno analizzate anche le interpretazioni riferite a costituzioni che trattano della presenza di rappresentanti in giudizio, procuratori e più genericamente consorti, racchiuse nel titolo XII del secondo libro del *Codex Theodosianus*, '*De cognitoribus et procuratoribus*'.

La prima costituzione ad essere recepita e interpretata è

Cod. Theod. 2.12.1 (= 2.12.1) (Iul.): Nulla dubitatio est, post causam in iudicio publicatam utpote dominum litis procuratorem effectum, etiam post excessum eius, qui defensionem mandaverat, posse inchoatam litem iurgiumque finire: quippe quum et procuratorem posse eum instituire et ad heredes suos inchoata transmittere, veteres iuris voluerunt conditores (a. 363).

La norma attribuisce al *procurator in rem suam*² la facoltà di proseguire la causa,

¹) L. DI CINTIO, *L' «Interpretatio Visigothorum» al «Codex Theodosianus». Il Libro IX*, Milano, 2013, e *Nuove ricerche sulla «Interpretatio Visigothorum» al «Codex Theodosianus». Libri I e II*, Milano, 2016.

²) Il passo, dunque, secondo parte della dottrina, andrebbe letto nel senso di una cessione di credito avvenuta a seguito di *translatio iudicii*. Per la letteratura in materia di cessione del credito e di *translatio iudicii*, cfr. S. GIGLIO, *Patrocinio e diritto privato nel tardo impero romano*, Perugia, 2008, in particolare p. 49 ss.

quale *dominus litis*³, dal momento della *publicatio*, anche dopo la morte del mandante, e come tale trasmetterla agli eredi, o nominare a sua volta un *procurator*, secondo il parere dei *veteres*⁴. Dunque, affinché si verificasse la prosecuzione del giudizio da parte del medesimo *procurator*, vi doveva essere stata la *publicatio* dell'azione e l'inizio della causa⁵.

La questione, quindi, non sembra focalizzarsi sulla possibilità che si crei un litisconsorzio tra procuratore e altri soggetti legittimati, quanto nello stabilire il momento processuale in cui ciò possa avvenire, in modo giuridicamente rilevante⁶.

L'esposizione si snoda nella descrizione di varie eventualità casistiche. Infatti, come spesso si rileva nel *Codex Theodosianus*, anche C.Th. 2.12.1 postula la risoluzione di un caso specifico; in origine si sarebbe trattato di un rescritto rivolto al funzionario destinatario della norma⁷. Da ciò, tuttavia, non

³) M. MARRONE, *Dominus litis*, in «Scritti L. Amirante», Napoli, 2010, p. 252, nota come, in modo singolare, in tale fonte – insieme a D. 49.1.4.5 e a C. 2.12.22 (a. 319) – il termine '*dominus*' indichi anche il *procurator* che ha agito *alieno nomine*.

⁴) Sulla costituzione in generale, oltre agli autori citati nelle note successive, si vedano anche F. LA ROSA, *L'«actio indicati» nel diritto romano classico*, Milano, 1963, p. 205, F. CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, Roma, 2011, p. 205 e nt. 174, M. KASER, K. HACKL, *Das Römische Zivil Prozess*, II, München, 1997, p. 589 e 594, M. MARRONE, '*Personae*', '*petitum*' e '*causa petendi*', tra *preclusione, litispendenza e autorità del giudicato*, in «Studi A. Pensavecchio Li Bassi», I, Milano, 2004, p. 714 s. (ora anche in *Scritti giuridici*, II, Palermo, 2003, p. 826).

⁵) Sull'individuazione della fase in cui il processo si incardina, cfr. LA ROSA, *L'«actio indicati»*, cit., p. 205, U. AGNATI, *Costantino abolisce la «privata testatio» (C.Th. 2.4.2)*, in «Teoria e storia del diritto privato», V, 2012, p. 91, che parla di '*editio actionis*': «Le parole '*post causam in iudicio publicatam*' del Teodosiano fanno pensare già a un momento successivo alla chiamata in giudizio» (diversamente, come ricorda lo stesso autore, da L. CHIAZZESE, *Confronti testuali, contributi alle dottrine delle interpolazioni giustiniane*, in «AUPA», XVI, 1933, p. 331 nt. 1, che la riteneva un'espressione interpolatoria, sostitutiva dell'originale '*litis denuntiatio*'); «ancor di più fanno pensare a un momento successivo alla chiamata in giudizio, le parole '*post causam in iudicio agitatam*' del Codice giustiniano, che rinviano al contraddittorio già istituito» (p. 280 e nt.73).

⁶) L'aspetto del litisconsorzio, dopo la morte del *dominus*, è esaminato con particolare attenzione squadra P. CAPONE, *De consortibus eiusdem litis. Storia di un Titolo del Codice Teodosiano*, Napoli, 2012, p. 390 ss., che mette a confronto C.Th. 2.12.1 e lo coordina con C.I. 3.40.2 proprio sull'aspetto della pluralità di parti in giudizio. La studiosa evidenzia come entrambi i testi ruotino attorno allo stesso argomento, ossia interessi «comuni» a più parti in un unico giudizio, come funzionali all'applicazione delle relative *exceptiones*. Sempre la medesima autrice nota come sia C.Th. 2.12.1 sia C.I. 3.40.2 si basino su una questione concreta. Pertanto, l'autrice arriva alla conclusione che C.I. 3.40.2 recepisce C.Th. 2.12.2. Tale posizione appare peculiare rispetto alla restante letteratura, che ravvisa la ricezione della costituzione nel Codice Giustiniano tramite C.I. 2.12.33.

⁷) F. PERGAMI, *La legislazione di Valentiniano e Valente*, Milano, 1993, p. 115, e *Sul processo litisconsortile nell'esperienza giuridica romana, rec.* al ricordato studio di Piera Capone, in «Nuovi studi di diritto romano tardoantico», Torino, 2014, p. 90 ss..

si sarebbe pervenuti a una concettualizzazione, generale ed esaustiva, ma alla riaffermazione di una regola passata.

Il richiamo alla *regula* non è immediato, ma lo si deduce dalla peculiare logica espositiva. La costituzione si apre con *'nulla dubitatio est'*. *Prima facie*, tale espressione lascerebbe pensare a una disposizione dal tenore ricognitivo; invero essa va letta con la chiusa contenente il richiamo ai *veteres iuris consultores*.

Infatti, secondo un'elaborazione comunemente accettata, a partire da Gotofredo⁸, le espressioni del tipo *'nulla dubitatio est'*, con altre come *'definitio iuris consultorum'*⁹ o *'manifestum est'*, rispecchiano una tecnica argomentativa dei commissari atta a ricordare una antica *regula iuris*¹⁰ risultato di un precedente dibattito¹¹.

La posizione dei *veteres* è inglobata all'interno della costituzione, risultando subordinata, in tal modo, alla volontà imperiale. Così, la norma rivela la perdurante autorevolezza dell'antica giurisprudenza e, allo stesso tempo, quella

⁸) J. GOTOFREDO, *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis*, I, Lipsiae, 1736, p. 166 s.

⁹) La letteratura ha cercato di trovare negli scritti giurisprudenziali a noi pervenuti l'antecedente di tale soluzione che, secondo i più, andrebbe riferita alle eccezioni al principio *mandatum morte solvitur*, che però attiene al contratto di mandato ed è racchiuso in C.Th. 2.12.7, posteriore. Cfr. sul punto R. LOPEZ, *Las excepciones a la regla 'mandatum morte solvitur' en la tradición jurídica español*, in «Actas del II Congreso Iberoamericano de Derecho Romano», Murcia, 1996, p. 413, e C. RODRÍGUEZ, *Las causas particulares de extinción del mandato: de Roma al derecho modern: anexo jurisprudencial*, Oviedo, 1999, p. 94.

¹⁰) Quello delle *regulae iuris* rappresenta, notoriamente, uno degli argomenti più vasti e complessi della letteratura romanistica, e che non può qui essere affrontato. Non di meno, sul rapporto tra *regula iuris* e *Codex Theodosianus*, oltre agli autori citati nelle note precedenti, si vedano tra gli altri P. STEIN, *Regulae iuris: from juristic rules to legal Maxims*, Edimburgh, 1966, *passim*, G.G. ARCHI, *Teodosio Secondo e la sua Codificazione*, Napoli, 1976, p. 100 s., e V. GIUFFRÈ, «*Regulae iuris*» e metodi della «scienza iuris». Prospettive di approfondimenti, in «Quaderni Lupiensis», V, 2015, p. 11 ss. Sulle *regulae iuris* nell'esperienza giudica romana in generale, ci limitiamo a rimandare, da ultimo, a C. CASCIONE, *Profondità e margini di una ricerca*, in «Regulae iuris. Ipotesi di lavoro tra storia e teoria del diritto», Napoli, 2016, p. 210 ss.

¹¹) Per MARRONE, *Dominus litis*, cit., p. 278, la questione postulata nella fonte avrebbe riguardato il momento in cui gli effetti del giudizio si riverberassero non sul rappresentato, ma sul *procurator* (che diveniva, così, anche *dominus litis*). Ciò, nel processo formulare, si sarebbe verificato dopo la *litis contestatio*, mentre in quello tardo dopo l'instaurazione del contraddittorio. In tale direzione, anche P. BIANCHI, *Iura-leges, un'apparente questione terminologica della tarda antichità: storiografia e storia*, Milano, 2007, p. 139. S. GIGLIO, *Il tardo impero d'Occidente e il suo senato*, Napoli, 1990, p. 178 ss., e *La 'relatio' 19 di Q. Aurelio Simmaco e C.Th. 2,12,1: una rilettura*, in «RIDA.», XLI, 1994, p. 206 ss., individua il riferimento classico a *regulae iuris*, in tema di *procurator*, mandato e *translatio iudicii*, in D. 3.3.15.pr., D. 3.3.17.pr., C.I. 2.12.11. 2 e D. 3.3.1. Lo studioso, attraverso una serrata disamina, sulla scia di Gotofredo (su cui si veda *infra*, nt. 8), trova altresì l'antecedente storico, che probabilmente avrebbe rappresentato l'*occasio* della stessa, in una *relatio* di Simmaco.

tendenza al classicismo, tipica della cancelleria¹², oltre che dell'ideologia, dell'imperatore Giuliano.

Pertanto, la menzione di (*veteres*) *iuris conditores*¹³ sembra frutto di elaborazione postclassica¹⁴ e avrebbe preso le mosse da scritti di epoche precedenti, ove, però, si riscontra l'uso del verbo 'condere'¹⁵, più che un riferimento a una classe di '*iuris conditores*'.

Sarebbe stata la riflessione successiva, tardoantica, a individuare la categoria, seppur riferita agli antichi *prudentes*. Così, se '*veteres*', come noto, negli scritti di Gaio è riferito a un determinato gruppo di giuristi, diversamente nella Compilazione del Teodosiano indica la giurisprudenza classica in generale.

Alla luce di tale significato, nella fonte esaminata si può ricavare, per implicito, in quanto non menzionata come tale, la presenza di una *regula iuris*¹⁶, richiamata per dirimere un problema coevo alla stesura della norma, anche se, in ultima analisi, esso è risolto in via autoritativa.

Se la dinamica per cui la volontà imperiale è sovraordinata al parere dei *prudentes* appare prevedibile, non scontata invece è l'individuazione esatta di quale potesse essere il collegamento tra decisione imperiale e parere giuri-

¹² In tal senso cfr. PERGAMI, *Sul processo litisconsortile*, cit., p. 91, che analizza la palinogenesi del brano, al fine di individuarne l'esatta paternità e destinazione.

¹³ La questione è oggetto di accurata indagine da parte di G. NICOSIA, *Iura condere*, in «*Polis*», II, 2006 p. 268, il quale esamina il lemma '*iuris conditores*' ed altri ad esso simili, per lo più in funzione dell'opera di Giustiniano. L'autore evidenzia come il richiamo ai pareri dei giureconsulti antichi, anche se '*conditores*', fosse comunque funzionalizzato al volere dell'imperatore: «è questa l'espressione cui fa frequentemente ricorso Giustiniano, ma programmaticamente subordinando tale riconoscimento alla *voluntas* dell'imperatore. Giustiniano, infatti, intendendo rivendicare all'autorità imperiale non solo il ruolo di unico *iuris conditor*, o *legis lator* (nel nuovo senso, passato nel linguaggio giuridico moderno, di 'legislatore', di titolare esclusivo del potere 'legislativo'), ma altresì di unico interprete dell'unitario *ius*, non poteva che ricondurre all'espressa approvazione da parte dell'imperatore ogni riconoscimento in tal senso». Le osservazioni dello studioso sembrano potersi riferire non solo ad una prospettiva squisitamente giustiniana, ma al Tardo Antico in generale, come dimostra, credo, C.Th. 2.12.1 e C.Th. 1.2.10. In altri termini, l'analisi di Nicosia può essere anticipata al tempo della redazione delle nostre costituzioni, già, quindi, in pieno Dominato.

¹⁴ Tale espressione è presente anche in: C.I. 1.14.12.1 e 5, C.I. 4.29.25.1 (a. 531), C.I. 4.39.9 (a. 531), C.I. 5.3.20.2 (a. 531-33), C.I. 5.4.25.1 (a. 530), C.I. 7.7.1.1a (a.530), C.I. 8.41.8.pr. (a. 530), C.I. 9.1.19 = C.Th. 9.1.12 (a. 374).

¹⁵ Cfr. NICOSIA, *Iura condere*, cit., p. 267 ss., che ricorda i seguenti testi: Liv., *urb. cond.* 3.33.5 e 34.6.8, Ovidio, *rem. am.* 465 e 466, Manilio, *astron.* 4.209, Sen., *ad Luc.* 2.14.14.

¹⁶ L'espressione, com'è noto, è tipica degli scritti tardoclassici per indicare i giuristi repubblicani: cfr. BIANCHI, *Iura-leges*, cit., p. 139, NICOSIA, *Iura condere*, cit., p. 268, CAPONE, *De consortibus eiusdem litis*, cit., p. 390 ss., e PERGAMI, *Sul processo litisconsortile*, cit., p. 89 s. Le fonti classiche, in cui sarebbe possibile ravvisare le eccezioni al principio '*mandatum resolvitur morte*', sono D. 17.1.26, D. 17.1.14 e D. 17.1.58.

sprudenziiale, alla luce del senso di *'publicatio causae'*.

Infatti, tutta la questione ruota attorno al fatto che il *procurator in rem suam*¹⁷ solo successivamente alla *publicatio causae* si atteggi a *dominus litis*, anche rispetto agli effetti procedurali. L'aggettivo *'publicatam'* non sarebbe un termine tecnico, indicante di uno specifico momento processuale, ma risulta piuttosto un'espressione generica, individuativa dell'atto di rendere nota la materia del contendere¹⁸, che poco si addice a un testo ufficiale.

La problematicità di tale termine potrebbe essere stata avvertita anche dai commissari del Codice di Giustiniano; tanto è, che in C.I. 2.12.23¹⁹, che recepisce la norma, esso è sostituito con un *'agitata'*, parimenti espressione atecnica, ma che non implica una eventuale «pubblicazione».

In primo luogo, si può notare che la *'publicatio'* ha effetti conservativi e cristallizza la posizione giuridica del *procurator*: i medesimi effetti della *litis contestatio* di cui trattano altre costituzioni, sempre nell'ambito del processo tardoantico.

In particolare, il sintagma può essere chiarito attraverso il collegamento a C.Th. 1.2.10 ed alla sua *interpretatio*, che tratta di *litis contestatio*. Infatti, la struttura di C.Th. 2.12.1 è simile a quella di C.Th. 1.2.10 (= 1.2.7, Arcad., Honor.): *'Dubium non est, contestationem intelligi etiam, si nostrae fuerint tranquillitati preces oblatae, easque adversus heredem quoque eius, in quem porrectae sunt, vel ab herede eius, qui meruerit, exerceri. Nam sicut ex causis numerosis etiam haec actio transmittitur ad heredem, quae testatori competisse monstratur, sic et e diverso definitione iuris consultorum omnium consona responsione firmatur, ab herede actionem non incipere, quae non competierit testatori'*²⁰. Entrambe le costituzioni risultano divisibili in due parti,

¹⁷ Secondo alcuni, il passo andrebbe riferito alle eccezioni al principio *'mandatum morte solvitur'*, che però attiene al contratto di mandato ed è racchiuso in C.Th. 2.12.7, posteriore: cfr., per tale posizione, RODRIGUEZ, *Las causas particulares de extinción del mandato*, cit., p. 94, M. LOPEZ, *Las excepciones a la regla mandatum morte solvitur en la tradición jurídica española*, in «Actas del II Congreso Iberoamericano de Derecho Romano», Madrid, 1998 p. 389 ss.

¹⁸ Cfr. *supra*, nt. 2, nonché MARRONE, *Dominus litis*, cit., p. 278, che riferisce il passo alla soluzione definitiva di una questione, su cui erano intervenuti i giuristi classici, riguardante il momento in cui gli effetti del giudizio si riverberassero non sul rappresentato ma sul *procurator*, (che diveniva, così, anche *dominus litis*), ossia, nel processo formulare, dopo la *litis contestatio*, in quello tardoantico, dopo l'instaurazione del contraddittorio: «La posizione dei giuristi che, per il tempo *post litem contestatam*, avevano qualificato *dominus litis* il *procurator* risulta essere stata condivisa – ormai evidentemente disancorata da ogni riferimento formulare – dalle cancellerie di Costantino e Giuliano l'Apostata: rispettivamente in C.I. 2.12.22 del 319, e C.Th. 2.12.1 (= C.I. 2.12.23), del 363. Non vi sono al riguardo, sino a oltre il IV secolo, testimonianze contrarie».

¹⁹ *'Nulla dubitatio est post causam in iudicio agitata utpote dominum litis procuratorem effectum etiam post excessum eius, qui agendam vel defendendam litem mandaverat, posse inchoatam causam iurgiumque finire, quippe cum et procuratorem posse eum instituire veteres iuris voluerunt conditores'*.

²⁰ Del 396 d.C.

ognuna introdotta dal richiamo alla giurisprudenza antica. In apertura, ossia nella prima parte, l'esclusione di ogni dubbio mentre, nella parte finale, si menzionano i «*veteres iuris conditores*». Entrambe riguardano la cristallizzazione o la conservazione di alcuni diritti o facoltà.

Dal raffronto sistematico tra le due norme, si può dedurre che, in via sostanziale, la *publicatio causae* corrispondesse a quella fase detta anche *litis contestatio*²¹.

Una riprova ulteriore si potrebbe trovare nell'*Interpretatio* a C.Th. 1.2.10, ove l'espressione «*litis contestatio*» è sostituita dalla «*publicatio causae*»: «*si vero auctor quolibet ordine repetitionem suam praesens non publicaverit*». Sembra, infatti, difficile attribuire al caso il fatto che un lemma così particolare indichi, in un commento e in una costituzione, tra loro diversi, sempre la contestazione della lite, anche sulla base di ulteriori similitudini²².

Così solo la corretta instaurazione del processo, che per alcuni poteva instaurarsi prima del contraddittorio, avrebbe prodotto gli effetti tipici dell'antica *litis contestatio*: le varie azioni divenivano così trasmissibili agli eredi, ove possibile²³.

Infatti, in entrambi i casi, le costituzioni postulano una questione controversa proprio sulla trasmissibilità di determinate azioni.

Le due norme sono distanti nel tempo e sono emanate da imperatori diversi; è possibile perciò che la struttura simile del richiamo ai *veteres* – «*dubium non est*» – sia frutto del lavoro dei compilatori del *Codex* che avrebbero rimaneggiato le stesure originarie, adattandole alle esigenze della raccolta del Teodosiano. Al contempo, anche il richiamo alle *regulae iuris* sarebbe di fattura compilatoria, anziché presente nella versione originale della disposizione²⁴.

²¹) Per MARRONE, *Dominus*, cit., p. 278, la *publicatio causae* coincide con la *litis contestatio*.

²²) Nella chiusa si cita anche l'ipotesi di un ordine del *dominus*, come nella finale di *Interpr. Visig.* ad C.Th. 1.2.10: «*Si vero auctor quolibet ordine repetitionem suam praesens non publicaverit*»; anzi la frase è chiarita proprio grazie a *Interpr. Visig.* ad C.Th. 2.12.2. «*Quolibet ordine*» potrebbe indicare l'incarico dato al *procurator* e la *repetitio* si riferirebbe all'azione di ripetizione, trattata in modo più esplicito in *Interpr. Visig.* ad C.Th. 1.12.2. Alla luce dei dati emersi, si potrebbe ipotizzare che l'*Interpretatio* a C.Th. 1.2.10 fosse stata estrapolata da un testo preconfezionato, un commentario riguardante la tematica della *litis contestatio*, che avrebbe compreso che comprendeva testi normativi su tale o simile argomento. Sarebbero stati i commissari alariciani ad adattare due frammenti alle costituzioni inserite nella *Lex Romana Visigothorum*. Su tali aspetti si rinvia a L. DI CINTIO, *La litis contestatio nell'Interpretatio Alaricana*, in «BIDR.», CVII, 2016, p. 322 ss.

²³) Cfr. anche *supra*, nt. 2.

²⁴) Così «The Prosopography of the Later Roman Empire», I, Cambridge, 1971, p. 814 s., e O. SEECK, *Regesten der Kaiser und Päpste für die Jahre 311 bis 476 n. Chr. Vorarbeit zu einer Prosopographie der christlichen Kaiserzeit*, Stuttgart 1919, rist. Roma, 1964, p. 13. Per una

Si veda ora la relativa *Interpretatio*:

Qui dominus et procurator de cuiuslibet rei petitione fuerit institutus et susceptam litem vivo mandatore per actionem repetendo fuerit contestatus, etiamsi ille, qui ei mandatum tale fecerat, de hac luce discedat, liceat ei rem, quam repetendam susceperat, sibimet ipsi defensare et alium procuratorem in hac causa, si voluerit, qui repetat, ut dominus ordinare atque actionem ad heredes suos successoresque transmittere: quia sicut in rebus, quae possidentur, procuratores tantum adversus pulsantes nec non et domini possunt firmiter ordinari, ita in rebus, quae repetuntur, dominos procuratoresque facere is, qui pulsat ac repetit, iure permittitur. Solum est, ut mandatum ad vicem donationis factum, actis habeatur insertum.

Il commento, in linea di principio, regola le medesime ipotesi del testo ufficiale, ossia la nomina di un *procurator* e i suoi effetti rispetto ad altri soggetti legittimati a stare in giudizio, nonché più in generale al processo. Se C.Th. 2.12.1 presenta una valenza generica, valevole per ogni tipo di causa, il testo dell'*Interpretatio*, invece, è circoscritto alla specifica ipotesi della *petitio rei* e della possibile *repetitio*, pur sempre funzionalizzata all'eventualità di un liti-consorzio di cui parte fosse anche il *procurator*.

In Gai., *inst.* 4.91²⁵ è già presente la trattazione che riguarda le formule per il *procurator* per la *petitio rei* e la *satisfactio indicatum solvi*. Così, leggendoli in modo sistematico, i commenti potrebbero collegarsi al passo di Gaio o a una sua parafrasi adattata dai commissari a C.Th. 2.12.1.

Prima di ulteriori considerazioni, in merito alla sua possibile origine, occorre notare anche che l'*Interpretatio* dissipa i dubbi interpretativi cui aveva dato adito il testo ufficiale, in quanto sancisce che il *procurator* è allo stesso tempo *dominus litis*²⁶; si tratterebbe non di un errore, ma di un'endiadi rafforzativa del senso che il *procurator* diventa *dominus*. Il commento risulta maggiormente preciso e chiaro nello stabilire il momento processuale in cui, *rectius*, da cui si producono i vari effetti, ossia la contestazione della lite.

Così, se in C.Th. 2.12.1 compare la problematica espressione '*publicatio*

visione sistematica anche in rapporto al *Codex Iustinianus*, cfr. PERGAMI, *Sul processo liti-consorziale*, cit., p. 92 che esamina attentamente, confermandolo, anche il possibile raccordo della costituzione in esame con C.I. 3.40.2.

²⁵ '*Ceterum cum in rem actio duplex sit, aut enim per formulam petitoriam agitur aut per sponsionem, si quidem per formulam petitoriam agitur, illa stipulatio locum habet, quae appellatur IVDICATVM SOLVI si vero per sponsionem, illa, quae appellatur PRO PRAEIDE LITIS ET VINDICLARVM*'.

²⁶ L'osservazione può essere raccordata a quanto notato da Marrone (su cui *supra*, nt. 3), per cui il testo ufficiale utilizzerebbe in modo singolare il termine '*dominus litis*' in riferimento al *procurator*.

causae?, qui c'è un chiaro rinvio alla *litis contestatio*, sulla scorta degli altri passi visti, quando il *procurator* diviene anche *dominus litis*, nel senso che gli effetti del processo ricadono sulla sua persona, eliminando i possibili equivoci del testo ufficiale. Pertanto, dal contesto così letto, si tratterebbe di un *procurator in rem suam*, il quale può comportarsi da *dominus litis* e nominare un altro *procurator* per agire per le ripetizione delle cose che sono uscite dal suo possesso²⁷.

Le differenze sin qui evidenziate – tra testo ufficiale e interpretazione – sono notevoli: il caso trattato è maggiormente specifico, il linguaggio, a differenza di molte altre interpretazioni, sembra più tecnico e meno ambiguo di quello ufficiale.

Prima di trarre possibili ipotesi, si deve osservare che anche la chiusa del commento è assente in C.Th. 2.12.2.

L'assimilazione della *donatio* al *mandatum*, almeno *prima facie*, sembra un'anomalia. Anche se particolare, la proposizione in esame è collegata a *cons.* 3.1 e 2: '*Addidisti etiam, quod mandatum neque gestis legaliter fuerit allegatum, nec satisfactionem dedisset ille ipse procurator ab uxore factus, sic causam dixisset, quam agebat*'.

Ancora, il testo si ritrova in *Epit. Guelph.* a Brev. 2.12.7: '*Qui dominus et procurator per mandatum fuerit et vivo mandatore causae exsequi coeperit, illo mortuo, qui mandaverit, potest procuratore et successorem ut dominus ordinare, et rem sibi metu indicare et ad suum heredem transmittere, tantum ut mandatum acitis habuerunt insertum*'.

Il confronto tra le fonti, sotto il profilo della ricostruzione storica, corrobora l'idea che, da un lato, il commento sia extra alariciano, dall'altro che esso facesse parte di una concettualizzazione o di una trattazione, sorta di modello adottato dalle scuole di diritto. Ciò giustificerebbe la presenza del testo, sia pur con variazioni, sia nel Breviario sia nella *Consultatio*²⁸.

²⁷) La coincidenza tra *procurator* e *dominus litis* si ravvisa in altri casi, come in D. 49.1.4.5 e C.I. 2.12.22 (a. 319), ma solo in questo commento essa è condizione necessaria per l'applicazione della norma sin dal momento del contraddittorio. Per MARRONE, *Dominus litis*, cit., p. 278, l'estensore del commento avrebbe agito avendo presente la riforma di C.Th. 2.12.7. Su C.Th. 2.12.1 = C.I. 2.12.23 e sui problemi che il testo solleva si vedano F. EISELE, *Cognitur und Prokurator*, Freiburg, 1881, p. 244 s., BONIFACIO, *Studi sul processo*, cit., p. 98 s., B. BISCHOFF, D. NÖRR, *Eine unbekannte Konstitutio (c. Iuliani de postulando), mit Verwendung nachgelassener Notizen von Mariano San Nicolò*, München, 1963, p. 27 ss., e R. ANDREOTTI, *Problemi della 'Constitutio de postulando' attribuita all'imperatore Giuliano e lesercizio della professione forense nel tardo Impero*, in «*RIDA.*», III, 1972, p. 181 ss.

²⁸) Sull'origine e funzione della *Consultatio* cfr. per tutti C.A. CANNATA, *La cosiddetta 'Consultatio veteris cuiusdam iuriconsulti'*, in «*Il diritto tra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile. Atti del Convegno Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto, Napoli 18-20 ottobre 2001*», Napoli, 2003, p. 235 ss.: lo studioso individua, provandolo, l'uso pratico, ossia forense, dell'opera, che spiegherebbe anche la selezione di passi operata dall'autore dell'opera.

Dal medesimo paragone emerge anche una analogia tra donazione e mandato sotto l'aspetto della forma, ma anche della struttura unilaterale e re-cettizia. L'assimilazione della donazione ad atti diversi da essa non è nuova, ma affonda le radici nell'esperienza giuridica precedente²⁹. Nonostante sia possibile individuare degli antecedenti nel passato, tuttavia la donazione, come categoria, nell'Occidente tardoantico conosce una dilatazione³⁰, tant'è che nelle leggi visigote posteriori essa è assimilata al testamento e ad atti formali in generale³¹, come anche il *beneficium* e il *precarium*³². Allo stesso tempo, in siffatto contesto, il mandato acquista funzione nuova rispetto al diritto precedente, come nel caso del *mandatum in rem suam*.

2. Di *commune negotium* parla la costituzione successiva.

C.Th. 2.12.2 (= 2.12.2, Valentin., Valens)³³: *Commune negotium et quibusdam absentibus agi potest, si praesentes rem ratam dominum habiturum cavere parati sunt, vel si, quod ab his petitur, iudicatum solvi satisfactione firmaverint* (a. 363).

Si tratta ancora di litisconsorzio e si afferma che, in un *negotium commune*, i presenti

²⁹ Già H. FITTING, *Über einige Rechtsquellen der vorjustinianischen später Kaiserzeit*, in «Zeitschrift für Rechtsgeschichte», XI, 1873, p. 222 ss., la collega, oltre che alla *Consultatio*, anche al diritto classico. Sulla sua scia, limitatamente al collegamento tra *Consultatio* e C.Th. 2.12.1, si pone anche A. CHECCHINI, *Problemi di metodologia e di teoria generale del diritto storia delle fonti - storia del diritto pubblico*, Padova, 1958, p. 168 s., che nota che la chiusa è un elemento assente nel testo ufficiale.

³⁰ *Formula Turonensis* 20 ('*loco donationis factum esse*'), *Paul. sent.* 5.6.10 ('*Redditur interdicti actio, quae proponitur ex eo, ut quis quod precarium habet restituat. Nam et civilis actio huius rei sicut commodati competit, eo vel maxime, quod ex beneficio suo unusquisque iniuriam pati non debet*') e *Interpr. ad Paul. sent.* 5.7.8 (*hae.*): '*Si quando alicuius precibus exorati aliquid cuicumque possidendum ad tempus praestitum fuerit et ad primam admonitionem hoc ipsum reddere noluerit, datur adversus eum interdictum et actio iusta proponitur; quae actio civilis est, velut si de commodato agatur, ut res ita praestita sine aliqua difficultate reddatur, quia pro beneficio suo pati quemcumque iniuriam non oportet*'. Cfr. anche *Lex Visig.* 10.1.11.

³¹ G. VISMARA, *Le successioni ereditarie*, Milano, 1988, p. 114 ss.

³² E. LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Weimar, 1956, p. 241, ravvisa l'assimilazione, tra i due istituti, sulla base della gratuità; dunque l'interprete non si sarebbe riferito al contratto gratuito di epoca classica ma ad un nuovo sistema che avrebbe visto, d'altro canto, anche la dilatazione del concetto di donazione, inteso genericamente come atto a titolo gratuito e formale.

³³ Il destinatario, nella versione del *Codex* pervenuta a noi, non è menzionato, ma si presume essere Sallustio sulla base di un raffronto con altri frammenti, ritenuti appartenere alla stessa norma. Per tale punto si vedano le note successive.

possano rappresentare gli assenti³⁴ a condizione che questi prestino idonea garanzia, a seconda che si stia in giudizio per la parte attorea o convenuta³⁵.

Il testo è recepito nel *Codex Iustinianus*, in una versione leggermente diversa³⁶, oltre che nella *Consultatio*³⁷, ma si raccorda alla precedente C.Th. 2.12.1 di Giuliano. Questa somiglianza non sembra frutto del caso, in quanto le fonti proverrebbero dalla stessa cancelleria, nonostante C.Th. 2.12.2 sia formalmente attribuito ai Valentiniani. A far sorgere dubbi sulla paternità effettiva della costituzione è la mancanza del destinatario nell'*inscriptio* della versione recepita nel *Codex Theodosianus*³⁸. Diversamente, in quella del Codice Giustiniano, destinatario risulta essere Sallustio. Proprio l'identificazione di Sallustio³⁹, unitamente all'esame formale e contenutistico del testo, induce la letteratura ad attribuire la paternità «sostanziale» della costituzione a Giuliano⁴⁰.

³⁴) Quello dell'assenza in giudizio è un fenomeno giuridico che conosce evoluzioni all'interno dell'esperienza giuridica romana e non trova un raccordo univoco in dottrina. Per quello che interessa in questa sede gli «assenti» avrebbero identificato una categoria di soggetti non presenti nel processo, ma in modo lecito e incolpevole. In altri termini, non si sarebbe trattato di contumaci. Sull'assenza nell'esperienza giuridica romana, di recente, con letteratura, cfr. L. D'AMATI, *Assenza, appello e giudicato*, in «Teoria e storia del diritto», VIII, 2015, nt. 57 e nt. 58: la studiosa esamina, tra l'altro, l'assenza anche in relazione all'espressione '*lis inchoata*', frequente nelle fonti, segnatamente in C.I. 7.43.11. Cfr. EAD., *L'inattività del convenuto nel processo formulare: indefensio, absentia e latitatio*, Napoli, 2016, *passim*.

³⁵) Il testo andrebbe collegato a C.I. 3.40.2 e *Cons.* 3.12 *ex Corp. Theodosiani lib. II*, e farebbe parte di una legge più ampia, i cui frammenti sono presenti anche in una legge di Valentiniano e Valente. Sul punto cfr. CAPONE, *De consortibus eiusdem litis*, cit., p. 390 ss., e ampiamente PERGAMI, *La legislazione*, cit., p. 115.

³⁶) C.I. 3.40.2: '*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 quod ab his petitur, indicatum solvi satisfactione firmaverint*'.

³⁷) *Cons.* 3.12. (Ex Corp. Theodosiani lib. II): '*Commune negotium et quibusdam absentibus agi potest, si praesentes rem ratam dominum habiturum cavere sint parati, vel si, quod ab his petitur, indicatum solvi satisfactione firmaverint*' (a. 364).

³⁸) M. KASER, H. KRELLER, W. KUNKEL, *Forschungen zum römischen Recht*, VII, München, 1956, p. 241, LA ROSA, L'«*actio indicati*», cit., p. 205, C. PETIT, *Fiadores y fianzas en el derecho romano visigodo*, Sevilla, 1983, p. 64, CAPONE, *De consortibus eiusdem litis*, cit., p. 389 ss., PERGAMI, *Sul processo litisconsortile*, cit., p. 89 s., ed AGNATI, *Costantino abolisce*, cit., p. 91.

³⁹) Cfr. la nota successiva.

⁴⁰) Cfr. PERGAMI, *loc. ult. cit.*, che approfondisce l'esame prosopografico di C.Th. 2.12.2, attribuendo la paternità a Giuliano, quanto meno sostanziale. In particolare, l'attenzione è focalizzata sul destinatario della norma. Nella ricordata recensione alla monografia di Piera Capone, p. 389 ss., lo studioso prende le mosse dai risultati dell'autrice ed esamina, in modo analitico, le varie possibilità, arrivando a stabilire che si tratterebbe del Sallustio membro della cancelleria che seguiva l'imperatore Giuliano nella sua campagna di guerra. Quindi, il riferimento a Sallustio farebbe propendere per l'attribuzione della paternità della norma a Giuliano. Oltre al destinatario della costituzione, CAPONE, *loc. ult. cit.*, nota come la materia adottata, il linguaggio impiegato, l'anno di emanazione costituiscano ulteriori fattori

Il dato non è solo funzionale alla palingenesi della fonte, ma consente di conferire una lettura sistematica di C.Th. 2.12.2, in coordinamento con C.Th. 2.12.1, per quanto concerne il litisconsorzio processuale.

La norma introduce la necessità di una garanzia come condizione necessaria per la presenza di un rappresentante⁴¹, anche senza *mandatum* specifico, nella impostazione giustiniana. Se, infatti, tale eventualità è inserita in modo esplicito in C.I. 3.4.0.2⁴², nel testo di C.Th. 2.12.2 essa manca.

Inoltre nella prima parte si parla di '*commune negotium*': tale espressione non è nuova, ma nei testi giurisprudenziali è riferita ad «affari» comuni a più soggetti, come nel caso della *societas* o della *negotiorum gestio*, o anche appunto in relazione al mandato⁴³. Pertanto, la costituzione potrebbe riferirsi a un generico affare comune rilevante in diritto sostanziale più che in specifico al processo.

L'assenza di riferimento alla figura del *procurator*, o a un incarico preciso, tipo *mandatum*, nonché la menzione del '*commune negotium*', potrebbero far propendere per l'ipotesi che i litisconsorti fossero parti di un negozio sostanziale. Pertanto, il passo non avrebbe riguardato l'ipotesi specifica del *procurator* o *cognitor*, o, meglio, non in via esclusiva.

Così, si spiegherebbe anche l'inciso, rispettivamente presente in C.I. 3.40.2⁴⁴ e assente in C.Th. 2.12.2, che fugava il dubbio sulla natura del consorte '*sine mandato*', e anche l'ulteriore specificazione '*in solidum*'⁴⁵, che si trova soltanto in C.I. 3.40.2.

Altresì si può ipotizzare che, quella del Codice Giustiniano, non sia una interpolazione, bensì che ad essere stato tagliato sarebbe stato il testo inserito nel *Codex Theodosianus*; in altri termini, la disposizione sarebbe stata accorciata e adattata allo specifico titolo del Codice Teodosiano, o semplicemente sintetizzata in modo malaccorto, anche alla luce dell'omissione del destina-

assimilanti delle due norme esaminate.

⁴¹ Cfr. S. SCHIAVO, '*Cautio iudicatum solvi*' e '*conventio*' e '*procurator*' del *convenuto* in *Inst. 4.11*, in «AUFÈ», X, 2010, p. 80 ss., e *Sulle tracce della 'cautio pro expensi' in età pregiustiniana*, in «*Inter Cives nec non Peregrinos. Essays B. Sirks*», Göttingen, 2014, p. 675 ss., che riporta una chiara parafrasi del testo, sottolineando come esso introduca il principio per cui il *procurator* del litisconsorte assente debba presentare idonea garanzia diversa a seconda che si tratti dell'attore o del convenuto.

⁴² Si veda *supra*, nt. 31.

⁴³ Cfr. D. 17.2.52.pr.-2 (Ulp. 31 *ad ed.*). Si veda J. CUJAS, *Paratitla, Comment. in Lib. III Digest. Salmi Iulianii* §4, Prato, 1837, p. 274 s., che già nota come questi contratti avessero in comune l'incarico e la patrimonialità che li rendevano appunto «affari», ossia *negotia*.

⁴⁴ Per il testo cfr. *supra*, nt. 37.

⁴⁵ Sull'ampio tema della solidarietà nell'esperienza giuridica romana, che qui non può essere trattato, rinvio a L. PARENTI, «*In solidum obligari*». *Contributo allo studio della solidarietà da atto lecito*, Napoli, 2012, *passim*.

rio che, come visto, è presente nella versione del Codice Giustiniano.

Ancora, si può pensare che la costituzione non menzioni la figura del *procurator*, in quanto, a partire da Giuliano, sarebbe stata l'unica ad essere adottata nelle circostanze descritte in C.Th. 2.12.2⁴⁶.

Su tale premessa, si potrebbe credere che la sua presenza si desse per scontata⁴⁷ e, forse, per questo, omessa, e che, alla luce anche di C.Th. 2.12.1, la figura del *procurator*, alle condizioni menzionate, fosse assimilata a quella del *dominus litis*. Dunque il *negotium*, da intendersi sia come processo sia come affare, sarebbe comunque risultato 'commune' e i riferimenti al *mandatum* avrebbero fatto parte della stesura originaria, tagliata dai commissari del Teodosiano e trädita da quelli del Giustiniano.

A fare da controaltare all'assenza di un incarico, quindi, avallando la prima ipotesi addotta, che avrebbe lasciato un margine alla irresponsabilità di un consorte in male fede, si trova la necessità di una garanzia, per il tramite del verbo 'cavere', e con il ricorso alla *satisfatio*.

Il riferimento al verbo 'cavere'⁴⁸ e non alla *cautio*⁴⁹, ossia a una modalità di condotta piuttosto che a una categoria precisa, potrebbe essere letto come il segno di una scelta, per cui si sarebbe trattato dell'assunzione di una garanzia generica, nel caso in cui ad essere assente fosse stata la parte attorea.

Ove invece si fosse trattato di convenuto, si attua il meccanismo della *satisfatio*, ossia, com'è noto, di una particolare *stipulatio* di garanzia⁵⁰. La stipulazione di garanzia, però, nella fonte non si attiva in modo automatico, ma può essere richiesta. Pertanto, rappresenta un rafforzativo della tutela che, però, è rimesso alla discrezionalità del funzionario.

Si nota, non di meno, una dilatazione dell'uso delle garanzie all'interno del processo, secondo una tendenza che si è vista tipica del Tardo Antico, in Occidente più che in Oriente. Infatti, i passaggi essenziali della costituzione in esame rinviano a *Interpr Visig.* ad C.Th. 2.4.3,⁵¹ ove la *cautio* esplicitamente

⁴⁶) Per la progressiva assimilazione della figura del *cognitor* a quella del *procurator*, cfr., per tutti, il contributo di MARRONE, *Dominus litis*, cit., p. 252 ss.

⁴⁷) SCHIAVO, *Cautio indicatum*, cit., p. 80 ss., parla di *procurator*.

⁴⁸) Sulla *cautio* nel *Codex Theodosianus* cfr. H.F. HITZIG, *Beiträge zur Kenntnis und Würdigung des sogenannten westgotischen Gaius*, in «*Zeitschrift für Rechtsgeschichte*», XIV, 1893, p. 207 ss., e G.G. ARCHI, *L'Építome Gai. Studio sul tardo diritto Romano in Occidente*, Milano, 1937, p. 89 ss., e *Studi sulla 'stipulatio'. L'origine della 'querella non numeratae pecuniae'*, ora in *Scritti di diritto romano*, I, Milano, 1981, p. 544, nonché P. SILLI, *C.Th. 2.7.1. Il valore probatorio del chirografo nella riforma di Onorio*, in «*Studi Senesi*», XCVI, 1984, p. 479 ss.

⁴⁹) Sul punto si veda *supra*, nt. 41.

⁵⁰) Cfr. per tutti, SCHIAVO, *Cautio indicatum*, cit., p. 62 ss.

⁵¹) 'Contestatio locum habere non potest, quando aliquis ad solvendum debitum certa cautione convinctur'. Sull'*Interpretatio* e sulla relativa costituzione, rinvio a DI CINTIO, *Nuove ricerche*, cit., p. 134.

menzionata risulta un istituto che può giustificare alcune facoltà.

Negli scritti giurisprudenziali il verbo *'cavere'* assume, in alcuni casi⁵², un senso ampio, che rinvia però ad atti formali, in contesti simili a questo in esame⁵³. Pertanto, si potrebbe ritenere che, allo stesso modo, anche il verbo non si riferisse a un istituto specifico, ma ad una assunzione esplicita e formale di responsabilità.

L'introduzione della *cautio* riguarda sia il fenomeno della rappresentanza sia quello dell'estensione automatica degli effetti della sentenza alle parti responsabili in solido. Infatti, essa, da un lato sostituisce l'incarico conferito a un terzo, dall'altro stabilisce l'automatica responsabilità in solido dei litisconsorti.

Si veda ora l'*Interpretatio*:

Communes causas absentibus consortibus alii consortes agere possunt, si illi, qui praesentes fuerint, caveant acceptum esse illis, qui absentes sunt, quicquid fuerit iudicatum, aut in praesenti fideiussorem dederint, ut omnia, quae definita fuerint, implere non differant.

Qui il termine *'negotium'* («affare») è sostituito da *'causa'*, che imprime una connotazione processualistica più chiara rispetto all'espressione impiegata nella costituzione. Anche in tal modo, l'*Interpretatio* assume qui un senso in parte diverso, in quanto la disposizione è focalizzata sull'ipotesi di più soggetti presenti all'interno dello stesso processo, senza che siano legati da un vincolo sostanziale e precedente, come nel caso della contitolarità di un contratto (per esempio una società) o di un bene (comunione). Infatti, nel processo il fenomeno consortile si verificava, come noto, anche nel caso di rappresentanza o di *negotiorum gestio*⁵⁴.

A rinviare all'esistenza pregressa di un vincolo di diritto sostanziale, invece, sembra essere l'ablativo assoluto, *'absentibus consortibus'*, che rinvia a un concetto tecnico, quale quello di *'consors'*, termine parimenti tecnico, non presente in C.Th. 2.12.2.

Sotto il profilo del contenuto del dispositivo, il testo dell'*Interpretatio* ripropone la condizione della garanzia per i litisconsorti che, anche in tale caso, avessero agito per gli assenti, con alcune differenze rispetto alla costituzione. Nella prima parte si menziona il verbo *'cavere'*, come nella costituzione di riferimento, nella seconda la *fideiussio*, sostitutiva della *satisfactio*.

⁵²) *Ep.Ulp.* 28.4: *'Emancipatis liberis ex edicto datur bonorum possessio, si parati sunt cavere fratribus suis, qui in potestate manserunt, bona quae moriente patre habuerunt se collaturos'*.

⁵³) Sul tema cfr. M. MICELI, *'Actio institoria'* e azione concessa al preponente contro i terzi, in «Studi G. Nicosia», I, Milano, 2007, p. 384 ss.

⁵⁴) Cfr. la nota precedente.

Anche la chiusa contiene un ulteriore elemento di novità per l'applicazione della norma, assente in C.Th. 2.12.1, ossia il requisito che il mandato sia allegato agli atti del giudizio⁵⁵, come previsto per la donazione⁵⁶.

In particolare, quest'ultimo aspetto evidenzia come la procedura giudiziale tendesse ormai alla scrittura, o quanto meno alla ricezione di documenti probatori redatti da ufficiali *apud acta*, e che l'incarico al *procurator* dovesse essere conferito per iscritto e con un atto simile nella sua struttura alla donazione.

Il ricorso al verbo '*cavere*' è generico, come in C.Th. 2.12.2, ma è usato in modo del tutto diverso rispetto a quest'ultima. Infatti, esso implica l'assunzione di una garanzia, che, nelle parole del commentatore, equivale, in sostanza, alla *satisfatio*, come si può dedurre nella perifrasi che la contiene.

Dunque, in merito al '*cavere*', la prospettiva del commento risulta come rovesciata rispetto a quella della costituzione, perché nel testo ufficiale il verbo indica l'assunzione di una garanzia generica, mentre nell'*Interpretatio* postula la formale *satisfatio*.

Credo che il dato possa essere interessante per cogliere alcuni aspetti circa il contesto della *Interpretatio*.

Infatti, '*satisfatio*' appartiene, com'è noto, ad una terminologia tecnica. E' probabile che fosse divenuta desueta la *stipulatio satisfativa*, nel tempo e nel luogo del commento, o che per i Visigoti non fosse un istituto noto. D'altro canto non è la prima volta che istituti tipici del diritto romano sono recepiti nella sostanza, ma non nel *nomen*, nella *Interpretatio*. Ciò, a mio parere, rivela come un adattamento e una spiegazione dell'istituto postulassero una sua applicazione concreta. Questo ad ulteriore prova di una dilatazione della garanzia nell'Occidente tardoantico, ove si tendeva ad accelerare i tempi procedurali.

Parimenti, il generico '*cavere*' della prima parte della disposizione ufficiale è sostituito dalla *fideiussio*.

L'inserzione della garanzia fideiussoria merita particolare attenzione,

⁵⁵) La chiusa ha decretato una maggiore diffusione dell'*Interpretatio* rispetto al testo di riferimento negli scritti successivi ed è stata oggetto di analisi ai fini della ricostruzione del processo nel Tardoantico. Sulla tradizione dell'*Interpretatio* negli scritti tardoantichi e medievali, rinvio a DI CINTIO, *L'Interpretatio Visigothorum al Codex Theodosianus. Il Libro IX*, cit., *passim*, e *Nuove ricerche*, cit., *passim*. Cfr. anche W. FREUNDT, *Wertpapiere im antiken und frühmittelalterlichen Recht*, Berlin, 1910, p. 65, A. CECCHINI, *Studi storico-critici sulla «Interpretatio» al Codice Teodosiano*, in *Scritti storico critici storico-giuridici*, Padova, 1958 p. 102 s., e LEVY, *Obligationrecht*, cit., p. 241.

⁵⁶) Il commento è recepito anche in *Cartae Senonicae*, sv. '*Mandatum*' («*Formulae Senonenses: Cartae Senonicae - Formulae Merovingici et Karolini aevi*», ed. K. Zeumer, Turnhout, 2010, p. 190), ove si fa il parallelo con le formule previste per la donazione: fonte che presenta una certa somiglianza con *cons. 3.1* ('*Addidisti eum quod mandatum neque gesti legaliter tuerint*').

per vari motivi. A tal proposito, si è più volte visto che la *cautio* presente nelle costituzioni è sostituita nelle interpretazioni proprio dalla *fideiussio*, e ciò è stato letto come il segno di un'evoluzione delle garanzie personali verso la fideiussione, tendenza che sarà amplificata anche da Giustiniano⁵⁷.

Proprio la fideiussione è inserita in sostituzione della *satisfatio* da Giustiniano in *inst.* 4.11.4⁵⁸. Il parallelismo tra *Interpretatio* ed istituzioni giustiniane nel riferimento alla fideiussione trova una spiegazione, non tanto nella possibilità di una ricezione diretta dell'opera posteriore rispetto alla anteriore, quanto, come è stato rilevato⁵⁹, nella prassi processuale tesa a snellire le farraginosità procedurali, specie in provincia ove i funzionari godevano di un ampio potere discrezionale.

Il dato, a mio parere, non sarebbe trascurabile, in quanto testimonia come i commenti rispecchiassero il diritto vivente e non quella che è stata ritenuto frutto di una «barbarica degenerazione», e a riprova di ciò vi è appunto la medesima ricezione nelle Istituzioni di Giustiniano in cui ovviamente si rappresentava il diritto romano e non quello germanico.

Dall'analisi emerge che *Interpr. Visig.* ad C.Th. 2.12.2 non risulta una mera sintesi del testo ufficiale, ma presenta delle diversità che possono essere valutate come innovazioni. Innanzi tutto, un abbassamento del formalismo, che trasforma la *satisfatio* in una *cautio* e il *cavere* in una *fideiussio*.

Inoltre nel commento compare la categoria di '*consortes*' con una connotazione specifica, ossia chiarendo che si tratta di coloro che hanno in comune una causa. Così, da un lato si individua una classe giuridica, quella appunto dei consorti, dall'altro si chiarisce che sono coloro che hanno in comune un giudizio. Di conseguenza, oltre ad essere i soci, gestori di affari altrui, responsabili solidali, essi sarebbe stati anche i *procuratores* con o senza incarico.

⁵⁷) L'evoluzione, supportata da dettagliato esame documentale, è ipotizzata e argomentata da F. WIEACKER, *Lateinische Kommentare zum 'Codex Theodosianus'*, in «Symbolae O. Leneb», Leipzig, 1935, p. 191 ss., e *Allgemeine Zustände und Rechtszustände gegen Ende des weströmischen Reich*, in «Ius Romani Medii Aevii», I.2, 1963, p. 338.

⁵⁸) «...*Sin vero aliquis convenitur, si quidem praesens procuratorem dare paratus est, potest vel ipse in iudicium venire et sui procuratoris personam per indicatum solvi satisfationis sollemnes stipulationes firmare vel extra iudicium satisfationem exponere, per quam ipse sui procuratoris fideiussor existit pro omnibus indicatam solvi satisfationis clausulis. ubi et de hypotheca suarum rerum convenire compellitur, sive in iudicio promiserit sive extra iudicium caverit, ut tam ipse quam heredes eius obligentur: alia insuper cautela vel satisfatione propter personam ipsius exponenda, quod tempore sententiae recitandae in iudicio invenietur, vel si non venerit, omnia dabit fideiussor quae condemnatione continentur nisi fuerit provocatum...*».

⁵⁹) Con particolare riferimento alla fideiussione presente in questo brano, cfr. G. LUCHETTI, L' '*usus iudiciorum*' presso i tribunali costantinopolitani: '*legalizzazione*' di una prassi (I. 4,11,6-7), in «Nozione formazione e interpretazione del diritto. Studi F. Gallo», Napoli, 1997, I, p. 523 ss.

Le due costituzioni, infatti, trattano del *procurator* nell'ambito del processo civile, e la sua figura è regolamentata alla stregua di un litisconsorte.

3. Maggiormente rigorosa, invece, è la regolamentazione della seguente costituzione.

C.Th. 2.12.3 (= 2.12.3, Grat., Valentin., Theodos): In principio quaestionis persona debet inquiri, et utrum ad agendum negotium mandato utatur accepto. Quibus rite et sollemniter constitutis, potest esse sententia: praeteritis autem his, nec dici controversiae solent, nec potest esse iudicium etc. (a.382)

La costituzione è considerata «una legge fondamentale di riforma del processo postclassico in ordine alla rappresentanza in giudizio»⁶⁰, in quanto si sancisce la necessità del mandato come presupposto del corretto incardimento del processo e l'obbligo di verifica del giudice⁶¹.

C.Th. 2.12.3 avrebbe rivestito importanza anche pratica nel Tardo Antico, testimoniata dalla sua ricezione nella *Consultatio*⁶², opera, secondo anche recenti conferme, funzionalizzata all'uso forense⁶³.

Non di meno, secondo una lettura, il passo sembrerebbe essere estraneo alla figura, ed alla connessa problematica, del *dominus litis*⁶⁴, in quanto tale riferimento sarebbe assente nel testo. Il *dominus litis*, altresì, è citato in C.I. 2.12.24, che recepisce tale costituzione⁶⁵.

Tale differenza è stata spiegata ricorrendo all'idea di un'interpolazione da parte della commissione giustiniana, che, dunque, avrebbe inserito il riferimento al *dominus litis*⁶⁶.

Invero, proprio quest'ultimo punto può, a mio parere, essere rivisto, grazie ad un confronto di C.Th. 2.12.3 con l'*Interpretatio* alariciana.

⁶⁰) Così MARRONE, *Dominus litis*, cit., p. 278 ss.

⁶¹) L'espressione '*in principio quaestionis*' è letta comunemente come una fase preliminare, antecedente la *litis contestatio*.

⁶²) *Cons. 3.13: 'In principio quaestionis persona inquiri debet, utrum ad agendum negotium mandato utatur accepto. Quibus rite et sollemniter constitutis potest esse sententia: praeteritis autem his nec dici controversiae solent nec potest esse iudicium etc...'*

⁶³) Cfr. *supra*, nt. 23.

⁶⁴) Si veda MARRONE, *Dominus litis*, cit., p. 278 ss., con letteratura alla nt. 64.

⁶⁵) '*Licet in principio quaestionis persona debet inquiri procuratoris, an ad agendum negotium mandatum a domino litis habeat, tamen si falsus procurator inveniatur, nec dici controversiae solent nec potest esse iudicium*'.

⁶⁶) Per MARRONE, *Dominus litis*, cit., p. 284, quella della *Consultatio* sarebbe la versione originale, mentre quella del *Codex Iustinianus* sarebbe rimaneggiata dai compilatori.

Per quanto riguarda l'esame di C.Th. 2.12.3, occorre notare la peculiarità nell'esposizione. Infatti, la terminologia impiegata rinvierebbe, almeno nella parte iniziale, all'idea di un processo penale⁶⁷, essendo menzionata una *quaestio*, come attestato altresì dal ricorso al verbo *'inquiri'*⁶⁸.

Anche la rigidità formale di cui si riveste l'incarico e la sua accettazione rinviano al processo penale che tende a divenire, come noto, sempre più rigido⁶⁹, in particolare per quanto concerne le formalità introduttive⁷⁰.

Diversamente, la seconda parte, a differenza della prima, riguarderebbe la procedura civilistica; anche il richiamo a *'persona'* si colora in modo diverso, come si vedrà tra breve.

Alla luce di tale disamina, mi sembra che emerga un'esposizione non del tutto limpida, che potrebbe trovare spiegazione nell'idea di un accorciamento malaccorto⁷¹; che il brano sia stato tagliato, tra l'altro, appare comprovato dall'*'etc.'* finale, tipico dei compilatori del Teodosiano⁷².

Per tal verso, le incertezze formali si riflettono anche nella valutazione dell'aspetto tecnico di C.Th. 2.12.3: in particolare, dalla disamina dell'inciso *'et utrum ad agendum negotium mandato utatur accepto'*, sembrerebbero venir in essere due atti, uno implicante l'accettazione del mandato, ravvisabile nell'espressione *'in mandato utatur'*, e poi un secondo e più generico *'negotium ad agendum'*. L'autore della costituzione, in altri termini, distinguerebbe tra mandato e procura ad agire, quasi in controtendenza con quel progressivo appiattimento

⁶⁷ Sul punto cfr. DI CINTIO, *L'Interpretatio*, cit., p. 205 e nt. 88 nonché p. 207 e nt. 89.

⁶⁸ Sul senso del verbo *'inquirere'* nelle fonti cfr. F. BOTTA, *Funzione inquirente e poteri istruttori nel processo Tardo Antico: 'inquirere'/'inquisitio' nel lessico del 'Codex Theodosianus'*, in «Principi generali e tecniche operative del processo civile romano nei secoli IV-VI d.C.», Parma, 2010, p. 37 ss. Lo studioso dimostra come il significato del verbo non sia, come vuole la tradizione letteraria, escludendo il principio acquisitorio e accusatorio del processo criminale nella Tarda antichità, bensì rivesta un senso lato. Inoltre, il medesimo autore individua in C.Th. 2.12.3 la prova che il termine *'inquisitio'* riguardasse anche la soluzione di questioni preliminari di processi civili.

⁶⁹ Cfr. B. MECKE, *Die Entwicklung des 'procurator ad litem'*, in «SDHI.», XXVIII, 1962, p. 119, P. ANGELINI, *Il 'Procurator'*, Milano, 1971, p. 212, S. SOLAZZI, *Il procurator ad litem*, in *Scritti di diritto romano*, V, Napoli, 1972, p. 129, W. ROZWODOWSKI, *Studi sul trasferimento dei crediti in diritto romano*, in «BIDR.», LXXVI, 1973, p. 163 ss., e G. DONATUTI, *Studi sul 'procurator' in diritto romano*, 1, Milano, 1976, p. 137 e 149.

⁷⁰ Per le formalità accusatorie del processo penale rinvio a DI CINTIO, *L'Interpretatio*, cit., p. 11 ss.

⁷¹ GOTOFREDO, *Codex Theodosianus I*, cit., p. 163, individua l'antecedente della costituzione in una epistola di Simmaco (10.32), ove appunto si menziona l'esibizione del mandato da parte del procuratore, *'in ipso quaestionis limine'*.

⁷² Il dato è noto, è comunque argomentato in modo approfondito da E. VOLTERRA, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*, in *Scritti giuridici*, VI, Napoli, 1992, p. 202 s.

della procura sul mandato che si andava affermando⁷³.

D'altro canto, proprio l'inciso ora esaminato potrebbe chiarire il senso della chiusa dell'*Interpretatio* a C.Th. 1.12.1, che, come visto, reca '*solum est, ut mandatum ad vicem donationis factum*': la forma rigida e il requisito dell'accettazione avrebbero comportato una sorta di assimilabilità tra i due istituti.

Il rigore chiesto nel conferimento dell'incarico al *procurator*, però, sembra bilanciare il riferimento a '*persona*'⁷⁴: in altri termini, l'impiego di un termine non tecnico potrebbe trovare spiegazione nel fatto che la fonte volesse riferirsi ad una categoria ampia, ove i comportamenti sarebbero stati comunque responsabilizzati dall'assunzione rigorosa dell'incarico. In tale prospettiva, un'espressione omnicomprensiva, '*persona*', sarebbe stata in linea con quell'esigenza sintetica che sembra emergere, come detto poc'anzi, dal testo.

Il commento stabilisce che:

Quum primum ad iudicem causa fuerit intromissa, personarum firmitas requiratur, ut is, qui causam alterius prosequitur, mandatum⁷⁵ eius, cuius causam agendam susceperat, proferre procuret.

L'*Interpretatio*, sotto il profilo espressivo e terminologico, si differenzia dal testo ufficiale, rinviando, al contempo, ad altre interpretazioni appartenenti al medesimo titolo; il termine '*quaestio*' è sostituito da '*causa*', spostando il piano processuale da quello penalistico e quello civilistico.

Inoltre, le formalità richieste non sono rigide e non inficiano il processo, come in C.Th. 2.13.1, ma più semplicemente si vuole che esso prosegua anche con il rappresentante, una volta che si sia incardinato, come motivato nella seconda parte, ove la norma afferma che bisogna fare in modo che chi abbia accettato l'incarico lo prosegua per la durata del processo.

Il testo, altresì, presenta delle somiglianze con altre interpretazioni poco distanti. Così, sempre la sostituzione di '*causa*' con '*quaestio*' rinvia a *Interpr. Visig.* ad C.Th. 2.12.2, mentre la '*firmitas*' a sua volta rimanda al '*firmaverint*' di C.Th. 2.12.1: tali paragoni potrebbero valutarsi come affinità espressive e casuali, ma potrebbero anche indicare anche un *humus* comune ai vari commenti. In particolare si può confrontare il '*firmaverint*' con la '*firmitas*'.

Quello di '*firmitas personarum*' è come noto un concetto caro alla cultura

⁷³ L'evoluzione in materia civilistica dell'incarico dato al *procurator* rappresenta un argomento ampio, in parte già trattato: sul punto rinvio a DI CINTIO, *L'Interpretatio*, cit., p. 56 ss.

⁷⁴ Sul senso variegato di '*persona*' nei testi giuridici dell'esperienza romana cfr. DI CINTIO, *L'Interpretatio*, cit., p. 56 ss., e O. SACCHI, *Antica persona*, Napoli, 2013, p. 14 ss.

⁷⁵ Per l'impiego di '*mandatum*' come «procura», «incarico», cfr. *supra*, nt. 56.

romana⁷⁶, e non soltanto a quella giuridica: basti ricordare in proposito Cicerone⁷⁷. Si confermerebbe, perciò, quella tendenza a usare categorie provenienti dalla cultura romana classica, anche di stampo retorico-filosofico, atte a giustificare e motivare scelte legislative restrittive⁷⁸. Inoltre, la presenza del termine *'persona'* nell'*Interpretatio* può testimoniare una tendenza per cui, per stare in giudizio in rappresentanza di altri, non sarebbero stati necessari particolari requisiti⁷⁹. Saranno le legislazioni successive, di origine germanica, a trasformare il requisito della *'firmitas'* in quello della *'ingenuitas'*

Le legislazioni negli anni successivi seguono il solco tracciato dal commento, nella semplificazione del mandato (ma con una differenza che permane per quanto concerne le formalità del processo penale e civile), così come codificato dalla *Lex Visigothorum*, ove il *mandatum* e gli oneri delle parti in merito risultano meno formali e non creano più le preclusioni sopra viste⁸⁰.

4. Le interpretazioni in tema di rappresentanti in giudizio recate dalla *Interpretatio Visigotha* delineano un quadro giuridico che presenta sensibili diffe-

⁷⁶ Per tale idea si veda già FITTING, *Über einige Rechtsquellen*, cit., p. 222.

⁷⁷ Cic., *ad Att.* 3: *'Constantia et firmitas nec animi nec orationis requiretur'*.

⁷⁸ Su tale punto cfr. DI CINTIO, *L'Interpretatio*, cit., p. 11 ss.

⁷⁹ Per le fonti cfr. la nota successiva. In merito è da notare come la *Lex Raetica Curiensis* (2.11.2) impieghi l'espressione *'persona'* in riferimento alla *ingenuitas*.

⁸⁰ *Lex Visig.* 2.3.4: *'Iudex primum a litigatore perquirat, utrum propriam causam dicat, aut aliena causa susceperit. Interrogetur etiam cuius mandatum habeat; et postquam causam indicaverit, iudex comprehendat in iudicio, quem aut ex cuius mandatum audierit negotium prosequentem, hac praeterea mandati exemplar accipiat illius adsertoris apud se cum indicati exemplaribus reservandum'*. Questa tendenza per cui i vari formalismi processuali sono modulati in base alla classe sociale di appartenenza è evidente anche nelle legislazioni posteriori che prendono a modello quella visigota: si vedano ad esempio, *Lex Raet. Cur.* 2.11.2 – *'Quicumque causam alterius menare voluerit, inprimis in ipsa causa eius persona requiratur si ingenuus est aut non; postea vero cuius causa menare voluerit, ipsius mandatum presentet cuius causam menat, et sic in causationem intret'* – e *cons.* 3.2.3: *'Sed nec iudices sine turpitudine erunt, qui personam in ipso litis initio non inquisierunt, sicut est legum- quid oportet esse le gibus sic erunt'*. Nella *Lex Visigothorum* si nota un abbassamento dei formalismi richiesti per stare in giudizio: il dato, però, non si presta a una lettura univoca; infatti, se *prima facie*, ciò potrebbe corrispondere alla cosiddetta volgarizzazione del diritto, dall'altro esso va valutato in modo complessivo. E si possono ravvisare, nelle fonti sopra viste, una serie di presunzioni e trattamenti, diversi a seconda della classe sociale di appartenenza del soggetto interessato. Dunque, la certezza del diritto e le formalità richieste sembrano essere subordinate allo *status personae*. Più che a un'esigenza di semplificazione, l'abbassamento del livello di formalità, in tali fonti, sembra subordinato alla rigida divisione in classi. In altri termini, il trattamento processuale, in relazione alle formalità del mandato, variava in base alla ingenuitas o meno della persona. Per la letteratura, cfr. S. GIGLIO, *Humiliores*, in «Studi G. Nicosia», IV, Milano, 2007, p. 149 ss.

renze rispetto al diritto imperiale. In particolare, si nota un abbassamento del livello dei formalismi richiesti. Così, la *cautio iudicatum solvi* si trasforma in *fideiussio*, l'incarico al rappresentante deve essere certo, ma non necessariamente scritto.

Queste possono essere valutate come diversità rispetto al Codice Teodosiano, ma, allo stesso tempo, affinità rispetto al Codice Giustiniano, che recepisce le norme con le varianti presenti nei commenti. Così, ad esempio, la *fideiussio* sostituisce anche nella Compilazione giustiniana la *cautio iudicatum solvi*.

Il dato non pare trascurabile, poiché consente di ipotizzare nuove dinamiche di lettura delle fonti. A mio avviso, si può credere non tanto ad una ricezione dell'*Interpretatio* da parte dei commissari giustinianeî, quanto, piuttosto, al fatto che i commenti alariciani modificassero il testo ufficiale in funzione dell'allora diritto vivente ed applicato nella prassi, così come avrebbe fatto anche il Codice di Giustiniano. Quindi, si conferma il valore innovativo e normativo dell'*Interpretatio* alariciano e la sua attualità da cui non emerge un diritto imbarbarito, non più di quello giustiniano, almeno in alcuni casi⁸¹.

L'*Interpretatio*, – segnatamente *Interpr. Visig.* ad C.Th. 2.12.2 –, a differenza del *Codex Theodosianus*, impiega l'espressione '*consortes*', con quella connotazione processualistica che si ritrova nel titolo '*De consortibus eiusdem litis*' del *Codex Iustinianus*⁸², ed, ancor prima, nella *Lex Romana Burgundionum*, titolo XLVII '*De consortibus*'.

Infatti, in linea con quella tendenza adattatrice, i commenti, credo, possono essere considerati come parte integrante della normazione romano-barbarica che, per molti aspetti, risulta aver anticipato ciò che comunemente è ritenuto un'innovazione di Giustiniano.

Sia la *Lex Romana Visigothorum*, sia la relativa *Interpretatio*, di data certa, sia la *Lex Romana Burgundionum* – di data incerta anche se sempre antecedente il *Corpus Iuris Civilis* – furono, com'è noto, emanate in luoghi diversi. Ciò lascia ipotizzare, più che una ricezione reciproca, un *humus* normativo comune.

Pertanto, non mi pare che la legislazione occidentale, detta romano-barbarica, vada contrapposta a quella di origine orientale dell'Impero, detta romano-ellenistica, presentando invece esse diversi aspetti simili.

Altresì l'esame qui condotto ha ulteriormente e nuovamente⁸³ dimostrato che alcuni concetti espressi in modo peculiare nella *Interpretatio* sono recepiti e a

⁸¹) Per tali argomentazioni, rinvio in modo più approfondito a DI CINTIO, *L'Interpretatio*, cit., *passim*, e *Nuove ricerche*, cit., *passim*.

⁸²) Per CAPONE, *De consortibus eiusdem litis*, cit., p. 5 ss., il titolo '*De consortibus eiusdem litis*', sarebbe una «concettualizzazione giustiniana».

⁸³) Cfr. DI CINTIO, *Nuove ricerche*, cit., *passim*.

volte modificati dalle legislazioni posteriori, dando luogo a nuove modalità giuridiche. E' il caso dell'espressione '*firmitas personarum*' in *Interpr. Visig.* ad C.Th. 2.12.3. Se, infatti, essa indica il divieto che, in corso di causa, il rappresentante in qualche modo abbandoni la causa, nella *Lex Raetica Curiensis* e nella *Lex Visigothorum* la *firmitas* assume un senso di elevazione morale, fermezza, accompagnato dalla presunzione che tale qualità appartenga agli ingenui. La ricaduta pratica di tali premesse, è che per gli *ingenui* le formalità previste da *Interpr. Visig.* ad C.Th. 2.12.3 ed a C.Th. 2.12.3, non si applicavano. Dunque, i meccanismi processuali mutano in base alla *status* di appartenenza.