

1

IL PROCESSO PRIVATO NELLA LEGISLAZIONE DELL'IMPERATORE DIOCLEZIANO*

1. Come è stato autorevolmente sostenuto, l'imperatore Diocleziano, a proposito delle riforme che ne hanno caratterizzato l'attività di governo, appare, nello stesso tempo, «restauratore e innovatore»¹ e il suo regno apre, nella storia giuridica di Roma, quello che è stato definito, con espressione divenuta ormai classica per indicarne l'intima contraddizione, «a relatively well illuminated twilight»².

Nell'ambito dell'attività riformatrice attuata dal sovrano dalmata, un posto predominante occupa la riorganizzazione del processo privato, la cui minuziosa disciplina attesta come, alla fine del III secolo dopo la nascita di Cristo, possa dirsi pienamente realizzato, tramite l'emanazione di una serie di interventi legislativi dedicati all'amministrazione della giustizia, il «trionfo della *cognitio extra ordinem*»³.

* Testo della relazione tenuta in occasione del XII Collegio Cedant: *Diocleziano: la frontiera giuridica dell'Impero*, Pavia 30 gennaio 2014.

¹ L. DE GIOVANNI, *Istituzioni, scienza giuridica, codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma 2007, 125.

² A.H.M. JONES, *The Later Roman Empire 284-602. A social economic and administrative survey*, I, Oxford 1964, 37.

³ Sono le parole di L. DE GIOVANNI, *Istituzioni, scienza giuridica, codici nel mondo tardoantico*, cit., 298, ove, nel capitolo dedicato al processo privato, ampia discussione e riferimenti bibliografici. Per l'esame delle riforme attuate dall'imperatore Diocleziano, su cui resta fondamentale il lavoro di W. SESTON, *Dioclétien et la Tétrarchie. I. Guerres et réformes (284-300)*, Paris 1946, 17 ss. e il già citato lavoro di A.H.M. JONES, *The Later Roman Empire*, cit., 61 ss., oltre al saggio di M. SARGENTI, *Le strutture amministrative dell'Impero da Diocleziano a Costantino*, in AAC, 2, 1976, 199 ss., si veda, più di recente, l'importante monografia di S. CORCORAN, *The Empire and the Tetrarchs. Imperial pronouncements and government AD 284-324*, Oxford 2000, 19 ss.

2. In questo quadro normativo, merita particolare attenzione un importante intervento legislativo, emanato nell'anno 294, con cui l'imperatore intese regolare in maniera organica lo svolgimento del giudizio civile⁴: si tratta di un provvedimento smembrato in quattro frammenti conservati in differenti titoli del Codice Giustiniano, il cui insieme verosimilmente neppure rappresenta il testo completo del provvedimento e di cui non è possibile ricostruire i nessi e la struttura d'insieme⁵, che costituisce una riforma organica della procedura civile. Vi si affrontano, infatti, tematiche centrali nello svolgimento del processo privato, quali la ripartizione delle competenze fra i giudici delegati dall'imperatore all'esercizio dell'attività giurisdizionale (C. 3.3 *De pedaneis iudicibus*, 2), lo svolgimento della fase istruttoria del processo di primo grado (C. 3.11 *De dilationibus*, 1), il ruolo dell'*executor post sententiam* (C. 7.53 *De executione rei iudicatae*, 8) nonché, nel frammento relativamente più esteso, un'ampia regolamentazione del giudizio di secondo grado (C. 7.62 *De appellationibus et consultationibus*, 6)⁶.

Sotto il profilo formale, i frammenti conservati nel Codice si aprono, dopo l'indicazione dei due Augusti e la sigla dei Cesari (*Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC.*), con la formula «*dicunt*», cioè quella tipica e tradizionale degli editti⁷: circostanza particolarmente significativa, se poniamo mente al

⁴ Al riguardo, si leggano F. DE MARINI AVONZO, *La giustizia nelle province agli inizi del Basso Impero*, II, *L'organizzazione giudiziaria di Costantino*, in *Studi Urbinati*, 33, 1965-1966, 198, secondo cui, infatti, Diocleziano emanò nel 294 un editto «con carattere di legge generale sul processo», nonché G. SCHERILLO, *Lezioni sul processo. Introduzione alla "cognitio extra ordinem"*, Milano 1960, 254 ss. Un cenno in A. CENDERELLI, *Ricerche sul "Codex Hermogenianus"*, Milano 1965, 34 nt. 38.

⁵ Sull'editto in generale, si vedano le indagini di G. SCHERILLO, *Lezioni sul processo*, cit., 252 ss.; F. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Un edicto general de Diocleciano sobre procedimiento*, in *Estudios D'Ors*, I, Pamplona 1987, 417 ss., nonché i cenni in M. AMELOTTI, *Per l'interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano*, Milano 1960, 15 nt. 21; A. CENDERELLI, *Ricerche*, cit., 34, 38 e 73 s.; M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966, 340 nt. 10; F. DE MARINI AVONZO, *La giustizia nelle province*, cit., 198.

⁶ Per un esame dei tre frammenti, G. SCHERILLO, *Lezioni sul processo*, cit., 254. Si occupano, in particolare, del passo contenuto in C. 3.3.2, F. DE MARINI AVONZO, *La giustizia nelle province*, cit., 199 s.; M. SARGENTI, *Aspetti e problemi dell'opera legislativa dell'Imperatore Giuliano*, in *AAC*, 3, 1979, 336 nt. 85 (ora in *Studi sul diritto del Tardo Impero*, Padova 1986, 222 nt. 85).

⁷ Il termine *edictum* indica una dichiarazione o una proclamazione della volontà magistratuale o imperiale, un *aliquid sollemniter et cum auctoritate pronuntiare*, come si esprime il *Thesaurus Linguae Latinae*, con riguardo alla forma originariamente verbale di tale dichiarazione. Sul punto, cfr. T. KIPP, *Edictum*, in *PWRE*, 5/2, 1905 (rist. 1958), 1940 ss. Fra gli esempi più noti, si segnalano gli editti di Augusto ai Cirenensi (*FIRA*, I, 403 ss.), l'editto di Claudio *de civitate Anaunorum* (*FIRA*, I, 41 ss.), l'editto di Vespasiano *de privilegiis medicorum et magistrorum* (*FIRA*, I, 420 ss.), l'*edictum Domitiani de privilegiis veteranorum* (*FIRA*, I, 424 ss.), la *constitutio Antoniniana de civitate* (*FIRA*, I, 445 ss.), l'editto dello stesso Caracalla *de decurionibus coercendis* (*FIRA*, I, 449 ss. e,

fatto che quello in esame è uno dei pochi casi in cui ciò avviene nei testi delle raccolte ufficiali e uno dei rarissimi esempi per quanto riguarda le costituzioni diocleziane, costituite, per la maggior parte, da rescritti; l'unico, anzi, in materia processuale⁸.

3. Fra le riforme dell'assetto burocratico dell'Impero attuate dall'imperatore Diocleziano, una speciale rilevanza assumerà, per i riflessi che, come subito vedremo, era destinata a produrre sulla ripartizione delle attività attribuite ai funzionari imperiali, l'aumento del numero delle province che, riducendone proporzionalmente l'estensione, ne rafforzava la rilevanza, non soltanto nel settore amministrativo, finanziario e militare ma, per quello che qui particolarmente rileva, anche nella suddivisione delle competenze funzionali nell'esercizio dell'attività giurisdizionale.

Una prima e diretta conseguenza di un simile intervento di governo è riflessa nella costituzione contenuta in C. 3.3.2, con cui Diocleziano, per contrastare la tendenza a delegare a *iudices pedanei* l'esercizio dell'attività giurisdizionale, imponeva ai governatori delle province un controllo diretto ed effettivo sull'attività processuale (*de his causis, in quibus, quod ipsi non possent cognoscere, antehac pedaneos iudices dabant*), quantomeno sino alla conclusione della fase preliminare del giudizio: il testo in esame, infatti, stabilisce anzitutto che i *praesides* possano deferire la *cognitio* a *iudices pedanei* esclusivamente per il caso in cui siano impediti nello svolgimento dell'attività giurisdizionale *per occupationes publicas vel per causarum multitudinem omnia huiusmodi negotia*; inoltre, dispone che i governatori dovessero, in ogni caso, mantenere il ruolo di giudici sino all'emanazione della sentenza nelle cause di libertà e di ingenuità⁹:

fra i testi conservati nei Codici, oltre a quello dei Tetrarchi in esame, CTh. 1.22.4 di Graziano, Valentiniano e Teodosio (*Imp. Gratianus, Valentinianus et Theodosius AAA. pars actorum habitorum in consistorio Gratiani A. Gratianus A. dixit*); CTh. 4.20.3 (*Apud acta Imp. Theodosius A. dixit*); CTh. 7.20.2 in cui è riportato un vero e proprio dialogo fra Costantino e i suoi veterani; CTh. 11.39.5 di Giuliano (*Pars actorum habitorum apud Imperatorem Iulianum Augustum Mamertino et Nevitta Cons. X Kal. April. Constantinopoli in consistorio adstante Iovio viro clarissimo quaestore, Anatolio magistro officiorum, Felice comite sacrarum largitionum. Et cetera. Imp. Iulianus dixit*); CTh. 11.39.8 di Graziano, Valentiniano e Teodosio (*Pars actorum habitorum in consistorio apud Imperatores Gratianum, Valentinianum et Theodosium Cons. Syagri et Eucherii die III Kal. Iul. Constantinopoli. In consistorio Imp. Theodosius A. dixit*).

⁸L'unico altro esempio è quello parzialmente conservato in C. 4.4.17 in tema di impedimenti matrimoniali. Cfr., in proposito, M. AMELOTTI, *Per l'interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano*, cit., 15 ss.

⁹In argomento, ampio commento in M. SARGENTI, *Aspetti e problemi dell'opera legislativa dell'Imperatore Giuliano*, cit., 336 nt. 85 (ora in *Studi sul diritto del Tardo Impero*, cit., 222 nt. 85, con

C. 3.3.2: *Impm. Diocletianvs et Maximianvs AA. et CC. dicvnt. Placet nobis praesides de his causis, in quibus, quod ipsi non possent cognoscere, antebac pedaneos iudices dabant, notionis suae examen adhibere, ita tamen ut, si vel per occupationes publicas vel propter causarum multitudinem omnia huiusmodi negotia non potuerint cognoscere, iudices dandi habeant potestatem (quod non ita accipi convenit, ut etiam in his causis, in quibus solebant ex officio suo cognoscere, dandi iudices licentia permisa credatur: quod usque adeo in praesidium cognitione retinendum est, ut eorum iudicia non deminuta videantur): dum tamen de ingenuitate, super qua poterant et ante cognoscere, et de libertinitate praesides ipsi diiudicent. D. XV K. Avg. CC. Conss.*

Si comprende bene come fosse questo un modo per contrastare la tendenza, evidentemente affermata in modo diffuso nella prassi dei tribunali dell'Impero, di attribuire a giudici delegati l'esercizio dell'attività giurisdizionale¹⁰ e per richiamare i governatori delle province al diretto esercizio della delega imperiale, evitando una duplicazione dei compiti e, nella sostanza, un irragionevole prolungamento dei tempi del processo¹¹, che costituiva, non soltanto nella disposizione normativa in esame¹², bensì in vari interventi dell'attività normativa imperiale, una costante preoccupazione del sovrano¹³.

giudizio poco lusinghiero sul tenore del frammento: «La costituzione non è, per la verità, un capolavoro di chiarezza», nonché, più di recente, S. LIVA, *Ricerche sul "iudex pedaneus". Organizzazione giudiziaria e processo*, in *SDHI*, 73, 2007, 166 ss. e S. BARBATI, *Studi sui "iudices" nel diritto romano tardo antico*, Milano 2012, 634 s. (secondo la cui opinione sarebbero del tutto venute meno, per tale via, le funzioni giurisdizionali dei magistrati municipali, almeno sino all'introduzione del *defensor civitatis*: la questione, che non può essere affrontata in questa sede, merita, in verità, ulteriori approfondimenti. Basti, qui, per la data di introduzione del *defensor civitatis* – a cui, secondo Barbatì – sarebbe stata assegnata una «modestissima sfera di cognizione processuale» (*ibid.*, 635), F. PERGAMI, *Sulla istituzione del "defensor civitatis"*, in *Studi di diritto romano tardoantico*, Torino 2011, 105 ss.

¹⁰ Sul mantenimento, da parte di *iudices pedanei*, di funzioni di natura giurisdizionale, si veda C. 3.3.4 [anno 303], con la quale si disciplinano le conseguenze di impedimenti a svolgere le proprie funzioni (*Placuit, quotiens pedanei iudices dati post litem contestatam vel ad aliud iudicium necessario dirigantur vel publicae utilitatis ratione in alias provincias profisciscantur vel diem obierint atque his rationibus negotiis coeptis finis non possit adhiberi, alium in locum eorum iudicem tribui qui negotium examinet, ne eiusmodi casibus intervenientibus impedimentum aliquod in persequendis litibus adferatur*).

Nello stesso senso, vedi anche la coeva c. 3 *h.t.*, la quale stabilisce che i giudici delegati debbano svolgere direttamente le funzioni giurisdizionali loro affidate, anziché rimettere la causa al *iudicium praesidale* (provvedimento che TH. MOMMSEN, *Codex Iustinianus, ad h.l.*, propone di postergare all'anno 300, in forza dell'integrazione della *subscriptio: D. viii k. April. Antiochiae CC. [CC III] conss.*), nonché la più tarda c. 5 *h.t.* dell'imperatore Giuliano (conservata anche in C.Th. 1.16.8 e in due manoscritti: *CIL*. III.459 e 14198).

¹¹ Sui tempi di svolgimento del processo nella *cognitio extra ordinem*, mi permetto di rinviare al mio lavoro dal titolo: *Sulla "ragionevole durata" del processo nella legislazione tardoimperiale*, in *Studi di diritto romano tardoantico*, Torino 2011, 363 ss.

¹² Vedi C. 3.11.1, che detta i limiti previsti per il completamento dell'attività istruttoria.

¹³ Si legga C. 3.2.2, in cui si conferma che i giudici delegati debbono decidere personalmente la causa, senza rimettere la controversia a giudici delegati.

4. Nell'identica prospettiva di un riordino del processo civile, con la specifica finalità di rafforzarne l'efficienza e di garantirne una rapida conclusione, si colloca anche il frammento conservato nel titolo *De dilationibus*, C. 3.11.1, dedicato alla regolamentazione dell'attività istruttoria nel giudizio di primo grado, mediante l'introduzione di termini tassativi alle parti per l'articolazione dei mezzi istruttori, modulando la facoltà della produzione dei documenti o dell'assunzione dei testimoni sulla base di un rigido criterio territoriale:

C. 3.11.1: *Imp. Diocletianvs et Maximianvs AA. et CC. dicunt. Quoniam plerumque evenit, ut iudex instrumentorum vel personarum gratia dilationem dare rerum necessitate cogatur, spatium instructionis exhibendae postulatum dari conveniet. Quod hac ratione arbitramur esse moderandum, ut, si ex ea provincia ubi lis agitur vel persona vel instrumenta poscentur, non amplius quam tres menses indulgeantur: si vero ex continentibus provinciis, sex menses custodiri iustitiae est: in transmarina autem dilatione novero menses computari oportebit. Quod ita constitutum iudicantes sentire debebunt, ut hac ratione non sibi concessum intellegant dandae dilationis arbitrium, sed eandem dilationem, si rerum urgentissima ratio flagitaverit et necessitas desideratae instructionis exegerit, non facile amplius quam semel nec ulla trahendi arte sciant esse tribuendam. Dat. XV K. April. CC. Cons.*

Come si vede, l'imperatore ammetteva la possibilità di deduzioni anche successive all'atto introduttivo del giudizio, per evitare il rischio dell'emanazione di una sentenza che, a motivo di un'attività istruttoria non esauriente, potesse costituire oggetto di gravame e incidere negativamente, anche in forza dell'effetto sospensivo dell'appello¹⁴, sulla ragionevole durata del giudizio.

5. Intimamente connesso alla disciplina dei tempi di conclusione del processo, è il tema del giudice dell'esecuzione, l'*executor sententiae* di cui parla il frammento contenuto nel titolo *De executione rei iudicatae*, C. 7.53.8: si tratta, precisa in modo non equivoco il provvedimento, dell'organo cui è attribuito il potere di esercitare funzioni giurisdizionali *post sententiam [...] audita omni et discussa lite*.

C. 7.53.8: *Imp. Diocletianvs et Maximianvs AA. et CC. Executorem eum solum esse manifestum sit, qui post sententiam, inter partes audita omni et discussa lite, prolatam iudicatae rei vigorem ad effectum videtur adducere. Sine die et consule.*

¹⁴ Al riguardo, W. LITEWSKI, *Suspensiveeffekt binnen der Frist zur Appellationseinlegung*, in ZSS, 113, 1997, 377 ss.

Il tema del processo esecutivo era stato ampiamente affrontato nella riflessione dei giuristi di età tardoclassica, che avevano delineato con sufficiente chiarezza i ruoli e le funzioni dell'organo incaricato di dare materiale esecuzione ad una pronuncia giudiziaria: particolarmente istruttivo al riguardo è un lungo frammento di Ulpiano (D. 42.1.15), dal contenuto ampio ed articolato: anzitutto, vi si stabilisce che l'attività esecutiva, conseguente all'emanazione di una *sententia* emessa da *iudices dati* o da arbitri, doveva essere curata da chi li aveva nominati e in cui si precisa, inoltre, che ai governatori provinciali era affidata la competenza del processo esecutivo anche per le decisioni pronunciate a Roma, *si hoc iussi fuerint*. Il frammento prosegue delineando una rigida disciplina sulle modalità dell'esecuzione della sentenza, nel caso attuata mediante la *pignoris capio* ed introducendo, altresì, i criteri per l'individuazione della competenza a decidere su eventuali incidenti procedurali intervenuti nel corso del processo esecutivo, che veniva attribuita ai governatori della provincia, come per il caso, minutamente regolato nella parte conclusiva del frammento, di una controversia sulla proprietà, in cui al *iudex qui rem iudicatam exsequitur* sono affidati ampi poteri discrezionali (§ 4)¹⁵.

Del resto, alla figura di un giudice dell'esecuzione, aveva fatto menzione Ulpiano anche in altro frammento giurisprudenziale, con analogo riferimento all'apprensione di un pegno (D. 27.9.3.1: *Pignori tamen capi iussu magistratus vel praesidis vel alterius potestatis et distrabi fundus pupillaris potest*), come pure numerosi richiami troviamo in vari provvedimenti dell'imperatore Caracalla: anzitutto, con riferimento ad un ordine magistratuale in due provvedimenti in cui è esplicito il riferimento all'*iussus iure sententiam exsequebatur* (C. 8.17[18].2) e all'*iussus eius, cui ius iubendi fuit* (C. 8.22[23].1), nonché in una costituzione, significativamente raccolta nello stesso titolo 7.53 del Codice Giustiniano, in cui è conservato il frammento in esame, nella quale l'attività esecutiva è attribuita al *praeses provinciae, qui rem iudicatam exequi debet* (C. 7.53.3).

Era questo, del resto, il ruolo attribuito all'*exsecutor* da Macro che, in un noto passo della sua opera *De appellationibus* (D. 49.1.4), ne parlava come di colui che *interpretandi potestatem habuit, velut praeses provinciae aut procurator Caesaris*¹⁶.

6. Alla disciplina del processo di secondo grado è dedicato la lunga disposizione contenuta nel titolo *De appellationibus et consultationibus*, che si apre

¹⁵ Ancora, W. LITEWSKI, *Pignus in causa iudicati captum*, in *SDHI*, 40, 1974, 225 ss.

¹⁶ B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, in *Studi Bonfante*, 4, Milano 1930, 86 ss.

con la definizione dei poteri e dei compiti dei giudici *qui de appellatione cognoscent ac iudicabunt* (C. 7.62.6 pr.):

Eos, qui de appellationibus cognoscent ac iudicabunt, ita iudicium suum praebere conveniet, ut intellegant, quod, cum appellatio post decisam per sententiam litem interposita fuerit, non ex occasione aliqua remittere negotium ad iudicem suum fas sit, sed omnem causam propria sententia determinare conveniat, cum salubritas legis constitutae ad id spectare videatur, ut post sententiam ab eo qui de appellatione cognoscit recursus fieri non possit ad iudicem, a quo fuerit provocatum. Quapropter remittendi litigatores ad provincias remotam occasionem atque exclusam penitus intellegant, cum super omni causa interpositam provocationem vel iniustam tantum liceat pronuntiare vel iustam.

In particolare, nel frammento in esame si afferma la regola in base alla quale, una volta proposto l'appello dopo la decisione della lite, non è consentito rimettere la controversia al primo giudice e si stabilisce che quello competente per la fase d'appello deve decidere *omnem causam* con la propria sentenza.

Nel quadro del sistema processuale delineato da Diocleziano, è certamente significativo rilevare come tale principio venga reiteratamente ribadito più volte, quasi con le stesse parole, tanto da domandarsi la ragione di questo ripetuto insistere sul concetto che la causa debba essere decisa interamente dal giudice *ad quem* e non rimessa al giudice inferiore.

Le fonti a nostra disposizione non ci forniscono sufficienti indicazioni sullo svolgimento del giudizio di appello nell'epoca antecedente e non consentono, quindi, di stabilire se la prassi anteriore all'editto diocleziano fosse tale da rendere necessario l'energico intervento del legislatore per modificarla, anche se non può escludersi che i giudici competenti per l'appello tendessero a seguire una prassi analoga, facendo dell'appello una sorta di giudizio di revisione della sentenza da parte del giudice che l'aveva pronunciata.

L'editto diocleziano reagisce con decisione ad una tale tendenza e fissa così, in termini chiari, la natura del giudizio di appello come strumento di riesame della controversia da parte del nuovo giudice, cui era devoluta la decisione in seconda istanza.

Va segnalato come il frammento richiami la *salubritas legis constitutae*, per sancire come l'effetto devolutivo, che conseguiva alla proposizione del gravame e che comportava la trasmissione degli atti al giudice superiore, fosse un principio già implicito nella natura stessa del giudizio di impugnazione: in realtà, sebbene tale richiamo presupponga un preciso intervento normativo, una *lex constituta* appunto, di cui parla il frammento in esame, non vi è traccia esplicita di ciò nel regime del giudizio d'appello in epoca anteriore a Diocleziano. Va detto, però, che restituire al giudice inferiore il procedimento per un

nuovo esame nel merito avrebbe completamente svuotato di significato la funzione e la natura stessa del secondo grado di giudizio, oltre che complicandone ulteriormente il già complesso *iter*, con il ripetuto passaggio dei fascicoli di causa dalla periferia al centro e viceversa, creando incertezza sulla natura e sul valore della nuova pronuncia del giudice *a quo* rispetto a quella impugnata e, quindi, sulla sua ulteriore appellabilità¹⁷.

Del resto, che il principio dell'effetto devolutivo consacrato nel frammento in esame (C. 7.62.6 *pr.*) non costituisse una novità assoluta nel sistema processuale della *cognitio extra ordinem* può ricavarsi da una serie di riferimenti nelle fonti: dapprima, da un richiamo, seppure piuttosto generico, che si rintraccia in un passo di Modestino (D. 50.16.106), in base al quale la causa d'appello è devoluta *ad eum qui appellatus est dimittitur*; in seguito, da una serie di interventi imperiali che, pur non menzionando esplicitamente l'effetto devolutivo, conseguente alla proposizione del gravame, ad esso mostrano di fare costante riferimento, ribadendo la necessità che gli appelli vengano rimessi al giudice superiore, sia esso il tribunale imperiale o il *sacrum auditorium* oppure il giudice indicato come colui cui *vice nostra cognitio est* (CTh. 11.30.21) o, più in generale, i funzionari *qui vice nostra consuerunt audire* (CTh. 11.30.28).

Un'indicazione più precisa in tal senso si ricava, invece, da una disposizione di Costantino (CTh. 11.30.3), nella quale la cancelleria imperiale stabilisce che i giudici di appello esaminino direttamente le controversie a loro affidate in seconda istanza, nel caso mediante la ferma imposizione al proconsole d'Africa Probiano, cui il provvedimento è indirizzato nell'anno 315, di *explicare quam maturissime eadem negotia*. È interessante notare come una simile esortazione, quale implicita affermazione dell'effetto devolutivo dell'appello, diverrebbe, per quanto particolarmente rileva ai fini della presente trattazione, di grande pregnanza se nell'invito ad *audire* gli appelli *ut edicto quod super appellationes negotiis finiendis iam generaliter constitutum est*, contenuto nella costituzione in esame, potesse identificarsi con il frammento in esame dell'editto diocleziano, anche perché consentirebbe di corroborare l'ipotesi che, in relazione alla devoluzione al giudice superiore, la cancelleria imperiale di Costantino avesse ben presente l'insistente enunciazione ([...] *ut edicto [...] constitutum est*) del predecessore.

Del resto, nel meccanismo del giudizio di impugnazione, il giudice *a quo* aveva già una propria funzione di accertamento dei presupposti dell'appello, che gli riservava il compito di decidere sulla sua ricevibilità o ammissibilità (*appellationem recipere vel non*): sarebbe stato incongruo, perciò, rimettergli ancora il processo per una decisione sul merito che egli aveva già espresso con la pronuncia della sentenza impugnata¹⁸.

¹⁷ Cfr., in proposito, R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, Torino 1966², 64 ss.

¹⁸ L'esame di un frammento di Ulpiano (D. 49.1.13.1) e di un passo delle Sentenze di Paolo

7. I paragrafi 1 e 2 dell'editto in esame sono dedicati alla disciplina dei *nova* in appello, cioè alla possibilità o meno di introdurre nuove deduzioni e nuovi elementi di prova nel giudizio di seconda istanza. Anzitutto, l'editto consente alle parti di integrare in sede di appello le allegazioni che fossero state omesse nel giudizio di primo grado, con la deliberata finalità di ottenere la *iustitia* che costituiva, afferma l'imperatore, la finalità del processo e il *votum* del suo governo¹⁹:

C. 7.62.6 § 1: *Si quid autem in agendo negotio minus se adlegasse litigator crediderit, quod in iudicio acto fuerit omissum, apud eum qui de appellatione cognoscit persecutatur, cum votum gerentibus nobis aliud nihil in iudiciis quam iustitiam locum habere debere necessaria res forte transmissa non excludenda videatur.*

Inoltre, nel paragrafo 2, viene ammessa la possibilità delle parti di richiedere, anche *post interpositam appellationem*, nuove prove testimoniali che siano utili per l'accertamento della verità, con l'unica condizione che, se questi nuovi mezzi di prova saranno ammessi, sia la parte richiedente a sopportare le spese di viaggio dei testimoni:

C. 7.62.6 § 2: *Si quis autem post interpositam appellationem necessarias sibi putaverit esse poscendas personas, quo apud iudicem qui super appellatione cognoscet veritatem possit ostendere, quam existimavit occultam, hocque iudex fieri prospexerit, sumptus isdem ad faciendi itineris expeditionem praeberere debebit, cum id iustitia ipsa persuadeat ab eo haec recognosci, qui evocandi personas sua interesse crediderit.*

La disciplina del processo consente di intravedere una possibilità di articolazione dello stesso giudizio d'appello, con deduzioni anche successive all'atto introduttivo e decisioni interlocutorie del giudice sulla loro ammissibilità²⁰.

(5.35.2) consentono di ricavare come i poteri del giudice *a quo* fossero di notevole ampiezza, poiché non si esaurivano in un'indagine sull'esistenza dei presupposti dell'impugnazione, ma si estendevano, seppure solo in una certa misura, anche ad un'indagine sul suo fondamento.

¹⁹ Sulla possibilità di introdurre *nova* nel giudizio di secondo grado in età diocleziana, vedi A. GUARNERI CITATI, *Exceptio omnia initio – in integrum restitutio – appellatio*, in *Studi Peruzzi*, Palermo 1923, 256; W. LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen*, 4, in *RIDA*, 15, 1968, 224 ss.; A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, 1, Milano 1967, 89 nt. 48; 104 nt. 125; G. BASSANELLI SOMMARIVA, *La legislazione processuale di Giustino I (9 luglio 518 – 1 agosto 527)*, in *SDHI*, 37, 1971, 176 nt. 78; N. SCAPINI, *Il "ius novorum" nell'appello civile romano*, in *Studi Parmensi*, 21, 1978, 54 s.

²⁰ Sulla fase del giudizio che si svolgeva avanti al giudice *ad quem*, vedi R. ORESTANO, *L'appello civile*, cit., 409 ss., il quale riteneva di potere ricostruire, in relazione all'età dei Severi, le linee essenziali di tale procedimento: dall'iscrizione della causa nel ruolo del giudice superiore, alla fissazione dell'udienza, al compimento degli atti istruttori, all'eventuale convocazione delle parti,

In verità, le fonti a nostra disposizione non consentono di affermare con sicurezza se tale regime sia stato introdotto dall'editto diocleziano in esame oppure, al contrario, costituisca la formale attestazione normativa di principi che già vigevano nella prassi dei tribunali in epoca anteriore. Come è noto, sul punto, anche la dottrina è divisa: se da alcuni si è sostenuto, anche grazie al tenore letterale di un brevissimo frammento di Paolo (D. 34.9.5.1), concernente un'ipotesi di riforma della sentenza senza l'utilizzo di nuove prove, che l'ampiezza delle motivazioni dell'editto farebbe pensare che le norme in essa sancite costituissero una assoluta novità nel processo civile²¹, altri autori, specialmente sulla base di un passo di Ulpiano (D. 49.1.3.3)²², contenente una generica affermazione della possibilità di utilizzo di qualsiasi mezzo istruttorio che fosse utile al riconoscimento del proprio diritto (*persequi provocationem quibuscumque modis*), hanno sostenuto che, per lo meno all'epoca dei Severi, nessuna preclusione esistesse alla deduzione di nuovi argomenti difensivi e di nuove prove anche nella seconda fase del giudizio²³.

A ben vedere, però, nessuno dei due frammenti offre un appiglio veramente sicuro a favore dell'una piuttosto che dell'altra ipotesi: né il passo di Paolo, che non sancisce esplicitamente il divieto di allegazione di nuove prove nel secondo grado di giudizio, poiché la riforma della sentenza di primo grado, oggetto della fattispecie riferita dal giurista, poteva essere la conseguenza di una diversa valutazione dei profili giuridici, senza necessariamente comportare l'esame di nuovo materiale probatorio non offerto in atti nel primo grado di giudizio; né quello di Ulpiano, che affrontava con un'opinione personale (*puto tamen*), il diverso problema della modificabilità dei motivi di impugnazione in corso di giudizio e che con l'espressione *quibuscumque modis*, che ne constitui-

all'udienza di discussione via via sino alla decisione. Cfr., in proposito, anche W. LITEWSKI, *Die römische Appellation*, 4, cit., 187 ss.

²¹ È l'opinione sostenuta, in passato, da M. LAURIA, *Sull'«appellatio»*, in *AG*, 97, 1927, 7 (ora in *Studi e Ricordi*, Napoli 1983, 69): l'autore dichiarava espressamente di essere riuscito a trovare un solo passo relativo all'ammissibilità di nuovi mezzi di prova in appello, cioè il testo di Paolo, l. 1 *De iure fisci*, riportato in D. 34.9.5.12 (*Quidam et praesidem indignum putant, qui testamentum falsum pronuntiauit, si appellatione intercedente heres scriptus optinuit*), secondo cui sarebbe incorso nell'indegnità il giudice di primo grado, nella fattispecie un *praeses provinciae*, che aveva dichiarato la falsità di un testamento, se la sua sentenza fosse stata riformata in grado di appello. A parere del Lauria, l'opinione dei *quidam*, che Paolo riferiva, sarebbe stata concepibile solo in quanto la sentenza del primo giudice fosse stata annullata senza bisogno di nuove prove.

²² D. 49.1.3.3: *ULPIANUS libro primo de appellationibus. Quid ergo, si causam appellandi certam dixerit, an liceat ei discedere ab hac et aliam causam allegare? an vero quasi forma quadam obstrictus sit? puto tamen, cum semel provocaverit, esse ei facultatem in agendo etiam aliam causam provocationis reddere persequique provocationem suam quibuscumque modis potuerit.*

²³ R. ORESTANO, *L'appello civile*, cit., 423; W. LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen*, 2, in *RIDA*, 13, 1966, 318 s.; N. SCAPINI, *Il «ius novorum»*, cit., 56 ss.

scie il fulcro, ben poteva fare riferimento, più che ai *nova*, a tutti i mezzi argomentativi che il mutamento dei motivi di gravame poteva comportare.

In questo quadro, manca un sicuro e preciso orientamento del pensiero giuridico e della prassi nell'età pre-dioleziana e la decisione sull'ammissibilità di nuovi mezzi di prova in appello era verosimilmente lasciata alla discrezionalità del giudice e alla peculiarità del caso concreto.

Per quanto interessa qui rilevare, l'editto di Diocleziano costituisce la prima chiara ed esplicita attestazione normativa dell'ammissibilità in appello dei *nova* anche in grado d'appello²⁴.

8. Le disposizioni del paragrafo 3 introducono una serie di regole procedurali nello svolgimento del processo d'appello che troverà i suoi ulteriori sviluppi nella legislazione successiva, ma che l'editto dioleziano riferisce alle sole condanne capitali:

C. 7.62.6 § 3: *Super his vero, qui in capitalibus causis constituti appellaverint (quos tamen et ipsos vel qui pro his provocabunt non nisi audita omni causa atque discussa post sententiam dictam appellare conveniet), id observandum esse sancimus, ut inopia idonei fideiussoris retentis in custodia reis opiniones suas iudices exemplo appellatoribus edito ac refutatorios eorum ad scrinia quorum interest transmittant, quibus gestarum rerum fides manifesta relatione pandatur, ut meritis eorum consideratis pro fortuna singulorum sententia proferatur.*

Il frammento in esame, anzitutto, stabilisce che, nei giudizi criminali, il giudice debba formulare, relativamente all'appello, un'apposita *opinio*, della quale deve inviare copia all'appellante, il quale, a sua volta, può replicare con i *libelli refutatorii*: successivamente, tutti gli atti del processo dovevano essere trasmessi, a cura dello stesso giudice, *ad scrinia eorum quorum interest*²⁵.

²⁴ Per la legislazione successiva, F. PERGAMI, *Effetto devolutivo e "ius novorum" nel processo romano della "cognitio extra ordinem"*, in *Studi di diritto romano tardoantico*, Milano 2011, 377 ss.

²⁵ Anche tale frammento ha attratto l'attenzione degli studiosi, che hanno voluto vedervi l'applicazione di una speciale forma di appello che si svolgeva avanti al tribunale imperiale sulla base degli atti, denominato appello *more consultationis*, v. M.A. BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Zivilprozess*, III, Bonn 1866 (rist. 1959), 90 nt. 11; 294; 332 s.; T. KIPP, *Consultatio*, in *PWRE*, 4/1, 1900, (rist. 1958), 1143; C. BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano. Serie seconda. Il processo civile*, III, Torino 1915, 202; L. WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozessrecht*, München 1925 (trad. it. 1938), 297; G. SCHERILLO, voce *Consultatio*, in *NNDI*, 4, 1959, 358; M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 509 s.; W. LITIEWSKI, *Die römische Appellation*, 4, cit., 254 ss.; ID., *Consultatio ante sententiam*, in *ZSS*, 99, 1969, 228 s.; G. DE BONFILS, *Prassi giudiziaria e legislazione nel IV secolo. Symm. rel. 33*, in *BIDR*, 78, 1975, 170 s.; G.

La cancelleria di Diocleziano, inoltre, ammette pacificamente, addirittura in forma parentetica, l'appellabilità delle sentenze in materia capitale (... *appellare conveniet* ...), seppure limitando l'applicabilità della disposizione alle pronunce non definitive, *non nisi audita omni causa atque discussa post sententiam dictam*.

La norma è stata soprattutto studiata dalla dottrina sotto questo specifico profilo ed è stata considerata la formale attestazione legislativa di una evoluzione delineatasi in età anteriore²⁶: a ben vedere, di tale processo si hanno, nelle fonti a noi note, solo tracce frammentarie e contraddittorie, che non consentono di individuare un indirizzo preciso ed univoco, né, tantomeno, normativamente fissato, anche in considerazione della natura eminentemente casistica delle decisioni giurisprudenziali in materia. Per di più, nessuno dei passi o degli interventi imperiali, che si occupano dell'appellabilità delle sentenze non definitive, riguarda direttamente il processo penale: il passo di Modestino, richiamato dalla dottrina al riguardo, relativo ad una vicenda molto complessa (D. 48.2.18)²⁷, descrive lo svolgimento di un giudizio criminale di falso testamentario, ma il provvedimento interlocutorio della cui eventuale impugnabilità gli interpreti discutono, a prescindere dalla considerazione se essa sia in effetti desumibile dal testo in questione, non è, comunque, un atto del processo criminale, che in realtà non è mai stato instaurato, bensì del procedimento civile *de irritato testamento*:

D. 48.2.18: *Cum Titia testamentum Gaii fratris sui falsum arguere minaretur et sollemnia accusationis non implevit intra tempus a praeside praefinitum, praeses provinciae iterum pronuntiavit non posse illam amplius de falso testamento dicere: adversus quas sententias Titia non provocavit, sed dixit se post finitum tempus de irritato testamento dicere. Quaero, an Titia, quae non appellavit adversus sententiam praedis, possit ad falsi accusationem postea reverti. Respondit nihil aperte proponi, propter quod adversus sententiae auctoritatem de falso agens audienda sit.*

BASSANELLI SOMMARIVA, *La legislazione processuale di Giustino I*, cit., 168 ss.; EAD., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, Milano 1983, 90 ss. In proposito, si vedano le mie riflessioni critiche: F. PERGAMI, *Appellatio more consultationis*, in *Studi di diritto romano tardoantico*, Torino 2011, 259 ss.

²⁶ In questo senso, U. VINCENTI, "Ante sententiam appellari potest". *Contributo allo studio dell'appellabilità delle sentenze interlocutorie nel processo romano*, Padova 1986, 8 ss., in part. 31 e la letteratura citata.

²⁷ Resta fondamentale, al riguardo, il lavoro di M. WLASSAK, *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer*, in *SAWW*, 84, 1917, 211 ss., nonché, più di recente, quello di G.G. ARCHI, "Civiliter vel criminaliter agere" in tema di falso documentale. *Contributo storico-domatico al problema della efficacia della scrittura*, in *Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione*, I, Milano 1946, 1 ss., ora in *Scritti di diritto romano*, 3, Milano 1981, 1600.

Al contrario, il principio dell'inappellabilità delle pronunce interlocutorie nei processi criminali separatamente dalle sentenze definitive, si ricava, invece, a mio giudizio, dalla forma con cui tale principio è enunciato nell'editto di Diocleziano in discorso, non come oggetto della statuizione normativa – che riguarda le sole formalità procedurali che il giudice deve osservare in seguito alla proposizione dell'appello – ma come un *obiter dictum*, formulato incidentalmente, addirittura in forma parentetica, a conferma del fatto che, nel sistema del processo di età diocleziana, doveva trattarsi di un principio in certo modo pacifico, almeno per quanto atteneva ai giudizi capitali, ai quali solo la norma espressamente si riferisce²⁸.

Né paiono rilevanti, in senso contrario, due rescritti dello stesso Diocleziano: non il primo (C. 7.45.7), che dichiara semplicemente privo di effetto estintivo di una *verborum obligatio* il patto concluso dalle parti su sollecitazione del *praeses provinciae*, motivando tale principio con il rilievo che non *omnis vox iudicis* ha l'autorità di cosa giudicata, mentre nessun richiamo o riferimento, neppure implicito, è fatto all'appellabilità di un intervento del governatore che, nella specie, è privo di contenuto decisorio, né dall'affermazione secondo cui non sempre la *vox iudicis* ha l'autorità di giudicato, può ricavarsi il principio della sua inappellabilità:

C. 7.45.7: *Ex stipulatione parta actione pacisci proximis personis suadendo praeses provinciae verborum obligationem, quam certo iure tolli tantum licet, extinguere non potest, nec vox omnis iudicis iudicati continet auctoritatem, cum potestatem sententiae certis finibus concludi saepe sit constitutum. Quapropter si nihil causa cognita secundum iuris rationem pronuntiatum est, vox pacisci suadentis praesidis actionem tuam perimere, si quam habuisti, minime potuit.*

Analogamente, nessun riferimento al problema dell'appello nelle cause criminali si rinviene nel secondo rescritto (C. 7.45.9), emanato nell'anno 294, che pure nega l'autorità di giudicato ad interventi arbitrari del giudice resi successivamente all'emanazione della sentenza: *post sententiam, quae finibus certis concluditur, ab eo qui pronuntiaverat vel eius successore de quaestione, quae iam decisa est, statuta rei iudicatae non obtinent auctoritatem: nam nec de possessione pronuntiata proprietati ullum praeiudicium adferunt nec interlocutiones ullam causam plerumque perimunt.*

²⁸ Nel senso di un'estensione del principio anche al giudizio civile, U. VINCENTI, *Ante sententiam appellari potest*, cit., 29 s.

9. Nel quadro della “ragionevole durata” dei tempi processuali, che l'imperatore Diocleziano mirava a garantire per la conclusione del giudizio, si colloca anche il paragrafo 4 dell'editto che, infatti, punisce gli appelli temerari, stabilendo la condanna ad una *mediocris poena*, la cui entità veniva discrezionalmente determinata dal giudice superiore e che il *iudex ad quem* infliggeva quale constatazione del fatto che il gravame era stato proposto *temere ac passim*²⁹:

Ne temere autem ac passim provocandi omnibus facultas praeberetur, arbitramur eum, qui malam litem fuerit persecutus, mediocriter poenam a competenti iudice sustinere.

I termini usati nella costituzione per indicare una simile fattispecie appaiono sinonimici: *temere*, infatti, si riferisce ad un atto compiuto avventatamente, alla cieca, senza ponderazione³⁰, mentre *passim* richiama qualcosa che è compiuto confusamente, senza ordine, in mancanza di una chiarezza nei motivi d'appello³¹: entrambi i casi, peraltro, presuppongono l'evidente infondatezza, sotto vari profili, del gravame e connotano ipotesi in cui era possibile esprimere una prognosi negativa sull'esito dell'impugnazione.

10. Il paragrafo 5 dell'editto affronta un altro aspetto fondamentale del giudizio di secondo di grado, cioè i termini per proporre il gravame: esso, infatti, stabilisce che l'impugnazione debba essere proposta *eodem die vel altero*, se l'appellante agisca in nome proprio oppure entro il terzo giorno *si negotium tuetur alienum*:

C. 7.62.6 § 5: *Sin autem in iudicio propriam causam quis fuerit persecutus atque superatus voluerit provocare, eodem die vel altero libellos appellatorios offerre debebit. Is vero, qui negotium tuetur alienum, supra dicta condicione etiam tertio die provocabit.*

²⁹ Sul punto, W. LITEWSKI, *Die römische Appellation*, 4, cit., 294.

³⁰ Sul significato delle espressioni, E. FORCELLINI, *Lexicon Totius Latinitatis*, Patavii 1890, 4, s.v. *temere*: «*Temere est sine ratione, sine consilio, casu, inconsulte, imprudentes; stulte*»; A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, s.v. *temeritas*: «*Rashness, lack of caution, of reflection in starting a lawsuit or accusing a person of a crime*»; A. ERNOUT-A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris 1960, s.v. *temere*: «*“a l'aveuglette”, par suite “inconsidérément, au hasard, a la légère, sans réflexion”*».

³¹ Ancora E. FORCELLINI, *Lexicon*, cit., s.v. *passim*: «*sparsim, sine ordine, omnibus locis, undique*»; A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary*, cit., s.v. *passim*: «*Simply, without any further examination of the case under decision. The term is used in the juristic language as ant. to causa cognita, i.e., after a scrupulous examination*»; A. ERNOUT-A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique*, s.v. *pando*, -is: «*en se répandant çà et là, en désordre*».

Tale disciplina non costituiva una novità nel sistema del processo civile, come si può ricavare dall'esame della precedente riflessione giurisprudenziale che, soprattutto di età severiana³², in un celebre passo tratto dal *de appellationibus* di Marciano, li aveva fissati in maniera precisa³³:

D. 49.1.5.4: *Si quis ipso die inter acta voce appellavit, hoc ei sufficit: sin autem hoc non fecerit, ad libellos appellatorios dandos biduum vel triduum computandum est.*

Al contrario, va notata la mancanza di una distinzione fra appello orale e appello scritto: l'editto, infatti, prospetta la possibilità di appellare *eodem die vel altero*, se l'appellante agisce in nome proprio e parla, per entrambe le ipotesi, della necessità di *libellos appellatorios offerre*, ignorando, quindi, che *ipso die* si poteva appellare anche oralmente: per una parte della dottrina, doveva trattarsi di una consapevole abolizione da parte di Diocleziano³⁴, come in effetti sembra ricavarsi dalla successiva legislazione costantiniana che, con una costituzione del 317, espressamente ne riaffermava la possibilità:

CTh. 11.30.7: *Imp. Constantinus A. ad Bassum p(raefectum) v(rbi). Litigatoribus copia est etiam non conscribtis libellis ilico appellare voce, cum res poposcerit iudicata.*

11. L'ultima parte dell'editto affronta la disciplina delle *litterae dimissoriae* o *apostoli*, che il giudice inferiore doveva indirizzare al giudice *ad quem*, per investirlo dell'impugnazione³⁵:

C. 7.62.6 § 6: *Apostolos post interpositam provocationem etiam non petente appellatore sine aliqua dilatione iudicem dare oportet, cautione videlicet de exercenda provocatione in posterum minime praebenda.*

Fino all'emanazione dell'editto, tale attività era affidata all'appellante, come si ricava da un passo di Marciano:

³² Vedi, in particolare, sui sospetti di interpolazione della seconda parte del passo, R. REGGI, *I "libri de appellationibus" di Marciano*, in *Studi Parmensi*, 15, 1974, 46.

³³ Cfr., in proposito, R. ORESTANO, *L'appello civile*, cit., 237 ss.; M. BIANCHINI, *Le formalità costitutive del rapporto processuale nel sistema accusatorio*, Milano 1964, 127; M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 403; W. LITIEWSKI, *Die römische Appellation*, 4, cit., 145 ss., in part. 151.

³⁴ A favore dell'abolizione dell'appello orale dopo l'età severiana, si era pronunciato R. ORESTANO, *L'appello civile*, cit., 230 nt. 1.

³⁵ Di *litterae dimissoriae* parla Marciano in un passo del *De appellationibus* (D. 49.6.1): *Post appellationem interpositam litterae dandae sunt ab eo, a quo appellatum est, ad eum, qui de appellatione cogniturus est, sive principem sive quem alium, quas litteras dimissorias sive apostolos appellant.* Sul contenuto delle *litterae* prosegue Marciano: *Sensus autem litterarum talis est: appellatione puta Lucium Titium a sententia illius, quae inter illos dicta est.*