

FRANCESCO SITZIA

Riflessioni in tema di arbitrato
in diritto giustiniano e bizantino

Estratto
dagli ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

(AUPA)

Volume LVII
(2014)



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO
(AUPA)

DIRETTORE
Gianfranco Purpura

CONDIRETTORE
Giuseppe Falcone

COMITATO SCIENTIFICO

Giuseppina Anselmo Aricò	Palermo
Christian Baldus	Heidelberg
Jean-Pierre Coriat	Paris
Lucio De Giovanni	Napoli
Oliviero Diliberto	Roma
Matteo Marrone	Palermo
Ferdinando Mazzaella	Palermo
Enrico Mazzaese Fardella	Palermo
Javier Paricio	Madrid
Beatrice Pasciuta	Palermo
Salvatore Puliatti	Parma
Raimondo Santoro	Palermo
Mario Varvaro	Palermo
Laurens Winkel	Rotterdam

COMITATO DI REDAZIONE

Monica De Simone (*coordinamento*), Giacomo D'Angelo,
Salvatore Sciortino, Francesca Terranova

Via Maqueda, 172 - 90134 Palermo - e-mail: redazioneaupa@unipa.it

INDICE DEL VOLUME

G. FALCONE, 'Facilitas'. Alcune fonti per Bernardo Albanese	9
---	---

ARTICOLI

G. ARICÒ ANSELMO, Numa Pompilio e la propaganda augustea	27
A. CHERCHI, Considerazioni in tema di società minerarie nel diritto romano del Principato. Note a margine di Vip. II.6-8	63
M. DE SIMONE, 'Proletarius iam civis'. A proposito di un'interpretazione di Bernardo Albanese di XII Tab. 1.4	101
G. PURPURA, Il χειρέμβολον e il caso di Saufeio: responsabilità e documentazione nel trasporto marittimo romano	127
C. RUSSO RUGGERI, Ancora qualche riflessione sulla politica legislativa di Giustiniano in riguardo ai <i>iura</i> al tempo del <i>Novus Codex</i>	153
R. SANTORO, <i>Perpetuari obligationem</i>	177
S. SCIORTINO, <i>Res acta</i> e potere magistratuale di interrompere una <i>legis actio</i> irregolare	209
F. SITZIA, Riflessioni in tema di arbitrato in diritto giustiniano e bizantino	239
M. VARVARO, <i>Condictio</i> e <i>causa actionis</i>	265

NOTE

D. DI OTTAVIO, <i>Octo genera poenarum</i> (a margine di August., <i>civ. Dei</i> 21.11 e Isid., <i>etym.</i> 5.27.1 ss.)	321
G. FALCONE, The 'mysterious' beauty of Laws	339
U. MANTHE, Gaio, il Veronese e gli editori	353

VARIE

Il Premio Ursicino Álvarez a Matteo Marrone	385
M. VARVARO, La revisione del palinsesto veronese delle Istituzioni di Gaio e le schede di Bluhme	387

Il presente articolo è stato pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Cagliari.

FRANCESCO SITZIA
(Università di Cagliari)

Riflessioni in tema di arbitrato in diritto giustiniano e bizantino

ABSTRACT

English Summary: The research addresses some of the complex issues in the field of arbitration in Justinian and Byzantine law. First, it focuses on the nature of *actio in factum* granted in C. 2.55.4. and 5 with respect to arbitration assisted by the oath of the parties and in the case of *laudum homologatum*. It then examines the relationship between the legislation of the years 529-30 und Nov. 82.11, with which Justinian repeals the provisions introduced by him on the subject of arbitration assisted by oath. The research tries, finally, to outline the evolution of the institution in the Byzantine law.

PAROLE CHIAVE

Arbitrato, *compromissum*; *iusiurandum*; *laudum homologatum*; diritto giustiniano; diritto bizantino.

RIFLESSIONI IN TEMA DI ARBITRATO IN DIRITTO GIUSTINIANEO E BIZANTINO*

SOMMARIO. 1. Considerazioni introduttive. 2. Esame delle problematiche relative alla natura esecutiva dell'*actio in factum* prevista in C. 2.55.4 e 5. 3. Segue: analisi degli indizi che inducono a ritenere che l'*actio in factum* non avesse natura esecutiva. 4. La riforma introdotta con Nov. 82.11 nella visione dei giuristi del VI secolo. 5. Segue: l'evoluzione dell'arbitrato in diritto bizantino. 6. Considerazioni conclusive.

1. Com'è universalmente noto, numerose Novelle giustinianee riguardano temi che l'imperatore aveva già affrontato nel corso dei primi anni di regno con interventi normativi che avevano generato dubbi e problemi di carattere interpretativo e che, comunque, si erano mostrati inadeguati a realizzare i propositi di riforma enunciati dal legislatore.

Nel presentare le nuove norme il più delle volte Giustiniano tende a difendere il suo precedente operato, affermando che la necessità di un nuovo intervento normativo deriva da immotivati cavilli della prassi; non mancano però dei casi in cui egli prende atto della circostanza che, a livello di prassi applicativa, la norma contenuta nel *Codex* ha ingenerato inconvenienti di un certo rilievo e che occorre quindi mutarla radicalmente.¹ Uno di questi casi riguarda l'istituto dell'arbitrato, che l'imperatore aveva profondamente riformato con una costituzione del 529 (a noi pervenuta come C. 2.55 (56). 4),² le cui disposizioni in tema di *sententia* emanata da arbitri scelti dalle parti e nei cui confronti le parti stesse si erano impegnate con *iusiurandum* ad attenersi alle decisioni da essi assunte vengono abrogate nel

* Il presente contributo riporta il testo di una relazione da me tenuta in occasione del Convegno dal titolo «Il processo e le sue alternative: storia, teoria, prassi», svoltosi a Cagliari i giorni 25-27 settembre 2014.

¹ Sul rapporto tra le riforme introdotte con singole *Novellae* e la legislazione precedente mi sia consentito richiamare F. SITZIA, *Norme imperiali e interpretazioni della prassi*, in M. G. DI RENZO VILLATA (a cura di), *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, 279 ss. (in particolare, per le ipotesi in cui «Giustiniano dichiara espressamente che intende correggere quanto da lui stesso stabilito nelle precedenti leggi di riforma della materia», 306 nt. 56) e bibliografia ivi citata.

² Sulle problematiche relative alle quindici (o tredici) costituzioni che presentano la *subscriptio* che è riportata anche in C. 2.55 (56).4 vedi M. BIANCHINI, *La subscriptio nelle leges giustinianee del 30 ottobre 529*, in *Studi in onore di F. De Marini Avonzo*, Torino 1999, 47-54 (= M. BIANCHINI, *Temi e tecniche della legislazione tardoimperiale*, Torino 2008, 115 ss.). Per una rapida analisi delle problematiche processuali affrontate da Giustiniano nelle costituzioni del 529 e del 530 vedi U. ZILLETTI, *Studi sul processo civile giustiniano*, Milano 1965, 245 ss., che, peraltro, non si sofferma sulle problematiche oggetto della nostra ricerca.

539 con Nov. 82.11 proprio in quanto si riconosce che le stesse erano apparse del tutto inadeguate ἐκ τῆς τῶν πραγμάτων πείρας (*ex rerum experientia*).

Nov. 82.11: Ἐπειδὴ δὲ πολλάι τινες ἡμῖν γίνονται προσελεύσεις αἰρουμένων τινῶν δικαστῶν παντοίως ἀνεπιστήμονας καὶ νόμων καὶ πείρας. καὶ ὑπὸ προθυμίας ὀμνύουσιν ἐμμένειν τοῖς δικασταῖς οἷς οὐκ ἂν τις οὐδ' ὀτιοῦν πιστεύσειεν, εἶτα ἀναπείθουσιν ἴσως καὶ τοὺς δικαστῶν τὸν τοιοῦτον δῆθεν αὐτοῖς ὄρκον παρέχειν. ἄνδρας οὔτε ὅ τι ποτέ ἐστι τό δίκαιον οὔτε τὴν αὐτοῦ παρατήρησιν ἐπισταμένους. καὶ εἰκότως βλαβέντες αὐτοῖσιν ἐξετασθῆναι τὴν ὑπόθεσιν ἐπιλαθόμενοι τῶν ὄρκων ὧν ὤμοσαν, τὸ πρᾶγμα ἡμῖν ἐπιστροφῆς ἄξιον ἐνομίσθη. 1. καὶ ἐπειδήπερ ἔγνωμεν ἐκ τῆς τῶν πραγμάτων πείρας σφαιερὸν εἶναι τὸ τοιοῦτο, θεσπίζομεν τοῦ λοιποῦ μηδένα γίνεσθαι παντελῶς δικαστὴν αἰρετὸν καὶ μετὰ τῆς ἐξ ὄρκου ἀσφαλείας δικάζεσθαι, ἵνα μὴ ἐντεῦθεν εἰς ἐπιορκίαν ἀκούσιον ἐμπίπτωσιν ἄνθρωποι διὰ τὴν τῶν δικαστῶν ἀμαθίαν ἐπιορκεῖν ἀναγκαζόμενοι, ἀλλὰ πάντως οἱ τὸν δικαστὴν ἢ τοὺς δικαστῶν αἰρούμενοι μετὰ ποινῆς αὐτοῖς ἐπιλεγέσθωσαν ὀπόσης ἂν τὰ μέρη πρὸς ἀλληλα συμβαλεῖν, καὶ ἀνάγκην ἐχέτωσαν ἢ ἐμμένειν τῇ κρίσει ἢ, εἴπερ ἀναψηλαφήσαι βουληθεῖεν, πρότερον δοῦναι τὸ πρόστιμον οὕτω τε ἄδειαν ἔχειν ἀναχωρεῖν τῶν κεκριμένων καὶ ἐφ' ἕτερον χωρεῖν δικαστὴν τῶν ἡμετέρων ἀρχόντων, εἴ γε προσελευσθεῖεν, ἐκβιβαζόντων τὰ πρόστιμα καὶ τοῖς ταῦτα προσταχθεῖσι λαβεῖν ἀποκαταστῆναι παρασκευαζόντων. εἰδόντων τῶν τοῖς δικαστῶν αἰρουμένων, ὡς εἰ μὴ τοῦτο πράξαιεν μηδὲ ἐπερωτήσουσι ποινὴν, ἀλλ' οἰηθῶσιν ἀρκεῖν αὐτοῖς τὴν ἐκ τῶν ὄρκων ἀσφάλειαν, εἶτα οἱ δικασταὶ οἱ οὕτως αἰρεθέντες βλάψουσιν αὐτούς, εἰ μὲν ἐξεπίτηδες, τῷ δεσπότηι θεῶ τὴν ποινὴν τῆς ἐπιορκίας ὑφέξουσιν, εἰ δὲ ἐξ ἀμαθίας τοῦτο ὑποσταλεῖν, οὐδὲν παρὰ τοὺς ὄρκους αὐτοῖς ἔσται πλέον. οὔτε γὰρ ἐπιορκίαν παρὰ τίνος γίνεσθαι βουλόμεθα, οὔτε αὐθις τοὺς δικαζομένους ζημίαν ὑφίστασθαι μεγάλην διὰ τὴν τῶν δικαστῶν ἀμαθίαν παρὰ τὴν τῶν ὄρκων εὐλάβειαν συγχωροῦμεν. πάντων τῶν ἐμπροσθεν νενομοθετημένων εἴτε ἐκ τῆς ἀρχαίας νομοθεσίας εἴτε καὶ παρ' ἡμῶν περὶ τῶν compromissariῶν δικαστῶν ἢ ἐπὶ τοῖς αἰρετοῖς, χωρὶς μέντοι τῆς περὶ τῶν ὄρκων ἀνάγκης, μενόντων ἐπὶ τῆς ἰδίας ἰσχύος καὶ οὐδὲν ἐκ τοῦδε ἡμῶν τοῦ νόμου καινιζομένων.

C. 2.55 (56).4: Imp. Iustinianus A. Demostheni pp.: *Ne in arbitris cum sacramenti religione eligendis periurium committatur et detur licentia perfidis hominibus passim definitiones iudicium eludere, sanctissimo arbitrio et huiusmodi rem censem esse componendam. 1. Si igitur inter actorem et reum nec non et ipsum iudicem fuerit consensus, ut cum sacramenti religione lis procedat, et ipsi quidem litigatores scriptis hoc suis manibus vel per publicas personas scripserint vel apud ipsum arbitrum in actis propria voce deposuerint, quod sacramentis praestitis arbiter electus est, hoc etiam addito, quod et ipse arbiter iuramentum praestitit super lite cum omni veritate dirimenda, eius definitionem validam omnimodo custodiri et neque reum neque actorem posse discedere, sed tenere omnifariam, quatenus oboedire ei compellantur. Sin autem de arbitro quidem nihil tale fuerit vel compositum vel scriptum, ipsae autem partes litteris hoc manifestaverint, quod iuramenti nexibus se illigaverint, ut arbitri sententia stet, et in praesenti casu omnimodo definitionem arbitri immutatam servari, litteris videlicet eorum similem vim obtinentibus, sive ab initio hoc fuerit ab his scriptum vel praefato modo depositum, dum arbiter eligebatur, sive post definitivam sententiam hoc scriptum inveniatur, quod cum sacramenti religione eius audientiam amplexi sunt vel quod ea quae statuta sunt adimplere iuraverunt. 3. Sed et si ipse solus arbiter hoc litigatoribus poscentibus et vel scriptis vel depositionibus, ut dictum est, manifestum*

facientibus praestiterit iuramentum, quod cum omni veritate liti libramenta imponat, similem esse etiam in praesenti casu prioribus eius definitionem et eam omnimodo legibus esse vallatam. 4. *Et in his omnibus casibus liceat vel in factum vel conditionem ex lege vel in rem utilem instituire, secundum quod facti qualitas postulaverit.* 5. *Sin autem in scriptura quidem aut depositione nihil tale appareat, una autem pars edicat iuramentum esse praestitum, quatenus arbitrali stetur sententia, huiusmodi litigatorum vel solius arbitri sermones minime esse credendos, cum et, si quis iusiurandum datum esse non iudice supposito nec hoc scriptura partium testante concesserit, incerti certaminis compositio, quae inter homines imperitos saepe accidit, non aliquid robur iudicatis inferat, sed in huiusmodi casu haec obtineant, quae veteres super arbitris eligendis sanxerunt.* 6. *Si quis autem post arbitri definitionem subscripserit ἐμμένειν vel στοιχεῖν vel πληροῦν vel πάντα ποιεῖν vel διδόναι (Graecis enim vocabulis haec enarrare propter consuetudinem utilius visum est), etsi non adiecerit ὁμολογῶ, et sic omnimodo per actionem in factum eum compelli ea facere quibus consensus. qualis enim differentia est, si huiusmodi verbis etiam ὁμολογῶ adiciatur vel huiusmodi vocabulum transmittatur?* 7. *Si enim verba consueta stipulationum et subtilis, immo magis supervacua observatio ab aula concessa est, nos, qui nuper legibus a nobis scriptis multa vitia stipulationum multasque ambages scrupulososque circuitus correximus, cur non et in huiusmodi scriptura totam formidinem veteris iuris amputamus, ut, si quis haec scripserit vel unum ex his, adquiescere eis compellatur et ea ad effectum omnimodo perducere? cum non est verisimile haec propter hoc scripsisse, ut tantum non contradicat, sed ut etiam ea impleat, adversus quae obviam ire non potest.* Recitata septimo miliario in novo consistorio palatii Iustiniani. D. III k. Nov. Decio vc. cons. [a. 529]

Il testo di Nov 82.11, nella sua parte finale, afferma espressamente che tutte le altre disposizioni precedenti, comprese quelle emanate dallo stesso Giustiniano in materia, permangono in vigore e che l'abrogazione riguarda soltanto le norme in tema di arbitrato garantito dal *iusiurandum* (... *χωρὶς μέντοι τῆς περὶ τῶν ὄρκων ἀνάγκης* ...). Si può, peraltro, osservare fin d'ora che, come vedremo tra breve, nonostante l'apparente chiarezza del dettato normativo, nella *παραπομπή* che ci è pervenuta in appendice al testo di Theod. 82.9 (= Nov. 82.11) si segnala che la Nov. 82.11 avrebbe abrogato anche le disposizioni in tema di *laudum homologatum* a noi pervenute in C. 2.55 (56).5. Appare quindi opportuno riportare anche il testo di quest'ultima costituzione giustiniana del 530:³

C. 2.55 (56).5: Idem A. Iuliano pp.: *Cum antea sancitum fuerat in arbitris eligendis, quos neque poena compromissi vallabat neque iudex dederat, sed nulla praecedente sententia communis electio, ut in illorum sententia stetur, procreabat, si quidem pro parte pulsata forma arbitralis procederet, exceptionem ei veluti pacti generari, sin autem pro actore calculus poneretur, nihil ex eo procedere ei praesidii: sancimus in eos arbitros, quos praediximus et quos talis consensus elegerit, sub eo pacto in scriptis vel non in scriptis habito, ut eorum definitioni stetur, si quidem subscripserint, postquam definitio procedit, quod non displicet ambabus partibus eorum sententia, non solum reo exceptionem veluti pacti generari, sed etiam actori ex nostro numine in*

³ Come osserva S. BARBATI, *Sugli elenchi degli organi giudiziari in età giustiniana*, in *JUS. Rivista di Scienze giuridiche* 58, 2010, 74 nt. 104, e bibliografia ivi citata, C. 4.20.20, nel titolo *de testibus*, costituisce un altro frammento a noi pervenuto della medesima costituzione in tema di arbitrato.

factum actionem, quatenus possit sententiam eius executioni mandari, sed in hac quidem regia civitate ab officio eminentissimae praefecturae vel eius, cuius forum pars sequitur fugientis, in provinciis autem tam per moderatores quam apparitiones eorum, vel per iudices, quorum regimen pars pertimescat pulsata. 1. Sin autem minime quidem post sententiam subscripserint arbitri formam amplecti, sed silentio eam roboraverint et non intra decem dies proximos attestatio missa fuerit vel iudici vel adversariis ab alterutra parte, per quam manifestum fiat definitionem non esse amplectendam, tunc silentio partium sententiam roboratam esse et fugienti exceptionem et agenti memoratam actionem competere. 2. Altera autem parte recusante secundum praefatum modum et implere statuta minime cupiente nihil fieri praeiudicium neque pari vel exceptionem reo vel actori actionem, exceptis videlicet arbitris qui cum sacramenti religione electi sunt secundum novellam nostri numinis constitutionem: tunc etenim ea omnia servari, quae lege nostra super huiusmodi audientia definita sunt. 3 (1). Licet non ignoramus Iulii Pauli opinionem et aliorum prudentium certorum, qui tetigerunt quidem huiusmodi quaestionem, quam in praesenti adgredimur, non autem perfectissime peregerunt, sed usque ad quasdam temporales actiones standum esse existimaverunt, plenius tamen et generaliter definimus: conventum in scriptis apud compromissum iudicem factum ita temporis interruptionem inducere, quasi in ordinario iudicio lis fuerit inchoata. 4 (2). Ad haec generaliter sancimus in his, quae apud compromissarios acta sunt, si aliquod in factum respiciens vel professum est vel attestatum, posse eo et in ordinariis uti iudiciis. D. VI k. April. Constantinopoli Lampadio et Oreste vv. cc. cons. [a. 530].

Non mi sembra necessario soffermarmi diffusamente sul contenuto delle due costituzioni del 529 e del 530, il cui carattere profondamente innovativo rispetto al regime tradizionale del *compromissum* è stato da tempo evidenziato in dottrina. Nelle ipotesi contemplate⁴ Giustiniano supera, infatti, l'antico principio del carattere non direttamente vincolante delle decisioni arbitrali (la cui violazione importava soltanto l'esposizione al pagamento della *poena*), affermando che esse debbono essere portate ad esecuzione.⁵

Mi limiterò pertanto ad individuare alcune problematiche in relazione alle quali può forse essere utile una messa a fuoco dei risultati cui è pervenuta la dottrina, anche ai fini di una migliore comprensione dell'effettiva incidenza sulla legislazione precedente dell'improvviso cambiamento di rotta determinato dall'emanazione di Nov. 82.11.

⁴ Oltre al caso di scelta degli arbitri assistita da *iusiurandum*, il riferimento è al cosiddetto *laudum homologatum*. Come osserva S. BARBATI, *Sugli elenchi*, cit., 74 nt. 102 (sulla base delle osservazioni di K. H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*, München 1971, 282), il sintagma *laudum homologatum* risale ai giuristi medievali, che lo impiegano in relazione all'ipotesi prevista in C. 2.55.4. M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di "compromissum"*, Milano 1958, 145 nt. 230, lo utilizza anche nelle ipotesi previste da C. 2.55.5. Nonostante le due ipotesi presentino differenze significative, in questa sede ho ritenuto opportuno non distinguere e riferire quindi l'espressione *laudum homologatum* ad entrambe.

⁵ Anche se, come pone in evidenza K. H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht*, cit., 210, l'innovazione giustiniana in tema di arbitrato assistito dal giuramento «zweifellos an die nachklassische Rechtspraxis anknüpft, in der Schiedsverträge mit eidlicher Bekräftigung keine Seltenheit waren». Il nostro autore (211 s.) ritiene che anche il principio affermato in C. 2.55.4.6 «nicht nur hinsichtlich der Rechtssprache, sondern auch inhaltlich an die Praxis anknüpft».

2. Un primo problema di un certo interesse può essere quello relativo alla natura e alle caratteristiche dell'azione che Giustiniano concede al fine di raggiungere il risultato voluto, cioè che la parte soccombente sia vincolata alla pronuncia dell'arbitro. In proposito la dottrina prevalente appare orientata nel senso di ritenere che lo strumento processuale individuato dall'imperatore sia un'*actio in factum* di natura esecutiva.⁶

In verità, se esaminiamo alla lettera le disposizioni di C. 2.55 (56).4.4, ci rendiamo conto che nel testo a noi pervenuto, nelle diverse ipotesi di scelta di arbitri in presenza di un *iusiurandum* considerate,⁷ il legislatore dichiara di concedere o un'*actio in factum* o una *condictio ex lege* o un' '*utilis actio in rem secundum quod facti qualitas postulaverit*'. In proposito lo Ziegler, sulla base di ipotesi già prospettate in dottrina,⁸ ha ritenuto che il testo originario della nostra costituzione prevedesse solo la concessione dell'*actio in factum* e che il riferimento alle altre due azioni sia stato introdotto nel momento in cui esso fu adattato per essere inserito nel *Novus Codex repetitae praelectionis*. Con questa interpolazione i Compilatori non avrebbero perseguito «eine sachliche Änderung»: la *condictio ex lege*, infatti, non rappresenterebbe altro che il tentativo «die *actio in factum* systematisch einzuordnen» e l'*actio in rem utilis* sarebbe stata introdotta con riguardo alle ipotesi nelle quali la *sententia arbitri* avesse avuto un contenuto diverso dal pagamento di una somma di denaro.

L'ipotesi prospettata dallo Ziegler, indubbiamente assai suggestiva, non sembra peraltro del tutto convincente.⁹ In particolare non mi sembra di poter condividere l'argomento che

⁶ In questo senso vedi, da ultimo, S. BARBATI, *Sugli elenchi*, cit., 74. C. M. A. RINOLFI, *Episcopalis audentia e arbitrato*, in S. PULIATTI, U. AGNATI (a cura di), *Principi generali e tecniche operative del processo civile romano nei secoli IV-VI d. C.*, Parma 2010, in relazione a C. 2.55 (56).4, afferma che con le disposizioni imperiali, «che non sancivano certo l'esecutorietà della sentenza arbitrale, si finiva per ottenere un risultato ad essa abbastanza vicino» (201); la stessa A. (203) ritiene però che l'*actio in factum* prevista da C. 2.55 (56).5 fosse «di natura esecutiva», riprendendo riflessioni a suo tempo formulate, anche se incidentalmente, da M. TALAMANCA, *Ricerche*, cit., 105 nt. 149. Anche T. DALLA MASSARA, *Studio sui rapporti tra sententia iudicis e decisione arbitrale*, Napoli 2012, 68 s., ritiene che l'*actio in factum* concessa in C. 2.55 (56).5 sia «affine all'*actio iudicati*», osservando che «dalla decisione arbitrale scaturisce, mercé il riconoscimento dell'imperatore, l'*obligatio iudicati* e quindi la corrispondente azione diretta all'esecuzione»; lo stesso A. (74) osserva, nel prosieguo del suo discorso, che «soltanto con la costituzione giustiniana conservatici in C. 2.55 (56).5 pr. si arriva a riconoscere che la pronuncia arbitrale può divenire esecutiva, almeno a seguito dell'intervento di colui che è al vertice dell'organizzazione dello Stato».

⁷ Come osserva K. H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht*, cit., 208, il linguaggio del legislatore, nel presentare le varie ipotesi di prestazione del *iusiurandum*, si presenta complicato ed assai poco sistematico. E' questa, peraltro, assai spesso una delle caratteristiche della legislazione innovativa di Giustiniano (vedi F. SITZIA, *Norme imperiali*, cit., 293 ss.). Lo stesso Ziegler (251) osserva correttamente che «*Actio in factum* und *exceptio veluti pacti* spielen dort keine Rolle, wo die beide Schiedsparteien sichernde *poena compromissi* eingreift».

⁸ K. H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht*, cit., 209, 235 s., e bibliografia citata alle nt. 11 e 126. Lo Ziegler (234 ss.) inserisce il suo discorso sull'interpolazione dei riferimenti alla *condictio ex lege* e all'*utilis actio in rem* in un più ampio discorso riguardante i mutamenti che le costituzioni giustiniane in tema di arbitrato degli anni 529/530 avrebbero subito ai fini di un adeguamento al nuovo quadro normativo e concettuale affermatosi con l'emanazione dei *Digesta*. Sul problema in particolare dei possibili mutamenti introdotti nelle Costituzioni (tra cui la nostra) emanate il 30/10/529 vedi anche M. BIANCHINI, *La Subscriptio*, cit., 122, e bibliografia ivi citata. La Bianchini, pur non escludendo manipolazioni compilatorie, sottolinea che nei testi in esame «s'incontrano affermazioni molto decise e molto precise, da attribuirsi al nuovo *quaestor*» (scil. Triboniano).

⁹ Pur non considerando del tutto convincente l'ipotesi dello Ziegler, sarei comunque dell'avviso che il

l'A. trae dalla circostanza che sia il successivo § 6 della nostra costituzione sia C. 2. 55.5 facciano riferimento soltanto all'*actio in factum*: non riesco, infatti, a vedere perché i compilatori del Codice del 534, così solerti nell'interpolare il testo la prima volta in cui veniva menzionata l'*actio in factum*, si siano poi scordati di (o abbiano ritenuto non necessario) inserire il ricordo delle altre due azioni nel successivo § 6.¹⁰

Al di là delle osservazioni dello Ziegler, le problematiche di maggior rilievo riguardanti la tutela processuale prevista dalle nostre costituzioni appaiono quelle collegate all'orientamento, seguito dalla prevalente dottrina, ad avviso della quale le azioni concesse in C. 2.55 (56).4 e 5 avrebbero natura esecutiva. In proposito non mi sembra possano sussistere dubbi sul fatto che Giustiniano considera la pronuncia dell'arbitro vincolante per le parti che sono quindi tenute a conformarsi ad essa. Le espressioni impiegate dal legislatore appaiono, infatti, sotto questo profilo, del tutto chiare:

4. 1 '... *eius definitionem validam omnimodo custodiri et neque reum neque actorem posse discedere, sed tenere omnifariam, quatenus oboedire ei compellantur...*';

4. 2 '... *et in praesenti casu omnimodo definitionem arbitri immutatam servari, litteris videlicet eorum similem vim obtinentibus...*';

4. 3 '... *similem esse etiam in praesenti casu prioribus eius definitionem et eam omnimodo legibus esse vallatam...*';

4. 6 '...*et sic omnimodo per actionem in factum eum compelli ea facere quibus consensit*'.

5. pr. '...*non solum reo exceptionem veluti pacti generari, sed etiam actori ex nostro numine in factum actionem, quatenus possit sententiam eius executioni mandari...*'.

Il problema è però quello di comprendere se con queste espressioni il legislatore abbia inteso equiparare integralmente il lodo arbitrale alla sentenza inappellabile in relazione alle numerose problematiche relative alla procedura esecutiva.

Com'è noto, in epoca giustiniana il giudice dell'esecuzione al quale l'attore si rivolge intentando l'*actio iudicati*,¹¹ può ben essere chiamato a valutare in contraddittorio l'esistenza

legislatore del 529, riferendosi nel § 4 a tre distinte azioni e non alla sola *actio in factum*, non mirasse ad introdurre una distinzione tra la tutela giudiziale dell'arbitrato assistito da *iusiurandum* e la tutela prevista nel successivo § 6 per le ipotesi di *laudum homologatum* (sola *actio in factum*). Per quanto il linguaggio del legislatore non appaia particolarmente perspicuo, dal momento che le tre *actiones* del § 4 appaiono riportate su uno stesso piano in una sequenza scandita dal *vel*, mi sembra infatti si possa ragionevolmente ritenere che all'*actio in factum* (ricordata per prima) possa attribuirsi una portata generale e che le altre due *actiones* siano ricordate solo per porre in evidenza che la natura dell'azione esperita mutava a seconda che il lodo avesse riconosciuto all'attore la titolarità di un rapporto obbligatorio (*condictio ex lege*) o di un diritto reale (*actio utilis in rem*). In questo senso, pur partendo da presupposti del tutto differenti, sarei d'accordo con l'affermazione dello Ziegler riportata nel testo per cui la menzione delle tre azioni, in luogo della sola *actio in factum*, non determina «eine sachliche Änderung».

¹⁰ Come avremo modo di osservare (vedi *infra*, nt. 22), l'argomentazione dello Ziegler potrebbe addirittura essere capovolta.

¹¹ Sulle caratteristiche dell'*actio iudicati* in epoca giustiniana rimane ancora fondamentale lo studio di E. T. LIEBMAN, *L' "actio iudicati" nel processo giustiniano*, in *Studi P. Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, III, Milano 1930, 399 ss.; ad esse si richiama ancora A. SALOMONE, *Iudicati velut obligatio. Storia di un dovere giuridico*, Napoli 2007, 571 e bibliografia citata alle nt. 4, 5 e 6, la quale ribadisce che l'*actio iudicati*

dei presupposti (una sentenza definitiva e la sua mancata esecuzione da parte del condannato¹²) che consentono di procedere all'esecuzione stessa¹³ (tramite apposito provvedimento magistratuale), ma non sottopone, di norma,¹⁴ a nuovo esame «die im Urteil entschiedene materiellrechtliche Frage».¹⁵ Sotto questo profilo la testimonianza delle nostre fonti sembra chiaramente provare nel senso che anche nei casi previsti in C. 2.55(56).4 e 5 l'attore dovesse limitarsi a provare l'esistenza di un lodo a lui favorevole, in presenza dei requisiti richiesti dal legislatore, rimanendo preclusa qualsiasi indagine sull'esistenza o meno della situazione giuridica soggettiva riconosciuta nella *definitio arbitri*.

Se ciò è vero, è però altresì vero che, mentre l'indagine sull'esistenza di una *sententia* non appellabile, spesso proveniente dallo stesso giudice adito per l'esecuzione, (o sull'eventuale adempimento da parte del condannato) appare di norma assai semplice, non sembra che lo stesso possa dirsi, quanto meno in alcune delle ipotesi di arbitrato previste dalle nostre costituzioni. Il caso forse più eclatante è quello previsto in C. 2.55.5. La nostra norma prevede, infatti, che il *pactum* con cui le parti s'impegnano '*ut definitioni arbitri stentur*' possa essere concluso anche '*non in scriptis*' e che l'acquiescenza alla pronuncia arbitrale che consente d'intentare l'*actio in factum* possa dedursi anche dal fatto che la parte soccombente non ha assolto all'onere d'inviare entro dieci giorni dalla pronuncia allo stesso *arbiter* o alla controparte un'*attestatio* nella quale dichiara che non intende accettare la decisione. Orbene, in tale ipotesi l'attore sarebbe stato in grado di esibire, a livello documentale, soltanto la *sententia arbitri* e il convenuto avrebbe potuto ben opporsi affermando di non aver concluso oralmente alcun *pactum* col quale s'impegnava

«della procedura straordinaria avrebbe introdotto l'esecuzione assicurando, fra l'altro, il contraddittorio fra le parti». La tesi del Liebman si contrappone a quella dell'Eisele, ad avviso del quale in epoca giustiniana l'esecuzione avrebbe avuto inizio in forza di una semplice *postulatio*, intesa come un «formlosen Antrag in base al quale il magistrato avrebbe rilasciato un decreto di autorizzazione agli atti esecutivi senza il contraddittorio del debitore» (così il Liebman (p. 400), riporta il pensiero dell'Eisele, sviluppato in *Abhandlungen zum röm. Civilproc.* 1889, 176, 182 ss.). Per una sintesi sul secolare dibattito dottrinale in tema di *actio iudicati*, anche se con riguardo all'epoca classica, vedi C. BUZZACCHI, *Studi sull'actio iudicati nel processo romano classico*, Milano 1996, 5 ss.

¹² Sulla possibilità di documenti esecutivi vedi M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München 1996, 624 nt. 12 e bibliografia ivi citata.

¹³ M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., 624, pongono in evidenza che l'esame del giudice dell'*actio iudicati* «wird auf eine richterliche Prüfung der Voraussetzungen für die Vollstreckung beschränkt». Gli stessi autori (p. 624, nt. 8) pongono, peraltro, in evidenza che «das Urteil selbst enthält noch keinen Vollstreckungsbefehl». C. BUZZACCHI, *Studi*, cit., 128, parla, invece, genericamente, di «forza esecutiva assunta dal giudicato» in epoca giustiniana.

¹⁴ Sulle problematiche poste dalla possibilità, in ipotesi particolari, «di introdurre, nel giudizio relativo all'*obligatio iudicati*, elementi di fatto o di diritto non esaminati nel processo dal quale era, appunto, sorta l'*obligatio iudicati*», vedi C. BUZZACCHI, *Studi*, cit., 96 ss. Anche E. T. LIEBMAN, *L'actio iudicati*, cit., 401, ricordava la testimonianza di C. 1.18.1 (per la quale vedi anche L. WENGER, *Zur Lehre von der actio iudicati*, Graz 1901, 229 ss.) in cui si consente «al soldato di valersi contro l'*actio iudicati* anche delle eccezioni che avrebbe dovuto proporre nel processo di condanna». Come appare evidente, si tratta di problematiche che esulano dai fini della presente ricerca.

¹⁵ M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., 625. Gli stessi autori pongono in evidenza (p. 624) che l'*actio iudicati* «führt aber in keinem Fall mehr zu einem neuen Streitverfahren mit einem weiteren Sachurteil».

a rispettare la decisione dell'arbitro o anche di aver inviato tempestivamente l'*attestatio*.¹⁶

Nell'ipotesi ricordata, la cognizione del giudice non si sarebbe quindi esaurita in un sommario esame dell'esistenza di una *sententia arbitri*, ma avrebbe determinato la necessità di una puntuale indagine sulla presenza o meno degli ulteriori requisiti richiesti dal legislatore, indagine che avrebbe potuto ben importare anche l'escussione di testimoni (specie nell'ipotesi di *pacta conclusi non in scriptis*).

Quanto osservato pone il problema di comprendere se al termine del procedimento instaurato con la proposizione dell'*actio in factum*,¹⁷ in caso di esito positivo per l'attore, il giudice procedesse ad emettere direttamente un provvedimento con il quale ordinava l'esecuzione¹⁸ o si limitasse all'emanazione di una sentenza di condanna che recepisce il contenuto del lodo e che l'attore stesso avrebbe poi fatto valere attraverso la normale *actio iudicati*.

Sul punto non sembra che le nostre testimonianze possano offrirci una soluzione sicura, anche se, come ora vedremo, una serie di indizi rende forse più verosimile l'ipotesi che Giustiniano, pur innovando profondamente rispetto al passato, non abbia consapevolmente attribuito un carattere immediatamente esecutivo all'*actio in factum*.

In particolare, alcune osservazioni che possono trarsi dalla C. 4 sembrerebbero indurre ad ipotizzare che il legislatore, nell'emanare la riforma, avesse presente solo il carattere vincolante della *sententia arbitri*. Si consideri, ad esempio, il parallelo instaurato nei §§ 6 e 7 con le innovazioni introdotte in tema di *stipulatio*, in cui il discorso sulla deformalizzazione appare funzionale ad affermare che, qualunque sia in verbo impiegato dal debitore, esso deve essere considerato come espressione della sua volontà di conformarsi alla pronuncia arbitrale e non semplicemente di non contraddirla ('*cum non est verisimile haec propter hoc scripsisse, ut tantum non contradicat, sed ut etiam ea impleat, adversus quae obviam ire non potest*'). Se le riflessioni del legislatore sono dirette a porre in evidenza una stretta analogia tra *laudum homologatum* e *stipulatio*, non può non osservarsi che questa analogia riguarda un contratto privo di un'immediata efficacia esecutiva e che ciò rende ragionevole ipotizzare che l'imperatore, nell'impostare il parallelo in esame, non avesse quindi presente le problematiche relative all'efficacia esecutiva che, ove ammessa nel caso del lodo, avrebbe differenziato in modo significativo i due istituti.

Un ulteriore, seppur labile, indizio nel senso che il legislatore non abbia inteso espressamente attribuire immediata efficacia esecutiva al lodo arbitrale, può forse trarsi anche dalla menzione nel § 4 della C. 4 di più *actiones* esperibili nell'ipotesi di scelta degli arbitri assistita da *iusiurandum*: '*et in his omnibus casibus liceat vel in factum vel conditionem ex lege vel in rem utilem instituere, secundum quod facti qualitas postulaverit*'. La circostanza che il legislatore¹⁹ fac-

¹⁶ Tra l'altro la norma afferma che l'*attestatio* deve essere inviata al *iudex* (arbitro) o all'avversario. L'attore quindi dovrebbe preliminarmente accertarsi presso l'arbitro che nessuna *attestatio* sia a lui pervenuta (allegando al giudice dell'*actio in factum* una dichiarazione in tal senso dello stesso *arbiter*?). Molteplici problemi potrebbero, inoltre, sorgere nell'ipotesi un cui il convenuto affermi di aver inviato tempestivamente l'*attestatio* ma questa non sia ancora pervenuta o sia pervenuta in ritardo.

¹⁷ Nel prosieguo della ricerca farò riferimento alla sola *actio in factum* per le ragioni indicate *supra*, nt. 8.

¹⁸ Sulla circostanza che il giudice dell'*actio iudicati*, una volta «acclarata la responsabilità del condannato», potesse «ordinare immediatamente gli atti esecutivi» vedi, per tutti, A. SALOMONE, *Iudicati*, cit., 572, e bibliografia ivi citata.

¹⁹ Come abbiamo già osservato (vedi *supra*, in questo stesso § e nt. 8 e 9), non ci è sembrata convincente l'ipotesi formulata dallo Ziegler che il riferimento alla *condictio* e all'*actio in rem utilis* sia stato introdotto in

cia riferimento ad una pluralità di mezzi processuali, in particolare menzionando azioni diverse a seconda della natura del diritto riconosciuto dal lodo, sembra deporre nel senso che egli abbia in mente un'azione in cui è proprio questo diritto, reso ormai incontrovertibile dalla pronuncia arbitrale, ad essere affermato dinnanzi al giudice perché questi, accertato il contenuto del lodo in presenza dei requisiti richiesti dal legislatore, emani la sua sentenza.

Per quanto riguarda la c. 5, un ulteriore indizio può forse trarsi dalla circostanza che la pronuncia arbitrale favorevole alla *pars pulsata* continua a generare, a vantaggio di quest'ultima, soltanto un'*exceptio veluti pacti* da opporre in un processo di cognizione intentato dall'attore che, pur avendo accettato il contenuto del lodo (o non avendo inviato l'*attestatio* entro 10 giorni), cita in giudizio il convenuto. Il riequilibrio tra le posizioni delle parti, cui mira in modo evidente il legislatore, sembra potersi meglio realizzare attraverso la contrapposizione *exceptio – actio in factum* di natura cognitiva, piuttosto che attribuendo all'attore un'indubbia posizione di vantaggio quale quella derivante dalla concessione di un'*actio* immediatamente esecutiva.

In realtà, a ben vedere, l'unico argomento d'indubbio rilievo a favore del carattere esecutivo dell'*actio in factum* resta l'affermazione '*quatenus possit sententiam eius executioni mandari*',²⁰ che appare superabile solo ritenendo che il legislatore si sia espresso, come sovente accade, in termini non puntuali ed abbia quindi solo voluto sottolineare che, anche se per il tramite dell'*actio in factum* e quindi della sentenza del giudice con essa adito, la decisione destinata a divenire esecutiva è in buona sostanza quella dell'*arbiter*, in quanto il magistrato è chiamato solo ad accertare l'esistenza di un lodo favorevole all'attore in presenza dei requisiti richiesti dal legislatore.²¹

3. Se l'analisi del testo delle nostre costituzioni può lasciare aperto più di un dubbio in relazione al tema che andiamo affrontando, forse possono esserci di un qualche aiuto alcune riflessioni di carattere generale sulle problematiche che potrebbero insorgere attribuendo natura immediatamente esecutiva all'*actio in factum*,²² problematiche di cui non si ritrova nessuna eco nelle nostre fonti.

occasione dell'inserimento della nostra costituzione nel *Codex repetitae praelectionis*. In ogni caso, in relazione ai nostri fini, anche accogliendo l'ipotesi dello Ziegler, l'argomentazione svolta in testo manterrebbe la sua (seppur labile) rilevanza, anche se solo in relazione ai compilatori del *Novus Codex*.

²⁰ È appunto basandosi sulla frase in esame che K. H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht*, cit., 249, argomenta nel senso della natura esecutiva dell'*actio in factum*. Non sembra, invece, provare nel senso della natura esecutiva dell'*actio in factum* la disposizione per cui, in mancanza dei requisiti previsti dal legislatore in tema di *iusiurandum*, si applicheranno le norme che i '*veteres super arbitris eligendis sanxerunt*' e la '*incerti certaminis compositio, quae inter homines imperitis saepe accidit, non aliquid robur iudicatis inferat*'. L'affermazione appare, infatti, del tutto generica e l'*aliquid robur* non necessariamente deve essere inteso nel senso di attribuire al lodo un'efficacia esecutiva. Sulla nostra affermazione vedi K. H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht*, cit., 209 s.

²¹ L'osservazione riportata in testo per cui l'argomento più significativo a favore della natura immediatamente esecutiva dell'*actio in factum* può trarsi dal testo della c. 5 potrebbe indurre a ritenere che le *actiones in factum* previste in C. 2.55.4 e 5 abbiano natura diversa. Mi sembra però che una tale ipotesi non trovi riscontro nella lettura delle nostre fonti e che appaia assai poco verosimile anche alla luce delle considerazioni che avremo modo di proporre tra breve (vedi *infra*, § 3).

²² Come ho già avuto modo di sottolineare (*supra*, nt. 17), nel prosieguo della ricerca continuerò a riferirmi esclusivamente all'*actio in factum*, anche se, come abbiamo visto, in C. 2.55.4 Giustiniano ricorda, almeno in un primo momento (§ 4), accanto all'*actio in factum*, la *condictio ex lege* e l'*actio in rem utilis*. Una qualche mancanza di attenzione del legislatore del 534 nei confronti delle problematiche relative alla precisa individuazione del nome dell'*actio* spettante a colui che fosse risultato vincitore nel lodo arbitrale non deve, inverso,

Si consideri, in primo luogo, che in presenza di una sentenza inappellabile l'*actio iudicati* non può essere esperita immediatamente ma solo trascorso un certo periodo di tempo che viene esteso proprio ad opera di Giustiniano.²³ Orbene, dal testo delle nostre costituzioni sembra emergere che l'*actio in factum* è, invece, immediatamente esperibile:²⁴ se essa avesse natura esecutiva il lodo arbitrale godrebbe quindi di un trattamento di favore rispetto alla stessa sentenza,²⁵ trattamento di favore che appare del tutto ingiustificato soprattutto se si riflette sulla *ratio* che sta alla base della concessione al condannato del *tempus iudicati*.²⁶

stupirci, se consideriamo che, come è stato ben posto in evidenza (F. GORIA, *Azioni reali per la restituzione della dote in età giustiniana: profili processuali e sostanziali*, in *Diritto e processo nell'esperienza romana*, Napoli 1994, 300), in seguito alle disposizioni contenute in C. 7.40.3 (a. 531), 'anche un libello redatto genericamente o contenente l'indicazione di una sola *actio* consente la deduzione in giudizio di tutte le azioni previste dalla legge per raggiungere lo scopo pratico enunziato dall'attore' (la citazione è tratta da F. SITZIA, *L'azione nelle Novelle di Giustiniano*, in BIDR 98-99, 1995-1996, 178). Una tale considerazione potrebbe addirittura indurci a ritenere (anche se si tratta di mere congetture) che siano stati proprio i Compilatori del *Novus Codex*, dopo aver riportato una prima volta i nomi delle tre azioni, a ricordare, nel successivo § 6, solo l'*actio in factum*, in quanto la precisa indicazione del nome dell'azione aveva perso nel 534 gran parte della rilevanza che essa ancora aveva nel 529-530. Accogliendo una tale ipotesi, le argomentazioni dello Ziegler, di cui abbiamo discusso nel § 2, potrebbero addirittura essere capovolte: nell'inserire il testo della nostra costituzione nel *Novus Codex* i Compilatori non avrebbero aggiunto la menzione di due *actiones* (*condictio ex lege* e *actio in rem utilis*) non contemplate nel testo originale del 529 ma, per ragioni di brevità, dopo aver ricordato le suddette azioni una prima volta, avrebbero ommesso di ricordarle nei paragrafi successivi, menzionando solo l'*actio in factum*.

²³ Vedi C. 7.54.2 (che risale all'aprile del 529 ed è quindi anteriore alle nostre costituzioni in tema di arbitrato), con la quale il termine viene esteso da due a quattro mesi. Vedi A. SALOMONE, *Iudicati*, cit., 580 ss., nonché *infra*, in questo stesso §.

²⁴ Ovviamente nel caso di *laudum homologatum* in seguito al mancato invio dell'*attestatio* dovrebbero trascorrere i 10 giorni previsti dal legislatore.

²⁵ Attribuendo natura immediatamente esecutiva all'*actio in factum*, questo trattamento di favore andrebbe ad aggiungersi a quello derivante dal carattere definitivo della decisione arbitrale in un sistema che prevede, invece, la normale appellabilità delle sentenze di primo grado. Il convenuto soccombente si sarebbe, anzi, trovato nella condizione di non disporre di alcun rimedio anche nell'ipotesi in cui il magistrato avesse erroneamente ritenuto esistenti i presupposti in presenza dei quali al lodo veniva attribuita efficacia esecutiva, stante il noto divieto di *appellatio ab executione* (G. PUGLIESE, F. SITZIA, L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano*³, Torino 1991, 795). Le considerazioni esposte inducono a ritenere che la natura esecutiva dell'*actio in factum* determinerebbe un regime privilegiato del lodo anche rispetto a quello delle sentenze provenienti da «uno o più arbitri scelti dalle parti ... qualora una di esse ricusi il giudice precedentemente delegato a conoscere la causa» (S. BARBATI, *Sugli elenchi*, cit., 60 ss.), sentenze senza dubbio appellabili ed equiparate in toto a quelle emanate dai giudici delegati.

Adottando la ricostruzione da noi proposta, si potrebbe, invece, supporre che alla sentenza del giudice adito con l'*actio in factum* si sarebbero applicate le normali regole dettate in tema di appello in relazione alle problematiche relative all'esistenza o meno dei requisiti richiesti dal legislatore per la concessione della stessa *actio*, mentre non sarebbe stato comunque possibile (almeno di norma, vedi *supra*, nt. 14) rimettere in discussione quella parte della sentenza in cui il magistrato recepiva il contenuto del lodo. Si tratta, come appare evidente, di considerazioni che, pur verosimili, mantengono un forte carattere congetturale, in mancanza di testimonianze delle fonti.

²⁶ Com'è noto, fin da epoca arcaica, il *tempus iudicati* viene concesso al condannato al fine di consentirgli di raccogliere la somma necessaria per adempiere all'*obligatio iudicati*. Non si vede perché una tale esigenza non dovesse valere anche nelle ipotesi in cui alla soluzione della controversia si fosse arrivati tramite la pronuncia dell'*arbiter*. Una tale considerazione appare ancor più evidente se si pensa che anche nell'ipo-

Ovviamente un tale problema non si porrebbe nell'ipotesi in cui l'*actio in factum* terminasse con una pronuncia con la quale il magistrato recepiva il contenuto della *sententia arbitri*: i quattro mesi per l'esercizio dell'*actio iudicati* inizierebbero a decorrere dalla pronuncia del magistrato e il lodo arbitrale (pur incontrovertibile) non godrebbe di un particolare trattamento di favore sotto il profilo esecutivo.

Un ulteriore problema potrebbe sorgere in relazione alle *usurae rei iudicatae*. Com'è noto Giustiniano legifera in materia una prima volta già nel 529 (C. 7.54.2),²⁷ in data anteriore a quella delle nostre costituzioni in tema di arbitrato, estendendo da due a quattro mesi il *tempus iudicati* e stabilendo che, trascorso tale periodo, sono dovute le *usurae centesimae*. Ritorna in seguito sul tema con una costituzione del 531 (C. 7.54.3), con la quale chiarisce che detti interessi sono relativi solo alla *sors* e non anche alle eventuali '*usurae quae ex pristino contractu in condemnationem deductae sunt*'.²⁸ In relazione alle nostre problematiche, un'applicazione delle norme in esame ai casi di lodo dovrebbe verosimilmente escludersi nell'ipotesi in cui attribuissimo all'*actio in factum* un'immediata efficacia esecutiva;²⁹ volendo, invece, negare una tale efficacia, potremmo ipotizzare che le *usurae centesimae* decorressero trascorsi quattro mesi dalla sentenza con la quale il giudice dell'*actio in factum* aveva recepito il contenuto del lodo arbitrale. Si può, peraltro, porre in evidenza che, in questa ultima ipotesi, sia dal lodo, sia soprattutto dalla pronuncia del giudice che ne recepiva il contenuto, sarebbe dovuto emergere quale parte della somma era dovuta a titolo di *sors* e quale a titolo di interessi.³⁰

4. Se, come ci è parso più verosimile, Giustiniano non intese espressamente attribuire all'*actio in factum* un'immediata efficacia esecutiva, le sue riforme in tema di giudizio ar-

tesi di *confessio certae pecuniae*, equiparata al *iudicatum*, fin dall'epoca arcaica si concede il periodo di trenta giorni. Vi è poi da osservare che in epoca giustiniana (vedi M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 624) «der Vollstreckungstitel auch im Fall des Anerkennnisses und des Parteieides in einem Urteil besteht» (vedi anche G. PUGLIESE, F. SITZIA, L. VACCA, *Istituzioni*, cit., 778 s.). Si può anzi sottolineare che nella stessa data e nello stesso luogo in cui viene emanata C. 2.55(56).4, Giustiniano emana anche C. 4.1.12, con la quale detta una disciplina unitaria per le ipotesi di *iusiurandum*. A noi interessano, in particolare, le disposizioni del §1a: *Sed iuramento illato, cum hoc a partibus fuerit factum et a iudice approbatum vel ex auctoritate iudicis cuicumque parti illatum, si quidem is cui imponitur sacramentum nihil ad hoc fuerit reclutatus, et hoc praestetur vel referatur, necessitate imponenda ei cui refertur relationis subire sacramentum, vel, si hoc recusaverit, quasi illato sacramento praestito causa vel capitulum decidatur, nullo loco provocationi relinquendo. quis enim ferendus est ad appellationis veniens auxilium in his, quae ipse facienda procuravit?* Come può ben rilevarsi, l'imperatore stabilisce che nei casi presi in esame '*causa vel capitulum decidatur*' e che la stessa decisione non sia appellabile, ma non accenna assolutamente ad un'efficacia esecutiva della sentenza. Appare quindi verosimile che anche in relazione al caso di *compromissum iuratum*, disciplinato nello stesso giorno, egli ipotizzasse effetti sostanzialmente analoghi; non vedrei, infatti, ragione alcuna per attribuire al *laudum* assistito da *iusiurandum* un'efficacia assai più pregnante di quella attribuita al giuramento '*a partibus illatum et a iudice approbatum vel impositum ex auctoritate iudicis*'.

²⁷ Vedi anche *supra*, nt. 23. Vedi A. SALOMONE, *Iudicati*, cit., 580 ss.

²⁸ C. 7.54.3. Per l'analisi della costituzione vedi, per tutti, A. SALOMONE, *Iudicati*, cit., 580 ss.

²⁹ Specie se, come sembra più verosimile (vedi *supra*, in questo stesso § e nt. 24), l'*actio in factum* poteva essere intentata anche prima che fossero trascorsi quattro mesi dalla pronuncia del lodo.

³⁰ Onde evitare che gli eventuali interessi calcolati ai fini della determinazione dell'ammontare complessivo della somma che l'*arbitrator* aveva riconosciuto essere dovuta producessero a loro volta interessi.

bitrale, pur presentandosi come profondamente innovative rispetto al regime precedente che prevedeva soltanto l'esposizione al pagamento della *poena*, non giungono a configurare un'equiparazione tra lodo³¹ e sentenza inappellabile che vedrebbe addirittura privilegiato il primo rispetto alla seconda, quanto meno sotto il profilo della possibilità per il vincitore di dare inizio all'esecuzione senza dover attendere i quattro mesi del *tempus iudicati*.³² In realtà il nuovo regime si presenterebbe sostanzialmente analogo a quello previsto già in epoca classica per il *iusiurandum voluntarium* nel quale, come sappiamo, l'esercizio dell'*actio in factum ex iureiurando* consentiva «di ottenere la condanna del convenuto in base alla semplice prova della prestazione del giuramento e del suo preciso oggetto». ³³ In quest'ottica non appare, invero, privo di una sua logica che nello stesso giorno, attraverso due distinti provvedimenti, Giustiniano, da un lato disciplini in C. 4.1.12 il *iusiurandum necessarium*, affermando che la sua prestazione da parte dell'attore porta ad una *sententia iudicis* a lui favorevole, dall'altro riconosca che anche nel caso di *arbitri* scelti con ricorso al *iusiurandum*, cioè con formalità che si realizzano al di fuori del controllo del giudice, si possa giungere ad un risultato analogo,³⁴ ma solo dopo che l'attore stesso avrà provato con l'*actio in factum* l'esistenza dei requisiti previsti dal legislatore per attribuire efficacia vincolante al lodo arbitrale.³⁵

Una volta individuati contenuto e limiti dell'intervento legislativo, potranno apparire più chiare le ragioni che inducono Giustiniano nel 539 ad abrogare, con l'emanazione di Nov. 82.11, le innovazioni in tema di vincolatività del lodo in presenza di un *iusiurandum*. La prima motivazione alla quale dobbiamo riferirci è indubbiamente quella addotta dallo stesso legislatore, il quale osserva che assai spesso le parti, avendo scelto con ricorso al *iusiurandum* arbitri privi di conoscenze *καὶ νόμων καὶ πείρας*, dinnanzi a pronunzie arbitrali ritenute prive di qualsiasi fondamento e in grado di cagionare loro grave danno, hanno avanzato istanza per un riesame della causa.

Ciò che colpisce immediatamente il lettore è non tanto il riferimento alla conoscenza delle leggi quanto quello alla conoscenza della prassi giudiziaria, entrambe ritenute fondamentali per un corretto esercizio della funzione giudicante. Che non si tratti di una rifles-

³¹ Ovviamente intendiamo riferirci alle ipotesi di lodo emanato in presenza dei requisiti previsti dal legislatore.

³² Ciò anche senza voler considerare (come abbiamo già osservato) che il lodo arbitrale costituirebbe una pronuncia in unico grado, immediatamente esecutiva tramite ricorso all'*actio in factum*, in un ordinamento che conosce, invece, per la sentenza del giudice (anche di quello scelto dalle parti in seguito a ricusazione del giudice delegato dal magistrato) la possibilità di appello.

³³ G. PUGLIESE, F. SITZIA, L. VACCA, *Istituzioni*, cit., 313. Per l'epoca giustiniana vedi M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., 592, i quali osservano (nt. 56 a) che «doch kann beim ausserprozessualen Eid nur die Frage des Eidesleistung und nicht auch der Inhalt vom Richter geprüft werden».

³⁴ Si possa cioè giungere al risultato di considerare nella sostanza incontrovertibile il contenuto del lodo emesso da arbitri scelti dalle parti con ricorso al *iusiurandum*.

³⁵ Come abbiamo avuto occasione di osservare in precedenza (*supra*, nt. 26), il sistema apparirebbe assai meno coerente ipotizzando che Giustiniano nel caso di *iusiurandum necessarium* abbia comunque richiesto che il processo si chiudesse con una *sententia iudicis*, mentre nel caso di accordo sulla nomina degli arbitri assistito dal *iusiurandum*, che veniva comunque realizzato completamente al di fuori del controllo del magistrato, avrebbe attribuito al lodo un'efficacia pari a quella di una sentenza (anzi, come abbiamo visto, *supra* nt. 25, sotto alcuni profili, addirittura privilegiata rispetto a quella della sentenza).

sione funzionale soltanto allo svolgimento dei giudizi arbitrali appare in modo evidente dalla *praef.* della nostra Novella in cui si afferma espressamente, in termini generali, che non possono essere considerati degni del nome di giudici coloro che siano *legum imperiti* e non abbiano esperienza dello svolgimento dei processi.³⁶

Le disposizioni del cap. 11 in tema di arbitrato sembrano, anzi, inserirsi in un discorso coerente che riguarda in primo luogo proprio le norme contenute in Nov. 82.1³⁷ relative alla nomina dei dodici *diaiteitai*,³⁸ nella sostanza un corpo di giudici di professione, privi di compiti amministrativi,³⁹ ai quali l'imperatore e gli alti magistrati della capitale dovranno delegare le cause che non intendano trattare personalmente e che vengono, appunto, scelti sulla base delle loro conoscenze giuridiche e dell'esperienza maturata nell'esercizio delle loro funzioni.

Se l'imperatore mira a far sì che (almeno nella capitale)⁴⁰ i giudici possiedano alcune caratteristiche che li qualificano in termini di competenza professionale, appare ragionevole che egli avverta contestualmente la necessità di non considerare più incontrovertibili pronunce provenienti da arbitri che non offrono alcuna garanzia sotto il profilo della conoscenza delle leggi e della prassi giudiziale, anche se scelti da parti che hanno fatto ricorso al giuramento.⁴¹

Giustiniano non si limita, peraltro, a vietare il ricorso al giuramento ma ordina che per il futuro le parti s'impegnino a pagare una *poena* nell'ipotesi in cui non ottemperino al lodo, prevedendo espressamente che il magistrato adito dalla parte che non intende sottostare alla sentenza arbitrale è tenuto a riscuotere la *poena* e a restituirla alla controparte.

³⁶ Un principio analogo appare ribadito anche in Nov. 82.1.1, in relazione alla scelta dei quattro giudici tratti dagli ex alti funzionari (vedi *infra*, nt. 38) *qui dignitatibus praececellant et praeterea sive rerum multarum experientia sive longo summorum magistratum usu sive eorundem multitudine exercitati sint* (trad. edd.).

³⁷ Le disposizioni di Nov. 82 riprendono quelle contenute in una costituzione di Zenone che non ci è pervenuta (sul punto vedi, per tutti, F. GORIA, *La giustizia*, cit., 308).

³⁸ L'imperatore sceglie come giudici delegati stabili quattro ex alti funzionari ed otto avvocati, i quali «avrebbero goduto di uno stipendio fisso a carico del fisco ed inoltre di una *sportula* di quattro *solidi* a carico di ciascuna parte, purché il valore della lite superasse i cento *solidi*» (F. GORIA, *La giustizia nell'impero romano d'oriente: organizzazione giudiziaria*, in *La giustizia nell'alto medioevo (secoli V-VIII)*, Spoleto 1995, 308).

³⁹ Mentre invece, come osserva F. GORIA, *La giustizia*, cit., 300, il principio tradizionale, al quale Nov. 82 introduce una deroga significativa, è quello per cui «il potere di decidere le liti e di irrogare le pene spetta al funzionario *administrator*, che peraltro non ha né il tempo sufficiente per occuparsi di tutti i processi, né spesso la preparazione giuridica necessaria per impostarli e deciderli correttamente secondo la legge».

⁴⁰ Ovviamente l'imperatore e gli alti magistrati della capitale avrebbero comunque avuto la possibilità di non delegare i processi che, per qualsiasi motivo, avessero ritenuto di dover trattare personalmente.

⁴¹ In questo senso può essere utile osservare che F. GORIA, *Ricusazione del giudice e iudices electi da Costantino a Giustiniano*, in S. PULIATTI, A. SANGUINETTI (a cura di), *Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'impero d'oriente in età giustiniana tra passato e futuro*, Milano 2000, 209, ritiene che una delle ragioni di favore della legislazione giustiniana nei confronti dell'arbitrato privato vada ricercata proprio nei gravi limiti che nel corso del V secolo erano emersi nel tentativo, risalente già al Principato, «di attribuire tutti i compiti giudiziari a funzionari muniti di incarichi di governo», funzionari spesso condizionabili e con poco tempo a disposizione per un corretto esercizio del potere giurisdizionale. Nel momento in cui Giustiniano (almeno per Costantinopoli) crea un corpo di giudici altamente professionalizzati e sgravati da qualsiasi funzione amministrativa, può apparire naturale che il *favor* precedentemente manifestato nei confronti dell'arbitrato privato venga meno.

Come sovente accade, il linguaggio usato da Giustiniano per introdurre una riforma particolarmente radicale⁴² determina nei contemporanei più di un dubbio interpretativo. Nel nostro caso ciò appare evidente già dalle versioni del nostro testo novellare risalenti al VI secolo.

Non mi sembra però di poter seguire in proposito il Talamanca,⁴³ il quale giunge ad affermare che il testo corrispondente dell'*Epitome Iuliani* ci offre un'interpretazione «del tutto arbitraria» di quanto statuito in Nov. 82.11:

Epit. Iul. 76.12: *Nemo cum iureiurando iudicem cum adversario suo accipiat; talia enim arbitria nullius momenti sunt. Sin autem cum compromisso poenali aliquis iudicem elegerit, res cauta sit. Duorum enim alterum necesse est fieri, vel sententiam iudicis impleri, vel si hoc is, qui condemnatus est, recusaverit, poenam compromissi praestari. Magistratus autem rei publicae si interpellati fuerint, curent, ut poena compromissaria exacta ab eo, qui obtemperare arbitrio noluit, adversario eius restituatur. In summa autem dicimus, posthac licitum non esse, ut cum sacramento litigatorum arbiter eligatur, et si quidem sponte sua contra ius sententiam dederit, ipse Deo rationem daturus est. Sin autem per imprudentiam aliquid non iuste iudicaverit, hoc partibus nocere prohibemus. Omnia autem cetera iura, quae de compromissariis vel aliis arbitris non cum sacramento receptis a veteribus legibus vel a nobis introducta sunt, in sua firmitate innovata permaneant.*

Per quanto la versione latina non appaia particolarmente felice, mi sembra eccessivo affermare che «l'epitomatore restringe la portata della novella all'inadempienza del convenuto condannato».⁴⁴ Non riterrei, infatti, che la frase ('*magistratus – restituatur*'), come invece opina il Talamanca, debba intendersi riferita «soltanto al convenuto soccombente», cioè all'ipotesi esaminata in precedenza. La formulazione in termini generali mi sembra consenta, invece, proprio una lettura che appare conforme all'intento del legislatore di considerare il pagamento della *poena* una sorta «di requisito di procedibilità dell'azione», nel senso che il giudice adito dalla parte che non «vuole ottemperare al giudizio arbitrale deve curare la riscossione della *poena* e la sua restituzione alla controparte».⁴⁵

Problemi assai più complessi suscita, invece, la testimonianza di

Theod. Nov. 82.9: *Μηδείς ὀμνύετω ἐμμένειν τῷ δικαστῇ ἢ αἰρεῖσθαι αἰρετὸν χωρὶς ποινῆς, ἀλλὰ πάντως ποινὴν ὀριζέτω, καὶ εἰ μὴ ἐμμένειν τοῖς κριθέεισι, τὴν ποινὴν διδόντω ἄνωθεν δικαζόμενος. ἀνάγνωθι βι. β' τοῦ κώδ. τί. νε' διάτ. δ', ἥτις ἐκαινοτομήθη. γνώθι δέ, ὅτι καὶ ἡ ε' διάτ. τοῦ αὐτοῦ τίτλου καὶ βιβλίου οὐ προβαίνει σήμερον, λέγουσα δύνασθαι*

⁴² Anche se nel caso in esame si tratta di una riforma che cancella un'innovazione introdotta dallo stesso imperatore.

⁴³ M. TALAMANCA, *Ricerche*, cit., 144 s.

⁴⁴ Anche se è proprio a questa ipotesi che si riferisce la prima parte del nostro passo. Sul significato da attribuire al principio per cui il convenuto che non intende eseguire la condanna è sottoposto al pagamento delle *poena*, vedi *infra*, § 5.

⁴⁵ M. TALAMANCA, *Ricerche*, cit., 146. Ovviamente l'ipotesi tipica è quella dell'attore soccombente nel lodo arbitrale e che, ciononostante, intenda agire in giudizio. Per i problemi relativi alla mancata ottemperanza al lodo arbitrale da parte del convenuto vedi *infra*, § 5.

ἀκυνδύνως ἐντὸς ἡμερῶν τὸν μὴ θέλοντα ἐμμείναι ἀναχωρεῖν τῆς ψήφου τοῦ αἵρετοῦ· κατὰ γὰρ τὸ ἐνταῦθα λεχθὲν χρεῖα πάντως ποινηῆς καὶ ἐπὶ αἵρετοῦ.

Già la prima affermazione del nostro *scholastikòs* può lasciare perplessi, in quanto Teodoro non sembra affermare in assoluto che la norma stabilisce un divieto di far comunque ricorso al giuramento, ma solo che è vietato giurare di mantener fede alla decisione del giudice o scegliere un arbitro in assenza di una *poena*. Non saprei, peraltro, se ci troviamo dinnanzi semplicemente ad una formulazione non particolarmente felice o se, invece, il testo possa meglio spiegarsi col rilievo che, a distanza di alcuni decenni dall'emanazione della Nov. 82.11, Teodoro prende atto che la prassi continua a far ricorso al giuramento e che quindi la norma deve essere letta nel senso che questo deve essere accompagnato dalla previsione di una *poena*, pagando la quale ci si libera dalla necessità di conformarsi al contenuto del lodo arbitrale.⁴⁶ D'altronde, è lo stesso Giustiniano in Nov. 82.11 a considerare l'ipotesi che le parti, nonostante il divieto, continuino a limitarsi a prestare il giuramento,⁴⁷ osservando che, qualora la pronuncia degli arbitri sia potenzialmente dannosa, ciò non darà luogo comunque ad alcuna conseguenza negativa.⁴⁸

La circostanza che il mancato rispetto del giuramento di ottemperare alla sentenza arbitrale non determini alcuna sanzione giuridica emerge in modo evidente anche dalla testimonianza di Athan. 4.15.1,⁴⁹ la quale, peraltro, appare più precisa⁵⁰ di quella di Teodoro in quanto riporta in modo esplicito il divieto di far ricorso al giuramento:

⁴⁶ Per un'analisi della documentazione papirologica del VI e VII secolo vedi K. H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht*, cit., 263 ss. Vedi anche M. AMELOTTI, L. MIGLIARDI ZINGALE, *Reichsrecht, Volksrecht, Provinzialrecht. Vecchi problemi e nuovi documenti*, in *Diritto generale e diritti particolari nell'esperienza storica* (Atti del Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto. Torino, 19-21 novembre 1998), Roma 2001, 300 s. (= SDHI 65, 1999, 231 s. = M. AMELOTTI, *Altri scritti giuridici* (a cura di M. P. PAVESE, Torino 2014, 128 s), i quali soffermano la loro attenzione sul P. Petra inv. 83, risalente al 544 (o al 574), «che conserva il testo di una *mesiteia* relativa ad una controversia assai complessa» riguardante i diritti reclamati da entrambe le parti «di sfruttare «secondo l'antico diritto» l'acqua di una fonte». Nel nostro documento i contendenti «dichiarano di aver accolto il giuramento della controparte e di essere pronti a sottostare alla decisione arbitrale, la cui inosservanza è sanzionata da una multa pecuniaria». Come può rilevarsi, nonostante le disposizioni contenute in Nov. 82.11, nel nostro arbitrato ritroviamo insieme giuramento, impegno a sottostare alla decisione dell'arbitro e previsione di una *poena* pecuniaria.

⁴⁷ Senza prevedere alcuna *poena*.

⁴⁸ In particolare nessuna conseguenza negativa è prevista nelle ipotesi in cui ἐξ ἀμαθίας τοῦτο ὑποσταίεν. Ma anche nell'ipotesi in cui la violazione del divieto avvenga *ex studio*, l'unica conseguenza per i trasgressori sarà che *'a domino deo poenas periurii sustinebunt'* (Auth.).

⁴⁹ Lo stesso principio si ritrova enunciato anche in Ath. 5 P. 6.1.

⁵⁰ Come vedremo (vedi *infra*, in questo stesso §), l'ultima parte del testo di Atanasio non sembra, invece, possa esserci utile in ordine al problema della sopravvivenza o meno nel mondo bizantino di arbitrati non accompagnati dalla promessa di una *poena*. L'impiego di *μᾶλλον* (che segue, peraltro, il verbo *χρῆναι*) lascia, infatti, aperto il problema dell'obbligatorietà o meno del ricorso alla *poena*. Significativa in proposito la traduzione del nostro passo in lingua tedesca proposta da D. SIMON, S. TROIANOS, *Das Novellensyntaxma des Athanasios von Emesa*, Frankfurt am Main 1989, 165: «Denn es sei richtiger, daß diejenigen, welche miteinander einen Rechtsstreit haben, unter Strafversprechen einen Schiedsrichter auswählen». I nostri autori, traducendo correttamente il contenuto del testo greco, si limitano, infatti, ad affermare semplicemente che «è più giusto» far ricorso alla *poena*.

Ath. 4.15.1: Εἶτα παρακελεύεται μηδένα τοῦ λοιποῦ ὀμνύειν, ὡς ἐμμενεῖ τοῖς παρὰ τοῦ αἵρετοῦ κρινομένοις, ἀλλά, κὰν ὁμώσῃ, ἀκινδύνως αὐτὸν ἐπιτορκεῖν. Χρῆναι δέ φησι μᾶλλον αἰρεῖσθαι ἐπὶ ποινῇ τοὺς δίκην πρὸς ἀλλήλους ἔχοντας.

Problemi assai più gravi determina indubbiamente l'affermazione di Teodoro per cui le disposizioni di Nov. 82.11 avrebbero abrogato le disposizioni contenute in C. 2.55.5 relative all'incontrovertibilità della *sententia* emanata da *arbitri* scelti da parti che si fossero impegnate 'in illorum sententia stari' e non avessero poi contestato il contenuto del lodo inviando entro dieci giorni la prescritta *attestatio* agli stessi arbitri o alla controparte. Come abbiamo già osservato,⁵¹ Giustiniano in Nov. 82.11 dichiara infatti espressamente che tutte le disposizioni in tema di arbitrato, comprese quelle da lui stesso emanate, mantengono la loro efficacia *χωρὶς μέντοι τῆς περὶ τῶν ὄρκων ἀνάγκης* (ad eccezione di quelle riguardanti la necessità del *iusiurandum*).

Che l'opinione di Teodoro non fosse pacifica nella seconda metà del sesto secolo, appare confermato dalla testimonianza di un frammento tratto dalle Rhopai,⁵² cioè da un'opera che possiamo far risalire proprio al nostro periodo, anche se fu aggiornata posteriormente ai Basilici.

Rhop. 8.5: Τῇ σιωπῇ τῶν ἡμερῶν ἢ ψῆφος τοῦ αἵρετοῦ δικαστοῦ κυροῦται. ὡς βι. β' τοῦ κωδ. τί. νε', ἦτις οὐκ ἔστιν εἰς τὰ βασιλικά.

Ancora una volta, piuttosto che limitarci a sottolineare che Teodoro è incorso in un errore evidente, è forse opportuno riflettere sulle ragioni che possono aver indotto il nostro *scholastikòs* ad adottare un'interpretazione a prima vista così anomala ma che dovette godere di una certa fortuna se, come appare anche da Rhop. 8.5, i compilatori dei Basilici non riportarono le testimonianze di C. 2.55.4 e C. 2.55.5, verosimilmente proprio in quanto le ritenevano abrogate dalle disposizioni contenute in Nov. 82.11.⁵³

Il ragionamento di Teodoro appare, tutto sommato, sufficientemente chiaro: non è consentito impegnarsi ad ottemperare alla pronuncia arbitrale né far ricorso al giuramento, se non in presenza di una *poena*; le disposizioni di C. 2.55.5 che presuppongono proprio l'assenza di una *poena*, riferendosi ad arbitri 'quos neque poena compromissi vallabat (neque iudex dederat)' sono quindi da considerarsi abrogate: pertanto, anche colui che invii l'*attestatio* entro i dieci giorni, qualora non ottemperi al lodo, sarà esposto al pagamento della *poena*.

⁵¹ Vedi *supra*, § 1. Come osserva K. H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht*, cit., 248 s., l'efficacia abrogante di Nov. 82.11 dovrebbe estendersi anche all'ipotesi prevista nella parte finale di C. 2.55.4.2 ('sive post definitivam sententiam'...)

⁵² Cito il testo di Rhop. 8.5 dall'edizione di F. SITZIA, *Le Rhopai*, Napoli 1984, 103, alla quale rimando per le complesse problematiche relative alla datazione e al contenuto dell'opera.

⁵³ K. H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht*, cit., 260, osserva che «die falsche Meinung des Theodoros, der ungeachtet seiner bescheidenen juristischen Fähigkeiten bei den Nachfahren großes Ansehen genöß, hat sich in Byzanz ganz offensichtlich durchgesetzt». Non saprei, peraltro, se la prospettiva di Teodoro abbia finito per prevalere soltanto per l'autorevolezza di cui il nostro *scholastikòs* godette nel mondo bizantino o se essa sia stata, invece, recepita soprattutto in quanto appariva più funzionale alle nuove linee di tendenza in tema di arbitrato che si affermarono nel corso del diritto bizantino.

Si potrebbe, invero, osservare che le parti, pur impegnandosi a ‘*sententia*⁵⁴ *arbitri stari*’,⁵⁵ potrebbero non aver stabilito alcuna *poena* e ci si potrebbe quindi chiedere se in queste ipotesi l’accordo rimanesse privo di effetti.⁵⁶ In proposito le fonti bizantine a noi pervenute non ci consentono di proporre una risposta sicura, anche se una possibile soluzione al nostro quesito potrebbe trarsi dalla testimonianza di

B. 7.2.27.7 = D. 4.8.27.7 (BT, I, 312/7):⁵⁷ Εἰ καὶ μὴ ἔγκειται ποινὴ τῷ αἰρετῷ δικαστηρίῳ, ὁμολογήσει δέ τις ἐμμένειν τῇ ψήφῳ, ἐνάγεται ἀορίστως.

nonché dello

sch. 8 ad B. 7.2.27.7 (BS, I, 45/21): Τῇ ἰγκέρτου ἐξ στιπουλάτου εἰς τὸ διαφέρον τὴν καταδίκην ἐχούση· τιτ. ιβ’ τούτου τοῦ βιβ. κεφ. γ’.

Non possiamo ovviamente esaminare le complesse problematiche poste dalla testimonianza di D. 4.8.27.7 in epoca classica.⁵⁸ Se ci limitiamo a considerare il testo dei Basilici, l’affermazione in esso contenuta sembra aver perso il legame con il caso esaminato in precedenza di colui che, pur presente, ‘*arbitrum sententiam dicere prohibuit*’ e si presta quindi ad essere letta come espressione di un principio generale: in mancanza di un espresso riferimento alla *poena*, le parti⁵⁹ che abbiano promesso di ‘*sententia arbitri stari*’,⁶⁰ qualora non rispet-

⁵⁴ Ho impiegato in testo l’espressione ‘*sententia (arbitri) stari*’, anche se occorre segnalare che nelle fonti ritroviamo una pluralità di espressioni (ad esempio: ‘*sententia stari*’ in D. 4.8.27.7; ‘*ut arbitri sententia stetur*’ in C. 2.55.4.1; ‘*in illorum sententia stetur*’ in C. 2.55.5 pr.; ‘*ut eorum definitioni stetur*’ in C.2.55.5 pr.) che saranno utilizzate nelle note successive in relazione all’analisi delle singole fonti.

⁵⁵ Diversa è indubbiamente l’ipotesi di «accordo arbitrale non assistito né da penale né da patto – giurato o meno – di eseguire la decisione dell’arbitro», per il quale vedi S. BARBATI, *Sugli elenchi*, cit., 81 nt. 118.

⁵⁶ E’ il problema che si pone M. TALAMANCA, *Ricerche*, cit., 145 s. nt. 230.

⁵⁷ Si può rilevare che il testo di D. 4.8.27.7 (‘*Sed si poena non fuisset adiecta compromisso, sed simpliciter sententia stari quis promiserit, incerti adversus eum foret actio*’) può essere considerato un indizio di come i compilatori, nell’inserire nel Digesto i frammenti dei giuristi classici in tema di arbitrato, non operarono un coordinamento con le stesse riforme introdotte in materia da Giustiniano. Qualora le parti si fossero limitate a promettere di *sententia arbitri stari*, senza stabilire alcuna pena, dovrebbero, infatti, applicarsi le disposizioni di C. 2.55.5.2, in forza delle quali, nell’ipotesi in cui una parte non intenda conformarsi al lodo arbitrale, l’invio entro 10 giorni della prevista *attestatio* esclude che possa essere concesso un qualsiasi mezzo processuale (*actio o exceptio*). Ovviamente il testo di B. 7.2.27.7 acquista una ben diversa rilevanza nel momento in cui, in diritto bizantino, le disposizioni di C. 2.55.5 si considerano ormai abrogate. Su D. 4.8.27.7 ed il corrispondente testo dei Basilici vedi anche G. BUIGUES OLIVER, *La solucion amistosa de los conflictos en derecho romano: el arbitro ex compromisso*, Madrid 1990, 194 ss.

⁵⁸ Sul punto vedi M. TALAMANCA, *Ricerche*, 102 ss., e bibliografia ivi citata.

⁵⁹ Riprendendo il testo del Digesto, il passo dei Basilici si pone nell’ottica della parte che ‘*simpliciter sententia stari promiserit*’, ma mi sembra che il testo possa essere ben inteso nel senso che entrambe le parti si siano impegnate soltanto a *sententia stari*.

⁶⁰ Nonostante B. 7.2.27.7 impieghi il verbo ὁμολογήσει e lo scolio 8 faccia riferimento all’*actio ex stipulatu*, riterrei che i bizantini riferissero il principio enunciato a tutte le ipotesi in cui le parti avessero pattuito di *sententia arbitri stari*.

tino il lodo, si sono comunque impegnate a pagare una somma di denaro pari all'interesse della controparte.

Se così fosse, non proverebbe nel senso «dell'esclusione del compromesso non penale» in diritto bizantino, come invece ritiene il Talamanca,⁶¹ la testimonianza di

Epit. legum 14.77: Οὐ δύναται ὁ ἄρχων ἐξ οἰκείας ἀποφάσεως κομπρομισάριος γενέσθαι δικαστῆς, εἰ μὴ ἐγγράφως ἢ ἀγράφως συμφωνήσωσιν ἐμμεῖναι αὐτοῦ τῇ ψήφῳ ἀρεσκόμενοι τοῖς παρ' αὐτοῦ κριθησομένοις. Ὡς νε. πα'. μηδένα δύνασθαι αἰρετὸν χωρὶς ποινῆς...

Non possiamo ovviamente in questa sede soffermarci sul fraintendimento dell'affermazione contenuta in D. 4.8.9.2 che emerge chiaramente dal nostro testo.⁶² A noi interessa soltanto porre in evidenza che l'accordo di conformarsi al lodo viene posto in stretta relazione col principio⁶³ per cui non si può nominare un arbitro senza una pena, il che significa, alla luce di quanto osservato in precedenza, che in esso si ravvisa implicitamente un impegno a pagare una pena di ammontare incerto che, volendo seguire la testimonianza dello scolio 8 ad B. 7.2.27.7, dovrebbe essere calcolato sulla base dell'*id quod interest*.

Che questa fosse l'interpretazione attraverso la quale i giuristi bizantini tentavano di venire a capo di alcune delle numerose aporie determinate dal recepimento nel titolo 7.2 dei Basilici delle traduzioni greche dei testi contenuti nel titolo 4.8 dei *Digesta*, sembra confermato anche dalla testimonianza di un altro scolio tardo:

sch. 7 ad B. 7.2.27.7 (BS, I, 45/19): Κατὰ τὴν κειμένην διάρσειν ἐν τῷ † τίτ. τοῦ ια'. κεφ. Ἔνθα <ἄνευ> ποινῆς οὐκ ἀναγκάζεται τις ψηφίσασθαι.

Il nostro scolio pone, infatti, in evidenza che l'ipotesi contemplata in B. 7.2.27.7, in cui si afferma che, in mancanza di espressa statuizione di una pena, si concede l'*actio per l'incertum*, è la stessa contemplata in B. 7.2.11 in cui si sottolinea che in questo caso l'*arbiter* non è comunque tenuto a '*sententiam dicere*.'

Alla luce delle osservazioni formulate necessita quindi quanto meno di una messa a punto l'osservazione del Talamanca, il quale tende «ad escludere, nel diritto bizantino, la possibilità di un compromesso senza clausola penale».⁶⁴ anche un semplice accordo di ottemperare alla decisione arbitrale sembra, infatti, non solo consentito, ma in grado di generare un'*actio* per ottenere l'*id quod interest*, pur non essendo l'*arbiter*, sulla base di esso, tenuto a '*sententiam dicere*.'

Altro e più complesso problema è rappresentato dalla valutazione dell'*id quod interest*, se cioè nell'ottica bizantina si possa ancora far riferimento al valore della controversia o se, in-

⁶¹ M. TALAMANCA, *Ricerche*, cit., 145 nt. 230.

⁶² Come osserva giustamente M. TALAMANCA, *Ricerche*, cit., 145 nt. 230, «il significato della norma contenuta nei Digesti, cui rinvia lo Zachariae v. Lingenthal, (D. 4.8.9.2), e che i Basilici riportano senza alterazioni sostanziali (B. 7.2.9.3), viene frainteso dal compilatore bizantino nel senso che il giudice ordinario non può crearsi, di sua volontà, arbitro fra le parti, ma ben possono queste eleggerlo ad arbitro».

⁶³ Il principio viene ricollegato alla Nov. 81, ma si tratta senza dubbio della Nov. 82.11.

⁶⁴ M. TALAMANCA, *Ricerche*, cit., 145 nt. 230.

vece, nella nuova prospettiva della funzione penitenziale del *πρόστιμον*, si debba aver riguardo all'interesse della parte vincitrice nel procedimento arbitrale a non vedere il contenuto del lodo rimesso in discussione in un processo presso il giudice competente.⁶⁵

5. Con la sua lettura fortemente estensiva dell'effetto abrogante delle disposizioni di Nov. 82.11, lettura che va indubbiamente al di là della volontà del legislatore, ma che, come abbiamo visto, finì per imporsi nel mondo bizantino, Teodoro sembra voler ricondurre ad una tendenziale unità sotto il profilo degli effetti tutte le ipotesi di lodo arbitrale in relazione alle quali Giustiniano aveva operato una serie di distinzioni, creando un sistema assai poco coordinato, anche in considerazione del recepimento nel titolo D. 4.8 di molte soluzioni dei giuristi classici che male s'inserivano nel nuovo quadro normativo e che ancor peggio potevano coordinarsi con l'impostazione data in Nov. 82.11.

Alla base di questa nuova visione sembrano operare due principi: la *sententia* arbitrale non presenta più in nessun caso carattere vincolante per le parti, anche nelle ipotesi di *laudum homologatum*. La *poena* torna ad essere l'elemento centrale del nostro istituto,⁶⁶ ma tende ad assumere ormai una funzione eminentemente penitenziale⁶⁷ e quindi profondamente diversa da quella svolta in epoca classica.⁶⁸

Proprio quest'ultima affermazione fa emergere, peraltro, numerosi problemi che non sembrano trovare nelle fonti risposte coerenti e tali da consentirci di proporre soluzioni sicure. Alcuni di essi sono stati affrontati, con la consueta acribia, dal Talamanca, ma, prima di procedere ad un'analisi delle singole testimonianze a noi pervenute, è forse opportuno soffermarsi preliminarmente su alcune considerazioni di carattere generale.

L'affermazione che il pagamento della *poena* costituisce condizione di procedibilità per il creditore che, risultato sconfitto nel lodo, intenda adire il giudice ordinario sembra, infatti, assumere un significato concreto solo ipotizzando che, di norma, questo pagamento rappresenti per l'attore un sacrificio economico ragionevolmente inferiore rispetto al vantaggio che potrebbe derivargli da una (eventuale) condanna del convenuto. Dinnanzi ad un credito di 100, avrebbe, infatti, poco senso ipotizzare una *poena* di 100: nella migliore delle ipotesi l'attore vittorioso in giudizio non otterrebbe alcun vantaggio dall'esercizio dell'azione e si esporrebbe al rischio, nell'ipotesi di assoluzione del convenuto, di perdere una somma pari all'ammontare del suo credito.

Con ciò non si vuole certo affermare che i bizantini avessero consapevolmente elaborato il principio per cui l'ammontare della *poena* doveva essere ragionevolmente inferiore a quel-

⁶⁵ Come vedremo tra breve, affermare che la *poena* corrisponde all'*id quod interest* al quale potrebbe essere condannato il convenuto al termine del processo significa riconoscere che nel caso in esame alla *poena* non viene attribuita in concreto una funzione penitenziale.

⁶⁶ Come abbiamo visto, anche nelle ipotesi in cui le parti si siano limitate ad accordarsi nel senso di *sententia arbitri stari*.

⁶⁷ Come vedremo, questa funzione penitenziale emerge chiaramente in relazione alla posizione dell'attore, mentre crea più di un problema in relazione alla posizione del convenuto.

⁶⁸ Vedi anche K. H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht*, cit., 250, il quale osserva che «die *poena compromissi* erhält im Ergebnis den Charakter eines Reugeldes, durch dessen Zahlung man sich von den Bindungen des Schiedsvertrages ohne weiteres befreien kann». Per le ulteriori fonti bizantine che confermano il carattere penitenziale della *poena* vedi M. TALAMANCA, *Ricerche*, cit., 147.

lo dell'eventuale condanna, si vuole solo porre in evidenza che, qualora ciò non avvenisse, l'affermazione che la *poena* mantiene una funzione penitenziale rimarrebbe, nella sostanza, priva di significato pratico.

Le osservazioni formulate appaiono ancor più necessarie se si considera che nei Basilici continuano a permanere traduzioni greche di frammenti giurisprudenziali riportati nel Digesto che apparivano certamente adeguati al sistema classico (in cui la *poena* svolgeva una funzione penale) ma s'inseriscono assai meno bene nelle nuove linee di tendenza.

Si consideri, ad esempio, la testimonianza di

B. 7.2.32 pr. = D. 4.8.32 pr. (BT, I, 312/24): Ἀδιάφορον, εἴτε μείζων, εἴτε ἥττων ἐστὶ τοῦ πρωτοτύπου ἢ ποινῆ.⁶⁹

Il nostro passo, affermando che la *poena* può ben essere superiore alla '*res de qua agitur*' (D. 4.8.32 pr.), prospetta come normale un'ipotesi in cui non ha molto senso attribuire alla *poena* una funzione penitenziale: chi mai sarebbe disponibile a pagare 120 al fine di esperire un'*actio* per 100? Concretamente, in ipotesi siffatte, il lodo con il quale il convenuto veniva assolto avrebbe presentato carattere vincolante per l'attore.

Se per l'attore risultato sconfitto nel lodo arbitrale, come abbiamo visto, il discorso si presenta già complesso, questa complessità aumenta, e non poco, nell'ipotesi di soccombenza del convenuto. Dalla testimonianza di Nov. 82.11 (confermata dalla versione della *Epitome Iuliani*) emerge in modo evidente che il principio per cui si è tenuti al pagamento del *πρόστιμον* nell'ipotesi in cui non si ottemperi al lodo riguarda anche il convenuto. Il problema è però rappresentato dall'individuazione dei singoli casi concreti in cui possa ravvisarsi questa mancata ottemperanza.

In proposito ritengo si possa ragionevolmente ipotizzare che il giudice debba richiedere il pagamento della *poena* al convenuto inadempiente che, citato in giudizio, intenda difendersi contestando il diritto dell'attore riconosciuto nel lodo.

Una tale osservazione, come ha giustamente posto in evidenza il Talamanca,⁷⁰ lascia però aperti numerosi problemi, in quanto in diritto giustiniano, com'è noto, anche nel processo contumaciale l'attore che non riesca a provare il suo diritto risulta soccombente. Ci si può quindi chiedere quali siano le conseguenze per il convenuto il quale non adempia e, citato in giudizio, rimanga contumace. In proposito il Talamanca, al fine di salvare il carattere penitenziale della *poena compromissi*, ritiene, pur in modo dubitativo, «che il giudice adito, ove il convenuto stesso non paghi la *poena*, non possa disconoscere il giudicato arbitrale».

L'illustre autore è, peraltro, ben consapevole del fatto che la soluzione da lui proposta «importa, in sostanza, la concessione di una vera e propria azione in adempimento della sentenza arbitrale», che non sembra emergere dalla testimonianza delle fonti bizantine, le quali, come abbiamo visto, insistono sulla circostanza che l'unica conseguenza derivante dalla mancata ottemperanza al lodo è costituita dal pagamento della pena.

⁶⁹ Il principio è ribadito nello sch. 1 ad B. 7.2.32: il nostro scoliaste lo pone in relazione al principio contenuto in D. 4.8.38 = B. 7.2.38 secondo cui la *poena* può essere richiesta in caso di *commissio* anche in assenza di un interesse da parte dell'attore.

⁷⁰ M. TALAMANCA, *Ricerche*, cit., 151.

A me sembra sia, invece, più verosimile, proprio alla luce della testimonianza delle fonti, l'ipotesi che in caso di mancato adempimento l'attore potesse comunque richiedere la *poena* e potesse altresì agire con l'azione originaria. Mentre però, con la prima *actio*, per ottenere la condanna del convenuto gli sarebbe stato sufficiente dimostrare l'inadempimento del lodo, con la seconda avrebbe dovuto dimostrare l'esistenza del suo diritto, in quanto l'unica conseguenza del mancato rispetto della sentenza arbitrale da parte del convenuto sarebbe stata la sua esposizione al pagamento della *poena*.

La ricostruzione che abbiamo proposto, come ha posto in evidenza il Talamanca,⁷¹ importa che, al contrario di quanto avviene per l'attore, per il convenuto «la natura della *poena* ... non potrà certamente configurarsi come penitenziale», ma non mi sembra che una tale asimmetria possa essere considerata un ostacolo al suo accoglimento se si considera che, come abbiamo osservato, il legislatore non sembra assolutamente consapevole della complessità delle problematiche create con le riforme del 529-530, con l'accoglimento in numerosi frammenti del Digesto dell'impostazione classica ormai incompatibile con le nuove tendenze in tema di giudizio arbitrale e con la controriforma realizzata con Nov. 82.11.

Si può, piuttosto, osservare che la ricostruzione prospettata ingenera comunque una pluralità di problemi che le fonti a noi pervenute non sembrano porsi e per i quali non sembra quindi possibile prospettare una soluzione che abbia un qualche fondamento sulle loro testimonianze. Si pensi soltanto alla circostanza che il mancato adempimento potrebbe ben derivare da una contestazione del lodo,⁷² ma potrebbe anche provenire da un soggetto che non intende contestare la *sententia arbitri* a lui sfavorevole ma si trova nella condizione economica di non poter adempiere. In questa ottica, si consideri, ad esempio, il comportamento di un convenuto soccombente nel procedimento arbitrale, il quale, citato in giudizio in quanto non ha adempiuto al lodo, non solo non si opponga, ma confessi *in iure*: un prudente esercizio dell'*ars nesciendi* mi sembra in questo caso doveroso in ordine al problema se un giurista bizantino avrebbe o meno consentito all'attore di richiedere anche il pagamento della *poena*.

6. Nonostante i molti dubbi che abbiamo avuto modo di prospettare,⁷³ giunti al termine del nostro discorso, sembra comunque opportuno proporre alcune considerazioni conclusive.

Con le costituzioni del 529-530 Giustiniano, se per un verso innova profondamente rispetto al passato, per altro verso sembra ancora muoversi all'interno di alcune direttrici emerse in epoca postclassica ed efficacemente delineate dal Marrone, il quale ha posto in evidenza come, a partire dal IV secolo, possa cogliersi «uno sviluppo del giudizio arbitrale privato nel senso di una sua graduale regolamentazione secondo principi e criteri in qualche misura analoghi

⁷¹ M. TALAMANCA, *Ricerche*, cit., 151.

⁷² Ovviamente in questo caso emergerebbero problematiche sostanzialmente analoghe a quelle che abbiamo esaminato per l'attore in relazione all'ammontare della *poena*. Si può, infatti, ipotizzare che il convenuto soccombente abbia un interesse a pagare la *poena*, esponendosi così all'azione dell'attore, soltanto nell'ipotesi in cui l'ammontare della stessa *poena* sia ragionevolmente inferiore a quello della controversia oggetto di compromesso. Che senso avrebbe, infatti, pagare una *poena* di 100 per potersi difendere in un processo al termine del quale, in caso di soccombenza, si sarebbe tenuti a pagare 100?

⁷³ Già K. H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht*, cit., 245, aveva evidenziato che per il diritto giustiniano, in relazione al nostro istituto, «nur ein vielfach hypotetisches Bild gezeichnet werden kann».

a quelli propri della giurisdizione ordinaria». ⁷⁴ Il profilo in cui la rottura con una tradizione secolare appare più evidente è senza dubbio costituito dall'introduzione di alcuni casi in cui l'imperatore considera vincolante il lodo arbitrale: la circostanza che, come abbiamo visto, si è ritenuto di dover avanzare più di un dubbio sulla natura esecutiva dell'*actio in factum* che Giustiniano concede in queste ipotesi, attenua forse, ma certo non esclude, il carattere profondamente innovativo della riforma rispetto ad un regime che prevedeva come conseguenza del mancato rispetto della *sententia arbitri* l'esposizione al pagamento della *poena*.

Le profonde innovazioni del 529-30 non sembra abbiano comunque dato luogo ad un ripensamento complessivo del nostro istituto. Si può, anzi, osservare che i frammenti inseriti dai compilatori all'interno del titolo 4.8 del Digesto (*De receptis: qui arbitrium receperint ut sententiam dicant*) ci presentano in quadro che continua a riflettere in buona misura la rappresentazione classica del *compromissum*. ⁷⁵ Né, come abbiamo visto, mi sembra vi siano sufficienti indizi per affermare che questo ripensamento complessivo sia avvenuto nel momento in cui le costituzioni del 529-30 vennero inserite nel *Codex repetitae praelectionis*. ⁷⁶

In questa ottica, anche la controriforma realizzata con l'emanazione di Nov. 82.11 sembra essere ispirata da logiche di carattere generale in tema di sistema giudiziario piuttosto che da una riflessione specifica in tema di giudizio arbitrale. Con l'istituzione dei 12 giudici delegati permanenti Giustiniano ritiene, infatti, di aver creato (almeno per Costantinopoli) un corpo di magistrati permanenti caratterizzati da solida preparazione giuridica e rilevante esperienza pratica, potenzialmente in grado di risolvere, nel pieno rispetto delle leggi, qualsiasi controversia. Non stupisce quindi più di tanto che egli ritenga doveroso cancellare l'efficacia vincolante di pronunce provenienti da arbitri scelti dalle parti tra soggetti privi di conoscenza delle leggi ed ignari della prassi giudiziaria. Come spesso accade, l'imperatore non procede però ad una riforma organica ma interviene soltanto in relazione all'ipotesi che forse più di ogni altra aveva dato luogo ad inconvenienti, cioè quella del lodo emanato da arbitri (spesso ignoranti) scelti con ricorso al giuramento.

⁷⁴ M. MARRONE, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*, in Archeogate 2001, § 11 (<http://www.archaeogate.org/iura/article.php?id=186>). Ciò non significa, ovviamente, che si abbia in diritto giustiniano un'assimilazione di arbitrato e processo ordinario (vedi M. TALAMANCA, *L'arbitrato*, cit., 84 s. ed *infra*, nt. 82).

⁷⁵ Vedi K. H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht*, cit., 227: «Justinian hat das klassische Recht der privaten Schiedsgerichtsbarkeit im wesentlichen unverändert übernommen, und manche Texte blieben unangestastet, obwohl die Entwicklung über sie hinweggegangen war». Ovviamente gli antichi principi non dovrebbero trovare applicazione nelle ipotesi regolamentate in C. 2.55.4 e 5 in cui si afferma il carattere vincolante della pronuncia arbitrale. Per il mancato coordinamento fra le disposizioni di D. 4.8.27.7 e quelle di C. 2.55.5.2 vedi *supra*, nt. 57.

⁷⁶ K. H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht*, cit., 232 ss., prospetta l'ipotesi che il titolo C. 2.55 (*De receptis*) non fosse contenuto del primo Codice giustiniano e che sia stato creato dai compilatori del *Novus Codex*, i quali avrebbero inserito, prima delle tre costituzioni degli anni 529-31, tre testi tratti dai Codici Gregoriano ed Ermogeniano. Anche volendo accogliere l'ipotesi dell'A., non mi sembra che la creazione del nuovo titolo abbia rappresentato per i compilatori un momento di riflessione complessiva per una più precisa messa a fuoco delle problematiche sorte in relazione al nostro tema con l'emanazione del Digesto. Ancor più cauto sarei in relazione alle «justinianische Selbstinterpolationen» che, sempre ad avviso dello Ziegler (234 ss.), sarebbero state introdotte nel momento in cui i testi delle costituzioni giustiniane furono inseriti nel *Novus Codex*. Sul punto vedi anche *supra*, § 2 e nt. 19.

Nonostante Giustiniano si faccia carico di esplicitare puntualmente i limiti della efficacia abrogante delle disposizioni contenute in Nov. 82.11, la nuova norma si presta comunque ad essere letta come espressione di una linea di tendenza che conduce ad un ritorno generalizzato al principio del carattere non vincolante del lodo: sarà questa, appunto, la strada seguita da Teodoro e che finirà per prevalere nel mondo bizantino.⁷⁷

Non si tratta, peraltro, come abbiamo più volte osservato, di un ritorno all'antico in quanto nella nuova prospettiva di Nov. 82.11 al *πρόστιμον* viene attribuita una funzione penitenziale, il che crea problemi di coordinamento concretamente irrisolvibili con molte delle testimonianze del titolo 4.8 del Digesto che appaiono ancora ispirate alla funzione penale della *poena*.

Questa contraddizione di fondo sarà destinata a tramandarsi nel mondo bizantino: non a caso i Basilici, da un lato omettono di ricordare le disposizioni di C. 2.55.4, e 5 che, evidentemente,⁷⁸ si considerano abrogate da Nov. 82.11, dall'altro riportano in B. 7.2 le traduzioni greche dei frammenti del titolo 4.8 del Digesto, perpetuando così un quadro di riferimento normativo non coerente ed ispirato a principi profondamente diversi.

Quanto affermato non significa, ovviamente, che nel tardo diritto giustiniano ed in quello bizantino vengano meno, per usare una felice espressione del Dalla Massara,⁷⁹ «le reciproche interferenze e le significative integrazioni ... tra arbitrato e *iudicium*» e che tenda quindi a scomparire, pur in un sistema che, di norma, non attribuisce⁸⁰ carattere vincolante alla pronuncia dell'*arbiter*, «la natura decisoria che è propria del lodo, la quale consente un piano di comunicazione con la *sententia iudicis*». L'indizio più significativo di ciò può forse cogliersi nella testimonianza di Nov. 113.1.1 (a. 541), una costituzione posteriore di oltre due anni a Nov. 82, in cui l'imperatore, nell'elencare gli organi giudicanti destinatari del divieto di giudicare sulla base dei rescritti emessi in corso di causa,⁸¹ ricorda anche colui che *κατὰ τῶν αἰρετῶν ἢ κομπρομισσαρίων διαγνωμόνων σχῆμα τῆς ζήτησεως ἀκροῦται* (*'secundum arbitrorum aut compromissariorum schema quaestionem audit'* - Auth.).

⁷⁷ Nella traduzione giuridica occidentale perversano, invece, anche le costituzioni del *Codex* (C. 2.55.4 e 5) che avevano attribuito, in particolari ipotesi, efficacia vincolante al lodo arbitrale.

⁷⁸ Vedi *supra*, § 4 e nt. 53.

⁷⁹ T. DALLA MASSARA, *Studio*, cit., 77.

⁸⁰ Come abbiamo osservato, si può ritenere che le disposizioni di Nov. 82.11 avessero abrogato solo le norme di C. 2.55.4 riguardanti l'arbitrato assistito da *iusiurandum*. Nel 541 quindi, verosimilmente, la cancelleria imperiale considerava ancora in vigore le norme di C. 2.55.4 e 5 relative alle altre ipotesi in cui l'imperatore aveva attribuito efficacia vincolante al lodo arbitrale. Solo nel prosieguo del diritto bizantino avrebbe finito per prevalere l'interpretazione di Teodoro (vedi *supra*, nt. 53).

⁸¹ K. H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht*, cit., 255, pone in evidenza come «die ... Bildung des *arbiter ex compromisso* an das objektive Recht» che emerge dalla testimonianza di Nov. 113.1 (nonché di C. 2.3.29.2) rappresenterebbe una rottura di rilievo con la tradizione classica che non avrebbe vincolato l'*arbiter* al rispetto del diritto oggettivo. Sul problema vedi però M. TALAMANCA, *L'arbitrato*, cit., 96, il quale osserva che la circostanza che in epoca classica la sentenza arbitrale non sia sottoposta «ad alcun controllo per quanto riguarda la sua rispondenza al diritto oggettivo» non prova nel senso voluto dallo Ziegler, non foss'altro perché anche sulla sentenza del *iudex privatus* (vincolato al rispetto del diritto oggettivo) non «si esercitava alcun controllo da questo punto di vista». Lo stesso Talamanca ritiene che, allo stato delle fonti, il problema resti aperto, pur propendendo per l'ipotesi che anche in epoca classica l'*arbiter* fosse vincolato al rispetto del diritto oggettivo.

Gli arbitri privati, scelti dalle parti, sia in presenza che in assenza di un *compromissum*, continuano quindi ad essere inseriti in un elenco di organi giudicanti, il che evidenzia che la cancelleria imperiale ha ben presente la funzione sostanzialmente decisoria del lodo arbitrale, destinato a por termine ad un conflitto, qualunque siano gli effetti giuridici ad esso ricollegati dall'ordinamento.⁸²

⁸² Pur con tutta la cautela necessaria, mi sembra si possa essere d'accordo con S. BARBATI, *Sugli elenchi*, cit., 139 s., il quale afferma che nei *compromissarii* dovrebbero ravvisarsi «esclusivamente gli arbitri nominati in forza del compromesso», mentre gli *electi* sarebbero gli arbitri scelti sulla base «di una scelta informale cui accede l'esplicito accordo – in forma scritta o meno - di eseguire la sentenza arbitrale». Se consideriamo che, come abbiamo osservato nella nota precedente, ancora nel 541 in alcuni casi di *electi* il lodo manteneva la sua efficacia vincolante, appare significativo ai nostri fini che Giustiniano accomuni queste ipotesi ad altre in cui, invece, si aveva soltanto l'esposizione al pagamento di una *poena*. Qualunque sia il sistema di scelta dell'arbitro, sistema che pur si rifletterà sugli effetti del lodo, l'arbitro è comunque chiamato a svolgere una funzione sostanzialmente assimilabile a quella del giudice statale, e ciò giustifica che la norma in tema di rescritti emanati in corso di causa debba essere a lui estesa. Ovviamente ciò non significa una completa assimilazione tra le due categorie: si vedano in proposito le considerazioni di S. BARBATI, *Sugli elenchi*, cit., 115 s., il quale pone in evidenza come, ad esempio, le disposizioni di C. 3.1.13.1 in tema di estinzione delle cause civili non si estendono a «un giudizio ancora dominato dall'autonomia negoziale quale l'arbitrato privato». Per un'estensione già in epoca postclassica e poi ad opera di Giustiniano agli arbitri privati di precetti relativi ai giudici vedi anche M. TALAMANCA, *Ricerche*, cit., 143 nt. 229; K. H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht*, cit., 254 s., il quale giunge ad affermare che «nach den Vorstellungen des Gesetzgebers Justinian ist auch das private Schiedsverfahren ein – naturgemäß freieres – Prozeßverfahren, in dem wesentliche Verfahrenshandlungen beurkundet werden».

La pubblicazione degli articoli proposti a questa Rivista è subordinata - secondo il procedimento di *peer review* - alla valutazione positiva di due *referees*, uno dei quali può far parte del Comitato Scientifico della Rivista, che esaminano gli articoli con il sistema del *double-blind*.

Gli articoli, muniti di *abstract* e parole chiave, vanno inviati, entro il 31 maggio, al Comitato di Redazione via e-mail all'indirizzo: redazioneaupa@unipa.it.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2014
presso le Officine Tipografiche Aiello & Provenzano s.r.l.
Bagheria (Palermo)

