

# IL GIUDICE PRIVATO NEL PROCESSO CIVILE ROMANO

OMAGGIO AD ALBERTO BURDESE

a cura di  
LUIGI GAROFALO

tomo primo



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

2012

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

*Copyright 2012 Wolters Kluwer Italia S.r.l.*

ISBN 978-88-13-33265-5

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale – cioè, a titolo esemplificativo, commerciale, economico o professionale – e/o oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da EDISER Srl, società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi Centro Licenze e Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali. Informazioni: [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org).

*L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali involontari errori o inesattezze.*

*Stampato in Italia - Printed in Italy*

---

Fotocomposizione: Overtyp - Castelfranco V.to (TV)

Stampa: L.E.G.O. S.p.A. - Lavis (TN)

CARLO PELLOSO

‘GIUDICARE’ E ‘DECIDERE’ IN ROMA ARCAICA.  
CONTRIBUTO ALLA CONTESTUALIZZAZIONE  
STORICO-GIURIDICA DI TAB. 1.8



SOMMARIO: 1. Premessa: un dubbio espresso dal professor Alberto Burdese in tema di 'giudicare' e 'decidere' nel quinto secolo a.C. – 2. Il processo privato anarchico: la 'Volksjustiz' e il magistrato inesistente. – 3. La sentenza del giudice privato come lodo arbitrale. – 4. Dire ossia creare diritto: il giudizio quale scaturigine primitiva del *ius*. – 5. *Addictio* e *iudicatio* magistratuali nel quinto secolo a.C.: alcune considerazioni conclusive in margine a Tab. 1.8.

1. *Premessa: un dubbio espresso dal professor Alberto Burdese in tema di 'giudicare' e 'decidere' nel quinto secolo a.C.*

In un illuminante contributo in tema di condanna pecuniaria, il professor Alberto Burdese, dopo aver confutato le obiezioni mosse alla *communis opinio* secondo la quale «per tutto il corso della sua esistenza tra il III secolo a.C. e III secolo d.C.» nell'ambito della procedura formulare avrebbe operato in modo tendenzialmente «incontrastato» il principio per cui «l'oggetto della condanna deve essere determinato in una somma di denaro», e dopo aver suggerito, giusta un'approfondita lettura critica di Tab. 3.1-5, di Gai 4.21, di Gai 4.48 (in una con una ponderata adesione alla tesi postulante l'impiego massiccio, per il processo arcaico, del misterioso *arbitrium liti aestimandae*), l'inerenza della stima della lite ad un uso assai risalente in vigore anche nel pieno regime delle *legis actiones*, conclude con una considerazione che, nella sua sobria formulazione dubitativa, manifesta tutta la prudenza e tutto il sapiente buon senso di chi, grande studioso, è, al contempo, grande maestro: «può risultare infine incerto se già all'età delle XII Tavole la pronuncia giudiziale sia ormai del *iudex* privato più che non del magistrato, cui sarebbe riservato il *dare* (*iudicem* o *arbitrum*) e l'*addicere* (*personam* o *rem*) in assenza di contrasto tra le

parti, salvo competergli ancora il *dicere ius* (oltre che *viam* o *vindicias*) nel senso di indicare in forma imperativa quale sia la situazione conforme all'ordine costituito»<sup>1</sup>.

I problemi cui il professor Burdese, nel torno delle poche parole testé riprodotte, accenna sono da quest'ultimo considerati di importanza così capitale per la ricostruzione dei 'primordi' storici del processo romano (piuttosto che delle sue 'origini' pre-giuridiche o meta-giuridiche), che alla soluzione frettolosa che partorisce mostruose chimere viene preferita l'elegante alternativa che s'accontenta del *non liquet*: chi nel quinto secolo, *post reges exactos*, era il soggetto istituzionalmente investito in Roma della funzione di rinvenire (e/o creare) le norme giuridiche da applicare al singolo caso concreto oggetto di disputa *inter privatos*, nonché dotato del potere di pronunciare la sentenza conclusiva del processo, così da dirimere definitivamente e incontrovertibilmente, mediante tale atto giudiziale deputato all'attribuzione, diretta o indiretta, del bene della vita controverso, la lite insorta tra le due parti? Chi – per impiegare la felice formulazione proposta dal Talamanca – con riguardo ai sistemi arcaici di risoluzione delle controversie tra privati era il 'giudicante' e chi era il 'decidente'<sup>2</sup>? A un tentativo di congetturale, ma si spera plausibile, risposta è dedicato questo scritto.

## 2. *Il processo privato anarchico: la 'Volksjustiz' e il magistrato inesistente.*

È oltremodo evidente che la domanda – volutamente lasciata senza una risposta netta – che il professor Burdese si pone a chiosa del suo articolo su *condemnatio* ed *aestimatio* non avrebbe alcun senso allorché essa si inserisse in un contesto di adesione vuoi alle tesi di

<sup>1</sup> A. BURDESE, *Sulla condanna pecuniaria nel processo civile romano*, in *Sem. Compl.*, I, 1989, 175, 202 s.

<sup>2</sup> Sul ruolo del giurista classico come 'autore decisivo' (anzi come vero e proprio 'decidente') per l'individuazione-creazione delle regole di diritto da applicare al singolo caso, laddove il giudice privato sarebbe stato un mero 'giudicante' (soggetto, cioè, chiamato solo ad 'applicare' in vista della soluzione della controversia tra privati, e non invece a rinvenire, le norme), v. M. TALAMANCA, *Diritto e prassi nel mondo antico*, in *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'Antiquité*, a cura di I. Piro, Soveria Mannelli, 1999, 142 ss.

matrice direttamente wlassakiana<sup>3</sup>, vuoi alla rivoluzionaria ricostruzione storica del Nicosia<sup>4</sup>. Concepita nei termini sopravvisti la domanda circa la competenza dell'attività di giudizio in età proto-repubblicana, il professor Burdese, in verità, prende posizione a riguardo, giacché è quanto mai chiaro come egli non presti fede né all'una né all'altra soluzione: e la posizione assunta – benché solo implicitamente – dal grande romanista ritengo sia pienamente condivisibile.

Secondo il Nicosia – il quale, allontanandosi tanto da chi retrodata all'età della monarchia primitiva la giurisdizione magistratuale ora in seno ad una struttura bipartita del processo, ora in seno ad una struttura unipartita facente capo al *rex*, quanto da chi postula che l'emersione del fenomeno processuale in senso proprio sia da riconnettere comunque al tardo innesto del controllo magistratuale sul giudizio privato, rigetta le precedenti opzioni ricostruttive della storia del processo privato romano come 'preconcette'<sup>5</sup> – come alla repressione dei *crimina* il *iudicium*, ovviamente da intendersi in senso lato, non è coesistente, allo stesso modo la *iurisdictio* magistratuale (ovvero altra forma di intervento 'statuale') non è elemento funzionale e strutturale indefettibile del processo privato<sup>6</sup>. Anzi, nella visuale del romanista, più precisamente, l'intervento magistratuale nell'amministrazione del-

---

<sup>3</sup> Cfr. M. WLASSAK, *Die klassische Prozessformel*, Wien, 1924, 147 ss. (v., oltre, § 3 e ntt. 51 ss., per ragguagli maggiori sul punto): le tesi in questione, come noto, ipotizzando un innesto successivo della fase *in iure* a quella originaria *apud iudicem*, nonché qualificando in termini di 'processo' esclusivamente quei sistemi di composizione delle controversie cui inerisce un, per quanto minimale, controllo 'autoritativo' e 'istituzionale', se non anche e già statale, ritengono che l'attività giudicante sin dagli albori della *civitas Roma* sia stata fisiologicamente ascritta ad un giudice privato scelto dalle parti, di talché, anche con riguardo al quinto secolo a.C., la struttura bifasica delle *legis actiones*, in una con il giudizio 'umano' privato, non sarebbe da revocare in dubbio.

<sup>4</sup> G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, *Le origini*, Torino, 1986, 180, 175 ss.: siffatta impostazione – pur aderendo all'ipotesi dell'innesto magistratuale storicamente posteriore e strutturalmente preposto su un originario *agere* concepito come integralmente privato – qualifica estensivamente il processo come quel «canale obbligato per la risoluzione delle controversie» che ben può prescindere storicamente dalla presenza di un organo sovraordinato alle parti con funzione di controllo, e ritiene il *praetor* dotato di *iurisdictio* una figura che, entro il panorama degli uffici cittadini, ancora per l'epoca decemvirale risulta inesistente.

<sup>5</sup> G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, cit., 40 ss., 155 ss.

<sup>6</sup> G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, cit., 1 ss.

la giustizia dei privati ha da essere collocato in un'epoca affatto più recente rispetto a quella che comunemente si opina come certa o plausibile (tanto da parte degli storici e dei giuristi antichi, quanto da parte degli studiosi contemporanei)<sup>7</sup>, nel senso che per un lasso di tempo lunghissimo, i cui inizi sembrano essere (anche per lo storico di oggi) inarrivabili nonché la cui fine va ascritta se non proprio alla creazione del magistrato con funzioni di *iurisdictio* nel 367 a.C., ossia il pretore, ad un momento comunque collocabile intorno a quell'epoca<sup>8</sup>, Roma conobbe un processo ('vero', benché in tutto e per tutto lasciato ai privati e «senza alcun intervento di organi del potere politico») le cui prime realizzazioni «si incarnarono ... nella predisposizione di rigorosi, formali schemi procedurali – in particolare nei due più antichi: la *manus iniectio* e l'*agere sacramento* – entro i quali doveva incanalarsi l'*agere* dei privati»; un processo che «del tutto naturalmente si svolgeva, e continuò a svolgersi per secoli, secondo regole ... il cui rispetto era assicurato dal controllo sociale, dalla partecipazione quasi 'corale' della comunità, nonché dall'interferenza del fattore reli-

---

<sup>7</sup> Secondo lo studioso, dinanzi a chi si appropinquasse ai problemi di 'origini' del processo privato romano, una palese antinomia, consistente in una 'difficoltà logica', un 'dilemma' apparentemente insormontabile, si porrebbe come pregiudiziale ad ogni tentativo di ricerca: da un lato, «la creazione di una magistratura investita del compito di *iurisdictio*, precisamente del *praetor*, secondo la tradizione concordemente riferita dagli scrittori romani» (la quale va collocata, come noto, nel 367 a.C.); dall'altro, la struttura delle *legis actiones* per come restituitaci dalla penna di Gaio che, nonostante la loro alta arcaicità (monarchica e repubblicana, se non addirittura pre-civica), è presentata come implicante la presenza di un magistrato (G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, cit., 29). Ergo, ad avviso del Nicosia, a fronte di siffatto divario, o si ammette che la *iurisdictio* sia stata esercitata anche prima delle *leges Liciniae Sextiae* dalle supreme magistrature cittadine (il che lo studioso esclude come infondato), o si ritiene che il processo romano sino al quarto secolo a.C. sia stato un *agere* di privati realizzato secondo forme ritualizzate di 'Volksjustiz' (il che lo studioso ritiene come fondato, atteso che, in negativo, per nessuna delle magistrature preesistenti alla pretura vi sarebbero prove conclusive di un loro esercizio della *iurisdictio* [G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, cit., 31 ss., 48], laddove, in positivo, la struttura delle più antiche forme di *lege agere*, una volta epurata dagli 'insitici' riferimenti a stadi successivi, a suo avviso, non lascia spazio ad alcun intervento magistratuale [G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, cit., 63 ss.]).

<sup>8</sup> Cfr. G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, cit., 175 e nt. 54, ove si precisa che, secondo gli insegnamenti tratti dall'esperienza, «è l'affermarsi di una determinata funzione che determina l'esigenza della creazione di un organo apposito» e che, pertanto, «pecca di un certo schematico l'idea che una data funzione possa essere creata *ex abrupto* per essere attribuita ad un organo».



gioso»<sup>9</sup>. Tale ricostruzione, nella sua indubitabilmente fascinosa ingegnosità, suscita in chi scrive non pochi dubbi.

---

<sup>9</sup> G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, cit., 181. Ciò ovviamente non significa che per l'autore anche ogni riferimento ad un *iudex privatus* sia da estirpare dalla struttura delle *legis actiones* (come invece è, notoriamente, per quanto riguarda il pretore): se il *modus agendi* mediante *sacramentum* (il quale sarebbe descritto da Gaio senza la minima contezza della originaria configurazione storica dello stesso: Gai 4.13 ss.) nasceva come *agere* interamente privato che sia attestava la inidoneità di mezzi umani per la risoluzione della disputa, sia implicava il ricorso a metodi decisionali propri della sfera della religione (ID., *Il processo privato romano*, I, cit., 124 ss., 128 ss.), esso tuttavia dovette subire un rapido processo di 'desacralizzazione' che condusse ad un giudizio umano privato e ad un sistema di prove razionali già in epoca anteriore alle XII Tavole, se è vero che la figura del *iudex* è, sempre a voler seguire il Nicosia, generalizzata nel codice decemvirale e che qui il procedimento del tutto laico della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* si trova ad essere recepito più che istituito (ID., *Il processo privato romano*, I, cit., 135, 137 ss., 151); va da sé che *ius*, in tal contesto, non potrebbe che essere se non il 'rito processuale', ovvero la 'contesa giudiziaria formalizzata' (ID., *Il processo privato romano*, I, cit., 68 ss., 76 ss.). Per il Nicosia, insomma, da un 'processo' che è 'agere privato ritualizzato', ossia è 'rito' (inquadrate in 'canali formali proceduralizzati' l'attività auto-satisfattiva posta in essere dai privati: ID., *Il processo privato romano*, I, cit., 63 ss.), in una con il 'controllo sociale' preteso a surrogare le funzioni del giudice e del magistrato (ID., *Il processo privato romano*, I, cit., 181), si passerebbe ad un sistema di giudizi privati in cui – ferma la natura di 'Volksjustiz' inerente alle *legis actiones* più antiche – ancora senza alcun intervento formale della *civitas*, le parti in modo del tutto privato risolvono le controversie insorte, per poi riconoscere quale ultima fase dell'evoluzione l'innesto previo al *iudicium* dell'attività giurisdizionale del magistrato. Ma se così è (ossia se, per il Nicosia, il processo più antico è un 'rito' posto in essere dai privati e, quindi, la pura 'autosatisfazione della pretesa' assurge a forma di tutela pre-giuridica e il controllo sociale pare più incentrato sul rispetto delle formalità), allora, oltre alla parziale adesione (manifestata, *claris verbis*, da G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, cit., 56 ss., 175) alle ricostruzioni del Luzzatto in chiave di 'Selbsthilfe' (G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, I, *Esercizio dei diritti e difesa privata*, Bologna, 1946, 106 ss.; ID., *Von der Selbsthilfe zum römischen Prozess*, in *ZSS*, LXXIII, 1956, 29 ss.; ID., *Vecchie e recenti prospettive sull'origine del processo civile romano*, in *Studi Urbinati*, XXVIII, 1959-60, 1 ss. [dall'estratto]), assai manifesto è anche il debito diretto nei confronti dell'impostazione del Noailles, secondo cui (proprio in opposizione alle teorie della 'Selbsthilfe'), dato che «c'est le rite qui crée le droit», le antiche *legis actiones*, in virtù della loro natura rituale, erano da ritenersi solamente manifestazioni di 'violenza simbolica'. Lo studioso francese – v'è da aggiungere – critica, oltre alla teoria di matrice jheringiana dell'autotutela e, quindi, della «justice privée» come scaturigine del 'processo giurisdizionale contenzioso romano', l'idea di una statizzazione dell'arbitrato implicante una bipartizione coesenziale allo stesso processo civile romano, in quanto un'istituzione siffatta, in virtù della quale individui si assoggettano *sua sponte* al processo e non in quanto quest'ultimo rappresenti un canale obbligato determinato da costrizione sociale o politica, attesterebbe una forma di intelletto tutt'altro che primitiva; secondo Noailles, invece, sarebbe stato l'elemento magico-religioso a rivestire un ruolo di impor-

Essa, innanzitutto, onde negare *in toto* la presenza di un magistrato giudicante, in età decemvirale (così come in età pre-decemvirale e

---

tanza capitale nella storia delle origini del processo e del diritto: il rito avrebbe avuto lo scopo tanto di fornire ai privati sicuri mezzi di tutela, quanto di dar vita al diritto da applicare per la risoluzione della controversia; l'impiego della forza (nella *in ius vocatio*, come nella *manus iniectio*, come nella imposizione delle festuche sull'*homo litigiosus*) emergente dalle formalità tanto introduttive quanto *in iure* delle *legis actiones* (storicamente precedute, a voler seguire lo studioso, da uno stadio di giustizia stragiurisdizionale connotata solo dalla presenza di testimoni atti a constatare la perfezione del cerimoniale), tuttavia, sarebbe espressione di una *vis* esclusivamente spirituale e mai fisica, dotata, nella sua solennità formale e simbolica, di efficacia costitutiva e potere vincolante per controparte (P. NOAILLES, 'Fas' et 'jus'. *Études de droit romain*, Paris, 1948, 45 ss., 81 ss., 164 ss.; ID., *Du droit sacré au droit civil*, Paris, 1949, 52 ss., 72 ss., 80 ss., 275 ss.). Ancora più radicale, invero, la posizione assunta da H. LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris, 1960, 5 ss., 30 ss., a cui avviso, se la tesi wlassakiana dell'arbitrato non trova alcun supporto nelle fonti ed anzi quella opposta che configura un processo arcaico in cui a giudicare era il «roi-prêtre» ben «peut se fonder sur des testes littéraires et sur des arguments rationnels», la stessa ricostruzione secondo cui «à côté de ces solutions arbitrales ou judiciaires des litiges, ou plutôt antérieurement à elles» lo stato di cose sarebbe stato tale per cui «l'issue des litiges était une affaire de force, et non de droit», sarebbe priva – se non limitatamente a inserzioni tardive – di fondamento, in quanto nelle fonti non vi sarebbe alcuna menzione di lotte, duelli, forza bruta, ovvero l'interpretazione materialistica di cenni in tal senso sarebbe del tutto erronea (cfr., altresì, H. LÉVY-BRUHL, *Le simulacre de combat dans le 'sacramentum in rem'*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, III, Milano, 1930, 81 ss.). Contro tale approccio cfr. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, *Le 'legis actiones'*, Roma, 1962, 30 ss.; G.I. LUZZATTO, *Vecchie e recenti prospettive*, cit., 7 ss., 17 ss. Sulla non perfetta autonomia (rispetto anzitutto alle forme di giustizia basate sull'autotutela) della 'Volksjustiz', intesa *in primis* quale partecipazione diretta dei componenti di una comunità («chiamati a vigilare sull'autodifesa dell'offeso ed a rimuovere gli ostacoli che questa potrebbe incontrare»), sia all'accertamento dell'illecito, sia alla comminazione della sanzione, in assenza dell'enuclearsi di «una specifica competenza di organi della comunità in ordine alla tutela giurisdizionale dei diritti», cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 274, 282 s.; ID., voce *Processo (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 6: la limitata funzionalità della 'Volksjustiz', ad avviso dello studioso, non può tuttavia rappresentare la sola forma di attuazione della difesa dei diritti, sicché, soprattutto nei periodi di transizione, essa poteva coesistere con differenti modalità procedurali che nella *civitas* emergevano e davano vita alle primitive «forme di un vero e proprio esperimento giudiziale». Per altro verso, il Brogginì – invertendo cronologicamente i due poli della tesi del Luzzatto, ossia 'esecuzione', come *prius*, e 'cognizione', come *posterius* – ha sostenuto la necessità di «sostituire alla nozione di difesa privata quella di giustizia popolare», sulla base della considerazione che «mai l'azione privata ha potuto realizzare il diritto senza l'assenso del gruppo sociale, portatore dell'ordine giuridico» e che «sempre l'individuo ... si sente soggetto ad un ordine sociale che gli si impone con la stessa immediatezza dell'ordine cosmico» (G. BROGGINI, *La prova nel processo romano arcaico*, in *Jus*, XI, 1960, 353; cfr., altresì, P. DE FRANCISCI, 'Primordia civitatis', Roma, 1959, 62, nt. 307).

finanche in età post-decenvirale avanzata) attribuisce al segno *ius*, per come si rinviene nelle più antiche testimonianze, pressoché costantemente il significato di 'rito' o di 'procedimento rituale'<sup>10</sup>: ma ciò, benché colga nel segno allorché viene messo in campo dallo studioso catanese il più probabile dei significati etimologici del sostantivo in questione (e dunque, altresì, il più arcaico tra i suoi valori)<sup>11</sup>, significa sia generalizzare (a scapito di connotazioni semantiche ben attestate per epoche più recenti, ma perfettamente adattabili anche al quinto secolo a.C. e altamente probabili nei contesti emergenti dai carmi decemvirali) un'accezione che, per quanto plausibile, risulta ricostruita solamente *in vitro* dalla (seppur miglior) linguistica, sia postulare che, con riguardo ad esso, dalla sua imprecisabile prima comparsa nel vocabolario romano ai primi anni della repubblica (e oltre), quasi nessun mutamento sia occorso. *Ergo*, tale resa pan-ritualistica, così come supposta dal Nicosia, a mio credere, va esclusa con nettezza<sup>12</sup> almeno là ove

<sup>10</sup> Circolare, e dunque poco calzante, è del resto il ragionare nei termini seguenti: «è fin troppo evidente che questo [quello di luogo ove sedeva il pretore] non era un significato originario, ma derivato (e che non poteva certo sussistere in un'epoca in cui non esisteva ancora né il pretore, né il suo *tribunal*)» (G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, cit., 72).

<sup>11</sup> *Ius* etimologicamente è da associare al vedico *yōb* ('prosperità', 'salute', 'felicità') che si trova in soli composti come *śamca yośca* (formula di 'salute' e invocazione di 'benedizione'), e all'avestico *yaoš* ('purificazione'; cfr. l'iranico composto *yaoždadaiti*: 'egli purifica'): i primi indicanti la presenza, staticamente intesa, della 'purezza rituale' e della piena validità (*optimum*) di uno *status*, i secondi impiegati per indicare, dinamicamente, il raggiungimento dell'assenza di contagio con la sfera della morte: v. G. DEVOTO, *I problemi del più antico vocabolario giuridico romano*, in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano. Bologna e Roma, 17-27 Aprile 1933*, Pavia, 1935, 23 ss.; ID., *Origini indeuropee*, Firenze, 1962, 325; ID., voce *giure*, in *Dizionario etimologico. Avviamento alla etimologia italiana*, Firenze, 1968, 190 s.; cfr., inoltre, E. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, II, *Potere, diritto, religione*, trad. it., Torino, 2001, 367 ss. (che propende per una concezione originariamente solo processuale del *ius*); C. DE MEO, *Lingue tecniche del latino*<sup>3</sup>, Bologna, 2005, 146 s. La radice indoeuropea, quindi, mentre nell'area indica pare aver generato un'idea connessa alla 'pacificazione', nell'area latina avrebbe avuto come primevo ambito semantico quello di 'formula rituale' (H. LÉVY-BRUHL, *Recherches*, cit., 39 ss.), ovvero quello di 'forza rituale' (R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in *AUPA*, XXX, 1967, 181 ss., 202 ss.; ma v., *contra*, S. TONDO, 'Vindicatio' primitiva e grammatica, in *Labeo*, XVI, 1970, 77 ss.; C. PELLOSO, *Studi sul furto nell'antichità mediterranea*, Padova, 2008, 165 s. e nt. 78). È rimasta inascoltata la voce di G. SEMERANO, *L'infinito: un equivoco millenario*, Milano, 2004, 248, che, connettendo *ius* all'accadico *ūsu*, *ussu*, discorre di «ordine, linea di demarcazione, diritto cammino».

<sup>12</sup> Cfr., in tal senso, I. BUTI, *Il 'praetor' e le formalità introduttive del processo for-*

il sostantivo *ius* si trova impiegato, retto in caso accusativo dalla preposizione *in*, insieme a verbi di moto (come *ducere*)<sup>13</sup> ovvero implicanti un moto a luogo (come *vocare*)<sup>14</sup>, così come va respinto in riferimento a quei carmi decemvirali ove è il contesto stesso a implicare che è non tanto il ‘*ius-rito*’, quanto il ‘*ius-luogo*’ (ove si celebra, secondo il rito, il *lege agere*) a venire, seppur in modo non esplicito, in rilievo (come è, ad esempio, per la *lex* che prevede la fornitura attorea

---

*mulare*, Napoli, 1984, 49 ss.; nonché v. C.A. CANNATA, *Recensione a G. NICOSIA, Il processo privato romano*, I, cit., in *Iura*, XXXI, 1980, 248; ID., *Violenza fittizia e violenza reale nelle strutture primigenie del processo privato romano*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, IV, Milano, 1983, 158; sul significato ‘topografico’ di *ius* v. B. ALBANESE, *Premesse allo studio del diritto privato romano*, Palermo, 1978, 76, nt. 6 (che giustamente ritiene – insieme al Nicosia del resto – non persuasiva la congettura che tale significato sia stato quello originario); cfr., altresì, ID., *Il processo privato romano delle ‘legis actiones’*, Palermo, 1987, 28, nt. 71, nonché M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, 64, nt. 7.

<sup>13</sup> Tab. 3.2: *post deinde manus iniectio esto* (Gell. 20.1.45; Gai. 4.21).

<sup>14</sup> Tab. 1.1: *si in ius uocat, [ito;] ni it, antestamino; igitur <em> capito* (Plin. nat. 11.45.251; Verg. ecl. 6.3; Cic. leg. 2.4.9; Auct. rhet. ad Her. 2.13.19; Gell. 20.1.25; Fest. voce ‘em’ [Lindsay 41, 67, 92]; Porph. ad Hor. sat. 1.9.74-78; Gai. 1 ad XII tab. D. 2.4.18; Gai. 1 ad XII tab. D. 2.4.20; Gai. 1 ad XII tab. D. 2.4.22 pr.): in dottrina è tendenzialmente preferita l’esclusione dal primo precetto duodecintabulare dell’imperativo ‘ito’ collocato tra ‘si in ius uocat’ e ‘ni it’ (cfr. H. LÉVY-BRUHL, *Recherches*, cit., 158 s.; G. RADKE, *Sprachliche und historische Beobachtungen zu den ‘leges XII tabularum’*, in *Sein und Werden im Recht. Festgabe U. von Lübtow*, Berlin, 1970, 224 s.; O. BEHREND, *Der Zwölfstafelprozess. Zur Geschichte des römischen Obligationenrechts*, Göttingen, 1974, 42, nt. 61; C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, I, *Le ‘Legis actiones’*, Torino, 1980, 20 s.; G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, II, *La regolamentazione decemvirale*, Torino, 1986, 20 s.; S. BOSCHERINI, *La lingua delle XII Tavole, in Società e diritto nell’epoca decemvirale. Atti del convegno internazionale di diritto romano [Copanello, 3-7 giugno 1984]*, Napoli, 1988, 52 s.; B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., 27; O. LICANDRO, ‘*Domicilium habere*’. *Persona e territorio nella disciplina del domicilio romano*, Torino, 2004, 411 s.; G. FALCONE, *La citazione ‘si in ius uocat’ in Cic. ‘leg.’ 2.9*, in *AUPA*, L, 2005, 117 ss.; *contra* v. I. BUTI, *Il ‘praetor’*, cit., 51; M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 65, nt. 9; G. LOTITO, *Nota testuale a ‘si in ius uocat’*, in *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, a cura di M. Humbert, Pavia, 2005, 209 ss.). Ad onor del vero, a prescindere sia dal problema della presenza o meno del precetto rivolto direttamente al *vocatus*, sia da quello della collocazione del carme (cfr., per una innovativa proposta di lettura di Cic. leg. 2.4.9, G. FALCONE, *La citazione ‘si in ius uocat’*, cit., 117 ss.; *contra*, per tutti, O. DILIBERTO, *Materiali per la palingenesi delle XII Tavole*, I, Cagliari, 1992, 13 s., 108, 199, 403; ID., *Il ‘diritto penale’ nelle dodici tavole: profili palingeneticici*, in *Index*, XXXVII, 2009, 13 s. e nt. 17), il precetto è assai difficilmente interpretabile nei seguenti termini: ‘se uno viene chiamato nel rito processuale’ (anche – ma non solo – per la presenza di *in* e non di *ad*).

per il convenuto malato o vecchio di un *iuventum*)<sup>15</sup>, o come in quelli in cui la presenza di un *praetor* è implicata, più che dal diretto riferimento al *ius* contenuto, dalla necessità di un'attività almeno deliberativa di un organo civico (come nella *lex* relativa all'intervento 'solidaristico' *pro iudicato* del *vindex* che non può che avvenire, per l'appunto, *in iure*)<sup>16</sup>. E del pari là ove, con riguardo al problematico istituto del

<sup>15</sup> Tab. 1.3: *si morbus aeuitasue escit, iumentum dato; si nolet, arceram ne sternito* (cfr. Gell. 20.1.25; Gell. 20.1.11; Varro *ling.* 5.140; Fest. voce 'escit' [Lindsay 68]; Non. voce 'arceram' [Lindsay 55]; Mod. 9 *diff.* D. 50.16.101.2). Che la menzione nel precepto del *vocans in ius* non sia originale, ma gelliana puntualizzazione, è pacifico: cfr., in via solo esemplare, B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., 30, nonché M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 65.

<sup>16</sup> Quanto a Tab. 3.3 (*ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure uindicit, secum ducito. uincito aut neruo aut compedibus. quindecim pondo ne <maiore> aut si uolet <minore> uincito*: Gell. 20.1.45; Gai 4.21; Liv. 8.28.8; Ter. *Phorm.* 2.2.20; Gai. 2 *ad XII tab.* D. 50.16.234.1), a escludere che il *vindex* intervenga secondo «il procedimento rituale» (così G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, cit., 74) è l'impiego di *in* e l'ablativo, atteso che un semplice ablativo sarebbe stato necessario e sufficiente per menzionare il complemento di modo (possibilista con esclusivo riguardo a Tab. 3.3 si mostra invece I. BUTI, *Il 'praetor'*, cit., 53; sulla figura del *vindex*, in generale, cfr. le ponderate osservazioni di G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 31, 62 s., 312 s., nonché di G.I. LUZZATTO, *Vecchie e recenti prospettive*, cit., 28 ss.; in particolare, v. D. SCHLOSSMANN, *Der 'Vindex' bei der 'in ius vocatio'*, in *ZSS*, XXIV, 1903, 279 ss.; R. DÜLL, *Vom 'vindex' zum 'iudex'*, in *ZSS*, LIV, 1934, 98 ss.; F. LEIFER, *Zum römischen 'vindex'-Problem*, in *ZSS*, L, 1936, 5 ss.; G. BROGGINI, *'Vindex' und 'iudex'. Zum Ursprung des römischen Zivilprozesses*, in *ZSS*, LXXVI, 1959, 113 ss.; F. LA ROSA, *Il 'vindex' nella 'in ius vocatio' e il garante del 'vadimonium'*, in *Studi in onore di E. Betti*, III, Milano, 1962, 299 ss.; A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *El 'vindex' en la 'in ius vocatio'*, in *AHDE*, XLI, 1971, 809 ss.; G. WESENER, voce *'Vindex'*, in *RE [Suppl.]*, XIV, Stuttgart, 1974, 885 ss.; G.I. LUZZATTO, voce *'Vindex'*, in *Noviss. dig. it.*, XX, Torino, 1975, 828 ss.; B. ALBANESE, *Osservazioni su XII 'tab'. 1.4: il 'vindex' per 'adsidui' e 'proletarii'*, in *Index*, XXVI, 1998, 25 ss.). Inoltre, a mente del condivisibile collegamento operato tra Tab. 1.4 (*adsiduo uindex adsiduus esto. proletario quis uolet uindex esto*: Gell. 16.10.5, 15; Cic. *top.* 2, 10; Cic. *rep.* 2.22.40; Fest. voce *'adsiduus'* [Lindsay 8]; Non. voce *'proletarii'* [Lindsay 67 e 155]; Paul. 1 *ad ed.* D. 2.4.22.1; Gai. 2 *ad XII tab.* D. 50.16.234.1; *lex coloniae genitivae*, c. 61) e Tab. 3.3 da C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale*, I, cit., 38 s. (cfr., in tal senso, altresì, B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., 32; C. BUZZACCHI, *Studi sulla 'actio iudicati' nel processo romano classico*, Milano, 1996, 33, nonché G. NICOSIA, *'Vindex' e 'manus iniectio' nelle XII Tavole*, in *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana. Atti del Convegno [Pavia, 26-27 aprile 1985]*, a cura di M. Sargenti e G. Luraschi, Padova, 1987, 203 s. e ID., *Il processo privato romano*, I, cit., 58 s.; sulla sostanziale identità che va supposta tra la posizione del *vindex* nella *in ius vocatio* e nella *manus iniectio*, cfr. G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II, *Le 'legis actiones'*, Padova, 1950, 25 ss., 59 ss.; F. LA ROSA, *Il 'vindex'*, cit., 299 ss.), il fatto che il *vindex* intervenga *in iure* – cioè alla presenza del pretore – è comprovato da una doppia necessità: sia che la questione preliminare attinente

*manu[m] conserere*<sup>17</sup>, l'ablativo *iure* retto da *in* (soprattutto allorché si

al suo *status* (*adsiduus* o *proletarius*) venga risolta, sia che si formalizzi l'«estromissione» (*dimissio* potrebbe anche dirsi, citandosi per analogia D. 2.4.22.1) dell'asserito *iudicatus* o *confessus*, se si ritiene, per l'appunto, che il *vindex* stia in giudizio quale «sostituto processuale» (cfr. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 263, 311 ss.; B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., 29, 33; A. TRISCIUOGGIO, *Sul 'vindex' della 'in ius vocatio' in età decemvirale*. In *marginè a XII Tab.* 1.4, in *Studi per G. Nicosia*, VIII, Milano, 2007, 295 ss.; v., in generale, M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 138 s.), benché da Gai 4.21, ad onor del vero, siamo informati – anche se mi pare ciò non venga rilevato in letteratura – del fatto che egli «*pro se causam agere solebat*», sicché, atteso che il processo tra *actor* e *vindex*, a prescindere dal modo in cui si realizzava l'intervento di quest'ultimo e in che modo esso incideva sul procedimento già in corso (cfr., in via congetturale e con aperture comparatistiche, J. JUNKER, *Haftung und Prozeßbegründung im altrömischen Rechtsgang*, in *Gedächtnisschrift für E. Seckel*, Berlin, 1927, 194 ss.; sulla plausibilità di una sorta di *vindicatio* cfr., per tutti, E. BETTI, *La 'vindicatio' romana primitiva e il suo svolgimento storico nel diritto privato e nel processo*, in *Il Filangieri*, XL, 1915, 24 ss. 34 s., 47; ID., *La 'vindicatio' quale atto del processo reale legittimo* ['*legis actio in rem*'], in *RIL*, XLVIII, 1915, 505, nt. 1), concerneva senz'altro la legittimità della *manus iniectio* iniziata contro il primo convenuto, si può immaginare che *pro se* si riferisca non al soggetto della relativa (ossia il *vindex* che *causam agere solebat*), ma al soggetto della principale, ossia al *iudicatus* che *dabat vindicem*. E tutto ciò, in definitiva, non poteva che essere – a quanto ritengo – appannaggio del solo magistrato.

<sup>17</sup> Quanto al *manum conserere*, nonché al processo di superamento consuetudinario di Tab. 6.6 a (*si <qui> manum conserunt*: Gell. 20.10.7-9) che portò in epoca successiva all'affermarsi dell'*ex iure manum conserutum vocare* (almeno secondo la tradizionale ipotesi), Gaio nel suo manuale, invero, nulla scrive a tal proposito (benché in Gai 4.17 sia inclusa una implicita menzione della *vocatio*); è solo grazie ad altre (non sempre cristalline) fonti atecniche che conosciamo nella sua evoluzione l'istituto (il quale, tuttavia, più che attenere in via esclusiva a *immobilia* o a *mobilia* non suscettibili di essere trasportati *sine incommodo*, ben può essere considerato, limitatamente alla forma *sine vocatione ex iure*, implicito anche nella trattazione gaiana in Gai 4.16 della rivendica di mobili dall'imperativo magistratuale «*mittite ambo hominem*»: v., per tutti, B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., 68 ss.; *contra* C.A. CANNATA, *Violenza*, cit., 158, nt. 8): cfr. Enn. *ann.* 47 Vahlen (Gell. 20.10.4); Gell. 20.10.7-9; Varro *ling.* 6.64; Cic. *Mur.* 12.26 e 14.30; *Att.* 15.7; *fam.* 7.13.2; *de orat.* 1.10.41; *Prob.* 4.4. In dottrina, su Tab. 6.6 a, cfr. H. LÉVY BRUHL, *La 'manuum conserutio'*, in *Iura*, IV, 1953, 164 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 41 s.; R. SANTORO, *Potere e azione*, cit., 193 ss.; ID., «*Manu(m) conserere*», in *AUPA*, XXXII, 1971, 514 ss.; C.A. CANNATA, *Violenza*, cit., 157, nt. 5, 158; G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, cit., 108 ss., 120 ss.; M. KASER, *Zur 'legis actio sacramento in rem'*, in *ZSS*, CIV, 1987, 57 ss.; B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., 65 ss.; J. ZLINSKY, *Gedanken zur 'legis actio sacramento in rem'*, in *ZSS*, CVI, 1989, 118; A. GUARINO, «*Manum conserere*», in *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli, 1994, 107; L. GUTIÉRREZ MASSON, *La ritualización de la violencia en el derecho romano arcaico*, in *Index*, XXVIII, 2000, 261 ss., 271, nt. 68; L. FRANCHINI, *La desuetudine delle XII tavole nell'età arcaica*, Milano, 2005, 71 ss.; M. VARVARO, «*Manu(m) conserere*» e «*omnibus verbis vindicare*» (Gell. 20.10.7), in *Le Dodici Tavole*, cit., 267 ss.

acceda alla tesi che alla formula decemvirale di Tab. 6.6 *a* sia da contrapporsi, per la rivendica degli immobili nonché dei mobili di difficile trasporto, la consuetudine *contra legem* dell'“*ex iure manum consertum vocare*”, nel senso di ‘chiamare controparte fuori dal tribunale per la *consertio manus*’<sup>18</sup> e non di ‘chiamare controparte per la *consertio manus* secondo il rito’<sup>19</sup>) ben si spiega come segno indicativo di un ‘luogo fisico’, sia esso il solo *tribunal* cittadino, sia esso – come pare di gran lunga preferibile, prestandosi fede a Gellio e a Paolo – qualunque luogo ove, presente la cosa controversa, è reso *ius* dall'intervento del magistrato<sup>20</sup>, piuttosto che di una ‘contesa formalizzata dal rito’.

<sup>18</sup> Cfr., per tutti, J.G. WOLF, *Zur 'legis actio sacramento in rem'*, in *Römisches Recht in der europäischen Tradition*, Ebelsbach, 1985, 7 e nt. 35; da notare, per inciso, che anche lo stesso G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, cit., 120, accetta la valenza topologica di *ex iure*: l'osservazione ulteriore di H. LÉVY BRUHL, *La 'manuum consertio'*, cit., 168, 170, e ID., *Recherches*, cit., 82 s., secondo cui il locativo opposto a *in iure* dovrebbe essere *extra ius*, non regge: invero ciò che si vuole rimarcare con *ex* e l'ablativo di *ius* è il moto da luogo implicante provenienza-fuoriuscita, come *in* con l'accusativo di *ius* è sintomatico dell'ingresso fisico in un luogo.

<sup>19</sup> Così, invece, R. SANTORO, ‘*Manu(m) conserere*’, cit., 550; A. GUARINO, ‘*Manum conserere*’, cit., 107; B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., 69, nt. 237, 79, nt. 270, 86; I. BUTI, *Il 'praetor'*, cit., 53 s. e ntt. 12 ss. Gli argomenti che dovrebbero comprovare il valore rituale di *ex iure*, tuttavia, non persuadono affatto: *in primis* non è corrispondente al vero che in *Enn. ann.* 47 Vahlen (Gell. 20.10.4) *ex iure manum consertum* assuma una ‘autonoma struttura significante’ tale da escludere, pertanto, l'uso topologico di *ius*, atteso che *consertum*, come è pacificamente nella perifrasi ‘*vocare consertum*’, ben può essere un supino retto da verbi implicanti un moto a luogo (quali sono *repetere* e *vadere*); inoltre, la presunta correlazione *unde ... ibi* nella seconda *vocatio* (Cic. *Mur.* 12.26), che viene pensata esaurire *in toto* la menzione allo spostamento dal tribunale al luogo della *manus consertio* (sì da rendere implausibile che *ex iure* sia complemento di moto da luogo), invero, è sintomo di un fraintendimento da parte degli autori che qui si criticano, atteso che la correlazione nel formulario riprodotto da Cicerone non può che essere solo tra *unde* e *inde* ed essa, inoltre, non può che avere valore ‘causale’ (‘dato che’ ... ‘allora’), lasciando impregiudicato, quindi, il possibile valore topologico di *ius*; infine sostenere che, con riguardo a Gell. 20.10.9, l'interpretazione di *ex iure* come ‘fuori dal tribunale’ non si accorda con l'interpretazione di *in iure* nel senso di ‘durante il rito giudiziario, fuori dal tribunale’, significa – onde respingere la tesi contraria – attribuire arbitrariamente significati ulteriori e non necessari alla locuzione *in iure* (che implica solo lo svolgimento della *manus consertio* alla presenza del pretore).

<sup>20</sup> Contro quell'orientamento che svaluta il resoconto di Gellio (Gell. 20.10.7-9), tacciandolo di inconcludenza e confusione (cfr. R. SANTORO, ‘*Manu[m] conserere*’, cit., 550; A. GUARINO, ‘*Manum conserere*’, cit., 107; B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., 69, nt. 237, 79, nt. 270, 86, i quali, pur tendenzialmente concordando col significato locativo di *in iure* in Tab. 6.6 *a*, intendono *ius* allusivo del solo tribunale cittadino in cui si sarebbe perfezionata, sin da principio, o per i soli immobili, o anche

In secondo luogo, suppone come «generalizzata» – ossia inerente sia al *lege agere* mediante *sacramentum*, sia al *lege agere* attraverso *postulatio* – già nelle XII Tavole «la prassi dell'affidamento del *iudicium* ad un giudice umano», dinanzi al quale «le parti espongono le loro ragioni e a cui è affidato ... il compito di arrivare alla decisione con strumenti e procedimenti umani e razionali»<sup>21</sup>. Ma tali affermazioni – che precedono un non breve *excursus* sulle modifiche apportate dalla *lex Pinaria* al regime post-decemvirale<sup>22</sup> – trovano come unico addentellato testuale, in verità, Tab. 2.2<sup>23</sup>. Sennonché l'ipotesi ivi contem-

---

per i beni di cui a Gai 4.17, la *vocatio*), va detto che per nulla è 'inconciliabile' un'attività *in re et in loco praesenti* e un'attività *in iure*, soprattutto alla luce di Paul. 14 *ad Sab.* D. 1.1.11 (*ius pluribus modis dicitur ... alia significatione ius dicitur locus in quo ius redditur, appellatione collata ab eo quod fit in eo ubi fit. quem locum determinare hoc modo possumus: ubicumque praetor salva maiestate imperii sui salvoque more maiorum ius dicere constituit, is locus recte ius appellatur*). Quindi ben si può ritenere che – prima della consuetudine contraria attestata direttamente da Gellio, ma evincibile pure da Cicerone e da Gaio – il *manum conserere* (senza la necessità di alcuna *vocatio*) si svolgesse, al contempo, sia ove la cosa litigiosa si trovava (*in urbe* per i mobili; *in loco* per gli immobili), sia, in conformità alla norma stessa delle XII Tavole, comunque alla presenza del magistrato. Inesatta, di poi, mi pare l'interpretazione del testé citato passo paolino; interpretazione che, per altro, dovrebbe confortare la valenza pan-ritualistica primitiva di *ius* voluta dal Nicosia. Secondo quest'ultimo, infatti, il significato di *ius* quale luogo in cui '*ius redditur*', nell'opinione di Paolo, sarebbe derivato dall'«attività processuale, dal procedimento che in quel luogo si svolgeva», in quanto tale *appellatio* sarebbe *collata ab eo quod fit in eo quod fit* (G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, cit., 72 s.). Tuttavia, dalla lettura del frammento s'apprende che l'*id quod fit* – donde deriva l'accezione traslata di *ius* come sostantivo indicante il luogo *ubi* detta attività *fit* – non è affatto il *ius* in sé e per sé considerato nell'accezione di 'rito', bensì – come ben si comprende dai parallelismi linguistici congegnati dal giurista severiano – il '*reddere ius*': ossia quell'attività magistratuale di 'amministrazione della giustizia' intesa, funzionalmente più che strutturalmente, a determinare in vista del giudizio gli estremi della controversia e le regole in concreto applicabili (*decernere*): cfr., sul punto, oltre a G. NOCERA, '*Reddere ius*', Roma, 1976, 11, 14, E. STOLFI, *Immagini di 'officia' e compiti magistratuali nell'elaborazione della giurisprudenza antoniniana*, in *Giuristi e 'officium'*. *L'elaborazione giurisprudenziale di regole per l'esercizio del potere fra II e III secolo d.C.*, a cura di E. Stolfi, Napoli, 2011, 16 s. (con richiami alla letteratura sul passo).

<sup>21</sup> G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, cit., 134.

<sup>22</sup> G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, cit., 137.

<sup>23</sup> Tab. 2.2: *morbis soticus ... aut status dies cum hoste ... quid horum fuit [unum] <vitium>, iudici arbitroue reoue dies [diffensus] <diffisus> esto*. Su tale norma v., in generale, M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 116, ntt. 10 ss.; B. ALBANESE, *Sulle cause di 'diffisio diei' in XII Tab. 2.2*, in AUPA, XLIII, 1995, 176 ss.; A. CORBINO, *XII Tab. 2.2 e la presenza del magistrato nel processo privato romano dell'epoca decemvirale*, in *Estudios J. Iglesias*, III, Madrid, 1988, 1179 ss.; nonché D. MANTOVANI, *La 'dies diffisio' nella 'lex Irnitana'*, in '*Iuris vincula*'. *Studi in onore di*



plata del differimento dell'udienza per grave impedimento di salute (*morbis sonticus*) o per concomitante e indifferibile impegno già fissato con un non cittadino (*status dies cum hoste*), vuoi di una delle due parti (*reove*), vuoi del soggetto umano investito di poteri giudicanti (*iudici arbitrove*), è ben lungi dall'attestare una menzione generale nel *corpus* decemvirale al ricorso al giudice privato in ogni tipo di procedimento. Nelle *leges* del quinto secolo, infatti, il nesso *iudex arbitrove* costituisce con alta probabilità (come paiono confermare tanto Gaio, quanto Gellio e Probo)<sup>24</sup> un 'binomio non scomponibile', il quale – benché non originario, in quanto sintomatico di due tipi di azioni introdotti per esigenze differenti e, verisimilmente, anche in epoche non perfettamente identiche – sottenderebbe il riferimento da parte del legislatore del quinto secolo a.C. ad un autonomo *modus agendi* che, in forza della sua peculiare struttura, si sarebbe già imposto come 'unificato' e, quindi, anche a livello di disciplina avrebbe richiesto una configurazione legislativa in senso unitario. Si tratta, come è ovvio, di quello 'speciale' e più recente *modus agendi* che, proprio se considerato in opposizione al 'generale' e più antico *lege agere* contraddistinto dal ricorso al *sacramentum* quale solo mezzo di impostazione del giudizio<sup>25</sup>, non avrebbe potuto che assumere una ben precisa e unitaria

M. Talamanca, V, Napoli, 2001, 248 s. e nt. 98. Sul preciso significato assunto da *morbis sonticus* (in opposizione al *morbis* di Tab. 1.4), cfr. Paul.-Fest. voce '*sonticum morbum*' (Lindsay 372, 373); Paul.-Fest. voce '*sontica causa*' (Lindsay 464); Paul.-Fest. voce '*sons*' (Lindsay 382, 383, 372); Gell. 20.1.27; Ulp. 74 *ad ed.* D. 2.11.2.3; Paul 2 *quaest.* D. 5.1.46; Iul. 5 *dig.* D. 42.1.60; Iav. 14 *ex Cass.* D. 50.16.113. Sullo *status dies cum hoste*, cfr. Cic. *off.* 1.12.37; Paul.-Fest. voce '*status dies*' (Lindsay 414, 415); Fest. voce '*hostis*' (Lindsay 91); Varro *ling.* 5.3; Gai. 2 *ad XII tab.* D. 50.16.234. Sul significato di *reus*, cfr. Paul.-Fest. voce '*reus*' (Lindsay 336, 337, 366); Fest. voce '*contestari*' (Lindsay 34); Ulp. 74 *ad ed.* D. 2.11.2.3. V., in letteratura, altresì, F. D'IPPOLITO, *Questioni decemvirali*, Napoli, 1993, 99 ss.; F. DE MARTINO, *Questioni decemvirali*, in *Index*, XXIII, 1995, 374; A. GUARINO, *L'enigma di fondo*, in *Index*, XXIII, 1995, 379; V. MAROTTA, *Tutela dello scambio e commerci mediterranei in età arcaica e repubblicana*, in *Ostraka*, V, 1996, 90 s.; W. ERNST, *Wandlungen des 'vis maior' - Begriffes in der Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft*, in *Index*, XXII, 1994, 302; B. ALBANESE, *Sulle cause*, cit., 177 ss.

<sup>24</sup> Cfr. Gai 4.17 *a* (*actor dicebat: quando tu negas, te praetor iudicem sive arbitrum postulo uti des*); Tab. 9.3 *ex Gell.* 20.1.7 (*dure autem scriptum esse in istis legibus [XII tab.] quid existimari potest? nisi duram esse legem putas, quae iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus est, capite poenitur?*); Prob. 4.8 (T.PR.I.A.V.P.V.D.).

<sup>25</sup> Cfr. A. MAGDELAIN, *Esquisse de la justice civile au cours du premier âge républicain*, in *RIDA*, XXXVII, 1990, 242, il quale non esita a sottolineare che «dans les

fisionomia, atteso che con esso si sostituiva la tradizionale sfida sacramentale (e, dunque, la valutazione della giustezza dei giuramenti) con la *postulatio* attorea (a prescindere, quindi, dal contingente variare dei diversi oggetti del processo, i quali incidevano certo sulla natura e sulle competenze dell'organo giudicante stesso, ma non sulle modalità di impostazione del processo)<sup>26</sup>. V'è inoltre da metter in evidenza

---

XII tables, l'opposition est radicale entre la *iudicis arbitrive postulatio* et le *sacramentum*».

<sup>26</sup> L'emersione di tale forma di processo bifasico non può non ricordare la notizia circa l'attribuzione a privati della cognizione di cause private da parte di Servio Tullio, come si apprende da Dion. Hal. 4.36.2. Liquidata, a mente delle ineccepibili critiche di G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 92 ss., 336 ss., l'infondata ipotesi di H. LÉVY-BRUHL, *Recherches*, cit., 253 ss., secondo cui sarebbe stata la *lex Pinaria* (472 a.C.) a introdurre la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, credo anzitutto fallace quell'orientamento, non poco diffuso, che ascrive 'en bloc' al legislatore decemvirale la formale creazione della *legis actio* contraddistinta dalla *postulatio* di *iudex arbitrive* (così cfr., *ex plurimis*, C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, 230, nt. 90; L. WENGER, *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*, engl. transl., New York, 1955, 130; M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 107; A. GUARINO, *Diritto privato romano*<sup>12</sup>, Napoli, 2001, 179 s.; M. VARVARO, *Per la storia del 'certum'. Alle radici della categoria delle cose fungibili*, Torino, 2008, 157, nt. 533; G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Lezioni di diritto privato romano*, II, 'Ius dicere - ius dicere', San Marino, 2011, 79; *contra*, apertamente, M. TALAMANCA, voce *Processo civile*, cit., 18; B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., 104; ma v., altresì, G. BROGGINI, 'Iudex arbitrive'. *Prolegomena zum 'Officium' des römischen Privatrichters*, Köln, 1957, 159 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 96 e nt. 162, 172, 341; C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale*, I, cit., 62, 64): Gaio, infatti, discorrendo solo di una disciplina circoscritta, per volere imperativo dei decemviri, ai crediti pecuniari da *stipulatio* (*rectius: sponsio*) e alla divisione ereditaria (come attesta l'uso della forma perfetta *iusserunt* in luogo di *introducere* o *proficisci*), sembra riferirsi alla recezione di una figura (il *lege agere per postulationem*, per l'appunto) che già in precedenza era conosciuta e applicata e di cui ora si intendono specificare, con puntuale e analitica indicazione legislativa (benché, almeno nel dettato gaiano, non esaustiva: cfr., per tutti, G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 341 ss.), i ristretti ambiti di operatività. Se sul punto ha certamente ragione G. BROGGINI, 'Iudex arbitrive', cit., 159 ss., 164 ss., 175 ss. (seguito, pur con varianti, da G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 172, nonché da G. SCHERILLO, *Lezioni sul processo. Introduzione alla 'cognitio extra ordinem'. Corso di diritto romano*, Milano, 1960, 130), là ove ritiene che l'origine della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* (quale modello unitario) si riallacci a due distinti e autonomi schemi di *postulatio* (quella dell'*arbiter* e quella dell'*iudex*) in uso già in età predecemvirale, tuttavia, pare eccessivo ritenere al contempo che «l'alternativa '*iudicem arbitrumve*' non sia originaria, ma rispecchi l'accostamento tra i due tipi di organo giudicante, che si verificò già verso la fine dell'età repubblicana» (G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 344, nt. 215). Infatti, se si valuta adeguatamente l'antitesi strutturale tra il *lege agere per postulationem* e il *lege agere sacramento* e, quindi, se si valorizza il tratto comune delle due

che da tali considerazioni si profila un'importante ulteriore questione: se è vero che Tab. 2.2 riguarda esclusivamente la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, la quale è connotata da una struttura ontologicamente bifasica, e se è vero che, da un punto di vista logico, Tab. 2.2 (a differenza di Tab. 1.3, che si occupa del momento di instaurazione del processo) non può che concernere l'ipotesi di assenza giustificata di una delle parti o del privato chiamato a pronunciarsi sulla causa nella sola fase cd. *in iudicio*<sup>27</sup>, allora è d'uopo spiegare l'assenza di una analoga disposizione in materia di *lege agere sacramento*. Assenza che, se non mi inganno, non può che giustificarsi in due modi alternativi (data per presupposta l'esistenza del magistrato giusdicente). O si congettura una lacuna nelle nostre conoscenze imputabile solo allo stato precario in cui versano le fonti (il che presuppone, ovviamente, che le XII Tavole, per prevedere in una *lex* sfortunatamente non pervenutaci l'ipotesi di differimento dell'udienza dinanzi al giudice in caso di impedimenti gravi di quest'ultimo o delle parti, concepissero il *lege agere sacramento* come un *modus agendi* già necessariamente bipartito). O si ritiene che il legislatore decemvirale fosse impossibilitato a concepire una disposizione analoga a quella consacrata in Tab. 2.2 esclusivamente per il *lege agere sacramento*: e ciò in quanto que-

---

distinte originarie *postulationes* (e ciò proprio in opposizione ai caratteri della più antica forma di processo), una volta assodato l'impiego decemvirale dell'espressione '*iudicem arbitrumve*' con «valore unitario» (così B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., 121, nt. 421), nulla vieta di ipotizzare che proprio le XII Tavole manifestino, con le loro disposizioni dedicate, l'esigenza di una configurazione e di una disciplina unitarie per il nuovo *modus agendi*. E tutto ciò, ovviamente, senza dover per nulla accedere alla tesi di chi, ritenendo unitaria la decemvirale *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, reputa che '*iudex arbiterve*' non individui due differenti organi ma il medesimo soggetto dotato di duplice funzione (U. VON LÜBTOW, *Ursprung und Entwicklung der 'condemnatio pecuniaria'*, in ZSS, LXVIII, 1951, 357), ovvero alla tesi di chi ritiene che la disgiunzione tra *iudex* e *arbiter* sia sintomatica di due diversi tipi di rapporto obbligatorio controverso deducibili in giudizio, l'uno di *certa pecunia*, l'altro di *certa res* o di *incertum* (cfr., tra i sostenitori della tutelabilità arcaica dell'*incertum*, E. LEVY, *Neue Bruchstücke aus den Institutionen des Gaius*, in ZSS, LIV, 1934, 304; G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II, cit., 141; H. LÉVY-BRUHL, *Recherches*, cit., 258 ss.; B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., 109; *contra*, ma con la ovvia eccezione dell'ipotesi del *damnum decidere*, v. V. ARANGIO-RUIZ, *Il nuovo Gaio*, in BIDR, I, 1934, 614; G. BROGGINI, '*Iudex arbiterve*', cit., 184 s.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 300, 338 ss. e nt. 207 *bis*).

<sup>27</sup> Cfr. le condivisibili osservazioni di A. CORBINO, *XII Tab. 2.2*, cit., 1183 ss.; un breve cenno anche in C. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., 58.

st'ultimo sarebbe stato ancora strutturalmente monofasico, e quindi da celebrarsi dall'inizio sino alla fine dinanzi al magistrato in ossequio al principio di immediatezza e di concentrazione temporale<sup>28</sup>.

In terzo luogo, le supposte inserzioni tarde dei diretti o indiretti riferimenti ad una attività magistratuale nei 'canovacci' prestabiliti tanto per le ritualità verbali del *lege agere sacramento*, quanto per quelle del *lege agere per iudicis arbitrive postulationem*, non convincono per molteplici ragioni.

Quanto al '*vindicias dicere*'<sup>29</sup>, sostenere che «non sorse alcuna esigenza di attribuire il possesso interinale della cosa controversa» sino a quando «il procedimento mantenne quel carattere di immediatezza e rapidità ancora vivo nella regolamentazione decemvirale» e che, quindi, «solo dopo l'innovazione introdotta dalla *lex Pinaria* ... la quale introdusse un intervallo di 30 giorni prima che si arrivasse alla nomina del *iudex*»<sup>30</sup> un provvedimento magistratuale siffatto avrebbe avuto

---

<sup>28</sup> E, alla luce dei rilievi che in questo scritto si svolgeranno (cfr., soprattutto, oltre, § 5), anticipo già ora che è la seconda delle due ipotesi prospettate in corpo di testo che maggiormente mi persuade. Inoltre, ancora una volta, va segnalato che è dal contesto di Tab. 2.2 che emerge la presenza di un magistrato: chi mai, se non lo stesso organo chiamato a *dare iudicem arbitrumve* (Gai 4.17 *a*), avrebbe potuto differire l'udienza?

<sup>29</sup> Cfr. Gai 4.16 (*postea praetor secundum alterum eorum uindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat, eumque iubebat praedes aduersario dare litis et uindiciarum, id est rei et fructuum*); v., inoltre, sul primevo significato di *vindiciae*: Paul.-Fest. voce '*vindiciae*' (Lindsay 516); cfr., inoltre, Gell. 20.10.7, 9; Cic. *Mil.* 24.74; in letteratura cfr. C. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., 130 ss.; H. LÉVY-BRUHL, *Recherches*, cit., 178 ss.; G. BROGGINI, '*Iudex arbiterve*', cit., 129 s.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 295 ss.; R. SANTORO, *Potere e azione*, cit., 592 s.; I. BUTI, *Il 'praetor'*, cit., 60 ss.; B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., 74 ss. Sulla originaria denominazione *praedes litis vindiciarum* come 'garanti [della restituzione] della cosa controversa', cfr. Gai 4.94; Pseud.-Asc. *ad Cic. in Verr.* 2.1.44.114; Prob. 5.22, in luogo della più recente formulazione *praedes litis et vindiciarum* come 'garanti della cosa e dei frutti' (Gai 4.16; Gai 4.94). Sul *dare praedes* mi permetto di rinviare a C. PELLOSO, *Il concetto di 'actio' alla luce della struttura primitiva del vincolo obbligatorio*, in '*Actio in rem*' e '*actio in personam*'. In ricordo di M. Talamanca, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2011, 180 ss. e nt. 92.

<sup>30</sup> G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, cit., 146; così v., altresì, B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., 76, secondo cui «l'esigenza di assegnare il possesso interinale poté manifestarsi solo in epoca alquanto progredita, quando la sentenza — che oramai competeva ad organi diversi da quello davanti al quale si svolgeva il *lege agere* — doveva essere pronunciata qualche tempo dopo». Cfr. Gai 4.15: [. . . . .] *istae omnes actiones [. . . . . vv. 5 . . . . .] captus [. . . . . vv. 5 . . . . .] ad iudicem accipiendum uenient. postea uero reuersis dabatur. ut autem die XXX. iudex detur, per*

senso entro il *lege agere sacramento in rem* non pare del tutto corretto. Vero è, infatti, che l'attribuzione del possesso interinale a una delle due parti ben può essere giustificata non tanto dalla previsione legislativa di un (più o meno ampio) lasso temporale tra la fine della fase di impostazione della controversia e l'inizio della fase istruttoria in senso lato, quanto già solo dalla 'scissione formale' (storicamente e logicamente precedente alla entrata in vigore della novella introdotta dalla *lex Pinaria*, a prescindere qui dalla precisa datazione di quest'ultima)<sup>31</sup> tra il rito processuale da celebrarsi dinanzi al magistrato e il

---

*legem Pinariam factum est; ante eam autem legem <nondum>m dabatur iudex. illud ex superioribus intellegimus, si de re minoris quam M aeris agebatur, quinquagenario sacramento, non quingenario eos contendere solitos fuisse. postea tamen quam iudex datus esset, comperendinum diem, ut ad iudicem uenirent, denuntiabant; deinde cum ad iudicem uenerant, antequam apud eum causam perorarent, solebant breuiter ei et quasi per indicem rem exponere; quae dicebatur causae coniectio quasi causae suae in breue coactio.*

<sup>31</sup> Sulla datazione della *lex Pinaria* non v'è preciso accordo in dottrina: per H. LÉVY-BRUHL, *Recherches*, cit., 201, 255 ss., essa (che avrebbe addirittura introdotto la figura del *iudex*, leggendosi in Gai 4.15 *nondum* in luogo di *statim*; cfr., altresì, R. DEKKERS, *Des ordalies en droit romain*, in *RIDA*, I, 1948, 55 ss.) andrebbe collocata nel 472 a.C. (L. *Pinario et Furio consulibus*: *Macr. Sat.* 1.13.21), così come per R. DÜLL, *Über Textkonjekturen zu 'Gaius Veronensis' und zur Frage der Zwangsentmung und römischen Formularprozeß*, in *ZSS*, XCVI, 1979, 290; G. BROGGINI, *'Iudex arbitere'*, cit., 59, nt. 23, 83, nt. 94, ipotizza l'emanazione della legge nel 432 (su proposta di L. *Pinarius Mamercinus*, collega di Furio Medullino e Postumio Albo); J. TRIANTAPHYLOPOULOS, *'Praeiudicium legis Cicereiae'*, in *Labeo*, X, 1964, 178, nt. 72, congettura che la legge sia stata proposta dal pretore dell'anno 349 a.C., L. *Pinario* (Liv. 7.25.12); prudentemente, colloca tra quarto e terzo secolo tale legge M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 291; O. BEHREND, *Der Zwölfstafelprozess*, cit., 108, nt. 417, in via ipotetica, propone una datazione molto più avanzata, ossia quella dell'anno 181 a.C. (v., in tal senso, M. KASER - K. HACKL, *Dasrömische Zivilprozessrecht*, cit., 114, nt. 5). Anticipando alcune conclusioni sul punto, mi pare chiaro che: 1) sia da escludere che essa abbia introdotto *ex novo* la figura del *iudex* (cfr., in tal senso, E. WEISS, *Prozessgesetze und Richterbestellung im legisaktionprozess*, in *BIDR*, XLIX-L, 1947, 194 ss.; H. LÉVY-BRUHL, *Recherches*, cit., 202 ss.) innestandola in un processo prima monofasico (cfr., per la lettura '*statim*' in luogo di '*nondum*' in Gai 4.15, il saggio di F. Briguglio in questo volume); 2) essa concerna il solo *lege agere sacramento* (tanto *in rem*, quanto *in personam*: A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino, 1968, 411; B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., 62 s., ntt. 212 ss.; J. PARICIO, *Sobre la administracion de la justicia en Roma*, Madrid, 1987, 26 s.) e non quello *per postulationem* (H. LÉVY-BRUHL, *Recherches*, cit., 202 ss.); 3) essa sia successiva alle XII Tavole (e ciò sia per quanto sostenuto da G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 92 ss., sia giusta il rilievo, che in questo scritto si cercherà di provare, che nel quinto secolo a.C. il *lege agere sacramento* era ancora monofasico e, presupponendo detta *lex* la già avvenuta bipartizione con nomina immediata del *iudex*, non può collocarsi in età immediatamente post-decemvirale); 4) atteso che per la *legis*

momento processuale svolgentesi dinanzi al giudice: e ciò anche se entrambi i testé rammentati 'poli', a voler immaginare il *comperendinus dies* un'aggiunta successiva alla mera bipartizione<sup>32</sup>, erano ancora concentrati nel medesimo giorno. Se, insomma, si può certo essere d'accordo con il Nicosia sulla non originarietà dell'atto pretorio di *vindi-*

---

*actio per iudicis arbitrive postulationem* la nomina dell'organo giudicante, *datus* dal magistrato, era immediata (Gai 4.17 *a*), laddove per la *legis actio per conditionem* (Gai 4.18-19) si procedeva al *capere iudicem* dopo trenta giorni (Gai 4.17 *b*), sembra impossibile sapere se fu la *lex Pinaria* ad estendere al *lege agere sacramento* quanto già, in tema di differimento della nomina del giudice, la *lex Silia* e la *lex Calpurnia* – da porsi, l'una alla fine del terzo secolo (cfr., per tutti, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 290), se non nella prima metà del secondo secolo a.C. (cfr. G. NICOSIA, *La 'legis actio per conditionem' e la novità dell'intervallo dei trenta giorni*, in *AUPA*, LIII, 2009, 55 ss.), l'altra in epoca di poco successiva – avevano previsto per la *legis actio per conditionem* (come pare maggiormente propenso B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., 125 s.), ovvero se avvenne l'esatto contrario (di modo che la *lex Pinaria* potrebbe essere collocata tra l'inizio e la metà del secondo). Da ultimo, v. G. NICOSIA, *La 'legis actio per conditionem'*, cit., 76: «se si ritiene che sia stata la *lex Silia* ad introdurre per prima questo intervallo dei trenta giorni, allora la *lex Pinaria* può essere posta anch'essa intorno alla metà del II sec. a.C.; se invece si ritiene che tale novità fu introdotta prima nell'*agere sacramento* dalla *lex Pinaria* e poi applicata nella *legis actio per conditionem*, allora la *lex Pinaria* va collocata qualche tempo prima della *lex Silia*, quindi agli inizi del II sec. a.C. In conclusione, pur con un certo margine di oscillazione, l'introduzione dell'intervallo dei trenta giorni è da assegnare o agli inizi o intorno alla metà del II sec. a.C.».

<sup>32</sup> I. BUTI, *Il 'praetor'*, cit., 62 s. e nt. 45, da una parte, giustamente rileva, con riguardo a Gai 4.15, che la *denuntiatio comeperendini diei* non si riferisce all'*iter* procedurale per il *lege agere sacramento* in vigore solamente *post legem Pinariam latam* (ma anzi meglio si iscrive in un sistema in cui il giudice viene *datus statim*), dall'altra, ritiene tanto che non sia da escludere che «un atto di assegnazione temporanea della cosa litigiosa venisse compiuto in età decemvirale (o prima)» (ID., *Il 'praetor'*, cit., 61), quanto che la *comperendinatio* sia «venuta in uso all'epoca delle XII Tavole» e che essa «sia poi rimasta come prassi consuetudinaria» (ID., *Il 'praetor'*, cit., 63 e nt. 46; così anche R. SANTORO, *Potere e azione*, cit., 564): se è vero che più che essere co-essenziale e con-testuale al passaggio dal processo monofasico alla bipartizione strutturale il *dies comperendinus* sembra atteggiarsi più ad un'aggiunta successiva affermatasi consuetudinariamente, la ricostruzione del Buti non convince perché sia lega il *vindicias dicere* più alla *comperendinatio* che alla bipartizione del processo (sicché il suo discorso, invero, muta a livello quantitativo, ma non qualitativo rispetto a quello del Nicosia), sia presuppone una bipartizione già stabilizzata in epoca decemvirale (il che, invece, non è affatto certo). Sulla risalenza decemvirale del *vindicias dicere* e, quindi, dei *praedes litis (et) vindiciarum* cfr., altresì, M. KASER, *Zur 'legis actio'*, cit., 65, nt. 47 (in conformità a ID., *Unmittelbare Vollstreckbarkeit und Bürgerregreß*, in *ZSS*, C, 1983, 94 ss.); G. ZLINSKY, *Gedanken*, cit., 143, nt. 170. Del resto, come credo abbia sostenuto a ragione G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, II, cit., 117 ss., il processo decemvirale si svolgeva tutto nell'arco di una giornata.

*cias dicere* nel rito sacramentale, non si può invece condividere la postulata necessità logica di una sua recenziarietà rispetto alla *lex Pinaria*<sup>33</sup>. Quanto al comando magistratuale di *mittere* la cosa controversa rivolto a entrambi i litiganti dopo le reciproche solenni affermazioni di appartenenza e il duello stilizzato dall'incrocio delle mani e dall'imposizione delle festuche<sup>34</sup>, anche esso è stato considerato un'inserzione tarda: l'ordine, secondo il Nicosia, «non si inserisce molto coerentemente nello svolgimento dell'attività rituale e del dialogo delle parti» (sia interrompendo «la cadenzata progressione rituale degli atti e delle pronunce delle parti», sia provocando una «caduta di tensione»), nonché «ha un risultato ben modesto ... e ... finisce con l'apparire quasi superfluo» e comunque dotato di un qualche senso solo «in vista della successiva attribuzione del possesso interinale»<sup>35</sup>. In realtà, a ben considerare la sequenza rituale come descritta in Gai 4.16 (la quale, come ben è stato già messo in luce, «è un cerimoniale concepito non in dimensione estetica, ma secondo tecniche giuridicamente funzionali»<sup>36</sup>), da un lato, vero è che anzitutto non potrebbe

<sup>33</sup> Noto, marginalmente, che tale atto sarà suscettibile di essere considerato risalente all'età dei decemviri – data per presupposta, come è ovvio, l'esistenza di un magistrato giurisdicente – solo una volta provata la bipartizione della *legis actio sacramento* già per quell'epoca.

<sup>34</sup> Cfr., nel senso di un *manum conserere* generalizzato, C. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., 105; B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., 69 s.

<sup>35</sup> G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, cit., 146 ss., sulla scorta di H. LÉVY-BRUHL, *Recherches*, cit., 51 ss., 172 ss. (nel diverso tentativo di eliminare ogni possibile riferimento nel rito sacramentale alla difesa privata), in opposizione a quella corrente di studiosi che (credo a ragione) attribuiscono straordinaria importanza, pur nel variare delle singole impostazioni ricostruttive, all'intervento magistratuale: cfr., a titolo di esempio, G. BROGGINI, *'Iudex arbiterve'*, cit., 75, 84 e nt. 100; G. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II, cit., 123; C. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., 105; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 38 ss., 283 ss.; R. SANTORO, *Potere e azione*, cit., 225 e nt. 9, 372, nt. 2; C.A. CANNATA, *Violenza*, cit., 158 ss.; I. BUTI, *Il 'praetor'*, cit., 66 ss.; B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., 69 s.; J.G. WOLF, *Zur 'legis actio'*, cit., 2 e nt. 2, 19 ss.

<sup>36</sup> C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale*, I, cit., 23. V. Gai 4.16: *Si in rem agebatur, mobilia quidem et moventia, quae modo in ius adferri adducive possent, in iure vindicabantur ad hunc modum: qui vindicabat, festucam tenebat: deinde ipsam rem adprehendebat, veluti hominem, et ita dicebat: 'HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITUM MEUM ESSE AIO SECUNDUM SUAM CAUSAM. SICUT DIXI, ECCE TIBI VINDICTAM IMPOSUI'; et simul homini festucam imponebat. adversarius eadem similiter dicebat et faciebat. cum uterque vindicasset, praetor dicebat: 'MITTITE AMBO HOMINEM'; illi mittebant. qui prior vindicaverat, ita alterum interrogabat: 'POSTULO ANNE DICAS, QUA EX CAUSA VINDICAVERIS'. Ille respondebat: 'IUS FECI SICUT VINDICTAM IMPOSUI'. Deinde qui prior vindi-*

configurarsi alcuna ‘sfida di *sacramenta*’ tra le parti senza l’intervento magistratuale che è volto simbolicamente a sterilizzare il conflitto privato, sicché esso è perfettamente coerente nel rito proprio in quanto deputato, retro-spettivamente, a interrompere il duello delle parti e, pro-spettivamente, a gettare le basi per una soluzione alternativa alla forza bruta che storicamente si è manifestata nella forma della ‘sfida di *sacramenta*’; dall’altro, non altrettanto vero è che l’intervento in parola sia funzionale – sul piano logico – solo alla successiva attribuzione interinale del possesso. Se, infatti, si pensasse – anche come pura ipotesi di lavoro – a un processo integralmente svolto dinanzi ad un magistrato, l’imperativo ‘*mittite ambo hominem*’ ben potrebbe inserirsi in una struttura connotata dall’assenza di un provvedimento di assegnazione interinale della *lis*<sup>37</sup>.

Quanto al rituale ricordato in Gai 4.17 *a*<sup>38</sup> per il *lege agere per iu-*

---

*caverat, dicebat: ‘QUANDO TU INIURIA VINDICAVISTI, QUINGENTIS ASSIBUS SACRAMENTO TE PROVOCO’; adversarius quoque dicebat similiter: ‘ET EGO TE’; aut si res infra mille asses erat, quinquagenarium scilicet sacramentum nominabant.*

<sup>37</sup> Né, ad onor del vero, mi pare cogliere nel segno G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, cit., 148, là ove ritiene che «se fosse stata concepita fin dalle origini la possibilità di intervento di un’autorità umana per superare il contrasto tra i due contendenti, ed evitare che esso degenerasse in scontro fisico effettivo, non ci sarebbe stato bisogno di ricorrere al *sacramentum* e invocare l’intervento divino». Tale prospettiva del problema, infatti, sia pone sullo stesso piano (invece che concatenarli su due livelli logici e storici differenti, benché connessi) i profili dell’*an* e del *quando* (ossia dell’intervento del potere politico nelle dispute tra privati) e il profilo del *quomodo* (ossia del mezzo *ad hoc* predisposto per l’impostazione del giudizio), sia sottovaluta quanto nelle civiltà arcaiche l’indifferenziazione compenetri ciò che è ‘giuridico’ con ciò che è ‘religioso’ e ciò che ‘umano’ con ciò che è ‘divino’: cfr. P. CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano*, I, Torino, 1965, 31, che intende sostituire, almeno per i primi secoli della storia di Roma, all’idea di ‘ordinamento’ quella – più pertinente – di ‘sistema giuridico-religioso’, seguito da F. SINI, ‘*Sua cuique civitati religio*’. *Religione e diritto pubblico in Roma antica*, Torino, 2001, 36 ss., Id., *Negazione e linguaggio precettivo dei sacerdoti romani*, in *Arch. Stor. Giur. Sardo di Sassari*, IV, 1997, 32 e nt. 16; sul punto v., comunque, le note di G. AGAMBEN, ‘*Signatura rerum*’. *Sul metodo*, Torino, 2008, 90 s., il quale opportunamente ha enfatizzato sia la necessità di impiegare la massima cautela «ogni volta che si presuppone, a monte di una scissione storica che ci è familiare, uno stadio preistorico (o comunque più originario) unitario», sia quella dell’accortezza «di non proiettare semplicemente sull’indistinto primordiale presupposto i caratteri che definiscono la sfera religiosa e quella profana che ci sono noti e che sono, appunto, il risultato della scissione».

<sup>38</sup> Gai 4.17 *a*: *Per iudicis postulationem agebatur, si qua de re ut ita ageretur lex iussisset, sicuti lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur. Eaque res talis erat. qui agebat sic dicebat: ex sponsione te mibi X milia sestertium dare oportere aio: id postulo aias an neges. Adversarius dicebat non oportere. Actor dicebat: quando tu negas, te*



*dicis arbitrive postulationem*, secondo Nicosia si tratterebbe di un «formulario aggiornato ... in quanto ... è stata precisamente aggiunta la menzione del pretore e la richiesta a lui della *datio iudicis* (in armonia all'assetto evoluto del procedimento che ormai richiedeva un intervento e un provvedimento del pretore in tal senso)»<sup>39</sup>; e ciò si evincerebbe dalla tortuosità linguistica e logica che connota i faticosi *verba* pronunciati dall'attore per come restituitici da Gaio, di talché il «discorso, mentre inizia (o meglio continua, in coerenza alla precedente domanda: '*id postulo ... etc.*') rivolto al convenuto (*quando tu negas*), prosegue poi rivolto al pretore (*te praetor ... etc.*); mentre prima il tu si riferisce all'avversario, il te immediatamente successivo si riferisce invece al pretore»<sup>40</sup>. Che Gaio attesti un periodare faticoso e, nella sua repentina *variatio*, fonte di sorpresa nel lettore è fuori di dubbio: il testo è sicuramente il prodotto di una stratificazione, il risultato di aggiustamenti formulaici. Ma che ciò significhi, al contempo, sicura inesistenza del magistrato giudicante nel quinto secolo a.C.<sup>41</sup> e, quindi, *postulatio* attorea direttamente rivolta all'avversario

---

*praetor iudicem sive arbitrum postulo uti des. Itaque in eo genere actionis sine poena quisque negabat. Item de hereditate dividenda inter coheredes eadem lex per iudicis postulationem agi iussit. Idem fecit lex Licinnia, si de aliqua re commune dividenda ageretur. Itaque nominata causa ex qua agebatur statim arbiter petebatur. Cfr., per la copiosa letteratura sul punto, oltre a M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 107 ss. e ntt. 1 ss., V. CARRO, 'Et ius et aequom postulas'. Studio sull'evoluzione del significato di 'postulare', Napoli, 2006, 17, nt. 35.*

<sup>39</sup> G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, cit., 152, che discorre di formulazione «squilibrata e tortuosa, come se fosse stata maldestramente redatta», e pensa che essa «sia stata messa su inserendo e saldando malamente qualcosa di nuovo in un preesistente formulario». Anche H. LÉVY-BRUHL, *Recherches*, cit., 245 ss., aveva a suo tempo segnalato le particolarità stilistiche dell'*agere per postulationem*, senza tuttavia inferire da ciò quanto, congetturalmente, ha inferito il Nicosia.

<sup>40</sup> G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, cit., 151: l'autore, quindi, ritiene che il tenore della seconda *postulatio* attorea (che segue la prima di tal tenore: '*id postulo aias an neges*') corresse all'incirca così: '*quando tu negas, postulo iudicem sive arbitrum*'.

<sup>41</sup> Quanto alla presenza di un magistrato giudicante (anzitutto, per l'ipotesi di *manus iniectio* del *iudicatus* e del *confessus* sfociante eventualmente nell'*addictio* pretoria [v., per le fonti, oltre, nt. 104]; di poi, oltre al caso di '*pavisse ac secuisse fruges*', in Tab. 8.9 [Plin. *nat.* 18.3.12], per l'ipotesi di persecuzione – al di fuori degli schemi del *lege agere* – di 'furto flagrante non aggravato' in Tab. 8.14 [Gell. 11.18.8; Gai 3.189]), mi permetto di rinviare alle considerazioni svolte in C. PELLOSO, *Studi sul furto*, cit., 197 ss., 202 ss., 237 ss.; per l'interpretazione e la necessaria integrazione di Tab. 12.3 rimando *in toto* a I. BUTI, *Il 'praetor'*, cit., 35 ss. (per l'ampia bibliografia sul carne e per un'utile rassegna delle tesi avanzate, cfr., altresì, R. FIORI, '*Ea res agatur*'. *I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano, 2003, 114 ss.; v., altresì, P. FUEN-

non credo sia sostenibile. A ben vedere, infatti, si può pensare diversamente (e lo si deve fare se e in quanto l'alternativa risulti maggiormente dotata di plausibilità). Va *in primis* detto che grazie a Probo, oltre che a Gaio<sup>42</sup>, siamo non scarsamente informati sul rito della *legis actio sacramento in personam*: atteso che è ben ragionevole anche per questa applicazione specifica della *legis actio generalis* ipotizzare la dualità dei *sacramenta*, laddove è deficitario ogni simulacro di duello<sup>43</sup>, nel caso – solo esemplare – di debito pecuniario, all'affermazione perentoria di parte attrice '*aio te mihi <X milia> dare oportere*'<sup>44</sup> seguiva immediatamente la – invero non testualmente pervenutaci – domanda '*id postulo aias an neges*'<sup>45</sup>, come è necessario inferire dalle due successive possibili battute attribuite al creditore, ossia '*quando tu*

---

TESECA, *Trasferimento della proprietà e 'auctoritas' nella vendita romana*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del Congresso Internazionale Aristec [Pisa - Viareggio - Lucca, aprile 1990]*, I, Milano, 1991, 106; M. FUENTESECA DEGENEFTE, *La función procesal de los 'praedes litis et vindiciarum'*, in *RIDA*, LIII, 2006, 243 ss.). V., in particolare, per la *iurisdictio* magistratuale prima delle *leges Liciniae Sextiae*, D. 1.7.4; D. 1.101 pr.; D. 40.2.5; Liv. 41.9.11.

<sup>42</sup> Gai 4.14-15.

<sup>43</sup> Cfr., per una sintetica ed efficacissima messa a punto, C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale*, I, cit., 31 ss.

<sup>44</sup> Prob. 4.1.: A.T.M.D.O. Per l'impiego del *lege agere sacramento* (volto, stimata la refurtiva, alla *duplione damni decisio* nel caso di *furtum nec manifestum*, come si può evincere, tra l'altro, da Gai 4.37) mi permetto di rinviare, contro l'eversiva ipotesi ricostruttiva proposta da R. LA ROSA, *La repressione del 'furtum' in età arcaica*, Napoli, 1990, 57 ss., alle considerazioni contenute in C. PELLOSO, *Studi sul furto*, cit., 244 ss.

<sup>45</sup> La letteratura romanistica sul punto, giusta la celebre lacuna relativa a Gai 4.14-15, ha nei modi più svariati ricostruito formalmente e storicamente l'istituto della *legis actio sacramento in personam* (sino, addirittura, a negarne l'esistenza, come fa, ad esempio, P. FUENTESECA, *Existio la denominada 'legis actio sacramento in personam'?*, in *AHDE*, XXV, 1955, 543 ss.): cfr., per una panoramica, M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 86 ss. Per la necessità dell'inserzione di cui in corpo di testo si pronuncia con assoluta certezza B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., 100 s. (seguito da A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., 179, nt. 8.3.2), laddove ritiene 'molto probabile' ricostruire in tal senso il formulario della *legis actio sacramento in personam* G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 300 s. (così anche M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 88); lo schema proposto da L. WENGER, *Institutes*, cit., 127 e da A. BISCARDI, *Lezioni*, cit., 78, invece, eliminando la prima domanda attorea rivolta al convenuto '*id postulo aias an neges*', non riesce a ben dar conto del prosieguo delle pronunce e a coordinare armonicamente i tasselli del mosaico che grazie a Gaio (nella descrizione del *lege agere per postulationem*) e Probo (con i suoi riferimenti alle battute attoree pre-sacramentali) si può comporre con riguardo al *lege agere sacramento in personam*. Rimane dubbioso sulla precisa trafila verbale, invece, V. SCIALOJA, *Procedura civile romana*, Roma, 1936, 95 s.

*negas, te sacramento quingenario provoco*, ovvero *'quando tu neque ais neque negas'*<sup>46</sup>. Se non mi inganno, il quasi totale parallelismo<sup>47</sup> tra i due *modi agendi*, l'uno – più antico – basato sulla *provocatio sacramento*, l'altro – più recente – incentrato surrogatoriamente sulla *iudicis arbitrive postulatio*, è quanto mai eloquente circa il tipo di aggiornamento che, in via congetturale, si può immaginare abbia subito il formulario restituitoci in Gai 4.17 *a*: se il *lege agere sacramento in personam* si qualifica (positivamente) per l'impostazione del giudizio per il tramite, appunto, di una 'sfida sacramentale' tra creditore e debitore, il *lege agere per postulationem* è contraddistinto (negativamente) dall'assenza del *sacramentum* (sostituito opportunamente dalla richiesta attorea di un privato come *iudex* o *arbiter* direttamente rivolta al magistrato *in iure*)<sup>48</sup>. Ergo, il secondo formulario pedissequamente riprodotto del primo per un lungo tratto (*'aio te mihi dare oportere. id postulo aias an neges'*) viene necessariamente a discostarsi dalla matrice solo là ove principia il caratterizzante riferimento al nuovo e diverso mezzo di impostazione del giudizio (sicché l'originale *'quando tu negas, te sacramento quingenario provoco* viene coerentemente corretto in *'quando tu negas, te praetor postulo arbitrumve uti des'*). Se v'è stato un aggiustamento, insomma, esso non è incorso in tarda epoca post-decenvirale interessando il periodare (del tutto ipotetico) *'quando tu negas, postulo iudicem sive arbitrum'* che da Nicosia viene ascritto all'originaria stesura del rito verbale della *legis actio per postulationem*, ma si è collocato in età decenvirale (se non addirittura pre-decenvirale), interessando direttamente il formulario (certo quanto a sua scansione strutturale) già congegnato per la *legis actio sacramento in personam*<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> Prob. 4.2: *Q.N.T.S.Q.P.*; Prob. 4.3: *Q.N.<Q>A.N.Q.N.*

<sup>47</sup> Di ciò si erano ben accorti già H. LÉVY-BRUHL, *Recherches*, cit., 246 s. (ma v., altresì, 83 ss.); A. BISCARDI, *Lezioni*, cit., 78; C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale*, I, cit., 32 ss.; B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., 100.

<sup>48</sup> V., sul punto, ultimamente, V. CARRO, *'Et ius et aequom postulas'*, cit., 57.

<sup>49</sup> Precisati gli influssi che la 'scuola ritualista' francese ha esercitato sulla tesi di Nicosia, evidenti in quest'ultima sono altresì – come già si rammentava – i punti di contatto con la scuola di pensiero che ha elevato la 'Selbsthilfe' a origine del processo

### 3. *La sentenza del giudice privato come lodo arbitrale.*

Come s'è avuto modo di constatare nelle pagine precedenti, per Nicosia l'alternativa posta dubitativamente da Burdese circa l'identificazione del soggetto chiamato a giudicare nel quinto secolo a.C. (magistrato/giudice privato) non avrebbe ragione di porsi, in quanto il primo tra i due poli contrapposti neppure sarebbe configurabile. A

---

romano e ha visto nel Luzzatto uno dei suoi più lucidi sostenitori (cfr., *ex ceteris*, per una tendenziale – e più o meno intensa – adesione a questa tesi: L. MÜLLER, *Etymologische Erörterungen von Rechtsausdrücken*, in *Rheinisches Museum für Jurisprudenz*, V, 1833, 190 ss.; R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*<sup>3</sup>, trad. franc., III, Paris, 1886, 108, 210; L. CRÉMIEU, *La justice privée. Son évolution dans la procédure romaine*, Paris, 1908, *passim*; E. BETTI, *La 'vindictio' romana primitiva*, cit., 3 ss.; ID., *La 'vindictio' quale atto*, cit., 501 ss.; L. ARU, *Appunti sulla difesa privata in diritto romano*, in *AUPA*, XV, 1936, 113 ss.; A. TOZZI, *L'evoluzione del giudizio di fatto nel processo romano*, in *Riv. dir. proc. civ.*, XVII, 1940, 132 ss.; G. WESENER, *Offensive Selbsthilfe im klassischen römischen Recht*, in *Festschrift für A. Steinwenter*, Graz - Köln, 1958, 100 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 27 ss., 44 ss.; C.A. CANNATA, *Violenza fittizia*, cit., 151 ss.; F. WIEACKER, *'Ius' e 'lex' in Roma arcaica*, in *'Sodalitas'. Scritti in onore di A. Guarino*, VII, Napoli, 1984, 3109 ss.; L. GUTIÉRREZ MASSON, *La ritualización*, cit., 253 ss.; G. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, I, cit., 106 ss., 169 ss.; ID., *Procedura civile romana*, II, 291 ss., 295 ss.; 340 ss., ID., *Von der Selbsthilfe*, cit., 29 ss., 36 s., 44 ss.). Le premesse dell'una e dell'altra ricostruzione storica sono pressoché identiche e lo sviluppo, benché scandito secondo tappe e datazioni non collimanti, assai simile. Sia Nicosia, sia Luzzatto ritengono che ove si prospettasse l'origine del processo in termini di un intervento diretto della *civitas* con uffici dedicati e titolari di poteri di coazione (il che sarebbe, secondo i due autori, smentito per l'epoca regia; laddove, quanto all'epoca repubblicana, per Nicosia l'innesto giurisdizionale sarebbe pressoché coevo alla legislazione licinia-sestia, mentre per Luzzatto contestuale al crollo del regime monarchico), il processo dovrebbe logicamente celebrarsi integralmente dinanzi al magistrato; se, invece, si considerasse quest'ultimo sotto il profilo della recezione nella *civitas* dell'arbitrato reso obbligatorio (il che le fonti non permetterebbero affatto di sostenere), allora sarebbe il giudice a dover presiedere ogni fase del processo, rimanendo così preclusa ogni spiegazione della bipartizione. Giusta la premessa della legittimità della difesa privata e quella del carattere debole dello stato romano arcaico, Luzzatto ipotizza una graduale e lenta evoluzione (plasticamente rispecchiata, secondo l'autore, nella struttura stratificata delle più antiche *legis actiones*) che condusse infine alla piena statizzazione del processo civile: in un primo momento la difesa privata viene inquadrata in rituali previsti a pena di nullità che si compiono stragiudizialmente; in un secondo momento si passa alla difesa privata ritualizzata *in iure*, ossia dinanzi al magistrato che, deputato solo all'indicazione delle formalità da espletare nonché al controllo sull'*agere* privato (e quindi privo di ogni potere creativo), in caso di rispetto delle formalità, pronuncia l'*addictio*; infine, la fase cognitoria *apud iudicem* (ben rappresentata nell'*agere lege sacramento*) si innesta come 'parentesi incidentale', in caso di opposizione del convenuto all'azione essenzialmente esecutiva. In Roma, insomma, per il Luzzatto il processo con-

Roma, a voler seguire lo studioso catanese, infatti, il processo sarebbe esistito, in una prima fase storica, ossia in età monarchica, unicamente quale 'rito monofasico privato' sottoposto al solo controllo popolare, senza la partecipazione di un giudice umano e senza la supervisione di

---

nasce solo in epoca proto-repubblicana (avendosi per l'età regia una difesa privata ritualizzata pre-processuale e stragiudiziale) grazie all'intervento diretto della *civitas*, in una forma di 'rito giurisdizionale monofasico' che precede – e qui rispetto al Nicosia le tappe dell'evoluzione congetturata si invertono – l'introduzione del giudizio privato (processo bipartito). Sono state diverse (e mosse da molteplici fronti) le critiche direttamente o indirettamente rivolte al pensiero di Luzzatto (cfr., *ex plurimis*, P. NOAILLES, *Du droit sacré*, cit., 72 ss.; G. BROGGINI, 'Vindex' und 'iudex', cit., 113 ss.; 122 ss.; ID., *La prova*, cit., 351 ss.; H. LÉVY-BRUHL, *Recherches*, cit., 45 ss., 80 ss.; G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, cit., 56 ss., 175 ss.). A me pare, sviluppandosi spunti di pensiero già altrui, che i seguenti dati meritino di essere messi in evidenza: 1) la supposta inesistenza di un 'processo privato' in età regia (surrogato dal 'rito privato' sottoposto al controllo della 'Volksjustiz') è tutt'altro che convincente, sia a fronte di non pochi testi che militano in senso opposto, sia per la scarsa persuasività della motivazione congetturata per tale lacuna, ossia il disinteresse del *rex* nei confronti delle questioni private (cfr., oltre, § 3); 2) l'evoluzione 'biologica' e 'lineare' dall'autotutela privata al processo contenzioso giurisdizionale, presupponendo un progressivo incremento di potere della *civitas* e un sempre più penetrante intervento a fini di controllo, rende assai difficile spiegare – per come schematicamente ricostruita – l'attribuzione immediata ad un giudice privato (e non ad un organo civico *ad hoc*) della funzione giudicante; 3) concependosi la fase *apud iudicem* come un innesto cronologicamente successivo al rito di difesa giurisdizionalizzato *post reges exactos* e connotata da una immediata attribuzione a un 'giudice umano', atteso che il *sacramentum* rappresenta per l'epoca che qui interessa – fine della monarchia primitiva, inizio della repubblica – il tipico mezzo di impostazione del giudizio e si caratterizza per l'essere, prima che una somma di danaro a titolo di pena promessa all'erario da ciascun litigante in ipotesi di soccombenza (Varro *ling.* 5.180 [*Si est ea pecunia quae in iudicium venit in litibus, sacramentum a sacro; qui petebat et qui infitiabatur, de aliis rebus uterque quingenos aeris ad pontificem deponebant, de aliis rebus item certo alio legitimo numero actum; qui iudicio vicerat, suum sacramentum e sacro auferebat, victi ad aerarium redibat*]; cfr., altresì, Gai 4.13 [*summa sacramenti*], 14 [*poena sacramenti; quingentis assibus sacramento contendere*], 15 [*quinquagenario sacramento contendere*], 16 [*sacramentum quingentis assibus*]), un 'giuramento', con cui si chiama a testimonianza la divinità, affiancato da una 'consacrazione animale' (Paul.-Fest. voce '*sacramentum*' [Lindsay 468: *sacramentum dicitur quod iuris iurandi sacratione interposita geritur*]; Cic. *rep.* 2.35.60; Paul.-Fest. voce '*peculatus*' [Lindsay 232, 233, 268, 269]; Paul.-Fest. voce '*ovibus duabus*' [Lindsay 220]; Paul.-Fest. voce '*maximam multam*' [Lindsay 129]; A. MAGDELAIN, *De la royauté et du droit de 'Romulus' à 'Sabinus'*, Roma, 1995, 116 ss.; R. SANTORO, *Potere e azione*, cit., 524 ss., 547; *contra* v. S. TONDO, *La semantica di 'sacramentum' nella sfera giudiziale*, in *SDHI*, XXXV, 1969, 292, 339), è – almeno a mio credere – improbabile ritenere che sia stato da subito un laico privato a pronunciarsi sulla giustizia o meno di detto *sacramentum* (sia se si ipotizza che l'innesto della fase *apud iudicem* si ponga quando ancora il *sacramentum* è un giuramento *sacratione interposita*, sia se si ipotizza che detto innesto sia coevo all'affermarsi del deposito animale destinato all'erario della

un magistrato cittadino; poi, in età proto-repubblicana, si sarebbe caratterizzato per l'innesto a monte, in luogo del giudizio divino, del *iudex privatus*; infine, solo in età post-decenvirale, si sarebbe imposto quale struttura bifasica caratterizzata dal previo controllo sull'attività rituale dei privati.

Parimenti per i seguaci della scuola wlassakiana la medesima alternativa non sarebbe affatto prospettabile: ma ciò in forza di ben diversi convincimenti (atteso che, come noto, entrambi i poli si considerano esistenti – e già da lunga data – nel quinto secolo a.C.), nonché a fronte di ben diverse argomentazioni (atteso che il processo 'civile' romano sin dall'epoca monarchica avrebbe esitato solamente in una sentenza pronunciata da un giudice privato e giammai da un ufficio della *civitas*). A fronte delle numerose difficoltà riscontrate nelle impostazioni della dottrina del diciannovesimo secolo<sup>50</sup>, una volta ritenute queste stesse non altrimenti superabili se non in chiave di volontaria sottoposizione della controversia ad un soggetto comunemente scelto dai due litiganti, la celeberrima ricostruzione wlassakiana in senso privatistico-contrattuale delle forme più antiche di processo (ricavata, come oltremodo noto, dalla valorizzazione 'dogmatica', più

---

*civitas* o ai pontefici); 4) da un punto di vista squisitamente logico, sostenere che il 'processo romano' sia derivato dal 'progressivo inquadramento della autotutela (ritualizzata) nelle strutture della *civitas*' non mi pare del tutto esatto in quanto, alla luce della struttura della *legis actio sacramento in rem*, il processo romano primitivo sembra atteggiarsi (là ove la violenza non è effettiva: cfr. C.A. CANNATA, *Violenza fittizia*, cit., 151 ss.) a rito che si sostituisce immediatamente all'esercizio dell'autotutela, sterilizzando a mezzo dell'intervento politico-religioso (ossia con l'ordine di *mittere la lis*, seguito dalla sfida sacramentale: Gai 4.15) l'originaria violenza di cui rimane traccia evidente nel simulacro di lotta stilizzata (sicché non si comprende quale significato, nell'economia del rito, dovrebbe mai avere il decreto magistratuale '*mittite ambo hominem*', se esso, come vuole il Luzzatto, va inserito in un contesto di difesa già da secoli ritualizzata e pacifica e non, invece, quale diretto divieto di ricorso all'autotutela); 5) la figura di un magistrato che aiuta le parti a sussumere la lite nelle fattispecie astratte previste dal diritto più si concilia con quella di un 'consulente di parte' che con un organo della *civitas* che presiede la fase processuale *in iure*, ed inoltre, in questi termini, non si avrebbe modo di spiegare i possibili errori formali in cui le parti invece non di rado incorrevano (cfr. Gai 4.30).

<sup>50</sup> Ad esempio con riguardo alla spiegazione storica offerta circa la indubitabile connessione classica delle conseguenze del rapporto processuale alla *litis contestatio* e non, invece, al momento di instaurazione della lite o a quello della pronuncia giudiziale risolutiva della lite; ovvero con riguardo alle ragioni della traduzione della delega episodica in un elemento strutturale indefettibile. Cfr., per tutti, F.L. VON KELLER, *Il processo civile romano e le azioni*, trad. it., Napoli, 1872, 5 ss.

che 'storica', della natura privata del soggetto giudicante e della sentenza definitiva, delle modalità di scelta del *iudex*, nonché della *litis contestatio*, interpretata quale 'contratto formale endo-processuale' generatore di obblighi civilistici) non è difficilmente riassumibile. Attraverso una epocale irruzione nell'amministrazione della giustizia privata del potere 'statale' (il quale avrebbe in sé assorbito pregresse forme di risoluzione delle controversie), a dar vita alla struttura bipartita – coesistente all'esperienza romana del processo contenzioso giurisdizionale – sarebbero state in concreto, da un lato, la recezione entro l'organizzazione cittadina primitiva dell'arbitrato privato precivico (in un primo momento volontario, successivamente vincolante giusta il *iussum iudicandi*, infine assunto a mezzo obbligatorio per la risoluzione delle liti in totale sostituzione all'esercizio della difesa privata e con completa 'statalizzazione' della sua struttura), dall'altro, l'introduzione di un previo stadio deputato al controllo e alla sorveglianza dell'*agere* delle parti in lite<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> Cfr. M. WŁASSAK, *Die Litiskontestation im Formularprozess*, in *Festschrift zum Doctor-Jubiläum Prof. Dr. B. Windscheid, überreicht von der Juristen-Fakultät zu Breslau*, Leipzig, 1888, 55 ss.; ID., *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer*, Wien, 1917, 222; ID., *Römische Prozessgesetze*, II, Leipzig, 1891, 330 ss.; ID., *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse mit Beiträgen zur Scheidung des privaten und öffentlichen Rechtes*, Wien, 1921, 247 ss., 262; ID., *Die klassische Prozessformel*, cit., 147 ss.; ID., *Zum römischen Provinzialprozess*, 12; E. COSTA, *Profilo storico del processo civile romano*, Roma, 1918, 80, nt. 2; E. BETTI, *Su la formola del processo civile romano*, in *Il Filangieri*, XXXVIII, 1915, 40 ss., 50; ID., *La creazione del diritto nella 'iurisdictio' del pretore romano*, in *Studi in onore di G. Chioyenda*, Padova, 1927, 57 ss.; ID., voce *Processo civile (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1976, 1099 ss.; ID., *Diritto romano*, I, Padova, 1935, 433 ss.; H.F. JOLOWICZ, *Procedure 'in iure' and 'apud iudicem'*, in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano. Bologna e Roma, 17-27 Aprile 1933*, Pavia, 1935, 60; ID., *Some Observations on the Civil Law Attitude towards Self-Redress and Self-Defence*, in *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, IV, 1954, 36 ss.; F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937, *passim*. Cfr., altresì, G. DE SANCTIS, *Storia dei Romani*, I, Firenze, 1907, 349 ss.; J. BINDER, *Die 'Plebs'. Studien zur römischen Rechtsgeschichte*, Leipzig, 1909, 573 ss.; F. LEIFER, *Die Einheit des Gewaltgedankens im römischen Staatsrecht*, München - Leipzig, 1914, 163 ss. Secondo tale impostazione, contraddistinta da uno spiccato evolucionismo lineare e innervata dal duplice principio della originarietà sia dell'arbitrato sia della obbligatoria bipartizione strutturale del processo, il re e poi i sommi magistrati repubblicani (la cui attività sarebbe rimasta pressoché invariata nel tempo) sarebbero stati gli uffici cittadini investiti del compito di impostare la controversia, ma non di risolverla: essa si opponeva alla pregressa impostazione che, pur senza prendere posizione netta circa l'età monarchica, riteneva esistente la piena *iudicatio regia*, atteso che dall'età repubblicana, vuoi facoltativamente (A.A.F. RUDORFF, *Römische Rechtsgechi-*

A prescindere dalle critiche di carattere generale<sup>52</sup>, vero è che l'evoluzione lineare così lucidamente rappresentata da Wlassak, nella sua pur magistrale impostazione, non ha retto ai molteplici attacchi che le sono stati rivolti su non pochi fronti<sup>53</sup>. Quanto alla presunta deriva-

---

*chte*, II, Leipzig, 1859, 2 ss. [n. 7 s.]; F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, VI, Berlin, 1847, 286 ss.), vuoi obbligatoriamente (F. BERNHÖFT, *Staat und Recht der römischen Königszeit im Verhältnis zu verwandten Rechten*, Stuttgart, 1882, 120 ss.; T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*<sup>3</sup>, I, Bonn, 1887, 186, 228), il processo romano avrebbe conosciuto per la prima volta un rinvio dal magistrato al privato esercente pubblica funzione di giudizio (in questo senso cfr., esplicitamente, P.F. GIRARD, *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, I, Paris, 1856, 22, 77, 81 ss.; M.A. BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozess des gemeinen Rechts*, I, Bonn, 1865, 54 ss.; T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*<sup>3</sup>, II, Bonn, 1887, 229; F.L. VON KELLER, *Il processo civile romano*, cit., 5 ss.).

<sup>52</sup> Cfr., ad esempio, P. DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, I, Roma, 1943, 149, che ha definito come «puramente speculativo» il postulato della «evoluzione rettilinea» proposta da Wlassak; P. NOAILLES, 'Fas', cit., 164 ss., che rileva come l'arbitrato sia tutt'altro che una forma 'primitiva' di composizione delle liti; H. LÉVY-BRUHL, *Recherches*, cit., 5 ss., che reputa che arbitrato e processo, più che porsi in rapporto di evoluzione all'insegna della continuità, vadano concepiti come sistemi paralleli e indipendenti; nonché G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, cit., 51, che sostiene che, se il processo romano fosse davvero derivato dalla recezione dell'arbitrato volontario, quest'ultima figura avrebbe dovuto logicamente cessare di esistere come autonoma.

<sup>53</sup> La tesi del Wlassak riscosse notevoli e ampi consensi nella romanistica del primo ventesimo secolo e per un non breve lasso di tempo rappresentò la *communis opinio*; fu all'alba degli anni Quaranta che numerose critiche – le quali determinarono l'avvio ad una florida ripresa degli studi sul processo privato romano e sulle sue origini – vennero rivolte, talora anche con toni eccessivi, al pensiero wlassakiano, tanto che questo «come non di rado avviene rispetto a dottrine per troppo tempo dominanti ... subì un'ondata di riflusso» (M. TALAMANCA, voce *Processo civile*, cit., 2; cfr., inoltre, sulla fortuna della teoria arbitrale e sul suo repentino abbandono, A. BISCARDI, *Lezioni*, cit., 26 ss., 31 ss., 391 ss.). All'oggi tale impostazione è generalmente rigettata sotto diversi e molteplici profili di carattere particolare (anche se, in via generale, i più dei contestatori di Wlassak concordano sulla impossibilità di vedere nell'arbitrato volontario il precedente del processo *per legis actiones*, nonché sulla infondatezza della tesi postulante la bipartizione originaria): cfr., paradigmaticamente, L. WENGER, *Institutes*, cit., 53 ss. e nt. 72; ID., *Wandlungen im römischen Zivilprozessrecht*, in *Habbandlungen zur Antiken Rechtsgeschichte. Festschrift für G. Hanaušek*, Graz, 1925, 7 ss.; ID., *Vom zweigeteilten römischen Zivilprozesse*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli, 1948, 48 ss.; ID., *Einige Bemerkungen zur historischen Behandlung der römischen und justinianischen Zivilprozessrechts*, in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano. Bologna e Roma, 17-27 Aprile 1933*, Pavia, 1935, 207 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 77 ss.; M. KASER, *Zum Ursprung des geteilten römischen Zivilprozessverfahrens*, in *Festschrift für L. Wenger*, I, München, 1944, 107 ss.; ID., *Das altrömische 'Ius'*. *Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, 1949, 11, 110 ss., 115 ss.; ID., 'Praetor' und 'judex' im römischen Zivilprozess, in *TR*, XXXII, 1964, 329 ss.; P. NOAILLES, 'Fas', cit., 45 ss., 81 ss., 164 ss.; ID., *Du droit sacré*, cit., 52



zione diretta e lineare del processo dall'arbitrato, si sono addotti, principalmente, i seguenti argomenti. Da un lato, non s'è mancato di mettere in luce come il carattere consensuale della *litis contestatio* – assunto dal Wlassak in termini di contrattualità formale – assai poco si concili con quanto Festo<sup>54</sup> prova, invece, in tema di natura e forma di tale atto

---

ss., 72 ss., 275 ss.; H. LÉVY-BRUHL, *Recherches*, cit., 5 ss., 30 ss.; G. BROGGINI, *Iudex arbiterve*, cit., 5 ss.; ID., *La prova*, cit., 348 ss.; R. SANTORO, *Potere e azione*, cit., 553 ss., 561 ss., 565 ss., 592; A. BISCARDI, *Lezioni*, cit., 26 ss., 53 ss.; M. TALAMANCA, voce *Processo civile*, cit., 22 ss.; ID., *Istituzioni di diritto romano*, cit., 283, 297; B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., 120 ss.; A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*<sup>5</sup>, Napoli, 1990, 149 ss.; G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, cit., 168 ss., pur non aderendo all'ipotesi arbitrale, con Wlassak ritiene che l'evoluzione dell'istituto processuale sia stata caratterizzata dall'innesto del previo controllo magistratuale sull'*agere* privato (seppur in epoca alquanto tarda, laddove per lo studioso svizzero l'inserzione sarebbe stata primitiva, pressoché contestuale alla nascita della *civitas*). Sulla possibilità di conciliare la tesi dell'arbitrato con quella della 'Selbsthilfe' si è condivisibilmente pronunciato G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 27 ss., secondo cui, anzi, la seconda potrebbe concepirsi in termini di continuità e di completamento della prima (v., del resto, E. BETTI, *La 'vindictio' romana primitiva*, cit., 24 ss.). Pur nella critica – in nome di forme di giustizia popolare attuantesi in procedimenti collettivi di cognizione – ad entrambi gli orientamenti (anzi, per ammissione dell'autore stesso, in conformità ad una impostazione esplicitamente anti-Wlassak e anti-Luzzatto: G. BROGGINI, *Iudex arbiterve*, cit., 5 ss.; ID., *Vindex*, cit., 122 ss.), essi, anche secondo il Broggin, potrebbero conciliarsi al livello di evoluzione storica e di coerenza logica: «un'epoca selvaggia e violenta avrebbe preceduto la nascita dell'organizzazione statale romana, vi avrebbe anzi lasciato tracce evidenti. La procedura dell'antica Roma sarebbe comprensibile solo nella prospettiva della difesa privata: dalla lotta combattuta, dalla violenza privata, all'arbitrato volontario, da questo all'arbitrato imposto dallo Stato nelle *legis actiones*, quindi alla procedura formulare a contenuto ibrido ed infine alla procedura integralmente statale della *cognitio extra ordinem*» (G. BROGGINI, *La prova*, cit., 352).

<sup>54</sup> Fest. voce 'contestari' (Lindsay 34): *contestari est, cum uterque reus dicit: testes estote*; Fest. voce 'contestari litem' (Lindsay, 50): *contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dictare solet: testes estote*; Paul.-Fest. voce 'reus' (Lindsay 336): *reus nunc dicitur, qui causam dicit: et item qui quid promisit spontive ac debet. at Gallus Aelius lib. II. significationem verborum, quae ad ius pertinet, ait: reus est, qui cum altero litem contestatam habet, sive is egit, sive cum eo actum est*. Pare impossibile, quindi, una volta evidenziata la natura di mera 'chiamata di testi formali' e, quindi, esclusa la sovrapposibilità degli effetti della *litis contestatio* formulare a quelli della *litis contestatio* del processo precedente, aderire a soluzioni come quella avanzata da D. LIEBS, *Die Klagenkonsumtion des römischen Rechts*, in *ZSS*, LXXXVI, 1969, 169 ss., 178 ss. (cfr., altresì, G. JAHR, 'Litis contestatio'. *Streitbezeugung und Prozessbegündung im Legisaktionen und im Formularverfahren*, Köln - Graz, 1960, 66; M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo del processo privato*, in *Ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. 'Princeps' e procedure dalle leggi Giulie ad Adriano. Atti del convegno internazionale di diritto romano [Copanello, 5-8 giugno 1996]*, Napo-

in regime di *legis actiones* (e, dunque, s'è denunciata la scorrettezza metodologica consistente nell'estendere indebitamente, attraverso una retrodatazione del tutto infondata, alle forme di processo più arcaiche caratteri peculiari di stadi più recenti)<sup>55</sup>. Dall'altro, bersaglio della critica è stata la convinzione in forza della quale ulteriore appiglio a favore della tesi arbitrale sia costituito dal principio (che Cicerone, nella *pro Cluentio*, solo in virtù di una palese iperbole retorica invoca come 'assoluta' e 'remota')<sup>56</sup> secondo cui la scelta del giudice – di ogni giudice – è

---

li, 1999, 97 ss.), il quale attribuisce efficacia consuntiva (ed *ergo*, di riflesso, anche determinante l'irripetibilità dell'*actio*) alla *litis contestatio* nel processo per *legis actiones* (cfr., *contra*, M. MARRONE, 'Agere lege', 'formulae', e preclusione processuale, in AUPA, XLII, 1992, 234, nt. 57; R. FIORI, 'Ea res agatur', cit., 167 s.; A. SALOMONE, 'Iudicati velut obligatio'. Storia di un dovere giuridico, Napoli, 2007, 234; C. PELLOSO, *Il concetto di 'actio'*, cit., 236 s. e nt. 213).

<sup>55</sup> Cfr. O. CARRELLI, *La genesi del procedimento formulare*, Milano, 1946, *passim*; F. BONIFACIO, *Appunti sulla natura della 'litis contestatio'*, in *Studi in onore di E. Albertario*, I, Milano, 1953, 77 s., 81 ss.; C. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., 152 s.; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*<sup>14</sup>, Milano, 1960, 120 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 389 ss., 394; A. BISCARDI, *Lezioni*, cit., 40 ss., 50 ss.; v., inoltre, anche per ulteriori riferimenti dottrinari, A. SALOMONE, 'Iudicati velut obligatio', cit., 212 e nt. 20.

<sup>56</sup> Cic. *Cluent.* 43.120: *neminem voluerunt maiores nostri non modo de existimatione cuiusdam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse iudicem, nisi qui inter adversarios convenisset*. Sul passo, oltre a J. MAZEAUD, *La nomination du 'iudex unus' sous la procédure formulaire à Rome*, Paris, 1933, 108 ss. (in senso critico rispetto alla precedente letteratura, tutta ben disposta a prestare cieca fede al dettato ciceroniano), cfr., *ex plurimis*, H. LÉVY-BRUHL, *Recherches*, cit., 201, nonché G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II, cit., 223 ss., 225 ss. (apparentemente a favore dell'idea dell'immanenza della scelta del giudice alla stessa bipartizione); A. BISCARDI, *Lezioni*, cit., 119, 410 (propenso a pensare ad una affermazione consuetudinaria della regola poco prima dell'introduzione legislativa della *legis actio per condictionem*); G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 100 ss., nonché G. BROGGINI, 'Iudex arbiterve', cit., 9 ss., 18 ss., 55 ss. (disposti a sostenere che i *matores* citati dall'oratore non debbano identificarsi necessariamente con i giuristi del quinto e del quarto secolo a.C. e che, dunque, il principio non sia così antico come il passo dell'orazione ciceroniana potrebbe *prima facie* far intendere; v., conformemente, M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 48 ss. e nnt. 18 e 30); cfr., altresì, G. SCHERILLO, *Lezioni*, cit., 93, 132 s.; C. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., 162; B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., 127; G. NOCERA, 'Reddere ius', cit., 204 s.; W. SIMSHÄUSER, *Stadtrömisches Verfahrensrecht im Spiegel der 'lex Irnitana'*, in ZSS, CIX, 1992, 183 (con ragguglio bibliografico). Imprescindibile è, per la comprensione del testo sopra riportato, il commento fattone da G. PUGLIESE, *Aspetti giuridici della 'pro Cluentio' di Cicerone*, in *Iura*, XXI, 1970, 155 ss., 170 ss.: alla luce di quest'ultimo, non può che essere rilevato come il passo si inserisca entro un'argomentazione, tutt'altro che poco faziosa, tesa a sostenere che certe decisioni (anzitutto *notae censoriae*, fondate sulla

sempre stata rimessa, sin dall'epoca dei *maiores*, alle parti litiganti. S'è fatto condivisibilmente notare, per l'appunto, che dalla presenza (anche se concepita come strutturalmente ineliminabile) del giudice privato nel processo contenzioso romano, non è affatto lecito inferire per automatismo una nomina (*datio - addictio*) da parte del magistrato subordinata alla previa indicazione, offerta dalle parti, del soggetto cui concordemente esse abbiano inteso sottoporre la controversia insorta ai fini della sua risoluzione<sup>57</sup>. Ed anzi il formulario della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, nonché quanto inferibile dal regime del *lege agere sacramento* pregresso all'entrata in vigore della *lex Pinaria* – se non vado errando – lasciano intendere in senso diametralmente opposto a quello di un originario giudice-arbitro concertato dalle parti<sup>58</sup>. Infine, s'è sot-

---

corruzione a danno di Oppianico) contrarie al cliente dell'oratore, ossia Cluenzio, non sono per loro natura sentenze; è in questo contesto che si invoca il principio atavico del *iudex* necessariamente scelto *inter adversarios*, presentato opportunamente come universale e addirittura risalente agli antenati; ma esso, invero, né corrisponde, quanto al processo criminale, alla realtà delle *quaestiones perpetuae* post-sillane, né si attana-glia, quanto al processo civile, *in primis* ai giudizi decemvirali e ai giudizi centumvirali. E se così è, allora, nulla esclude – io credo – che l'esagerazione retorica che marchia la perentoria asserzione ciceroniana non solo attenga all'ampiezza applicativa del principio, ma anche alla sua antichità: e ciò dalle fonti attinenti ai più risalenti *modi agendi*, come si appurerà a breve, è ben comprovato. Del resto, va sottolineato che lo stesso Wlassak non si richiama a Cic. *Cluent.* 43.120 onde fondare la sua tesi.

<sup>57</sup> Cfr. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 101 ss.; G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II, cit., 111 ss. (seppur con oscillazioni: ID., *Procedura civile romana*, II, cit., 224 ss.); B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., 107, 113 s., 127.

<sup>58</sup> Nel formulario della *legis actio per postulationem* (Gai 4.17 a; Gell. 20.1.7), infatti, non v'è menzione dell'accordo tra le parti: a chiedere il *iudex* o l'*arbitrator* è il solo attore che, con atto unilaterale (*postulatio*), si rivolge direttamente al magistrato per la verisimilmente immediata – data l'assenza di elementi contrari – *datio iudicis* (ossia per una 'nomina d'ufficio') e sempre *iudex <statim> [nondum] datus* è quello della *legis actio sacramento* (cfr. Gai 4.15 e Prob. 4.8, nonché, per *arbitros dare*, v. Tab. 12.3; v., inoltre, Plaut. *merc.* 752, *Cas.* 966, *Amph. Arg.* 2.7, *Merc.* 733, *Most.* 557, *Bacch.* 270). Diversamente, in quello della *condictio* si parla di un differimento di trenta giorni (al pari di quanto avviene *post legem Pinariam* per l'*agere sacramento*: Gai 4.15) '*capiendi causa*' (Gai 4.17 b: *per conditionem ita agebatur: AIO TE MIHI SESTERTIORVM X MILLIA DARE OPORTERE: ID POSTVLO, AIAS AVT NEGES. aduersarius dicebat non oportere. actor dicebat: QVANDO TV NEGAS, IN DIEM TRICENSIMVM TIBI IVDICIS CAPIENDI CAUSA CONDICO. deinde die tricensimo ad iudicem capiendum praesto esse debebant. condicere autem denuntiare est prisca lingua*). Ergo, con Albanese, ritengo, sulla base di tale comparazione, del tutto «ragionevole supporre che solo nel secondo caso la designazione fosse legata ad un accordo dei litiganti» (B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., 127), benché ciò non significhi anche che l'atto di nomina, a livello nominalistico e formale, sia qualificabile qui già in termini di *iudicis addictio*: v., per l'opposizione tra

tolineata la difficoltà di accordare l'origine arbitrale del processo romano (indefettibilmente legata allo schema della bilaterale sottoposizione della lite ad un terzo) con il dato della inoperatività dell'obbligo di difesa del convenuto (benché essa sia limitata, stando ad una autorevolissima scuola di pensiero, alle forme più antiche di processo di rivendica). *Ergo*, s'è avuto modo di segnalare la fallacia dell'idea wlassakiana – a monte fondata sulla presunta distinzione di natura ed effetti intercorrente tra l'*indefensio* (*non contravindicare*) e la *cessio* (*negare; tacere*), a valle scaturente nella concezione del *rem defendere* quale condotta in concreto elevabile a contenuto di un 'obbligo' – dell'impossibilità di realizzazione unilaterale del diritto del *vindicans*, ossia in assenza di cooperazione *in iure* di controparte (cooperazione consistente, se non nella solenne resistenza processuale, vuoi nella forma di adesione alla pretesa

---

giudice *datus* e *captus* (proprio delle *legis actiones*), da un lato, e *iudex addictus* (proprio del processo formulare), dall'altro, G. BROGGINI, *Iudex arbiterve*, cit., 10 ss. (che, tuttavia, se sul punto è seguibile, non persuade là ove ritiene, unicamente giusta la non netta testimonianza di Varro *ling.* 6.61 [*addixit iudicium*] e di Macr. *Sat.* 1.16.28 [*manumittere e addicere iudiciam*], che l'*addicere iudicium* sia invece atto proprio del solo processo *per legis actiones*, quale concessione magistratuale approvante lo schema proposto dall'attore, come mette in chiaro G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 382, nt. 281, rimarcando che nei due passi non è certa la menzione di *legis actiones*; v., inoltre, sui due passi, O. BEHREND, *Der Zwölftafelprozess*, cit., 61 ss.; W. SIMSHÄUSER, *Stadtrömisches Verfabrensrecht*, cit., 181 ss. e 183, nt. 57; R. SANTORO, *Potere e azione*, cit., 172 s.); *contra* cfr. la posizione di C. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., 184 (che propende per la totale sinonimia di *iudicem addicere* e *iudicem dare*, contrastando invece l'equivalenza wlassakiana tra *iudicium addicere* e *iudicem addicere*, recentemente ripersa da B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., 117 e nt. 401), nonché di M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 36, nt. 5, 59 e nt. 28 (che, ammettendo l'allosemia, considerano verisimile – inverosimile senza addurre fonti dirette – attribuire anche all'epoca delle *legis actiones* l'atto di *iudicem addicere*, ossia di nominare il *iudex*, non d'ufficio, bensì su proposta ['Vorschlagsrecht'], più che in base a scelta vincolante ['Auswahl'], delle parti). Che *addictus iudex* sia sempre un giudice nominato in quanto previamente scelto dalle parti – dato il numero esiguo di fonti (peraltro non sempre univoche: cfr., oltre a *lex Iulia agr.* [=FIRA, I, 138 ss.] KL. V, e *frag. Atest.* [=FIRA, I, 176 ss.], 7, 14 s., in cui si distingue, in un contesto non di contrapposizione bensì di giustapposizione, tra *datio* e *addictio* di *recuperatores*, *iudex*, *arbiter*, Paul. 2 *quaest.* D. 5.1.46, ove *datus* e *addictus* sono usati come sostantivi tra loro intercambiabili, laddove ciò non emerge da Pomp. 2 *ad Sab.* D. 5.11.80) – non credo tuttavia sia possibile sostenere con certezza, benché, in effetti, tale locuzione – come ha rimarcato il Broggin – non si rinvenga in contesti di processi pre-formulari. E, del resto, la stessa *lex Irnitana* (86.ixC.25 s.; 87.ixC.48 s.; 87.ixC.49 ss.), nell'interpretazione offerta da Metzger, fa emergere la distinzione formale e sostanziale tra l'*addictio* e la *datio* del *iudex*, benché tale distinzione non si basi sulle modalità di selezione (cfr. E. METZGER, *A New Outline of the Roman Civil Trial*, Oxford, 1997, 63 ss.).

attore, vuoi nella forma di 'dichiarazione esplicita' ovvero di 'manifestazione silente' della volontà di non procedere all'opposizione)<sup>59</sup>.

<sup>59</sup> Prendendosi in esame il processo formulare, a tutti è noto che si suole distinguere tra *actiones in personam* e *actiones in rem*, con riguardo all'istituto della *defensio* (sul punto, da ultima, cfr. L. DAMATI, *Sulla cooperazione del convenuto nel processo formulare*, in 'Actio in rem' e 'actio in personam', cit., I, 851 ss.). I giuristi romani consideravano l'attività del convenuto nelle *actiones in personam* in termini di 'se defendere', cioè di 'difendere se stesso', mentre nelle *actiones in rem* si trattava di 'rem defendere', cioè di 'difendere la cosa': e tale dualismo in Gaio si enuncia dal punto di vista dell'*intentio* ove cioè viene ad essere esplicitato il rapporto giuridico sostanziale dedotto in giudizio e quindi anche il *petitum* mediato. Nelle *actiones in personam* l'*intentio* era *scripta in personam* e conteneva espressamente la menzione del convenuto in cui capo si assumeva l'esistenza di un *oportere* (sul punto mi permetto di rimandare a C. PELLOSO, *Il concetto di 'actio'*, cit., 159 ss.), laddove in quelle *in rem* il *desiderium* dell'*intentio* veniva scolpito solo in termini di esistenza per l'attore di un *ius* sulla cosa litigiosa o di una appartenenza qualificata della cosa all'attore, senza alcuna menzione del convenuto (Gai 4.87; Ulp. 76 *ad ed.* D. 44.4.2.1-2 e D. 44.4.33), in quanto le diverse posizioni giuridiche erano definite solo in rapporto alla cosa: in buona sostanza, la pretesa nel primo caso aveva da esplicarsi solo verso quel convenuto (tenuto, ossia obbligato, dall'ordinamento a *defendere se*, in quanto sia la sua difesa non era atto processuale da porre in essere nel suo esclusivo interesse, sia l'assenza di difesa non permetteva il realizzarsi del fine di tutela prefisso), mentre nel secondo la persona del convenuto era indifferente e la difesa della *res* integrante gli estremi di un onere (in quanto il fine che l'ordinamento si era prefisso sarebbe stato altrimenti conseguito, anche nel caso di condotta passiva non adesiva). Sulle orme del Wlassak, s'è sovente ritenuto che l'*actio in personam* non consentisse al *vocatus in ius* rispetto all'affermazione dell'attore alcun tipo di 'inattività' (ossia di ostruzionistica resistenza passiva non integrante alcuna adesione alla pretesa attorea), versando egli solo nell'alternativa di *confiteri* (riconoscere come fondata la ragione dell'attore) ovvero *se defendere* (resistere positivamente all'affermazione dell'attore); di contro, l'*actio in rem*, diretta verso la cosa, avrebbe dispiegato comunque i suoi effetti (Anth. 1 *ad ed.* D. 6.1.80; Ulp. 70 *ad ed.* D. 50.17.156), ossia anche indipendentemente dalla collaborazione del convenuto, in ossequio al principio di 'Einlassungsfreiheit' (M. WŁASSAK, *Der Gerichtsmagistrat*, cit., 141 ss., 153 ss.; J. GOLDSMITH, *Prozess als Rechtslage*, Berlin, 1925 [Neudruck Aalen, 1962], 82 ss.; E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*<sup>2</sup>, Milano, 1955, 52; L. ARU, *Il processo civile contumaciale*, Roma, 1934, 40 ss.; G. PROVERA, *Il principio*, cit., 168 ss., ID., 'Indefensio' e legittimazione passiva alla 'rei vindicatio', in *Studi in onore di G. Grosso*, VI, Torino, 1974, 213 s.; *contra* cfr. G. PUGLIESE, 'Actio' e diritto subiettivo, Milano, 1939, 358 ss., 383 ss.; M. TALAMANCA, *Studi sulla legittimazione passiva alla 'hereditatis petitio'*, Milano, 1956, 12). Ma – a prescindere da eventuali critiche marginali che a una siffatta generale impostazione si possono anche muovere – se tale è il prospetto per processo formulare, già solo calando di peso (e quindi storicamente) questo dualismo nel periodo delle *legis actiones* la tesi wlassakiana vacillerebbe in quanto, non esistendo alcun obbligo di *rem defendere* (anche a fronte dell'esistenza dell'obbligo di *se defendere*), non sarebbe più possibile trarre dall'obbligo di difesa le conseguenze necessarie per sostenere l'origine arbitrare del processo (cfr. G.I. LUZZATTO, *Vecchie e recenti prospettive*, cit., 12 nt. 19, il quale, tut-

Quanto poi alla pretesa bipartizione connaturale alla natura del processo romano, lo scetticismo aprioristico che ha condotto i seguaci di Wlassak non solo a svalutare, ma addirittura a ignorare gli indizi, se non le prove, offerte dagli autori antichi (tanto giuristi quanto storici) nel senso dell'esistenza di 'giudizi regi' anche in materia privata, in un clima – come quello attuale – di rinnovata fiducia verso i contenuti delle fonti romane e greche per la ricostruzione delle fasi più remote della storia (anche del diritto), non ha più ragione di esistere<sup>60</sup>: ed ec-

---

tavia, partendo dalla dimostrazione della mancanza di un obbligo di *rem defendere* nelle *actiones in rem*, ritiene che non vi sia motivo per addivenire a una diversa conclusione in tema di *actiones in personam*). Ma, a più forte ragione, se è storicamente dimostrabile l'inesistenza di tale obbligo, allora la tesi di Wlassak perde credibilità, soprattutto là ove questi cerca di dimostrare che, nel processo arcaico, la *vindicatio* unilaterale è improduttiva di effetti e che, dunque, è richiesta una qualche 'collaborazione processuale', se non controindicando, nella forma di adesione o di rinuncia formalizzata alla resistenza (cfr. M. WLASSAK, *Der Gerichtsmagistrat*, cit., 119 ss.): la *legis actio sacramento in rem* (Gai 4.16) si struttura, invero, in modo tale da rendere irrilevante ogni distinzione effettuale non tra *cessio* (rinuncia formalizzata alla resistenza mediante negazione o silenzio) e *confessio* (conferma del diritto altrui), come sottende il Wlassak (che, infine, separa queste due ipotesi dagli effetti della *indefensio*), ma tra le forme attestate di *indefensio* e l'ipotetica *confessio* (v. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 370 e nt. 257), quali *species* del *genus* 'omissione di *contravindicare*', ossia *cessio*, come emerge da Gai 2.24: *in iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani uelut praetorem urbanum [aut praesides prouinciae] is, cui res in iure ceditur, rem tenens ita dicit: 'HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO'; deinde postquam hic uindicauerit, praetor interrogat eum, qui cedit, an contra uindicet; quo negante aut tacente tunc ei, qui uindicauerit, eam rem addicit; idque legis actio uocatur. hoc fieri potest etiam in prouinciis apud praesides earum*. E ciò giacché è la sola *contravindicatio* ad imporsi quale opposizione formale efficace atta a paralizzare la *vindicatio*, benché essa – come è lampante – non costituisca affatto l'oggetto di un 'obbligo', dato che il diritto (oggettivo) riconosce attuazione al diritto (soggettivo) del *vindicans* mediante *addictio*, non solo in caso di adesione avversaria alla pretesa di quest'ultimo, ma anche in assenza della condotta processuale integrante l'atto della solenne e formale *contravindicatio*, o perché la controparte rimane silente, o perché contesta solo il diritto del *vindicans*, o perché esplicitamente afferma di non voler *contravindicare* (cfr., *amplius*, G. DEMELIUS, *Die 'confessio' im römischen Civilprocess*, Graz, 1880, 76 ss., 146 ss.; G. PUGLIESE, *'Actio' e diritto subiettivo*, cit., 360 ss.; G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II, cit., 295 ss.).

<sup>60</sup> Cfr., in generale, sulla inadeguatezza metodologica dell'ipercriticismo, D. MURTI, *Tendenze nella storiografia romana e greca su Roma arcaica. Studi su Livio e Dionigi d'Alicarnasso*, in *Quaderni urbinati di cultura classica*, X, 1970, 154; S. TONDO, *Profilo di storia costituzionale romana*, I, Milano, 1981, 14; G. POMA, *Tra legislatori e tiranni. Problemi storici e storiografici sull'età delle XII Tavole*, Bologna, 1984, 57 ss.; R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, 525 s.; A. GARZET-

co, infatti, emergere con nettezza, entro una multiforme pluralità di dati tra loro concordanti e tendenzialmente univoci<sup>61</sup>, la percezione romana – tardo-repubblicana, augustea, epiclassica – del *rex* primitivo con riguardo al momento di applicazione e di creazione del diritto. Il monarca primitivo viene descritto da Pomponio – la cosa è nota – come il titolare di *manus*, o *potestas*, indistinta e generalissima (ossia *omnis*), nell'esercizio di un'altrettanto indistinta e generalissima *gubernatio* (rivolta, per l'appunto, ad *omnia*), nonché è qualificato come *potentissimus* nell'*ordo sacerdotum festino*<sup>62</sup>. Nel *de re publica* di Cice-

---

TI, *Introduzione alla storia romana con un'appendice di esercitazioni epigrafiche*<sup>6</sup>, Milano, 1995, 106.

<sup>61</sup> Sulla *iudicatio regia*, a titolo di esempio, con propensione a prestare fede alle notizie evincibili dalle fonti (citate nelle ntt. seguenti), cfr. M. KASER, *Das altrömische 'Ius'*, cit., 35 ss.; C. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., 72 ss.; R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino, 1967, 160; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 87 ss.; A. BISCARDI, *Lezioni*, cit., 55; G. NOCERA, *'Reddere ius'*, cit., 111 ss., 173 ss.; I. BUTI, *Il 'praetor'*, cit., 19 ss.; B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., 22 ss.; in senso scettico, cfr., ancora, E. BETTI, *La creazione*, cit., 54 s.; G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, cit., 44 s.

<sup>62</sup> Pomp. *l.s. ench.* D. 1.2.2.1: *Et quidem initio civitatis nostrae populus sine lege certa, sine iure certo primum agere instituit omniaque manu a regibus gubernabantur*; Pomp. *l.s. ench.* D. 1.2.2.14: *Quod ad magistratus attinet, initio civitatis huius constat reges omnem potestatem habuisse* (ma cfr., altresì, D. 1.2.2.16); Paul.-Fest. voce '*ordo sacerdotum*' (Lindsay 198): *Ordo sacerdotum aestimatur deorum <ordine ut deus> maximus quisque. Maximus videtur Rex, dei Dialis, post hunc Martialis, quarto loco Quirinalis, quinto pontifex maximus. Itaque in solis Rex supra omnis accumbat licet; Dialis supra Martialem, et Quirinalem; Martialis supra proximum; omnes item supra pontificem. Rex, quia potentissimus: Dialis, qui universi mundi sacerdos, qui appellatur Dium; Martialis, quod Mars conditoris urbis parens; Quirinalis, socio imperii Romani Curibus ascito Quirino; pontifex maximus, quod iudex atque arbiter habetur rerum divinarum humanarumque*. V. P. DE FRANCISCI, '*Primordia civitatis*', cit., 266 ss., 377, 403 ss., 528 ss.; R. ORESTANO, *I fatti di normazione*, cit., 78 ss., 130, 157; il richiamo alla 'indistinzione di potere' non può non rimandare al *mancipium* del *pater* (o, che dir si voglia, *potestas* o *manus*), interpretato quale generale ed indifferenziato potere su cose e persone della *familia* (per una sintesi magistrale, v. A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., 484 ss.; ID., *L'ordinamento giuridico*, cit., 175 ss.). La tesi non è, per vero, nuova: rispolverata con grande vigore e puntualità da F. GALLO, '*Potestas*' e '*dominium*' nell'esperienza giuridica romana, in *Labeo*, XVI, 1970, 16 ss. (cfr., altresì, ID., *Osservazioni sulla signoria del 'pater familias' in epoca arcaica*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, II, Roma, 1956, 193 ss.; *contra* L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ancora sui poteri del 'pater familias'*, in *BIDR*, LXXIII, 1970, 357 ss.), essa è stata sostenuta anche nel secolo diciannovesimo dalla dottrina di lingua tedesca: v., *ex plurimis*, E. GANS, *Scholien zum Gaius*, Berlin, 1821, 138 ss.; J. CHRISTIANSEN, *Die Wissenschaft der römischen Rechtsgeschichte im Grundrisse*, I, Altona, 1838, 134 ss.; G.F.F. RUPERTI, *Handbuch der Römischen Alterthümer*, II.2, Hannover, 1843, 670; A. ROSSBACH, *Untersuchungen über*

rone, oltre a ciò, il *rex*, da una parte, al pari dei pontefici in età più avanzata, è elevato a custode stesso della *interpretatio iuris* e, quindi, a interlocutore dei Romani che a lui, in contesto non contenzioso, erano soliti rivolgersi e, così, *petere ius*; dall'altra, in sé assommando la funzione di magistrato e di giudice, è definito quale *arbiter* e *disceptator* monocratico, competente a definire, nell'ambito dei suoi *iudicia*, la controversia con pronuncia sul merito in ogni materia (incluse, dunque, fattispecie di diritto privato)<sup>63</sup>. Tuttavia, tale attività regia, che in

---

*die römische Ebe*, Stuttgart, 1853, 26 ss.; M. VOIGT, *Römische Rechtsgeschichte*, I, Leipzig, 1892, 30, 41, 441 ss. (ovviamente alla luce di U. COLI, *Sul parallelismo del diritto pubblico e privato, nel periodo arcaico di Roma*, in *SDHI*, IV, 1938, 76 ss., contro gli eccessi nelle sovrapposizioni tra piano pubblico e privato, come è per F. DE VISSCHER, 'Mancipium' et 'res Mancipi', in *SDHI*, II, 1936, 322 ss.; F. DE VISSCHER, *La notion de puissance dans l'organisation de l'ancien droit romain*, in *Nouvelles études de droit romain public et privé*, Paris, 1949, 265 ss.).

<sup>63</sup> Cic. *rep.* 5.2.3: <nihil esse tam> regale quam explanationem aequitatis, in qua iuris erat interpretatio, quod ius privati petere solebant a regibus, ob easque causas agri arvi et arbusi et pasui lati atque uberes definiebantur, qui essent regii [qui] colerenturque sine regum opera et labore, ut eos nulla privati negotii cura a populorum rebus abduceret. nec vero quisquam privatus erat disceptator aut arbiter litis, sed omnia conficiebantur iudiciis regii. et mihi quidem videtur Numa noster maxime tenuisse hunc morem veterem Graeciae regum. nam ceteri, etsi hoc quoque munere fungebantur, magnam tamen partem bella gesserunt et eorum iura coluerunt; illa autem diuturna pax Numae mater huic urbi iuris et religionis fuit, qui legum etiam scriptor fuit quas scitis extare (cfr., per un caso, a quanto mi consta negletto in letteratura, di rex che quale disceptator ha cognitio di una lite tra pater e filius, Liv. 1.50.8-9 [disceptatorem ait se sumptum inter patrem et filium cura reconciliandi eos in gratiam moratum esse, et quia ea res emisisset illum diem, postero die acturum quae constitueret. Ne id quidem ab Turno tulisse tacitum ferunt; dixisse enim nullam breviorum esse cognitionem quam inter patrem et filium paucisque transigi verbis posse: ni pareat patri, habitum infortunium esse.]; sull'uso di disceptator, cfr., oltre a C. 3.1.14.1, Cic. *leg.* 3.3.8, *fam.* 13.26.2, *Caec.* 2.6, nonché Tab. Herc. 84.1.3-5). Quanto alla prima parte del passo testé riportato, va sottolineato che il rex è inauguratus (cfr. Liv. 1.18.6-10; P. DE FRANCISCI, 'Primordia civitatis', cit., 515; U. COLI, 'Regnum', in *SDHI*, XVII, 1951, 77, 80 ss., 91 s.; S. TONDO, *Profilo*, I, cit., 109; S. MAZZARINO, *Dalla monarchia allo stato repubblicano. Ricerche di storia romana antica*, Milano, 1992, 49 ss.; R. ORESTANO, *I fatti di normazione*, cit., 157 s.; P.M. MARTIN, *L'idée de royauté à Rome*, I, Clermont - Ferrand, 1982, 44 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Lezioni di storia del diritto romano*, Napoli, 2006, 22 s.; A. CARANDINI, *Sindrome occidentale*, Genova, 2007, 55 ss.) e, pertanto, è un 'sacerdote', anzi un sacerdote dotato di uno statuto superiore rispetto a quello degli altri (Paul.-Fest. voce 'ordo sacerdotum' [Lindsay 198]); circa la necessità dell'inauguratio quale atto di conferma divina integrativa per l'acquisto della piena dignità sacerdotale (Cic. *leg.* 2.8.21; Dion. Hal. 2.22.3), cfr., a proposito del rex sacrorum, Liv. 27.36.5, 40.42.8-10; Gell. 15.27.1; per i flamines maiores, Gai 1.130, 3.114; Liv. 27.8.4, 29.38.6, 37.47.8, 41.28.7; 45.15.10, *Macr. Sat.* 3.13.11; per pontefici



un numero cospicuo di fonti viene ad essere significativamente individuata dalla locuzione 'iura dare' (e giammai dal ben più noto sintagma 'ius dicere')<sup>64</sup>, pur sottendendo la succitata competenza universale,

---

e auguri, Cic. *Brut.* 1; Liv. 27.36.5, 30.26.10; Dion. Hal. 2.73.3. Ora, se è vero che: 1) l'origine del pontificato collegiale è generalmente ricondotta al regno numano (Cic. *rep.* 2.26; Cic. *de orat.* 3.73; Dion. Hal. 2.73.1; Plut., *Num.* 9.1; Flor. *epit. Liv.* 1.2.2; Lact. *inst. Div.* 1.22.4; *contra* cfr. *de vir. illustr.* 3.1, Liv. 1.20.5, e su tale tradizione, v., con approcci differenti, A. BOUCHÉ-LECLERCQ, *Les pontifes dans l'ancienne Rome. Étude historique sur les institutions religieuses de Rome*, Paris, 1871, 7, 59; J. MARQUARDT, *Le culte chez les Romains*, I, trad. franc., Paris, 1889, 286, nt. 3; J. BAYET, *La religion romaine. Histoire politique et psychologique*<sup>2</sup>, Paris, 1969, 98, 101; A. STORCHI MARINO, *Numa e Pitagora*, Napoli, 1999, 109 ss.; C. RINOLFI, *Liv.* 1.20.5-7: *pontefici*, 'sacra', 'ius sacrum', in *Diritto @ Storia*, IV, 2005); 2) secondo una tradizione il rex è 'sacerdote e pontefice' (Serv. *ad Aen.* 3.80; Zosim. 4.36; Plut. *Num.* 9.1); 3) il pontefice massimo cui, secondo Livio, in età proto-repubblicana sarebbero stati subordinati tutti gli altri sacerdoti (Liv. 2.2.1), è attestato per la prima volta nel 450 a.C. (Liv. 3.54.11) e, secondo una tesi recente, tale sacerdote, insieme al rex *sacrorum*, potrebbe essere una carica da riportare all'età tarquinia, essendo l'*ordo sacerdotum* di Festo da riferire proprio a quest'ultima età regia (G. DUMÉZIL, *La religione romana arcaica. Miti leggende realtà della vita religiosa romana con un'appendice sulla religione degli etruschi*, trad. it., Milano, 2001, 106 ss.; T. CORNELL, *The Beginnings of Rome: Italy and Rome from the Bronze Age to the Punic Wars [c. 1000-264 B.C.]*, London - New York, 1995, 234 s.; A. CARANDINI, *Sindrome occidentale*, cit., 55 ss., 58 s.); allora, se è vero tutto ciò, nulla esclude che il rex *optimo iure*, inizialmente (ossia prima della scissione tarquinia della sua natura sacerdotale spartita tra rex *sacrorum* e *pontifex maximus* da quella militare-politica), sia stato, quale *potentissimus* (Paul.-Fest. voce 'ordo sacerdotum' [Lindsay 198]), anche il *primus* entro il collegio pontificale e, come tale, detentore di tutte le conoscenze monopolizzate da detto collegio (v. Cic. *dom.* 1.1, 12.33, 54.138). A fronte di tale ricostruzione, dunque, il richiamo ciceroniano alla *interpretatio iuris* e all'*explanatio* regia mi pare alquanto perspicuo e ben comprensibile (sul rilievo imprescindibile dell'attività pontificale, al livello di 'interpretazione creativa', nel campo del *ius civile*, cfr. F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it., Firenze, 1968, 19 ss.; C.A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea*, I, *Dalle origini all'opera di Labeone*, Torino, 1997, 19; F. WIEACKER, 'Pontifex iuriconsultus'. *Zur Hinterlassenschaft der römischen Pontifikaljurisprudenz*, in *Hommage à R. Dekkers*, Bruxelles, 1982, 213 ss.; S. TONDO, *Appunti sulla giurisprudenza pontificale*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio. Atti del seminario di S. Marino, 7-9 gennaio 1993*, a cura di D. Mantovani, Torino, 1996, 1 ss.; *contra* cfr. F. CANCELLI, *La giurisprudenza unica dei pontefici e Gneo Flavio tra fantasie e favole romane e romanistiche*, Roma, 1996, *passim*).

<sup>64</sup> Cfr., per il compito proprio del rex consistente in 'iura dare' (o, secondo terminologia alquanto meno frequente 'iura reddere': v. E. STOLFI, *Immagini di 'officia'*, cit., 7 ss., 14 ss., con opportune considerazioni anche sul *legomenon hapax* 'iura regere', leggibile in Pomp. *l.s. ench.* D. 1.2.2.13), espressione che manifesta tutta la indistinzione ancora esistente tra formulazione generale ed astratta di norme e applicazione-creazione di regole per il singolo caso, le seguenti fonti. Liv. 1.8.1: *Rebus divinis rite perpetratis vocataque ad concilium multitudine quae coalescere in populi unius corpus*

non è affatto indice esteriore – a mio modo di vedere – di una indistinzione concettuale, nel pensiero giuridico di Roma arcaica, tra la fase introduttiva e di impostazione della controversia, da un lato, e la fase istruttoria e decisoria, dall'altro. Infatti, a prestare fede alla sinottica lettura di due passi, l'uno di Cicerone (Cic. *rep.* 2.21.38), l'altro di Livio (Liv. 1.41.4-5), entrambi concernenti il delicato, nonché inconsueto, passaggio dal *regnum* di Tarquinio Prisco a quello di Servio Tullio<sup>65</sup>, pare emergere l'esistenza di una prassi (già riconducibile

---

*nulla re praeterquam legibus poterat, iura dedit* (qui l'atto puntuale di *iura dare* non può che far propendere l'interprete per una attività più 'legislativa' che 'giurisdizionale': cfr. P. CARAFA - M. FIORENTINI - U. FUSCO, *Morfologia e commento*, in *La leggenda di Roma*, III, *La Costituzione*, a cura di A. Carandini, Torino, 2011, 291 ss.); Liv. 1.41.4-5: *Cum clamor impetusque multitudinis vix sustineri posset, ex superiore parte aedium per fenestras in Nouam viam versas - habitabat enim rex ad Iovis Statoris - populum Tanaquil adloquitur. Iubet bono animo, esse; sopitum fuisse regem subito ictu; ferum haud alte in corpus descendisse; iam ad se redisse; inspectum vulnus absterso cruore; omnia salubria esse; confidere propediem ipsum eos visuros; interim Ser. Tullio iubere populum dicto audientem esse; eum iura redditurum obiturumque alia regis munia esse; Virg. Aen. 1.507: *Iura dabat legesque viris, operumque latore // partibus aequabat iustis, aut sorte traherat; Virg. Aen. 5.758: gaudet regno Troianus Acestes // indicitque forum et patribus dat iura uocatis; Virg. Aen. 7.246: hoc pater Anchises auro libabat ad aras, // hoc Priami gestamen erat cum iura uocatis // more daret populis; Prop. 4.11.18: det Pater hic umbrae mollia iura meae; Ov. Fasti 2.492: est locus, antiqui Caprae dixere paludem: // forte tuis illic, Romule, iura dabas; Ov. Fasti 3.62: omnibus agricolis armentorumque magistris // Iliadae fratres iura petita dabant; Ov. metam. 14.805: occiderat Tattius, poluisque aequata duobus // Romule iura dabas; Ov. metam. 14.823: reddentemque suo iam regia iura Quiriti; Ov. metam. 15.597: 'est' ait 'hic unus, quem vos nisi pellitis urbe, // rex erit: is qui sit, signo, non nomine dicam: // cornua fronte gerit! quem vobis indicat augur, // si Romam intrarit, famularia iura daturum'; Phaedr. 4.13.8: *Cum se ferarum regem fecisset leo, // et aequitatis uellet famam consequi, // a pristina deflexit consuetudine, // atque inter illas tenui contentus cibo // sancta incorrupta iura reddebat fide*. Cfr., altresì, Liv. 30.32.2: *Roma an Carthago iura gentibus dat*; Virg. georg.: *victos volentes in populum dat iura*; Hor. *carm.* 3.43: *triumphatis possit // Roma ferox dare iura Medis*; Prop. 3.11.46: *scilicet incesti meretrix regina Canopi, // una Philippeo sanguine adusta nota, ausa ... // iura dare et statuas inter et arma Mari*.**

<sup>65</sup> Dalla rassegna alla nota precedente risulta con nettezza come, allorché si tratti di (piena) giurisdizione regia, non sia giammai impiegata la locuzione *ius dicere* (sicché è, a quanto credo, del tutto arbitrario ritenere che '*iura dare*' o '*iura reddere*' siano espressioni attestanti «come i Romani della repubblica ... intendevano l'essenza del *ius dicere*»: C. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., 71). Si potrebbe obiettare che in Cic. *rep.* 2.21.38 (*sed cum Tarquinius insidiis Anci filiorum interesset, Serviusque ut ante dixi regnare coepisset, non iussu sed voluntate atque concessu civium, quod cum Tarquinius ex vulnere aeger fuisse et vivere falso diceretur, ille regio ornatu ius dixisset obaeratosque pecunia sua liberauisset, multaque comitate usus iussu Tarquinii se ius dicere probauisset, non commisit se patribus, sed Tarquinio sepulto populum de se ipse consuluit, iussusque*

all'epoca del *regnum* latino-sabino) consistente nell'affidamento da parte del *rex* a suoi funzionari non tanto della presidenza della fase istruttoria e decisionale (appannaggio, quest'ultima, del solo monarca sino a quando Servio, per primo, pur riservandosi la διαγνώσις delle 'azioni pubbliche', permise ai *patres* di pronunciarsi, quali ἰδιῶται δικασταί, in merito a τὰ ἐγκλήματα τὰ ἴδια)<sup>66</sup>, quanto del controllo di

---

*regnare legem de imperio suo curiatam tulit*), invece, è proprio l'attività di *ius dicere* che esercita Servio Tullio *regio ornatu* (così C. GIOFFREDI, *Dritto e processo*, cit., 70 e nt. 26): ma tale argomento non ha peso alcuno se si osserva che nel passo emerge (o, meglio, è sottesa) una netta distinzione tra realtà e apparenza, dato che Servio Tullio *ius dicit* sì quando già Tarquinio è morto, ma nell'ignoranza dei sudditi, che – grazie all'intervento di Tanaquilla – ritengono che il re sia ancora vivo e Servio, pertanto, stia agendo non 'come re', ma 'per il re', ossia in qualità di suo ausiliario (*iussu Tarquinii se ius dicere probavisset*: U. COLI, 'Regnum', cit., 118 ss.). Inoltre, da Liv. 1.41.4-5 (cfr., altresì, Dion. Hal. 4.4-5) apprendiamo che il *ius dicere* di Servio è qualificabile in termini di *iura reddere* (*eum iura redditurum obiturumque alia regis munia esse* [cfr. sul passaggio della 'regalità': P. DE FRANCISCI, 'Primordia civitatis', cit., 642 s.; R.M. OGILVIE, *A Commentary on Livy. Books 1-5*, Oxford, 1965, 161 ss.; S. MAZZARINO, *Il pensiero politico classico*, II, Roma, 1966, 275; P.M. MARTIN, *L'idée de royauté à Rome*, I, cit., 50 ss.]); per di più, da non poche fonti siamo informati del fatto che il *ius dicere* (in senso tecnico) dei magistrati repubblicani è talora indicato in termini di '*ius reddere*' (D. 1.2.2.27; Liv. 20.22.7; Val. Max. 7.7.7; Plin. *nat.* 10.20.41). Ergo, da tutto ciò si potrebbe congetturare – anche a monte della già notata inferiore frequenza della locuzione *iura reddere* rispetto a *iura dare* – che prima delle riforme serviane (v., oltre, nt. 66) fosse radicata una prassi in forza della quale il momento di impostazione della controversia (cioè che sarebbe stato poi detto 'fase *in iure*'), invece che celebrarsi dinanzi al *rex*, potesse essere presieduta da un ausiliario *regio* (come, ad esempio, il cd. *praefectus urbi*, che G. VALDITARA, *Studi sul 'magister populi'*, Milano, 1989, 233 ss., e P.M. MARTIN, *L'idée de royauté à Rome*, I, cit., 127 ss., confermano come figura risalente alla monarchia primitiva, contro la critica mossa da R.M. OGILVIE, *A Commentary on Livy. Books 1-5*, cit., 229: cfr., oltre a Dion. Hal. 2.12.1, e Dion. Hal. 1.59.12, soprattutto Tac. *ann.* 6.11: *namque antea profectis domo regibus ac mox magistratibus, ne urbs sine imperio foret in tempus deligebatur qui ius redderet ac subitis mederetur; feruntque ab Romulo Dentrem Romulium, post ab Tullo Hostilio Numam Marcium et ab Tarquinio Superbo Spurium Lucretium impositos*), laddove solo del re sarebbe stata la competenza nell'emanazione della sentenza (*ius dare; iudicare*).

<sup>66</sup> Dion. Hal. 4.25.2 (τῶν γὰρ πρὸ αὐτοῦ [i.e. τοῦ Τυλλίου] βασιλέων ἀπάσας ἀξιούντων ἐφ' ἑαυτοὺς ἄγειν τὰς δίκας καὶ πάντα τὰ ἐγκλήματα τὰ τ' ἴδια καὶ τὰ κοινὰ πρὸς τὸν ἑαυτῶν τρόπον δικαζόντων ἐκεῖνος διελὼν ἀπὸ τῶν ἰδιωτικῶν τὰ δημόσια, τῶν μὲν εἰς τὸ κοινὸν φερόντων ἀδικημάτων αὐτὸς ἐποιεῖτο τὰς διαγνώσεις, τῶν δ' ἰδιωτικῶν ἰδιώτας ἔταξεν εἶναι δικαστὰς, ὄρους καὶ κανόνας αὐτοῖς τάξας, οὓς αὐτὸς ἔγραψε νόμους); Dion. Hal. 4.36.2 (τῶν τ' ἀδικημάτων οὐχ ἀπάντων αὐτὸς ἐγινόμην δικαστῆς, ἀλλὰ τὰς ἰδιωτικὰς <δίκας> ἡμῖν ἀπέδωκα διαγινώσκειν, ὃ τῶν ἐμπροσθεν οὐδεὶς ἐποίησε βασιλέων); Dion. Hal. 10.1.2 (ἀλλὰ τὸ μὲν ἀρχαῖον οἱ βασιλεῖς αὐτῶν ἔταττον τοῖς δεομένοις τὰς δίκας, καὶ τὸ δικαιοῦν ἐπ' ἐκείνων τοῦτο νόμος ἦν. ὡς δ' ἐπαύσαντο μοναρχούμενοι,

quella introduttiva e di impostazione della lite attraverso l'espletamento dell'attività già puntualmente indicata con il *terminus technicus* di 'ius dicere' o, sinonimicamente, con quello, meno frequente e più sfumato, di 'iura reddere' (sicché – a mio credere – sarebbero addirittura da capovolgere i termini con cui solitamente si intende la cd. 'bipartizione facoltativa' durante l'età regia, ossia come delega facoltativa da parte del re a un giudice o a un arbitro della sola 'seconda fase' del processo)<sup>67</sup>.

4. *Dire ossia creare diritto: il giudizio quale scaturigine primitiva del 'ius'.*

Da quanto emerso nei paragrafi precedenti risulta chiaro come, in negativo, non fosse il *iudex privatus* il soggetto istituzionalmente chiamato a dirimere le controversie tra privati nei primi secoli della storia di Roma e come, in positivo, fosse invece il supremo magistrato l'autorità che tanto impostava la controversia (purché, perfettamente in armonia con una chiara percezione della bipartizione funzionale del processo, non delegasse il *munus* di supervisione rituale della prima fase a un suo subordinato), quanto emetteva la sentenza che conclu-

---

τοῖς κατ' ἐνιαυτὸν ὑπατεύουσιν ἀνέκειτο τὰ τε ἄλλα τῶν βασιλέων ἔργα καὶ ἡ τοῦ δικαίου διάγνωσις, καὶ τοῖς ἀμφισβητοῦσι πρὸς ἀλλήλους ὑπὲρ ὀτουδήτινος ἐκεῖνοι τὰ δίκαια οἱ διαιροῦντες ἦσαν). Sui passi cfr. G. BROGGINI, *Iudex arbiterve*, cit., 30; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 79, nt. 125, 121; G. NOCERA, *Reddere ius*, cit., 176, 178, 186, 205; I. BUTI, *Il 'praetor'*, cit., 25; B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., 22 s., 106 e nt. 366; M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 33 e nt. 50 (con ulteriori richiami bibliografici); F. SERRAO, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, I, *Dalla società gentilizia alle origini dell'economia schiavistica*, Napoli, 2006, 428 ss.

<sup>67</sup> Cfr. M. KASER, *Zum Ursprung des geteilten römischen Zivilprozessverfahren*, cit., 107 ss.; G. BROGGINI, *Iudex arbiterve*, cit., 89 ss. Quanto inferito – seppur a titolo di ipotesi – da Cic. *rep.* 2.21.38 e da Liv. 1.41.4-5 costituisce, dunque, un contributo atto a corroborare l'intuizione dell'Albanese, secondo cui è da tener distinto il concetto operativo di bipartizione 'funzionale' (già conquistato dai Romani anche nell'età più remota) da quello formalistico di bipartizione 'strutturale' (sbocco storico assai più recente): la prima tipologia di bipartizione, benché strutturalmente connotata dalla unicità del contesto processuale, si risolverebbe in «un'attività intesa all'espressione rituale delle prese di posizione dei litiganti», sommata ad «un'altra attività intesa, invece, alla decisione»; la seconda sarebbe ridotta, invece, alla concreta distinzione tra fase *in iure* e fase *apud iudicem* (B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., 24).

deva la lite. Solo con il regno di Servio si assistette ad una prima attribuzione a privati – poi definitivamente consolidata nel testo decemvirale attraverso la disciplina della *postulatio* – del potere giudicante anche in controversie tra privati. Attribuzione – va qui puntualizzato – di certo non generalizzata se il passaggio dai re ai supremi magistrati dell'età repubblicana del *iudicare* sulle liti private è ancora attestato sia da Cicerone (che qualifica, come meglio si preciserà oltre, il *praetor* quale magistrato *qui privata iudicet iudicarive iubeat*)<sup>68</sup>, sia da Dionigi (che, come già osservato, discorre della διάγνωσις τοῦ δικαίου trasferita insieme ad ἄλλα τῶν βασιλέων ἔργα a οἱ ὑπατεύοντες). Del resto, per un'epoca – quella travagliata di trapasso dal sesto al quinto secolo a.C., in una con l'età immediatamente successiva e quella immediatamente precedente – in cui ancora i *sacramenta* non si erano 'laicizzati', ma si erano comunque materializzati nel solo preventivo deposito presso il tempio (o il ponte) imposto a ciascun litigante di cinque *oves* (corrispondenti a 50 assi) o di cinque *boves* (corrispondenti a 500 assi), a seconda del valore della controversia (e ciò fino all'anno 455 a.C.)<sup>69</sup>, destinati poi – limitatamente, com'è ovvio, ai capi di bestiame del soccombente – a cadere *in publicum*, è assai inverosimile pensare che già un privato cittadino fosse ammesso a pronunciarsi con incontrovertibile *iudicatio* diretta *de sacramentis* in controversie ancora tutte pervase così intimamente da interessi sia erariali sia pontificali.

Il magistrato giudicava in Roma arcaica (tanto monarchica, quanto proto-repubblicana), dunque: ma era anche il 'decidente'? Era cioè colui che creava o rinveniva le regole di diritto ai fini della *iudicatio*? Alcuni autori contemporanei hanno risposto affermativamente, tant'è che nella loro ricerca storico-giuridica ed etimologica dei più antichi significati di *ius*, hanno scorto tra questi ultimi proprio quello di 'decisione giudiziale' in senso pieno e costitutivo: il 'diritto', quindi, sarebbe per questo indirizzo la proclamazione magistratuale (anzitutto del re) attraverso 'formule rituali' e il primigenio valore di *ius* (da cui sarebbero discesi quello di diritto tanto soggettivo, quanto oggettivo)

<sup>68</sup> Cic. *leg.* 3.3.8: cfr., oltre, in questo stesso §.

<sup>69</sup> Argomentandosi da Cic. *rep.* 2.35.60; Paul.-Fest. voce '*peculatus*' (Lindsay 232, 233, 268, 269); Paul.-Fest. voce '*ovibus duabus*' (Lindsay 220); Paul.-Fest. voce '*maximam multam*' (Lindsay 129); Gell. 11.1.3. Cfr., altresì, sopra, § 2, nt. 49.

sarebbe, in estrema sintesi, quello di ‘solenne risoluzione di una lite attraverso la creazione di una regola da applicare *in similibus rebus*’.

Tale concezione – prendendosi a paradigma la posizione assunta dal Gioffredi<sup>70</sup> (per certi versi ripresa altresì dal Pugliese<sup>71</sup>) – va senz’ombra di dubbio approfondita: percorrendo sentieri assai distanti dalla *communis opinio*, la cd. teoria ‘giudiziale’ del diritto, come s’è poc’anzi rilevato, lega indissolubilmente la nascita stessa del diritto alla celebrazione del processo; anzi – in opposizione alla tesi della scissione strutturale-funzionale di matrice wlassakiana – riconnette l’emersione stessa del fenomeno giuridico romano all’atto della pronuncia con cui il re, ‘sommo magistrato’ competente nella fase di impostazione della lite nonché di quest’ultima ‘giudice monocratico’, dirime la controversia sottopostagli, ‘creando la regola’ e ‘decidendo il caso’ al contempo. In questa visione, insomma, il diritto in senso oggettivo e il giudizio non si atteggiano a due poli distinti di cui il secondo presuppone logicamente e concettualmente il primo, ma si saldano insieme costituendo un inscindibile ‘binomio funzionale’ (così come, pur nel variare di ‘nuances’ delle singole impostazioni, reputano i sostenitori dell’affermarsi del ‘Normenrecht’ a partire da un ‘Fallrecht’ per il mezzo di un ‘Präjudizienrecht’)<sup>72</sup>. Il *ius* ‘detto’ dal re,

<sup>70</sup> C. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., 58 ss.

<sup>71</sup> G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 147 ss.

<sup>72</sup> La mente corre subito all’imponente opera del Kaser, a cui avviso «wer zu dieser Zeit ‘*ius est*’ sagt, der drückt damit aus, dass ein bestimmtes Verhalten deshalb als rechtmäßig gilt, weil es entweder in einem bereits darüber gesprochenen Urteil als rechtmäßig erkannt wurde oder doch in einem möglichen Prozess als rechtmäßig gebiligt werden würde» (M. KASER, *Das altrömische ‘Ius’*, cit., 101; cfr. altresì, ID., *Recensione* a C. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., in *Labeo*, I, 1955, 315 ss.; ID., *Zum ‘Ius’-Begriff der Römer*, in *Acta Juridica*, Cape Town, 1977, 63 ss.; ID., *Religione e diritto in Roma arcaica*, in *Festschrift für W. Waldstein*, Stuttgart, 1993, 141 ss.): il giudicato è il diritto (formalmente magistratuale, sostanzialmente divino) del caso concreto e solo l’accumularsi e il sedimentarsi di precedenti giudiziari, lento e graduale, conduce allo stabilizzarsi del *ius*-norma e del *ius*-sistema (privatistico) di norme (ID., *Das altrömische ‘Ius’*, cit., 35 ss.). Come noto, lo studioso – che parte da una comunanza di fondo tra *fas* e *ius*, l’uno segno del divinamente consentito, l’altro segno di ciò che, accertato sacramentalmente, è comunque conforme al volere degli dèi (ID., *Das altrömische ‘Ius’*, cit., 35) – individuava nel precetto ‘*ita ius esto*’ (Tab. 5.3; Tab. 6.1) un riferimento al ‘giudicato’, atto dotato di potere ‘costitutivo’ e di efficacia *erga omnes* (ID., *Das altrömische ‘Ius’*, cit., 103, 111 ss., 118 ss., 135), assurgente a ‘Fallrecht’ giudiziale (ossia a ‘Recht’ che affiora e si stabilizza per il caso singolo «durch Urtheil», ossia attraverso l’atto definitivo del processo di regola conclusosi *in iure* con l’*addictio*, quale provvedimento separato ma connesso alla *iudicatio*: ID., *Das altrömische ‘Ius’*, cit., 104 ss.,

quale strumento di pacificazione sociale, è più del semplice 'giudizio' (inteso come dichiarazione di una regola preesistente), essendo ciò che scaturisce dal giudicato e ciò che sta nel giudicato; il *ius* 'detto'

---

109 s.), e così parificava – al livello degli effetti – il *legatum per damnationem*, il *nexum* e la sentenza. Ma tale tesi, già criticabile, fra l'altro, per la congettura ordalica (G.I. LUZZATTO, *Recensione a M. KASER, Das altrömische 'Ius'*, cit., in *SDHI*, XV, 1949, 287 ss.; A. GUARINO, *Le origini quiritarie*, Napoli, 1973, 216 ss.), a mio modo di vedere, non tiene in debito conto di come *iudicatum* e *res iudicata* fossero già nel quinto secolo a.C. espressioni tecniche per la 'sentenza definitiva' (sicché la connessione operata tra *ius* e 'giudicato', in definitiva, risulta una congettura arbitraria); non s'accorge di come l'effetto cd. 'costitutivo' in realtà sia solo un effetto (ben imputabile anche ad un atto 'dichiarativo') di 'incontrovertibilità' (cfr., sul punto, M. MARRONE, *L'effetto normativo della sentenza*<sup>2</sup>, Palermo, 1960, 40 s.; e se così è, a più forte ragione, non è seguibile G. BROGGINI, *Iudex arbiterve*, cit., 62 ss., che connota sempre in termini di *addictio* la sentenza definitiva, dato che l'*addictio* è, infatti, atto conclusivo in ipotesi di 'incontestazione' o di 'incontestabilità' [cfr., esemplarmente, Tab. 1.6-9; Gai 2.24; Gai 1.134; Cic. Att. 7.2.8; Cic. Mil. 32.87; Gai 4.21; Gell. 20.1.19, 42, 44, 48; Gell. 11.18.8; Gai 3.189], ossia in casi nettamente altri rispetto al normale processo contenzioso svolgentesi in contraddittorio: v., *amplius*, R. FIORI, *Ea res agatur*, cit., 78 ss.). Parimenti, secondo il pensiero 'teocratico' e 'teogenico' del De Francisci – il quale postula un *ius* etimologicamente connesso all'antico nominativo di *Iupiter*, ossia *Ioues/Ious* (invero recante in sé, come *dies*, l'idea della luminosità divina) e aderisce alla teoria della nascita dell'ordinamento di Roma sulla base del *ductus* e, quindi, del carisma personale di un *rex* quale *ductor* divinamente ispirato cui si rimettono le sorti della vita sociale stessa – la soluzione dei casi controversi veniva rivelata ai capi pre-civici e al *rex* dagli stessi *numina* immanenti nella natura: così, se l'indeclinabile *fas* avrebbe denotato, genericamente e rigorosamente, solo il 'volere divino' in sé e per sé considerato, come rivelato ai consociati e alle assemblee, *ius*, nella sua declinabile duttilità, sarebbe stato la 'decisione specifica' sostanzialmente 'celeste', ossia promanante direttamente dagli dèi in ordine a singole controversie, ma formalmente rivelata dai rappresentanti della comunità terrestre. In base alla tesi del 'Führertum' e della natura costitutiva della *iuris dictio* come delineata dal De Francisci sia in *Arcana imperii* che in *Primordia civitatis* (in aperto disaccordo con quanto sostenuto dallo stesso nel primo volume della sua *Storia del diritto romano* ove si accentuava il valore oggettivistico del *ius*, mutuando dal pensiero di Dumézil: v. G. DUMÉZIL, *A propos du latin 'ius'*, in *RHR*, CXXXV, 1947-1948, 105), *ius* e *fas*, quindi, avrebbero indicato una pronunzia formalmente umana, ma sostanzialmente di matrice divina, il primo termine imponendosi, di poi, come segno della «sfera entro la quale l'individuo può esercitare la propria potenza» (cfr. P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, cit., 378; ID., *Arcana imperii*, III.1, Milano, 1948, 136 ss.; diversamente, ma sempre sulla scia della teoria del 'Führertum', cfr. O. BEHREND, *Ius und 'ius civile'*. *Untersuchungen zur Herkunft des 'ius'-Begriffs im römischen Zivilrecht*, in *Symptica F. Wieacker sexagenario Sasbachwaldeni a suis libata*, Göttingen, 1970, 11 ss.; quanto alla presunta etimologia di *ius* dalle stesse radicali di *Ioues* [= *Iupiter*], essa è già in G.B. VICO, *Principi di Scienza Nuova*, a cura di F. Nicolini, II.1.2.6, Napoli, 1953, 514, che mutua da G.G. VOOS, *Etymologion Linguae Latinae*, I, Napoli, 1762, 374 ss.). Entro una concezione 'santi-romana', lo stesso Orestano, una volta premesso che *ius* e *fas* non sono due 'generi' differenti ma due *species*

dal re è una pronuncia costitutiva, una statuizione umana autoritativa (benché l'elemento religioso possa concorrere a determinarne i contenuti), una fissazione che attribuisce d'imperio nel singolo caso concreto a ciascuna parte ciò che le spetta, è 'regola' che attraverso stratificazioni successive si eleva a 'norma'<sup>73</sup>. L'affascinante teoria dell'origine giudiziale del diritto romano confezionata da Gioffredi si fonda su due postulati tra loro interconnessi, ossia l'etimologia congetturata

---

di uno stesso *genus* (abbandonandosi così la tarda ottica stereotipata di una antitesi, in chiave o di fonti o di destinatari o di materie, tra *lex humana* e *lex divina* o tra *iura humana* e *iura divina* [Serv. *ad georg.* 1.269; Isid. *orig.* 5.2.2: ma v., altresì, A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 142 ss.; 148 ss.]); una volta concepito il *ius* come predicazione originaria di una liceità (subordinata al volere degli dèi) di una condotta integrante un fare (*agere, gerere*), e il *fas* come predicazione originaria di una liceità di *fare*; è giunto a connotare il *ius dicere* quale funzione inserita nella primitiva e indistinta *manus del rex*, le cui decisioni 'fattualmente' – e non, in realtà, quali veri precedenti giudiziali – si sarebbero imposte come somma di tasselli atti a comporre un ordinamento oggettivo istituzionalmente auto-imposti. Lo studioso, più precisamente, pensa, per la fase più arcaica della storia giuridica romana, non a 'fonti di produzione del diritto' formali e istituzionalizzate (vale a dire a «fatti di produzione normativa»), ma a «fatti normativi», ossia a fatti che, pur non essendo contemplati previamente, sono capaci di instaurare e/o stabilizzare un ordinamento, auto-imponendosi come legittimi e validi e inserendosi in un processo fattuale di creazione e sviluppo ordinamentale (R. ORESTANO, *Dal 'ius' al 'fas'. Rapporto tra diritto divino e umano in Roma dall'età primitiva all'età classica*, in *BIDR*, XLVI, 1939, 102 ss., 194 ss.; *Id.*, *I fatti di normazione*, cit., 29 ss., 100 ss., 194 ss.). In questi termini, pertanto, dovrebbe intendersi anche l'unitario e onnicomprensivo potere della *manus* in forza della quale, per l'appunto, il *rex* decideva delle controversie con pronunce (formalmente) dichiarative, ma (sostanzialmente) creative, di modo che queste ultime, dotate di una forza di auto-legittimazione, si convertivano in disposizione normativa: egli, interprete della volontà divina, era «colui che nei casi interessanti la vita della comunità accertava ed enunciava la volontà divina, indicando in base ad essa i comportamenti da seguire, ordinando ciò che doveva essere fatto o non fatto, dichiarando, ove fosse occorso, in qual modo dovesse essere risolti i conflitti fra individui appartenenti a diversi gruppi o fra gruppo e gruppo» (*Id.*, *I fatti di normazione*, cit., 163).

<sup>73</sup> *Ius* è altresì, secondo il Gioffredi, nella sua polisemia, «comportamento voluto dagli dèi o imposto dal magistrato», «spettanza», «regime giuridico», «situazione giuridica», «comportamento vincolato»: cfr. C. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., 175, 181, 187; *Id.*, *'Ius - Lex - Praetor'*, in *SDHI*, XIII-XIV, 1946-1947, 51; su tale impostazione, tuttavia, v. A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 152 ss.; G. PUGLIESE, *Recensione* a C. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., in *Iura*, VII, 1956, 195 ss.; F. WIEACKER, *Recensione* a C. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., in *ZSS*, LXXIV, 1957, 420 ss.; per una 'Grundkonzeption' che sostiene essere il 'giudizio' la fonte del *ius*, orientata a intendere in senso 'ordalico' il processo primitivo, v. M. KASER, *Recensione* a C. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., in *Labeo*, I, 1955, 313 ss.; M. KASER, *Das altrömisches 'Ius'*, cit., 11 ss., 301 ss.



per *ius* e l'altissima arcaicità attribuita alla locuzione tecnica *ius dicere*<sup>74</sup>. Da un lato, infatti, una volta collegato il sostantivo *ius* al verbo *iungere* e, quindi, alla radicale \**iug*, lo studioso attribuisce al '*ius*' primitivo il senso di 'riunione dei consociati' o, meglio, di 'cerchio di Quiriti' (alla presenza dei quali si svolgerebbe il presunto 'duello ordalico')<sup>75</sup>; ad esso, indi, si ascrive il significato traslato di 'Beweisurteil', ossia di pronuncia regia indiretta circa la pertinenza di un dato bene controverso con la quale o si impone o si suggerisce un procedimento probatorio irrazionale di tipo decisorio (il cui esito è destinato ad essere proclamato ancora una volta dal *rex*)<sup>76</sup>. Dall'altro, una volta attribuito alla forma verbale *dicere* non un mero senso 'enunciativo', bensì il significato di 'stabilire', 'creare', 'costituire'<sup>77</sup>, lo studio-

<sup>74</sup> Tali presupposti si inseriscono in un più ampio contesto argomentativo che – in critica parziale alle opinioni di Kaser, De Francisci, Orestano (v., sopra, nt. 72) – delinea una dialettica tra *fas* e *ius* nel senso dell'inerenza del primo ai rapporti (diretti o indiretti) con gli dèi (quale 'liceità' non meglio determinata circa modalità di manifestazione o tipologie di condotte interessate), e dell'inerenza del secondo ai rapporti tra gli uomini (cfr., paradigmaticamente, per una visione 'laicista' del *ius*, A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 142 ss., 148 ss.; F. BEDUSCHI, *Osservazioni sulle nozioni originali di 'fas' ed 'ius'*, in *RISG*, X, 1935, 209 ss.). Per Gioffredi, se *ius* è, ma solo in definitiva, un insieme di regole che stratigraficamente si compongono a sistema che disciplina esclusivamente relazioni private, monopolizzato dalla casta di sapienti e sottratto a forme di disciplinamento da parte della *civitas*, e se uomini e dèi compartecipano di un medesimo ordine universale di modo che estranea alla mentalità romana sarebbe la credenza di una legge rivelata immutabile e in sé perfetta, allora il solo intervento immaginabile entro la sfera del *ius* da parte degli organi cittadini sarebbe quello attinente all'esercizio dell'attività giudiziaria (C. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., 25 ss., 31 ss., 36 ss.).

<sup>75</sup> Sull'etimologia supposta per cui *ius* è ciò che congiunge, v. la polemica tra F. CARNELUTTI, *Di là del diritto*, in *RISG*, LXXXIV, 1947, 108 ss. e G. DEVOTO, '*Jus*', *di là della grammatica*, in *RISG*, LXXXV, 1948, 414 ss. (per una cui valutazione v. B. BIONDI, *Scienza giuridica e linguaggio romano*, in *Jus*, IV, 1953, 16 ss.), nonché, per un'ampia rassegna delle ipotesi proposte, v. O. ROBLEDA, *La costante evoluzione del sistema giuridico romano*, in *Ortodossia e revisionismo*, Roma, 1974, 32 ss. Quasi è superfluo ricordare come la connessione *ius* - *iungere* sia dalla miglior linguistica ritenuta inaffidabile (v., sopra, nt. 11): inoltre, per una critica al legame (linguistico e istituzionale) instaurato tra '*ius*-diritto' e '*ius*-brodo' da R. JACOB, '*Jus*' ou la cuisine romaine de la norme, in *Droit et Cultures*, XLVIII.2, 2004, 34, 58, nonché da G. PICCALUGA, '*Ius*': la prospettiva giuridico-alimentare dell'ordine delle cose, in *Ilu. Revista de Ciencias de las Religiones*, XII, 2004, 89 ss., 91, 94, mi permetto di rinviare a C. PELLOSO, '*Ius*', *νόμος*, '*ma'at*'. *Inattualità e alterità delle esperienze giuridiche antiche*, in *Lexis*, XXX, 2012, § 4, ntt. 143 ss.

<sup>76</sup> C. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., 173 ss.

<sup>77</sup> Tale valore si evince dall'analisi di espressioni tecniche tipiche del mondo giu-

so ritiene, forte della convinzione che l'idea di diritto in una società primitiva diventi sensibile solo con il contenzioso, che in un primo momento i contendenti (o i loro campioni) risolvessero la lite con un 'giudizio di dio': di qui sarebbe stato del tutto naturale il passo successivo, nell'evoluzione storica e linguistica, verso l'idea di un *ius*, oggetto del *dicere* della somma autorità cittadina, inteso quale 'decisione rimessa al capo della comunità', decisione che *iungit*, che lega e vincola. E tale *ius dicere*, per di più, sarebbe stato locuzione tecnica, sintomatica di una originaria 'giurisdizione piena', tesa ad indicare ai primordi monarchici e in epoca arcaico-repubblicana (come si pretende di ricavare tanto dal significato etimologico di *iudex* inteso come '*is qui ius dicit*', quanto dall'appellativo *iudex* riservato alla somma magistratura) non solo l'attività di determinazione degli estremi della controversia e di presidenza dei cerimoniali prescritti secondo i modelli del *lege agere*, ma anche quella di definitiva *iudicatio*<sup>78</sup>. Tale imponente

---

ridico romano: *legem dicere, viam dicere, dictatorem dicere, multam dicere, diem dicere, dotem dicere, vadimonium dicere, vindicias dicere* (C. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., 67: «*dicere* è, dunque, nella vita giuridica, la dichiarazione solenne, la pronuncia formale, con effetto vincolante»); *contra* cfr. G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II, cit., 179 ss.; H. LÉVY-BRUHL, *Recherches*, cit., 113; della duplicità di accezione (tanto dichiarativa, quanto statutiva) si ritiene convinto G. NICOSIA, voce *Giurisdizione nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, IX, Torino, 1993, 120 ss.; A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 155, nota come, pur essendo vero che *dicere* «ha anche il significato (derivativo, peraltro, e non originario) di 'stabilire, costituire, creare'», sia da riconoscere che «la espressione '*ius dicere*' è limitata alla lite tra due persone e che, per conseguenza, il suo significato vero e completo è quello di 'fare il *ius* tra due contendenti'». Parrebbe preferire l'originaria valenza enunciativa di *dicere* anche E. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, II, cit., 369 s., 381.

<sup>78</sup> C. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., 57 ss., 63 ss.: tale significato indistinto avrebbe connotato sia lo stadio storico del più antico processo monofasico, sia quello più recente connotato dalla divisione strutturale nella fase *in iure* e nella fase *apud iudicem*, qui venendo impiegata la locuzione *ius dicere* per individuare vuoi l'attività di impostazione della controversia, vuoi quella di risoluzione della stessa; solo in epoca post-decemvirale il *ius dicere* si sarebbe definitivamente specificato, sì da contraddistinguere solo l'attività del magistrato. In senso analogo e con esplicita adesione alla concezione del *ius dicere* in termini di 'creazione' - 'statuizione', e non di mera 'dichiarazione', cfr. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 145 ss., 149 ss., 155 s., 161: anche ad avviso dello studioso, infatti, in principio non sarebbe affatto esistita «una distinzione concettuale e terminologica tra potere del magistrato e potere del giudice» e solo in un secondo momento «l'espressione *ius dicere* e quella più tarda *iurisdictio*» sarebbero state riservate al magistrato, sebbene egli in molti casi «non statuisse più il diritto, non stabilisse più cioè la regola giuridica del caso concreto sottopostogli, ma ponesse soltanto le premesse per la determinazione ad opera del giudice». La macchi-

te castello argomentativo, tuttavia, ha fondamenta poco stabili. Anche a voler qui prescindere *in toto* – in termini generali – dalla non comprovata priorità storica e logica dell'azione rispetto alle situazioni giuridiche soggettive sostanziali, numerose sono le critiche muovibili contro una siffatta ricostruzione.

Se, da una parte, la tesi in oggetto ha l'indiscutibile merito di valorizzare il ruolo della contenziosità nella strutturazione del *ius* nonché il ruolo del *rex* (e, per esso, degli dèi) in merito all'affermazione, in un

---

nosità del ragionamento mi pare palese: *ius dicere*, espressione arcaica per indicare la statuizione del diritto (giurisdizione piena), diviene espressione tecnica recenziore per indicare la sola impostazione della controversia e da tale stadio (in cui il sommo magistrato non statuisce pressoché più il diritto ma solo presiede alla fase di impostazione) si intende inferire, all'indietro, il valore 'costitutivo' dell'attività giurisdicente dei suoi predecessori. Tale impostazione, all'evidenza, si discosta dalle molteplici e non sempre nette concezioni esposte dalla dottrina in tema di esistenza e forme della *iurisdictio*: cfr. M. LAURIA, '*Iurisdictio*', in *Studi in onore di P. Bonfante*, II, Milano, 1930, 529 ss., che, in senso solo formale, valorizzando Varro *ling.* 6.30, limita il *ius dicere* alla pronuncia dei *tria verba* pretori nei *dies fasti*; F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., *passim*, che nega l'esistenza di una *iurisdictio* in senso tecnico prima delle *leges Liciniae Sextiae* del 367 a.C., ipotizzando che prima di tale data il pontefice massimo, e non il *rex*, avesse impedito il ricorso all'autotutela, inducendo le parti a sottoporsi al giudizio di un soggetto terzo, mediante la sfida fondata sui *sacramenta*; G.I. LUZZATTO, voce *Giurisdizione (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 191 ss., che, una volta negata la sola giurisdizione regia, quanto a quella repubblicana, la limita sia ad una attività magistratuale di solenne dichiarazione della regola di diritto da applicare, sia ad ogni attività compiuta nella risoluzione della lite; cfr. G. NICOSIA, voce *Giurisdizione*, cit., 120 ss., che, come noto, nega non solo l'esistenza di magistrati con *iurisdictio*, tanto in senso lato quanto in senso stretto, sino al quarto secolo a.C., ma anche l'esistenza di attività di controllo delle formalità del processo se non in termini di 'Volksjustiz'; R. SANTORO, *Potere e azione*, cit., 222 ss., 556 ss., 560 ss., che riduce, in buona sostanza, all'*addictio* l'originaria *iurisdictio*, ritenendo che *dicere* e *dare* fossero sintomatici di provvedimenti magistratuali più tardi. Cfr., sul punto, A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 194 s., ad avviso del quale «non è possibile credere che una qualche attività di giurisdizione non vi sia stata nella *civitas* quiritaria, abbastanza distinta dalla *iuris interpretatio*, sin dagli inizi della *civitas* stessa, anzi probabilmente già sin da prima della sua nascita, cioè già nelle comunità precittadine»; si sarebbe trattato, tuttavia, di una *iurisdictio* «di carattere embrionale, solo pallidamente simile alla giurisdizione del potere urbano di circa quattro secoli dopo»: sono anche io persuaso della inconcepibilità di una società sufficientemente organizzata senza un'autorità (verisimilmente il re, capo militare, religioso, politico, poi, come noto, i *praetores-consultes*) munita della funzione di 'dichiarare autorevolmente' (ossia in modo inoppugnabile), in caso di conflitti, il *ius* e, quindi, come una controversia dovesse essere risolta secondo i *mores*; ma ciò non significa credere, altresì, che il '*ius dicere*' sia istituzione antichissima.

contesto contenzioso, dei principi fondanti il sistema romano<sup>79</sup>, dall'altra, essa si basa su congetture etimologiche alquanto azzardate rispetto alle soluzioni proposte comunemente dalla più autorevole dottrina ortodossa linguistica (che, come noto, tendenzialmente converge nella connessione di *ius* alla sfera indoeuropea della 'formula', della 'salute', della 'purezza')<sup>80</sup>.

Inoltre, v'è da aggiungere che è presupposta una ricostruzione (speculativa e claudicante) delle più antiche forme processuali romane in senso ordalico e a-razionale, falsandosi così quanto, seppur in misura assai contenuta, emerge dalle fonti in materia (basti pensare, con riguardo alla *vindicatio*, che essa, giusta il decreto magistratuale del '*mittite ambo hominem*', si atteggia a ritualizzazione di una sospensione del presunto duello piuttosto che a rappresentazione del duello in sé, e che il ricorso ai *sacramenta*, mezzo di impostazione della controversia che vuole appunto sterilizzare qualsivoglia uso della violenza, separa nettamente la soluzione definitiva della controversia dalla presunta lotta simbolica il cui esito si vorrebbe, invece, come fattore determinante, per volere divino, il contenuto della sentenza)<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> Essa, peraltro, in modo massiccio ridimensiona l'impatto, innegabile per la genesi del più antico nucleo di giuridicità in Roma, dei *mores maiorum* (nonché della stessa originaria giurisprudenza pontificale): *mores* da taluno fatti assurgere a 'fondamentale patrimonio giuridico romano', in concomitanza con la riduzione dell'originario '*ius dicere*' regio non già ad attività creativa, bensì solo rivelativa di un fondo già esistente di costumanze anche pre-civiche (B. ALBANESE, *Premesse*, cit., 87; cfr., altresì, A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 166, nt. 34), da altri concepiti – in buona sostanza – come un 'ur-römisches Naturrecht' (M. KASER, *Zur Problematik der römischen Rechtsquellenlehre*, in *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien - Köln - Graz, 1986, 21 ss.) o, analogamente, come forme di manifestazione del 'giuridico' da inserirsi nel contesto di un mutabile «giusnaturalismo immanentista» (M. TALAMANCA, *I 'mores'*, in *Lineamenti di storia del diritto romano* sotto la direzione di M. Talamanca, Milano, 1989, 36 ss.).

<sup>80</sup> Cfr., per tutti, E. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, II, cit., 367 ss.

<sup>81</sup> Una tale impostazione (che si rinviene, *ex plurimis*, anche in M. KASER, *Das altrömische 'Ius'*, cit., 11 ss., 301 ss.; ma cfr., per rassegne di letteratura, E. BETTI, *La 'vindicatio' quale atto*, cit., 512; M.R. DEKKERS, *Les ordalies*, cit., 55 ss.; P. FREZZA, *Ordalia e 'legis actio sacramento'*, in *AG*, CXLII, 1952, 83 ss.; C. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., 95 ss., 125, 159; J.P. LÉVY, *Le problème des ordalies en droit romain*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, II, Roma, 1956, 408 ss.; G. BROGGINI, *La prova*, cit., 348 ss.; H. LÉVY-BRUHL, *Recherches*, cit., 54 ss., 73 ss.; C.S. TOMULESCU, *Les ordalies, le 'sacramentum' et la 'lex Pinaria'*, in *RIDA*, XXI, 1974, 323 ss.; J.M. PIQUER MARI, *Las pruebas no racionales en Roma. 'Ab Urbe condita' hasta finales de la Republica*,

Infine, quanto all'alta arcaicità del '*ius dicere*', gli argomenti addotti sono, a mio credere, insufficienti: in primo luogo l'attività del *rex* è sempre resa con espressioni quali *iudicare*, *iura reddere*, *iura dare* e giammai con *ius dicere*: il che, se non mi inganno, è indizio non trascurabile per escludere che con questa controversa espressione si sia indicato sin *ab origine* anche il potere di emettere pronunce definitive aventi natura costitutiva<sup>82</sup>. In secondo luogo, non sono affatto probanti né l'etimologia di *iudex*<sup>83</sup>, né l'impiego del testé citato sostantivo

---

Madrid, 2010, *passim*), invero, è deficitaria di ogni fondamento. Con Talamanca, va messo in chiaro che «non si hanno ... tracce nella nostra documentazione di procedimenti arazionali per la soluzione delle controversie neppure in quel periodo delle *legis actiones*, in cui tutto il procedimento si svolgeva dinanzi al *rex*. Ciò vale, anzitutto, per l'ordalia, anche in quella forma particolare che è il duello giudiziario, ma anche per quella consultazione della volontà degli dèi da parte del *rex* che rappresenta la struttura a cui si pensa più spontaneamente e più spesso, quando si indulga ad ipotizzare la sussistenza, nel più antico processo romano, di metodi arazionali per la soluzione delle controversie. Bisogna, d'altronde, sgomberare il campo da un modo di vedere, più o meno consapevolmente diffuso, per cui i metodi arazionali di soluzione delle controversie fossero indotti dall'oggetto della decisione, e cioè di stabilire chi – fra le parti – avesse commesso lo spergiuro. In effetti, l'esser *iustum* od *iniustum* il *sacramentum* dipendeva dall'accertamento di circostanze che rientravano totalmente in una sfera laica, come l'esistenza di un rapporto di responsabilità o di una situazione di appartenenza» (M. TALAMANCA, voce *Processo civile*, cit., 24; cfr., altresì, con considerazioni del tutto persuasive, G.I. LUZZATTO, *Vecchie e recenti prospettive*, cit., 16 ss.; A. GUARINO, *Le origini quiritarie*, cit., 225 s.; in senso solo tendenzialmente adesivo, cfr., altresì, G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 58 s., 74 s.).

<sup>82</sup> Cfr., sopra, § 3.

<sup>83</sup> Ciò dicendo, come è oltremodo ovvio, non si vuole certo negare quanto è acquisito oramai nelle conoscenze linguistiche circa le connessioni esistenti tra *iudicium* («jugement, tribunal»), *iudex* («celui qui montre ou qui dit le droit») e, quindi, tra *iudicare* e *ius dicere*, ossia che il termine *iudicium* derivi da *iudex*, e che *iudex*, a sua volta, trovi la propria origine semantica in *ius* e in *ius dicere* (cfr. A. ERNOUT - A. MEILLET, voce '*Ius*', in *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, Paris, 1979, 329 s.; cfr., altresì, F. OOMES, voce '*Iudicium*', in *Thesaurus Linguae Latinae*, VII.2, Lipsiae, 1967, 606 ss.). Si vuole solo negare che – in base a quanto le fonti romane stesse evidenziano – *iudex* sia stato termine storicamente impiegato per definire da principio la suprema magistratura cittadina (*rex, consul*) in quanto essa *ius dicebat*, ossia in quanto essa era titolare di 'giurisdizione piena'. Se la linguistica sostiene che in tempi immemorabili *iudex* fosse colui che *ius dicebat*, nessuno lo revoca in dubbio: solo che questa accezione riplasmata *in vitro* non affiora dalle fonti più antiche, che invece usano *iudex* anzitutto in senso specifico (ossia come soggetto che non *ius dicit*, ma che *iudicat* e che non è magistrato ma privato: Tab.1.3; Gai 4.17 b), benché, ma solo più tardi, tale sostantivo – quasi certamente in connessione con la sfera criminale e, dunque, con riguardo al potere di *iudicare alicui* (Liv. 26.3.8; Liv. 43.16.11; cfr., per tutti, B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*<sup>2</sup>, Milano, 1998, 49, nt.

per indicare i sommi magistrati repubblicani, impiego confermato tanto da un significativo passo del *de legibus* di Cicerone incentrato sulla figura del *praetor* quale continuatore del *rex* e *disceptator iuris* che sia *iudicat* sia *iudicare iubet*<sup>84</sup>, quanto da Varrone, nella parte dei *commentaria consularia* attinente alle operazioni di convocazione dei comizi centuriati da parte di *'qui exercitum imperaturus erit'*<sup>85</sup>: e contro

---

8), atteso peraltro che già la bipartizione del processo si era affermata – sia anche connotativo della suprema magistratura repubblicana. In generale, sulla titolatura della somma magistratura repubblicana, cfr. P. VOCI, *Per la definizione dell' 'imperium'*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, II, Milano, 1953, 84; P. DE FRANCISCI, *'Primordia civitatis'*, cit., 762, nt. 104; G. VALDITARA, *Studi sul 'magister populi'*, cit., 336; G. URSO, *The origin of consulship in Cassius Dio's Roman History*, in *Consuls and 'Res Publica'. Holding High Office in Roman Republic*, a cura di H. Beck, A. Dupl , M. Jehne, F. Pina Polo, Oxford, 2011, 50 ss.

<sup>84</sup> Cic. *leg.* 3.3.8: *'Iuris disceptator, qui privata iudicet iudicare iubeat, praetor esto. Is iuris civilis custos esto. Huic potestate pari quocumque senatus creverit populusve iusserit, tot sumto'. 'Regio imperio duo sumto, iique <a> praeuendo iudicando consulendo praetores iudices consules appellamino. Militiae summum ius habento, nemini parento'*. Il passo ciceroniano appena riprodotto   sovente citato per l'equivalenza posta tra *praetores, iudices* e *consules* (v., a titolo di esempio, I. BUTI, *Il 'praetor'*, cit., 44 e nt. 116, 78, 100, nt. 24; B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., 25, nt. 67). Invero, esso dovrebbe essere alquanto valorizzato – insieme, ad esempio, a Dion. Hal. 10.1; Cic. *orat.* 1.57.241; Nep. *Att.* 6.3; Auct. *rhet. ad Her.* 2.13.19 – anche nella sua prima parte, l  ove – bench  in un contesto che, altamente arcaicizzante, potrebbe essere annoverabile tra i *nova* citati da Quinto (Cic. *leg.* 3.5.12: *quam brevi frater in conspectu posita est a te omnium magistratum discriptio, sed ea paene nostrae civitatis, etsi a te paulum adlatum est novi*) – apertamente attribuisce, con riguardo a controversie tra privati, al *praetor* sia potere giudicante diretto, sia potere di delega: v. C. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., 186 s., nt. 12; G. BROGGINI, *'Iudex arbiterve'*, cit., 54 ss., 87 s.; G. NOCERA, *'Reddere ius'*, cit., 178; G. MANCUSO, *'Decretum praetoris'*, in *SDHI*, XLIII, 1997, 399; esplicitamente contrario all'interpretazione che ritiene nel passo esservi una chiara menzione dell'emanazione di 'sentenze consolari'   A. METRO, *'Decreta praetoris' e funzione giudicante*, in *Panorami*, X.1, 1998, 37 ss., anche se, ad onor del vero, lo scetticismo dell'autore implica, al livello di interpretazione del passo, che Cicerone, nello stesso ridottissimo contesto, si serva del verbo *iudicare* in due significati affatto diversi l'uno dall'altro; in tale senso (a mio credere inaccettabile, ch  non tiene conto della alta inverosimiglianza del fatto che il tratto *'iudicet iudicare'* sia composto da due membri 'omo-foni' ma 'etero-semantic'), cfr. anche A.R. DICK, *A Commentary on Cicero 'De Legibus'*, Michigan, 2007, 455 s. E tale assetto, del resto, si pone in perfetta linea di continuit  con le pregresse prerogative regie: cfr. Polyb. 6.11.12, 6.12.9; Cic. *rep.* 2.32.56; Dion. Hal. 4.76.1, 4.84.5, 5.1.2; 7.35.5, 10.1; Liv. 2.1.7, 8.32.3; Val. Max. 4.1.1.

<sup>85</sup> Varro *ling.* 6.88: *Qui exercitum imperaturus erit, accenso dicit: 'C. Calpurni, voca inlicium omnes Quirites buc ad me'. Accensus dicit sic: 'Omnes Quirites, inlicium vos ite buc ad iudices'. 'C. Calpurni', cos. dicit, 'voca ad conventionem omnes Quirites*

le soluzioni qui respinte valga quanto segue. Livio, attestando un *mos* riferito temporalmente alla *lex Valeria Horatia de tribunicia potestate*, precisa come i *iudices* menzionati nel testo della legge in una con i *decemviri* – a prescindere dalla considerazione che si trattava, in realtà, di un solo collegio, quello appunto dei *iudices-decemviri*, e non di due distinti uffici – non potessero affatto indicare la suprema magistratura, giacché, tra le denominazioni più antiche dei *consules*, quella di *iudices* seguiva cronologicamente quella di *praetores* e nel 449 a.C. un titolo siffatto ancora non si era affermato<sup>86</sup> (sicché l'uso del segno *iudex*

---

*buc ad me'. Accensus dicit sic: 'Omnes Quirites, ite ad conventionem buc ad iudices'. Dein consul eloquitur ad exercitum: 'Impero qua convenit ad comitia centuriata'* (sul passo cfr., da ultima, l'ampissima disamina offerta da G. ARICÒ ANSELMO, *Antiche regole procedurali e nuove prospettive per la storia dei 'comitia'*, Torino, 2012, 18 ss.).

<sup>86</sup> Liv. 3.55: *Aliam deinde consularem legem de prouocatione, unicum praesidium libertatis, decemviri potestate euersam, non restituunt modo, sed etiam in posterum muniunt sanciendo nouam legem, ne quis ullum magistratum sine prouocatione crearet; qui creasset, eum ius fasque esset occidi, neue ea caedes capitalis noxae haberetur. Et cum plebem hinc prouocatione, hinc tribunicio auxilio satis firmassent, ipsi quoque tribunis, ut sacrosancti uiderentur, cuius rei prope iam memoria aboleuerat, relatis quibusdam ex magno interuallo caerimoniis renouarunt, et cum religione inuiolatos eos, tum lege etiam fecerunt, sanciendo ut qui tribunis plebis aedilibus iudicibus decemviris nocuisset, eius caput Ioui sacrum esset, familia ad aedem Cereris Liberi Liberaeque uenum iret ... Fuere qui interpretarentur eadem hac Horatia lege consulibus quoque et praetoribus, quia eisdem auspiciis quibus consules crearentur, cautum esse: iudicem enim consulem appellari. Quae refellitur interpretatio, quod iis temporibus nondum consulem iudicem sed praetorem appellari mos fuerit. In generale, sulla citata *lex Valeria Horatia de tribunicia potestate*, v. G. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, Milano, 1912, 204 s.; D. FLACH, *Die Gesetze der frühen römischen Republik. Text und Kommentar*, Darmstadt, 1994, 218 ss.; nella letteratura sterminata che si è accumulata sul passo v., *ex plurimis*, P. MAROTTOLI, *Leges sacrae*, Roma, 1979, 25 ss.; S. TONDO, *Profilo*, I, cit., 205 ss.; G. POMA, *Tra legislatori e tiranni*, cit., 303 ss.; P. ZAMORANI, *Plebe genti esercito. Una ipotesi sulla storia di Roma (509-339 a.C.)*, Milano, 1987, 347 s.; J.-C. RICHARD, *Les origines de la plèbe romaine. Essai sur la formation du dualisme patricio-plébéien*, Roma, 1978, 573 ss.; L. GAROFALO, *Il processo edilizio. Contributo allo studio dei 'iudicia populi'*, Padova, 1989, 34 s.; F. SINI, *'Sua cuique civitati religio'*, cit., 277, 297 s.; P. CERAMI, *Potere ed ordinamento nell'esperienza costituzionale romana*, Torino, 1996, 116 s.; sull'importantissimo passo liviano, per i problemi di *interpretatio* (moderna e antica) circa l'individuazione delle categorie di 'magistrati' la violazione della cui persona avrebbe accomunato, all'insegna della 'sacertà', i perpetratori della condotta illecita (*iudices decemviri; aediles; tribuni*), cfr., F. SINI, *Interpretazioni giurisprudenziali in tema di inviolabilità tribunitia (a proposito di Liv. 3,55,6-12)*, in *Ius Antiquum*, I, 1996, 80 ss., 90 s.; L. GAROFALO, *'Iuris interpretes' e inviolabilità magistratuale*, in *Sem. Compl.*, XIII, 2001, 37 ss.; L. GAGLIARDI, *'Decemviri' e 'centumviri'. Origini e competenze*, Milano, 2002, 7. V., altresì, Gell. 11.18.8 e Plin. nat. 18.3.12 (dove si ricava che *praetores* era denominazione decemvirale di *consules*); nonché Non. voce *'consulum et**

non può essere riconnesso con certezza, come vuole invece il Gioffredi, ad una presunta funzione originaria, trasmessa dai *reges* ai magistrati della *libera res publica*, di *ius dicere* concepito *lato sensu* come attività sia di controllo del rito, sia di emanazione della sentenza). Inoltre, se *iudex* fosse stato, in età proto-repubblicana, vocabolo non ancora specializzato, ma indistinto e, quindi, atto a designare tanto chi impostava la controversia (magistrato), quanto chi la decideva (o privato o magistrato), perfino in contesti di emersione e affermazione della bipartita struttura del processo (così come *ius dicere* sarebbe stata locuzione caratterizzata da analogia ambivalenza), allora non sarebbe dato spiegare, in termini di coerenza interna, la *conceptio* del formulario della *iudicis postulatio* ove, a voler seguire l'opinione qui contestata, l'attore, come oramai più volte s'è rammentato, avrebbe chiesto la nomina d'ufficio di un *iudex* a chi (*praetor*) era designabile altresì con lo stesso termine (ossia *iudex*)<sup>87</sup>.

5. *'Addictio' e 'iudicatio' magistratuali nel quinto secolo a.C.: alcune considerazioni conclusive in margine a Tab. 1.8.*

A mente dei rilievi sopra svolti, si può tentare ora di fornire una risposta al dubbio esposto all'inizio di questo contributo circa l'individuazione dei decidenti e dei giudicanti all'età delle XII Tavole. Uno

---

*praetorum'* (Lindsay 23), Paul.-Fest. voce '*porta praetoria*' (Lindsay 249). Va senz'altro segnalato, infine, che l'analisi contestuale dei tre passi – Varro *ling.* 6.88; Cic. *leg.* 3.3.8; Liv. 3.55 – più che attestare una scansione netta cronologica in forza della quale *iudices* sarebbe stato appellativo 'intermedio', ossia affermatosi dopo quello di (e in luogo di quello di) *praetores*, nonché prima di quello (definitivo ed escludente gli altri) di *consules* (cfr., in tal senso, A. GIOVANNINI, *Les origines des magistratures romaines*, in *MH*, XLI, 1984, 16 s.; A. BERNARDI, *Dagli ausiliari del 'rex' ai magistrati della repubblica*, in *Athenaeum*, XXX, 1952, 36; M. DUCOS, *Les magistrats et le pouvoir dans les traités politiques de Cicéron*, in *Ciceroniana*, VII, 1990, 84), deve far propendere per una coesistenza dei diversi epiteti (ferma la maggior risalenza di *praetor* rispetto a *iudex* e *consul*): cfr. S. MAZZARINO, *Dalla monarchia*, cit., 239; F. LA ROSA, *I Valeri e le istituzioni repubblicane*, in *Studi in memoria di S. Mazarino*, I, Catania, 1988, 48 e nt. 31; G. URSO, *Cassio Dione e i magistrati. Le origini della repubblica nei frammenti della storia romana*, Milano, 2005, 20 ss. (che si occupa ampiamente della divergenza tra impostazione liviana e quella di Dione [Zon. 7.19.1], che invece pone nel 449 a.C. l'anno del mutamento terminologico da *στρατηγοί* [*praetores*] a *ὑπατοί* [*consules*]).

<sup>87</sup> Cfr. Gai 4.17 a, Gell. 20.1.7: *quando tu negas, te praetor iudicem sive arbitrum postulo uti des.*



spunto può rinvenirsi in quel complesso normativo consacrato in Tab. 1.6-9 e, per l'esattezza, nelle prime tre disposizioni ivi contenute<sup>88</sup>. Una volta esclusa la tesi del processo contenzioso romano a-magistratuale<sup>89</sup>, una volta esclusa – nei termini tradizionali – la tesi della bipartizione originaria<sup>90</sup>, nonché una volta esclusa la tesi giudiziale della creazione del diritto<sup>91</sup>, i problemi di fondo che emergono prepotentemente dalla lettura delle *leges testé* citate sono – come noto – quelli relativi alla individuazione del tipo di processo descritto dai decemviri, al tipo di organo giudicante implicato dalla disciplina, alla natura e all'effetto del provvedimento definitivo. Si tratta di *carmina* celeberrimi e, in un succedersi di variazioni interpretative singolarissime, fonte di innumerevoli commenti e dispute dottrinarie: *carmina* che, rispolverandosi una vecchia impostazione del Kaser (ad onor del vero in scritti successivi modificata rispetto alla sua originaria formulazione)<sup>92</sup>, a mio credere ben possono essere invocati a testimonianza della persistenza nel quinto secolo a.C. ancora di un processo sacramentale in cui soggetto chiamato istituzionalmente a pronunciarsi (sulla giustizia dei *sacramenta*) è la suprema magistratura repubblicana. I punti da trattare sarebbero molteplici e necessiterebbero di approfondimento ben maggiore di quello qui dedicato<sup>93</sup>: prima di concentrarsi sui precetti contenuti in Tab. 1.7-8 ('*ante meridiem caussam coiciunto. Com peroranto ambo praesentes*'; '*post meridiem praesenti litem addicito*'), a voler procedere 'lemmaticamente' per ridurre all'essenziale la comunque necessaria cornice entro cui circoscrivere il cuo-

<sup>88</sup> Tab. 1.6-8: *Rem ubi pacunt, orato. Ni pacunt, in comitio aut in foro. Ante meridiem caussam coiciunto. Com peroranto ambo praesentes. Post meridiem praesenti litem addicito* (Auct. rhet. ad Her. 2.13.20; Scaur. orthogr. 7.15.12 [Putsch 2253]; Prisc. inst. gramm. 10.5.32; Gell. 17.2.10; Quint. 1.6.11; Gai 4.15; Plin. nat. 7.60.212; Cens. 23).

<sup>89</sup> Cfr., sopra, § 2.

<sup>90</sup> Cfr., sopra, § 3.

<sup>91</sup> Cfr., sopra, § 4.

<sup>92</sup> M. KASER, *Das altrömische 'Ius'*, cit., 109 ss.; M. KASER, *Zum Ursprung des geteilten römischen Zivilprozessverfahren*, cit., 107 ss., 118 ss. (per i connotati sostanziali del citato mutamento di pensiero del Kaser, v., oltre, nt. 102).

<sup>93</sup> Cfr. G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, II, cit., 67 ss. (con analitica e puntualissima disamina critica); v., altresì, R. FIORI, '*Ea res agatur*', cit., 76 ss. (con breve, ma completa, rassegna delle principali ricostruzioni proposte in dottrina sul complesso di versetti in considerazione); M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 46 e nt. 5, 115 ss., 129 e nt. 58 (con corredo bibliografico fondamentale).

re del problema che, nell'economia del discorso che si è iniziato e che si intende a questo stadio concludere, maggiormente interessa, preciso che il contesto tratteggiato dal Nicosia mi appare del tutto condivisibile: *rem* è oggetto di *orare* e *orare* è forma allusiva della sola attività di parte attrice; *ubi* ha valore locativo e non ipotetico; *pacere* è verbo intransitivo usato in senso assoluto; un punto di interpunzione va posto dopo *in foro*; va tenuto fermo l'imperativo *coiciunto*<sup>94</sup>.

Ciò puntualizzato, secondo il primo orientamento interpretativo del Kaser, attesa l'esistenza di uno stadio storico connotato dalla strutturazione monofasica del più antico processo, atteso che Gaio tratta della *causae coniectio* e della *peroratio* come momenti propri della fase svolgentesi nel secondo secolo d.C. *apud iudicem* (corrispondenti ai momenti sottesi dalle forme verbali decemvirali '*coiciunto*' e '*peroranto*' impiegate in Tab. 1.7)<sup>95</sup>, atteso che il soggetto chiamato ad *addicere* in Tab. 1.8 ha da identificarsi necessariamente con il magistrato e che, nel contesto di evidente unitaria disciplina decemvirale, è anche dinanzi a lui che, giusta quanto previsto in Tab. 1.7, si debbono svolgere i due momenti dibattimentali ivi riferiti, allora, atteso tutto questo, dal complesso dispositivo consacrato in Tab. 1.6-9 affiorerebbe ancora una conformazione indivisa del processo<sup>96</sup>.

<sup>94</sup> G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, II, cit., 70, 72 ss., 87 ss.

<sup>95</sup> Gai 4.15: *postea tamen quam iudex datus esset, comperendum diem, ut ad iudicem uenirent, denuntiabant; deinde cum ad iudicem uenerant, antequam apud eum causam perorarent, solebant breuiter ei et quasi per iudicem rem exponere; quae dicebatur causae <coniectio> [collectio] quasi causae suae in breue coactio* (cfr., altresì, Ps.-Ascon. *ad Cic. Verr.* 2.1.26; Paul. 16 *ad Plaut.* D. 50.17.1; Gell. 5.10.9; Non. voce '*coicere*' [Lindsay 267]). Sulla inattendibilità della ricostruzione di O. BEHREND, *Die 'causae coniectio' der Zwölfstafeln und die Tatbestandsdisposition der Gerichtsrhetorik*, in ZSS, XCII, 1975, 163 ss. (che colloca *in iure* la *causae coniectio*), nonostante il 'possibilismo' manifestato da M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 116, cfr., per tutti, G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, II, cit., 90 (in senso recisamente negativo).

<sup>96</sup> V., altresì, sulla scorta del Kaser, G. BROGGINI, '*Iudex arbiterve*', cit., 62; A. BISCARDI, *Lezioni*, cit., 56 ss.; I. BUTI, *Il 'praetor'*, cit., 29 ss.; B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., 130 ss. Mi pare chiaro, come già detto, che Tab. 1.8 non possa affatto essere invocata a sostegno della tesi in forza della quale l'*addictio* rappresenterebbe la forma e il contenuto costante delle più antiche pronunce giudiziali di condanna (G. BROGGINI, '*Iudex arbiterve*', cit., 60 ss.; A. BISCARDI, *Lezioni*, cit., 58), ovvero un atto (costantemente) connesso al provvedimento di accertamento (M. KASER, *Das altrömische 'Ius'*, cit., 109): a prescindere dal fatto che non poche sono le fonti (cfr. *Cic. dom.* 29.78, *Caec.* 33.97, *de orat.* 1.10.42, *Mil.* 27.74; Arnob. 4.16) che in modo chiarissimo convergono nell'attribuire alla più antica *iudicatio* nel processo *per legis*

A tale interpretazione sono state mosse due critiche principali<sup>97</sup>: *in primis* s'è sostenuto come l'impiego del verbo *addicere* non sia indice sicuro della necessaria presenza di un magistrato e, dunque, di un comando solo da lui impartito, dato che «la distinzione (concettuale e lessicale) tra la funzione del magistrato e quella del giudice» sarebbe maturata divenendo rigorosa solo in età più avanzata, di modo che non vi sarebbe «ragione di scandalo nell'uso di *addicere* per indicare un atto del giudice»<sup>98</sup>. *In secundis*, s'è rimarcato come la *cause co-*

---

*actiones* valore solo 'dichiarativo' (cfr., *ex plurimis*, E. BETTI, *L'antitesi storica tra 'iudicare' ['pronuntiatio'] e 'damnare' ['condemnatio'] nello svolgimento del processo romano*, in *RISG*, LVI, 1915, 3 ss.; B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, IV, Milano, 1930, 34 ss.; R. SANTORO, *Potere e azione*, cit., 568 ss.; R. FIORI, 'Ea res agatur', cit., 86 ss.; A. SALOMONE, 'Iudicati velut obligatio', cit., 80, nt. 46), la fattispecie è particolare (trattando dell'ipotesi della assenza, come in Gai 2.24 si tratta dell'ipotesi di una sostanziale *indefensio*) e non pare affatto suscettibile di generalizzazioni di sorta, atteso peraltro che l'*addictio* si configura nelle fonti come atto seguente una fase in cui il contraddittorio effettivo manca (G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 424 s.). Sulla impossibilità di accogliere la ricostruzione proposta dal Brogini (*addictio* quale *damnatio* e contenuto essenziale della *iudicatio*; bipartizione facoltativa suggerita dalla disgiuntiva 'in foro aut in comitio'), cfr., definitivamente, R. FIORI, 'Ea res agatur', cit., 78 ss.; sulla implausibilità che il *iudicare* nelle *legis actiones* (forse con eccezione per il caso di *condictio* e di *postulatio*) fosse comprensivo di un *condemnare* in alternativa ad un *absolvere* (come vuole, invece, H. LÉVY-BRUHL, *Recherches*, cit., 237), cfr. le limpide e persuasive considerazioni svolte da G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 422 ss., 428 ss.

<sup>97</sup> Gli appunti critici mossi da A. STEINWENTER, *Recensione a G. BROGINI, 'Iudex arbiterve'*, cit., in *TR*, XXVII, 1959, 209, non mi paiono affatto decisivi: secondo l'autore, una volta circoscritta la disciplina di Tab. 1.6-9 a un processo monofasico, sarebbe d'uopo escludere logicamente ogni riferimento alla *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, e ciò si contrasterebbe con la formulazione generale dei versetti in parola, sia postulerebbe una lacuna legislativa tale da non permettere di sapere cosa accade allorché, a processo bipartito, una delle parti non si presenti dal giudice. Invero: da una parte, è petizione di principio argomentare l'implausibilità della tesi patrocinata da Kaser a fronte di una del tutto indimostrata 'formulazione generale' di Tab. 1.6-9; dall'altra, è quanto mai ovvio che non tutto del codice decemvirale ci è pervenuto.

<sup>98</sup> G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 89, che pensa – ma senza argomentare – ad un provvedimento (costitutivo) di 'attribuzione' e non 'dichiarativo' di approvazione (v., altresì, in senso analogo, H. LÉVY-BRUHL, *Recherches*, cit., 245); G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, II, cit., 114 ss. (nel senso di una adesione semplice, come suggerirebbe l'etimologia di *addicere*, del giudice ai *verba* della parte presente); C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale*, I, cit., 58, nt. 2 (che argomenta dalla *peroratio* la necessità logica di un atto giudiziale e non magistratuale); A. CORBINO, *Gai 4.48 e il contenuto della pronuncia del giudice nel processo romano*, in *Sem. Compl.*, V, 1994, 74 s. (nel senso di 'assegnare la lite'); A. GUARINO, 'Praesenti litem addicto', in *Sem.*

*niectio* (meglio il *causae coicere* decemvirale) non sia suscettibile di riferirsi ad un processo indiviso, trattandosi di una attività volta a dare una «prima informazione»<sup>99</sup> sull'oggetto della controversia, ossia trattandosi di una «breve riepilogazione»<sup>100</sup> priva di scopo se immaginata come rivolta «al magistrato ... già edotto dell'oggetto della lite»<sup>101</sup>; dunque, solo in seno ad un processo già bipartito in cui il giudice privato non aveva preso parte sin dall'inizio al processo si potrebbe spiegare Tab. 1.7<sup>102</sup>. Entrambi gli assunti, tuttavia, non credo meritino adesione.

Quanto al primo, ritengo assolutamente arbitrario ipotizzare – a prescindere dalla tipologia di atto sottesa: 'approvazione' o 'attribuzione'<sup>103</sup> – una ascrivibilità dell'*addicere* a un cittadino privato, benché

---

*Compl.*, V, 1994, 86 s. (in tendenziale accordo con il pensiero di Nicosia, pur dubitando del fatto che, in definitiva, il giudice senz'altro desse causa vinta alla parte presente).

<sup>99</sup> G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, II, cit., 94.

<sup>100</sup> R. FIORI, 'Ea res agatur', cit., 79.

<sup>101</sup> G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 89.

<sup>102</sup> Tali argomentazioni stanno alla base del celebre 'revirement' del Kaser, il quale, pur continuando a ritenere *addicere* un *verbum praetoris* (v. M. KASER, *Unmittelbare Vollstreckbarkeit*, cit., 88 e nt. 34), ha abbandonato, nei termini originariamente sostenuti, la tesi della testimonianza di Tab. 1.6-9 *pro* processo monofasico, ipotizzando – onde giustificare la menzione della *causae coniectio* – che il magistrato fosse aiutato nella cd. fase *apud iudicem* da un *consilium* (non necessariamente composto di cittadini privati: v. W. KUNKEL, *Untersuchungen zur Entwicklung des roemischen Kriminalverfahren in vorsullanischer Zeit*, München, 1962, 79 ss.); cfr. M. KASER, 'Praetor und 'judex'', cit., 329 ss.; in tal senso, v., altresì, R. SANTORO, *Potere e azione*, cit., 555, nt. 18. Da ricordare, altresì, le tesi di Aru e di Gioffredi, che, convinti dell'impossibilità di attribuire al giudice un qualsivoglia provvedimento di *addictio*, congetturavano che in caso di assenza di una delle parti la lite (inserita in un contesto di già avvenuta bipartizione) tornasse al magistrato (L. ARU, *Il processo civile contumaciale*, cit., 34 ss.; C. GIOFFREDI, 'Rem ubi pacunt orato': XII Tab. 1.6-9, in *BIDR*, LXXVI, 1973, 272 ss.; ID., *Diritto e processo*, cit., 151, 182 s.).

<sup>103</sup> Cfr., *in primis*, Fest. voce 'addicere' (Lindsay 12): *addicere est proprie idem dicere et adprobare dicendo; alias addicere damnare est* (su cui v. M. VOIGT, *Die XII Tafeln*, II, Leipzig, 1883, 430 ss. [che pensa che la corrispondenza tra *damnare* e *addicere* sia una spiegazione festina di quanto immediatamente rilevato nella prima parte della voce; cfr., altresì, G. BROGGINI, 'Iudex arbiterve', cit., 60 ss.]; M. WLASSAK, voce 'addicere', in *RE*, I.1., Stuttgart, 1893, 350; ID., *Der Gerichtsmagistrat*, cit., 90 ss., 184 s. [che, contro il Voigt, ipotizza una scansione cronologica tra senso primario e senso derivato di *addicere*]; V. ARANGIO-RUIZ, *La répression du vol flagrant et du vol non flagrant dans l'ancien droit romain*, in *Al Qanoun Wal Iqtisad*, II, 1932, 117 [che, a ragione, mette in luce come il senso primitivo di *addicere* sia quello di 'approvare in adesione']; J. WOLF, *Die 'litis contestatio' im römischen Zivilprozess*, Karlsruhe, 1968, 39 e

nell'esercizio di funzioni giudicanti. Le fonti, in ogni epoca, sono graniticamente compatte nel riservare al solo magistrato l'*addictio* (o perché in esse direttamente menzionato come unico soggetto investito del potere di *addicere*, o perché in esse indirettamente richiamato quale agente sottinteso, per esempio in connessione alle ritualità necessariamente '*in iure*' del *lege agere*, ovvero alla contestuale irrogazione, sempre magistratuale, di sanzioni corporali quale la *verberatio*)<sup>104</sup>; e ciò in qualsivoglia forma detto atto possa in concreto presentarsi (*addictio* quale atto endo-processuale in sede di *manus iniectio* del debitore *iudicatus* rimasto insolvente, nonché quale atto definitivo avente natura di sanzione capitale contro il *fur manifestus*)<sup>105</sup>; *addictio* delle *res*

---

nt. 122; R. LA ROSA, *La repressione del 'furtum'*, cit., 11, 19 ss., 41; G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, II, cit., 104 ss.; B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., 44; R. FIORI, '*Ea res agatur*', cit., 84 ss.).

<sup>104</sup> Varro *ling.* 6.29-30, 53; Fest. voce '*Fasti*' (Lindsay 78); Macr. *Sat.* 1.16.10, 14; Ov. *Fast.* 1.47; Sen. *apokol.* 11.3; Gell. 3.13.14, 11.18.18, 20.1.19, 20.1.42, 20.1.44, 20.1.48, 20.1.51; Gai 1.98-99, 134, 2.24, 3.189; Tit. Ulp. 8.2-5, 19.9-10; Theoph. *par.* 4.12 pr.; Plaut. *poen.* 564, 720, 833, 1341, 1361; Plaut. *rud.* 891; Plaut. *bacc.* 1205; Cic. *Q. Rosc. com.* 14.41; Cic. *Verr.* 2.3.10.24; Cic. *Flacc.* 20.48; Cic. *Sest.* 17.38; Cic. *Pis.* 35.86; Liv. 6.14.10, 6.15.9, 6.20.6, 6.27.8-10, 6.34.2, 6.36.12; Svet. *Aug.* 24; Val. Max. 7.6.1. Mi pare, a fronte di un numero così elevato di attestazioni, che anche Tab. 1.8 (Gell. 17.2.10) ben possa annoverarsi tra i casi di *addictio* magistratuale (cfr., in questi termini, per tutti, B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., 132; P. VOCI, *Per la definizione dell' 'imperium'*, cit., 67 ss.), e che l'*argumentum a silentio* (non esistono fonti che negano al giudice il potere di *addicere*) invocato da F. LA ROSA, *La formula dell' 'actio iudicati'* (contributo allo studio dei poteri del '*iudex*'), in *Studi in onore di G. Grosso*, IV, Torino, 1971, 237 s., risulti, in definitiva, inconcludente.

<sup>105</sup> Su tali due differenti tipi di *addictio*, oltre a C. PELLOSO, *Studi sul furto*, cit., 197 ss., 202 ss., 237 ss. (ma alla luce delle ineccepibili puntualizzazioni dogmatiche circa la inconciliabilità tra procedura 'esecutiva' in senso contemporaneo e *manus iniectio iudicati* quale procedimento 'sanzionatorio', quali emergono dalla lettura di L. PEPPE, *Riflessioni intorno all'esecuzione personale in diritto romano*, in *AUPA*, LIII, 2009, 115 ss., che, a ragione, mi imputa di aver usato inappropriatamente l'espressione '*agere in executivis*' per individuare una procedura non direttamente tesa alla soddisfazione dell'agente, ma volta alla coazione indiretta all'adempimento, nonché alla afflizione di colui *cum quo actum est*), cfr. M. VARVARO, *Osservazioni sulla pretesa esistenza di una 'legis actio per manus iniectioem' in relazione al 'furtum manifestum'*, in *Studi per G. Nicosia*, VIII, Milano, 2007, 333 ss., contro una consolidata opinione che ascrive tanto il caso di *iudicatus*, quanto quello di *fur manifestus*, allo strumento della *legis actio per manus iniectioem* (G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II, cit., 29 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 309 ss.; G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, cit., 78 ss.; B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., 36 ss.; G. NICOSIA, *La 'manus iniectio': dal regime originario a quello della 'manus iniectio pura'*, in '*Praesidia libertatis*'. *Garantismo e sistemi processuali nell'esperienza di Roma repubbli-*

*mancipi et nec mancipi* ovvero del *filius* nel ‘processo grazioso’ della *in iure cessio*, perfezionato rispettivamente a titolo di vendita e di adozione<sup>106</sup>).

Quanto al secondo, ritengo che l’originaria presa di posizione del Kaser, che muoveva dalla comparazione tra Tab. 1.6-9 e Gai 4.15, sia ineccepibile e, nonostante il ‘revirement’ dello studioso stesso, vada recuperata: anzitutto la spiegazione gaiana di *causae coniectio* nel senso di ‘*brevisiter exponere*’, a ben vedere, non allude di per sé ad una ‘ripetizione’, ad una succinta ‘ri-esposizione’ dei fatti di causa, bensì si limita a definire tale atto in termini di ‘illustrazione concentrata ma articolata, puntuale, per capi’, la quale solo entro il sistema del processo formulare si atteggia, concretamente, a ‘ri-proposizione’ dinanzi al giudice dell’oggetto della contesa per come già esposto al pretore, nonché la quale solo entro il sistema formulare si ridurrebbe, ipoteticamente, ad una attività priva di senso in assenza di bipartizione. Una volta che si è calata la definizione offerta da Gaio nel quinto secolo a.C. (ossia in vigenza del sistema processuale delle *legis actiones*), il ragionamento in critica all’ipotesi qui difesa non è, infatti, più valido. Se nella prima fase di un *modus agendi* cd. dichiarativo il magistrato assiste alle sole formalità previste dal cerimoniale messo in moto dall’attore (sicché egli, al più, viene a conoscenza del fatto che la causa concerne il dominio di un dato immobile, piuttosto che l’inadempimento di una data obbligazione), allora l’attività di ‘*causam coicere*’ di

---

cana. *Atti del convegno internazionale di diritto romano* [Copanello, 7-10 giugno 1992], Napoli, 1994, 163 ss., 217 ss.; A. SALOMONE, ‘*Iudicati velut obligatio*’, cit., 84 ss., 90 ss.; J. ZABLOCKI, *Procedura esecutiva nella legge delle XII tavole*, in *Studi in onore di A. Metro*, a cura di C. Russo Ruggieri, VI, Milano, 2009-2010, 513 ss.).

<sup>106</sup> Cfr. H.J. WOLFF, *The ‘Constitutive’ Effect of ‘in iure cessio’*, in *Tulane Law Review*, XXXIII, 1959, 525 ss.; U. ROBBE, *La ‘hereditas iacet’ e il significato della ‘hereditas’ in diritto romano*, I, Milano, 1975, 147; A. CORBINO, *Il rituale della ‘mancipatio’ nella descrizione di Gaio* (‘*Rem tenens*’ in *Inst.* 1.119; 2.24), in *SDHI*, XLII, 1976, 183 ss.; ID., *Schemi giuridici dell’appartenenza nell’esperienza romana arcaica*, in *La proprietà e le proprietà*, Milano, 1988, 28; ID., *La struttura della dichiarazione di acquisto nella ‘mancipatio’ e nella ‘in iure cessio’*, in ‘*Collatio Iuris Romani*’. *Etudes H. Ankum*, I, Amsterdam, 1995, 83 ss.; A. MAGDELAIN, *L’acte ‘per aes et libram’ et l’‘auctoritas’*, in *RIDA*, XXVIII, 1981, 127; A. FERNÁNDEZ DE BUJAN, *Jurisdicción voluntaria en derecho romano*<sup>3</sup>, Madrid, 1999, *passim*; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Riflessioni sulla struttura della rivendica romana e sulla prova della proprietà*, in *Φιλία. Scritti per G. Franciosi*, IV, Napoli, 2007, 2484 s. Cfr., ma con conclusioni differenti da quelle fatte proprie in corpo di testo, su tali ipotesi di *addictio*, in generale, G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, II, cit., 104 ss.

cui a Tab. 1.7, quale breve esposizione – in punto di fatto e in punto di diritto – operata da ciascuna delle due parti (quasi, dunque, una *sui generis* ‘comparsa conclusionale invertita rispetto all’istruttoria’, in quanto collocata prodromicamente rispetto alle *perorationes*, ossia al dibattimento vero e proprio), è ben lungi dall’integrare gli estremi di un (inutile e insensato) duplicato di una già avvenuta sommaria e prima informazione. E ciò – lo si ribadisce – in quanto le ritualità iniziali consistenti nel solo *lege agere* non forniscono al magistrato se non una superficiale conoscenza del tipo di pretesa ed, eventualmente, del titolo di quest’ultima<sup>107</sup>.

Certo da Tab. 1.6-9 non è affatto lecito inferire che l’*addicere* rappresenti il contenuto normale della sentenza nel processo *per legis actiones*, ovvero un suo per così dire fisiologico annesso<sup>108</sup> (assumendo la *iudicatio*, invero, il tenore di una pronuncia solo dichiarativa)<sup>109</sup>; tuttavia è lecito, in base a quanto sin qui rilevato, ipotizzare che il ‘blocco normativo’ in esame alluda proprio ad un processo in cui è ancora il magistrato – dinanzi al quale si svolge la precisazione delle rispettive posizioni, l’istruttoria, il dibattimento – a ‘giudicare’ in merito alla *lis* e non, invece, il giudice privato. Quindi, se, a rigore di logica, va escluso da Tab. 1.6-9 ogni riferimento al bifasico *lege agere per iudicis arbitrive postulationem*, non rimane che concludere – anche contro le obiezioni dello Steinwenter e del Pugliese – che le regole processuali sin qui esaminate concernano *in complexu* la sola proce-

<sup>107</sup> Il che perfettamente si inserisce nel quadro dipinto da autorevole dottrina, che permane sicura nel sostenere l’inesistenza di una *denegatio actionis* discrezionale (al più ritenendo verisimile un previo controllo di legittimità) in regime di *legis actiones*: nell’ambito di queste forme processuali, infatti, «non è in alcun modo configurabile un’alternativa fra il ‘dare’ e il ‘denegare’ l’azione, sulla base di una valutazione del caso concreto fatta dal pretore», in quanto non è concepibile «un atto autonomo del magistrato qualificabile come ‘datio actionis’: in tale tipo di processo la *denegatio* non è se non l’arresto (fondato sul generale controllo di legittimità, svolto dal pretore sul processo) dei procedimenti non conformi alle norme dello *ius civile*» (A. METRO, *La ‘denegatio actionis’*, Milano, 1972, 38; v., altresì, G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 381 ss., 386 s., e nt. 286; v., inoltre, M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 259 ss. e ntt. 19 s., 261 e nt. 25).

<sup>108</sup> Così, invece, come oramai oltremodo noto, G. BROGGINI, *‘Iudex arbiterve’*, cit., 62 ss.; M. KASER, *Das altrömische ‘Ius’*, cit., 109.

<sup>109</sup> V., *ex plurimis*, E. BETTI, *L’antitesi storica*, cit., 3 ss., 6 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 423 ss.; R. SANTORO, *Potere e azione*, cit., 577 ss.; K. HACKL, *Der Sakramentprozess über Herrschaftsrechte und die ‘in iure cessio’*, in *ZSS*, CVI, 1989, 157; M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 104 s.

dura sacramentale<sup>110</sup>. Ma – seppur a titolo di ipotesi – aggiungerei ‘procedura sacramentale relativa a cosa certa’. Più precisamente, a voler intendere ‘*rem orare*’<sup>111</sup> e ‘*litem addicere*’<sup>112</sup> come il riferimento,

<sup>110</sup> Così anche B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., 133.

<sup>111</sup> *Orare* «nella lingua religiosa e giuridica» sta per «pronunziare una formula rituale’ (con connotazione di solennità)»: C. DE MEO, *Lingue tecniche del latino*, cit., 76 (che cita Auct. *rhet. ad Her.* 2.13.20). V., per l’equazione *orare = agere*, Paul.-Fest. voce ‘*orare*’ (Lindsay 218): *orare antiquos dixisse pro agere, testimonio sunt quod et oratores, et i qui nunc quidem legati, tunc vero oratores, quod reipublicae mandatas partis agebant*; Fest. voce ‘*adorare*’ (Lindsay 17): *adorare apud antiquos significabat agere; unde et legati oratores dicuntur, quia mandata populi agunt*; Paul.-Fest. voce ‘*oratores*’ (Lindsay 196): *alias pro disertis et eloquentibus, ab eo quod antiqui orare dicebant pro agere: ob quam causam orationes quoque eorum vocantur*; cfr., altresì, Varro *ling.* 6.42: *Sed et cum cogitamus quid et eam rem agimus in mente, agimus, et cum pronuntiamus, agimus. Itaque ab eo orator agere dicitur causam et augures augurium agere dicuntur, quom in eo plura dicant quam faciunt*. Non pare seguibile, dunque, B. ALBANESE, ‘*Orare*’ in *XII tab.* 1.6., in *Labeo*, XLVI, 2000, 355 ss., allorché associa l’*orare* di Tab. 1.6 a una pronuncia solenne non di parte. Cfr. le annotazioni linguistiche di E. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indeuropee*, II, cit., 481 ss.; A. ERNOUT - A. MEILLET, voce ‘*ago*’, in *Dictionnaire étymologique*, cit., 15 s.; G. SEMERANO, voce ‘*ago*’, in *Le origini della cultura europea*, II.2, *Dizionari etimologici. Basi semitiche delle lingue indoeuropee*. *Dizionario della lingua latina e di voci moderne*, Firenze, 2000, 336; S. LOPEZ MOREDA, *Los grupos lexemáticos de ‘facio’ y ‘ago’ en el latín arcaico y clásico*. *Estudio Estructural*, Salamanca, 1987, 156; U. MANTHE, ‘*Agere*’ und ‘*aito*’: *Sprechakttheorie und Legisationsaktionen*, in *Iurisprudentia universalis. Festschrift für T. Mayer-Maly zum 70. Geburtstag*, 2002, 431 ss.; R. SANTORO, ‘*Actio*’ in diritto antico, in *Poteri, ‘negotia’, ‘actiones’ nella esperienza romana arcaica*. *Atti del convegno internazionale di diritto romano* (Copanello, 12-15 maggio 1982), Napoli, 1984, 202; A. RUELLE, *Sacrifice, énonciation et actes de langage en droit romain archaïque*, in *RIDA*, XLIX, 2002, 203 ss.; sul significato da attribuire al precetto ‘*si adorat furto, quod nec manifestum erit, duplione damnum decidit*’ (Paul.-Fest. voce ‘*nec*’ [Lindsay 158]; Gell. 11.18.15; Gai 3.190), mi permetto di rinviare a C. PELLOSO, *Studi sul furto*, cit., 244 ss.

<sup>112</sup> Sul segno *lis* nel senso tecnico-giuridico, ma materiale, di ‘cosa controversa’ (per l’originale *stlis*, v. Paul.-Fest. voce ‘*stlatta*’ [Lindsay 410, 411]), cfr. Varro *ling.* 7.93 (*quibus res erat in controversia, ea vocabatur lis*) e Cic. *Mur.* 12.27 (*etiam nunc statuere non potuisse utrum ‘rem’ an ‘litem’ dici oporteret*), nonché, pur nel fraintendimento di *vindiciae*, Gai 4.16 (*litis et vindiciarum, id est rei et fructus*); sulla polisemia di *lis* v., in generale, H. HEUMANN - E. SECKEL, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena, 1926, 318; M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 75, nt. 35; quanto allo specifico significato assunto in Tab. 1.8, v., nel senso di ‘controversia’, M. WŁASSAK, voce ‘*addicere*’, cit., 350; M. KASER, *Zum Ursprung des geteilten römischen Zivilprozessverfahren*, cit., 119; G. JAHR, ‘*Litis contestatio*’, cit., 12 s., 14 s.; H. LÉVY-BRUHL, *Recherches*, cit., 209 (che si richiama a P. PÉTOT, *Le défaut ‘in iudicio’ dans la procédure ordinaire romaine*, Paris, 1912, 16); B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., 132 e nt. 457; O. BEHRENDTS, *Der Zwölftafelprozess*, cit., 88 e nt. 317; K. HACKL, *Der Sakramentprozess*, cit., 175 e nt. 105; nel senso di ‘ciò su cui verte l’interesse dedotto in processo’, v. A. CORBINO, *Gai* 4.48, cit., 72 s. (che si ri-



rispettivamente, ad un'azione intentata per far valere una propria pretesa su una cosa determinata (una veste, uno schiavo, un fondo) oppure su una certa quantità di cose fungibili (oro e argento), vuoi vantando un titolo dominicale, vuoi adducendo un obbligo inadempito dell'avversario, e al provvedimento magistratuale che assegna l'oggetto materiale della controversia alla parte litigante vittoriosa, o meglio che autorizza la parte presente ad apprendere – se del caso anche violentemente – la *lis*, si potrebbe immaginare il seguente quadro. In *primis* vanno coordinate armonicamente le informazioni traibili da Gai 4.48<sup>113</sup> con quelle deducibili (anche in negativo) da Tab. 3.1<sup>114</sup>: il

---

chiama a G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, II, cit., 91); nel senso di 'cosa oggetto della lite' (con riguardo, tuttavia, alle sole *actiones in rem*), v. A.A.F. RUDORFF, *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., 310; E. BETTI, *L'antitesi storica*, cit., 28 s. e nt. 1; M. KASER, *Das altrömische 'Ius'*, cit., 110; A. BISCARDI, *Lezioni*, cit., 57. Ad avviso di R. FIORI, 'Ea res agatur', cit., 77, nt. 18, tale ultima limitazione semantica sarebbe 'chiaramente arbitraria': ma, se non erro, con circoscritto riguardo a Tab. 1.8, ritenere <st>*lis* in senso materiale risulta pienamente conforme alla sfera semantica più antica del sostantivo in questione, nonché perfettamente in armonia con l'oggetto di *addicere* che, a quel che mi consta, è – per come storicamente attestato – pressoché sempre un *quid* di materiale (cfr. Plaut. *Poen.* 185, 564, 1342, 1361; *Rud.* 891; Cic. *Att.* 7.2.8, *Flacc.* 20.48, *Mil.* 32.87, *Pis.* 35.86, *Sest.* 17.38, *Q. Rosc. com.* 14.41; Liv. 6.14.10, 6.15.9, 6.20.6, 6.27.8; Gell. 17.2.10; D. 1.2.2.24; v., tuttavia, la locuzione derivata '*addicere iudicium*' in Varro *ling.* 6.61 e in Macr. *Sat.* 1.16.26).

<sup>113</sup> Gai 4.48: *Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio[nem] concepta est. itaque et si corpus aliquod petamus, uelut fundum, hominem, uestem, [argumentum] <aurum, argentum>, iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, <sed> aestimata re pecuniam eum condemnat [Pugliese, Albanese, Corbino] (oppure: *iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, <sed> sicut olim fieri solebat aestimata re pecuniam eum condemnat [Lévy-Bruhl]*; oppure: *iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est <> sicut olim fieri solebat aestimata re pecuniam eum condemnat [Brini, Burdese]*; oppure *iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat <> aestimata re pecuniam eum condemnat* [lettura qui adottata, come si evincerà dal prosieguo]). Cfr., per le molteplici 'letture' e ricostruzioni del passo: A. ROMANO, *Economia naturale ed economia monetaria nella storia della condanna arcaica*, Milano, 1986, 13 ss.; R. FIORI, 'Ea res agatur', cit., 69 ss.*

<sup>114</sup> Tab. 3.1-2: *aeris confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunt post deinde manus iniecio esto in ius ducito* (Gell. 20.1.42-45; Gell. 15.13.11; Gai 3.78; Gai 4.21: sul problematicissimo testo decemvirale, merita di essere consultato U. AGNATI, *Leges Duodecim Tabularum*. *Le tradizioni letteraria e giuridica*, Cagliari, 2002, 127 ss.; v., inoltre, P. NOAILLES, 'Fas', cit., 151, nt. 1; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 303 ss.; G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, II, cit., 9, 135 ss.; C. BUZZACCHI, *Studi sull' 'actio iudicati'*, cit., 1, nt. 3; F. CASAVOLA, *Il tempo del diritto*, in *Diritto @ Storia*, IV, 2005; A. SALOMONE, 'Iudicati velut obligatio', cit., 67 ss.; R. SANTORO, *Per la storia dell' 'obligatio'*, in *Iuris Antiqui Historia*, I, 2009, 74 s.; v., altresì, C. PEL-

primo passo attesta, per il sistema delle *legis actiones*, l'esistenza di 'sentenze in natura' allorché il *petitum* mediato (sottendendo esso vuoi un *ius in re*, vuoi un *ius ad rem*) concernesse un *corpus aliquod* (e, dunque, allusivo di tutele in forma specifica *ad hoc*); il versetto decemvirale, di conseguenza, limita l'esperimento della *manus iniectio* (*iudicati*) alle ipotesi, incontrovertibilmente accertate, o di 'debito già liquido' (*aes*; delitto punito con pena pecuniaria fissa) o di debito che dovesse di necessità essere liquidato, in assenza di adeguate forme parallele di tutela in forma specifica (come nel caso di dare una cosa determinata perita oppure nel caso di un *incertum*, ossia di *damnum decidere*, se si ritiene che il *facere* non potesse essere ancora tutelato nelle forme del processo arcaico)<sup>115</sup>. A mente di ciò, se non mi inganno, è

---

LOSO, *Il concetto di 'actio'*, cit., 329, nt. 367, ove, per ragioni di morfologia e di stile, si dava preferenza alla versione proposta da A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, II, Uppsala - Leipzig, 1927, 379: '*aeris confessi<s> re[bu]<i>sque iure iudicatis XXX dies iusti sunt*' (anche così concepito, nella sostanza nulla muta, se non che il *carmen* viene concepito in termini soggettivi piuttosto che oggettivi: non 'debito pecuniario oggetto di confessione', ma 'coloro che hanno confessato il debito pecuniario'; non 'cose giudicate *iure*', ma 'coloro che risultano soccombenti *iure* a seguito di giudicato').

<sup>115</sup> Atteso preliminarmente che nelle *legis actiones* più antiche non v'è spazio alcuno per l'antitesi *absolutio-condemnatio*, né la sentenza può risolversi in una *damnitio-addictio* come vuole il Brogginì, ovvero includere una *condemnatio* pecuniaria (alternativa) allorché si tratti di processo *in rem* come vuole il Lévy-Bruhl, secondo cui la *manus iniectio* sarebbe esperibile anche nel caso di *iudicatum* reale (cfr. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 423 ss., 306, 426 s. e nt. 332; per posizioni più recenti che amplificano la gamma dei giudicati, richiamati in Tab. 3.1, suscettibili di formare titolo per la *manus iniectio*, pur con vedute non collimanti tra loro, cfr. A. BURDESE, *Sulla condanna pecuniaria*, cit., 192 ss.; A. CORBINO, *Gai 4.48*, cit., 67 ss.; A. SALOMONE, *Iudicati velut obligatio*, cit., 67 ss. e nt. 4, 76 ss. e ntt. 29 ss., 82 ss.); atteso altresì che anche per le *legis actiones* più recenti la 'condanna' è solo congetturale (G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 434); atteso tutto ciò, secondo l'interpretazione che di Gai 4.48 offre il Pugliese, si deve ritenere che Gaio: 1) intenda evidenziare la differenza tra il contenuto della sentenza nel processo *per legis actiones* e quello nel processo *per formulas*, allo scopo potendosi ipotizzare un *sed* [ovvero, come a me pare nettamente preferibile, un segno di interpunzione] tra *solebat* ed *aestimata* (ID., *Il processo civile romano*, I, cit., 430 s.; sul punto cfr. R. FIORI, '*Ea res agatur*', cit., 67 ss.; A. CORBINO, *Gai 4.48*, cit., 67 ss.; A. BURDESE, *Sulla condanna pecuniaria*, cit., 199 ss.); 2) impieghi, ovviamente, in senso non tecnico l'espressione *ipsam rem condemnare* (ID., *Il processo civile romano*, I, cit., 432); 3) menzioni il *petere rem* con riguardo al solo processo di rivendica, sicché il passo, da un lato, nulla direbbe circa i contenuti delle sentenze relative ad 'azioni di legge *in personam*', dall'altro, con linguaggio non preciso alluderebbe al fatto che la *iudicatio* nella *legis actio sacramento in rem* non aveva contenuto pecuniario ma permetteva al vincitore non possessore di impossessarsi

giocoforza ritenere che l'autorizzazione magistratuale (implicita) all'e-

della cosa anche violentemente (ID., *Il processo civile romano*, I, cit., 432, 437 s.; cfr. C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale*, I, cit., 54 ss.). Secondo il Pugliese, dunque, la 'condanna in ipsam rem', quanto a suo tenore, è generalmente inverosimile, giacché del tutto inutile se il debito è già liquido o è di dare una cosa determinata, ovvero, in quest'ultimo caso, giacché sostituibile da una stima in denaro in vista della *manus iniectio* (ID., *Il processo civile romano*, I, cit., 372 s. e nt. 264, 432 ss. e nt. 336). Limitandosi l'attenzione al *lege agere sacramento* (ove la *iudicatio* si risolve in un accertamento della giustezza o meno dei *sacramenta*), il quadro che deriva da quanto poc'anzi riassunto del pensiero del grande studioso è piuttosto preciso: per l'*agere in rem*, la sentenza, implicitamente, autorizza la parte vittoriosa senza possesso a soddisfarsi in auto-tutela (v., per un ragguaglio bibliografico, A. BURDESE, *Sulla condanna pecuniaria*, cit., 198, nt. 86), con esclusione, quindi, dell'applicabilità di Tab. 3.1-2, norme queste ultime che vanno riferite solo alle azioni *in personam* (v., in tal senso, oltre a G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 303 ss.; O. BEHREND, *Der Zwölfafelprozess*, cit., 129 e nt. 76; W. SELB, *Vom geschichtlichen Wandel der Aufgabe des 'iudex' in der 'legis actio'*, in *Gedächtnisschrift für W. Kunkel*, hrsgg. D. Nörr und D. Simon, Frankfurt a.M., 1984, 436 ss.; B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., 36 s. e nt. 105; C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale*, I, cit., 56; R. FIORI, 'Ea res agatur', cit., 112, M. VARVARO, *Per la storia del 'certum'*, cit., 236); per l'*agere in personam*, nel caso di debito già liquido, la sentenza (al pari, come noto, della *confessio*) legittima alla *manus iniectio*, decorsi inutilmente i XXX *dies iusti*; per l'*agere in personam*, nel caso di debito non già liquido (*certa res, delictum* punito con pena pecuniaria in un multiplo), è assai probabile che, in vista dell'esperimento della *manus iniectio*, la sentenza sia fatta seguire da un *arbitrium liti aestimandae* – o ad esso sia contestuale o da esso sia preceduta – al pari del caso di *confessio* non avente ad oggetto *aes* (cfr., sul punto, R. FIORI, 'Ea res agatur', cit., 200, 210 e M. VARVARO, *Per la storia del 'certum'*, cit., 156 e nt. 532, con ampi richiami alla dottrina precedente; v., inoltre, N. SCAPINI, *La confessione nel diritto romano*, I, *Diritto classico*, Torino, 1973, 19 ss., che ritiene applicabile i XXX *dies iusti* anche nel caso di *confessio* di un *incertum*, laddove ciò è escluso, sia per il *certum* sia per l'*incertum* sia per il delitto, da A. BURDESE, *Sulla condanna pecuniaria*, cit., 188 s.; v., *ex plurimis*, sulla necessità della previa liquidità [o liquidazione] per l'esperimento della *manus iniectio*, S. DI PAOLA, 'Confessio in iure', I, Milano, 1952, 24 ss.; B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., 41; R. FIORI, 'Ea res agatur', cit., 95, 97, 104, 109 ss., 112; M. VARVARO, *Per la storia del 'certum'*, cit., 235 ss. e nt. 829, 256 ss.; sugli svariati usi congetturati dalla dottrina per l'*arbitrium [rectius: per l'arbitr] liti aestimandae* [Prob. 4.10: A.L.A.], cfr., paradigmaticamente, C.A. MASCHI, *Il diritto romano*, I, *La prospettiva storica della giurisprudenza classica [diritto privato e processuale]*, Milano, 1966, 366; S. DI PAOLA, 'Confessio in iure', I, cit., 16 s. e nt. 28; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 433 e nt. 336; B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., 37, 48, 104 ss., 126, 141 s.; A. MAGDELAIN, *Aspects arbitraux de la justice civile archaïque à Rome*, in *RIDA*, XXVII, 1980, 208 ss.; A. BURDESE, *Sulla condanna pecuniaria*, cit., 188 s., 191, 194 e nt. 73; A. CORBINO, *Gai 4.48*, cit., 79; v., tuttavia, con assai condivisibili osservazioni critiche sulla eccessiva fortuna di questa misteriosa figura, S. PEROZZI, *Dell'arbitrium liti aestimandae nella procedura civile romana*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1948, 422). Il quadro è piuttosto chiaro, si diceva; ma non per questo mi pare del tutto convincente. Premesso che non si può che aderire al pensiero dello studioso là ove ha cura di precisare l'uso improprio gaiano di *condem-*

esercizio privato di forme di auto-soddisfazione non sia circoscritta alla sola *iudicatio* conclusiva dell'*agere sacramento in rem* (ossia al provve-

---

*no* per identificare il possibile tenore di una *iudicatio* nel sistema arcaico delle *legis actiones*, nonché la preferenza per la lettura del passo che mette in chiaro la volontà del manualista del secondo secolo d.C. di contrapporre e non di omologare i due sistemi dell'*ordo iudiciorum privatorum* (e ciò contro la più recente proposta di lettura di A. BURDESE, *Sulla condanna pecuniaria*, cit., 199, secondo cui, sulle orme di G. BRINI, *Della condanna nelle 'legis actiones'*, Bologna, 1878, 7 ss., va inserito un segno di interpunzione, e non l'inutile avversativa *sed*, tra *actum est* e *sicut*, si da intendere il passo nel senso di un richiamo da parte di Gaio all'antichità teso a «sottolineare ... la risulgenza della stima della lite ad un uso antico a lui ben noto»), a mio credere, va messo in luce quanto segue. Anzitutto, è da escludere che Gaio intenda riferirsi solo ad una comparazione tra *legis actio sacramento in rem* e rivendica con *formula petitoria*: vero è, infatti, che uno dei due poli della contrapposizione è espressamente indicato in termini di '*omnes formulae*' dotate di *condemnatio*, sicché è doveroso pensare che, sul versante opposto del sistema delle *legis actiones*, fossero richiamati anche i riti predisposti per rapporti di debito-credito; di poi *petere rem* non è espressione sintomatica solo di diritti reali, ma allude ad un *petitum* (ergo, ad un *desiderium*) in cui sia inclusa una *res* a prescindere dal titolo e dal tipo di pretesa (v., analogamente, A. BURDESE, *Sulla condanna pecuniaria*, cit., 200 e nt. 95). In secondo luogo, va rimarcato come il principio della condanna *in ipsam rem* fosse, anche in regime di *legis actiones*, non universale, come denuncia la presenza della forma verbale *solebat*. Se così è, Gaio verrebbe a dire che quando il *petitum* mediato non concerneva un *corpus aliquod* (ossia un *incertum* come un *facere* o come un *damnum decidere*) la condanna *in ipsam rem* era esclusa; quando il *petitum* mediato concerneva un *corpus aliquod* (o perché lo si rivendicava o perché lo si pretendeva a fronte di un credito), la condanna era *in ipsam rem*. È alla luce di tale dato che credo meglio si riesca ad intendere il tenore di Tab. 3.1: come sopra ricordato, seppur congetturalmente, Pugliese ritiene che, quanto a pretese relative, nel caso di *confessio* di una *certa res* e di *iudicatum* di una *certa res* si provvedesse a una stima in vista della *manus iniectio*, applicando quell'istituto chimerico che è l'*arbitrium liti aestimandae* (di cui, in pratica, nulla si sa, ma che tante volte è comodamente invocato in letteratura). Se Gaio, tuttavia, non commette errori in Gai 4.48, allora ipotizzare ciò è inutile, atteso che la sentenza riguardante (sempre indirettamente) un *corpus aliquod* avrebbe autorizzato il creditore vittorioso o il *dominus* non possessore a impossessarsene anche con la violenza. Del resto, il fatto che in Tab. 3.1 si discorra, da una parte, di *confessio aeris* e, dall'altra, di *iudicatum*, milita contro l'applicazione indiscriminata dell'*arbitrium liti aestimandae* per ogni debito non già pecuniario, in quanto se l'applicazione di questo istituto teso alla liquidazione fosse stato sempre possibile onde permettere la *manus iniectio* non si comprenderebbe affatto la volontà del legislatore di specificare '*aeris*' con riguardo alla sola *confessio* (ché se la norma dei *dies iusti* antecedenti la *manus iniectio* fosse stata comunque applicabile dopo la liquidazione del debito non pecuniario confessato, come nel caso di *iudicatum*, sarebbe bastato menzionare la sola *confessio*). Anzi l'impiego nel versetto della locuzione '*confessio aeris*', in negativo, è quanto mai eloquente circa la volontà del legislatore di escludere dal campo di applicabilità della norma (che prevede con *favor rei* il decorso immediato dei XXX *dies iusti* in vista della *manus iniectio*) la *confessio* che non concerna una somma già liquida in denaro. Pertanto la norma non si applica se si tratta

dimento magistratuale definitivo conseguente a processo contenzioso in contraddittorio, laddove Tab. 1.8 contempla, come già messo in chiaro, proprio per il caso specifico di assenza, l'*addictio*)<sup>116</sup>, ma altresì

---

dell'ammissione di un delitto (nel senso che, se la pena è fissa, sarà possibile una immediata *manus iniectio*, se la pena è mobile, nel senso che sarà necessario, prima della *manus iniectio*, procedere alla *damni decisio*: cfr. A. BURDESE, *Sulla condanna pecuniaria*, cit., 189; O. BEHREND, *Der Zwölftefelprozess*, cit., 129 ss.) o di un debito di *facere* (nel senso che, sempre che esso fosse tutelato nel sistema delle *legis actiones*, in vista della *manus iniectio* è implicato l'atto ulteriore della liquidazione, ma non anche il *favor* dei *XXX dies*) o di un debito di dare una *certa res* (nel senso che, giusta quanto può inferirsi da Gai 4.48, è qui implicita l'autorizzazione all'autotutela e, se la cosa è perita, la legittimazione alla *manus iniectio* per il valore della cosa che già è stato previamente determinato in vista della sfida sacramentale: cfr., sulla necessità logica che tale stima avvenga in modo preciso e non sommario, A. CORBINO, *Gai 4.48*, cit., 78, contro A. MAGDELAIN, *Aspects arbitraux*, cit., 212, nt. 17). Il fatto che nel versetto si discorra, di poi, solo di *iudicatum* senza alcuna ulteriore precisazione segnala l'oculattezza terminologica decenvirale (cfr. A. BURDESE, *Sulla condanna pecuniaria*, cit., 192 s.), atteso che è chiaro come la pecuniarietà non fosse affatto una costante delle *iudicationes*, anche se esse vertevano indirettamente su una somma di denaro (si pensi a *legis actio sacramenti in personam* per cui la sentenza *pro actore* non avrebbe dichiarato l'esistenza e l'ammontare del debito, ma solo la giustezza del suo sacramento); ma ciò significa anche che, data la necessità dell'esistenza di un una somma di danaro certa per l'attivazione della *manus iniectio* (v., per ampi rimandi in letteratura, M. VARVARO, *Per la storia del 'certum'*, cit., 235, nt. 829), i giudicati contemplati in Tab. 3.1 sono solo quelli riguardanti debiti originariamente liquidi, ovvero necessariamente liquidati o liquidandi. Il che, tra l'altro, porta ad escludere, alla luce della lettura di Gai 4.48, i casi di obbligazione avente ad oggetto una *certa res*, per cui sarebbe stata possibile l'apprensione anche violenta, ovvero, in subordine, il ricorso alla *manus iniectio* per l'importo determinato già previamente in sede di sfida sacramentale (tale interpretazione, che cerca di conciliare il dettato di Tab. 3.1-2 con Gai 4.48, solo in parte coincide, dunque, con quella di G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 303 s., 305 s., nt. 165; B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit. 37; C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale*, I, cit., 56: se questi autori, infatti, convengono sulla necessità in vista della *manus iniectio* della liquidità del debito [o, secondo Pugliese, almeno della «fungibilità della prestazione»], nelle *res iudicatae* di Tab. 3.1 includono pure le sentenze attinenti a debiti aventi ad oggetto una cosa determinata o una quantità certa di fungibili, ovviamente da stimare).

<sup>116</sup> Di recente si è voluto estendere, in vario modo, il consueto modo di intendere le *res iudicatae* di Tab. 3.1, nel senso di una applicabilità della *manus iniectio* anche a seguito di *legis actio sacramenti in rem* (cfr. A. SALOMONE, *Iudicati velut obligatio*, cit., 67 ss., 81 ss., 115 ss.; riteneva esperibile la *manus iniectio* nei confronti del *iudicatus*, oltre a H. LÉVY-BRUHL, *Recherches*, cit., 237, già A. ROMANO, *Economia naturale*, cit., 38). E ciò in base ai seguenti argomenti: 1) Tab. 3.1 menziona ogni tipo di giudicato e non solo quelli relativi a obbligazioni; 2) si può ipotizzare una stima anche dopo la presa corporale del *iudicatus* e, quindi, non contestualmente o subito dopo la sentenza che accerta la proprietà del non possessore, così disancorandosi l'esperibilità della *manus iniectio* dalla previa necessaria quantificazione della soggezione del *iudicatus*; 3)

a quella dell'*agere sacramento in personam*, sempreché relativo a un

---

quello di *facere iudicatum* (pagare, restituire, fare) è comunque un 'dovere' il cui inadempimento legittima il ricorso alla *manus iniectio* (in questi stessi termini, v. A. CORBINO, *Gai 4.48*, cit., 78 s.). La tesi sostenuta da A. Salomone non convince per svariate ragioni. α) Essa non prende in considerazione Gai 4.48 che attesta sicuramente per la rivendica una sentenza in natura che, assai verisimilmente, prelude ad una forma di soddisfazione in forma specifica. β) Essa si base su una congettura, ossia la valutazione pecuniaria seguente alla *ductio*, la quale né è mai confortata dalle fonti, né, peraltro, tiene in debito conto il tenore di Gai 4.21 (che subordina espressamente l'esperimento dell'azione alla precisa quantificazione del dovuto non pagato: '*quandoc non soluisti ...*') e di Gell. 20.1.42, che discorre solo di '*debiti iudicati*' nel parafrasare '*res iure iudicatae*'. γ) Essa è esclusa dallo stesso tenore di Tab. 3.1: se infatti la *manus iniectio* avesse potuto essere esperita tanto giusta un titolo (nel merito incontrovertibile) non concernente un debito (dunque per pretese *in rem*), quanto in assenza di previa liquidazione (dunque sia per pretese *in rem*, sia per pretese *in personam*), allora – se non vado errando – il genitivo *aeris* relativo alla *confessio* non avrebbe avuto alcun senso o utilità (in quanto anche qui sarebbe bastata, per mettere in moto la procedura cd. esecutiva, una semplice confessione e non la *confessio* di *aes*); inoltre se Tab. 3.1 è concepita come norma contemplante unitariamente situazioni verificabili nel medesimo alveo processuale e omologhe, la *confessio* e il *iudicatum* (v., per tutti, E. BETTI, *L'effetto della 'confessio' e della 'infinitatio certae pecuniae' nel processo civile romano*, in *Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino*, L, 1914-1915, 705 ss., che ricostruisce Ulp. 5 *de omn. trib.* D. 42.2.6 pr.-1 nel seguente modo: «*cert<am pecuniam> confessus pro iudicato erit, incertum <vel corpus> non erit*; diversamente v. R. FIORI, '*Ea res agatur*', cit., 210 s.), allora risulta chiaro che, se una *confessio* per la *legis actio sacramento in rem* è inconcepibile (v., per tutti, G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 369), ne consegue che il giudicato di cui tratta il *carmen* è solo quello di azioni *in personam* (ove, per l'appunto, sia una *confessio*, sia un giudicato sono, in alternativa, possibili). δ) Essa, ipotizzando 'doveri restitutori connessi direttamente al giudicato', non considera adeguatamente il fatto che la natura delle sentenze nel sistema delle *legis actiones* è meramente dichiarativa e che, dunque, il dovere di restituire da parte nel *non-dominus* possessore non trova fondamento nel giudicato, ma nel 'diritto sostanziale accertato incontrovertibilmente nel *iudicatum*' (M. MARRONE, '*Agere lege*', cit., 210 ss.; R. FIORI, '*Ea res agatur*', cit., 107); se così è, allora, se si volesse ancora sostenere per pura ipotesi il ricorso alla *manus iniectio* per pretese reali, sarebbe d'uopo riconoscere – presupponendo infatti la *manus iniectio* un'obbligazione per cui non v'è stata *solutio* (Gai 4.21) – la qualifica del *mancipium* originario o del *dominium* in termini di rapporti relativi e la mancata restituzione della cosa quale 'insolvenza' (il che, ovviamente, è impossibile). L'ipotesi più convincente mi pare rimanere quindi quella dell'autotutela: se poi si tiene a mente il fatto che il processo era in una prima fase storica non strutturalmente bipartito, nei casi in cui questo si celebrava in presenza della cosa (e non di un suo simulacro), allora l'esercizio dell'autotutela avrebbe addirittura avuto luogo in un numero non esiguo di casi dinanzi al magistrato stesso. Verificatasi poi la scissione tra fase *in iure* e fase *apud iudicem* (prima della *lex Pinaria*), non essendo necessariamente presente la cosa al momento della pronuncia della sentenza da parte del giudice privato (il quale, peraltro, se non aveva il potere di *addicere* in caso di assenza, probabilmente non aveva neppure il potere di autorizzare forme di auto-soddisfazione), la parte vittoriosa che non avesse prima avuto il possesso interinale della cosa a seguito

*corpus aliquod*, quale è – come rammenta Gaio – uno schiavo, un fondo, una veste, oppure dell'oro o dell'argento (purché, ovviamente, il *corpus* preteso sia 'esistente' e attualmente *in patrimonio* del soccombente)<sup>117</sup>.

Questo contributo era partito dalla formulazione di un dubbio, per come espresso dal professor Alberto Burdese<sup>118</sup>, circa l'individuazione di giudicanti e decidenti per l'epoca romana arcaica. La conclusione, giusta quanto messo già in luce, è *in re ipsa*: il magistrato supremo in Roma, tanto durante l'età monarchica, quanto nella repubblica del quinto secolo a.C., nel contesto ancora strutturalmente (ma non funzionalmente) mono-partito dell'*agere sacramento*, sia presiedeva alla fase cerimoniale di introduzione del processo, sia pronunciava incontrovertibilmente la *iudicatio* sulla giustezza di uno dei due *sacramenta*, dando vita ora a titolo autorizzativo dell'autotutela, ora a titolo idoneo a legittimare la messa in movimento della *manus iniectio*: ma, in un sistema così concepito – ove l'attività del *rex* e del *praetor* in sede giudiziale è lungi dall'integrare gli estremi di una 'statuizione creativa', atteso che questi sia non avevano alcuna discrezionalità nella concessione dell'azione, sia svolgevano un ruolo di mero controllo formale o, al più, di 'legittimità' – v'è spazio solo per un'embrionale forma di *ius dicere* (massimamente in chiave di *addictio*, oltre che di generale supervisione) e per un *iudicare* consistente, a seguito di procedimento istruttorio (non necessariamente a-razionale e decisorio, atteso che il *sacramentum* imposta il giudizio, ma non determina altresì i modi di raggiungimento del *iudicatum*), nella declaratoria di un *ius* che di necessità preesiste al processo. Il 'decidere', ossia il creare ovvero il rinvenire le regole da applicare per la risoluzione del caso con-

---

dell'atto magistratuale di *vindicias dicere* (v., sopra, § 2) avrà iniziato ad agire, in caso di non spontanea restituzione da parte del possessore, non contro questi, ma direttamente contro quegli stessi *praedes litis (et) vindiciarum* che garantivano la restituzione della cosa controversa per il *quantum* verisimilmente già stabilito (C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale*, I, cit., 53; v., altresì, per l'applicabilità della regola di cui a Tab. 3.1, anche a seguito di *legis actio sacramento in rem*, ma limitatamente alla persecuzione dei *praedes litis [et] vindiciarum*, A. BURDESE, *Sulla condanna pecuniaria*, cit., 196 s.).

<sup>117</sup> Cfr., indicativamente, E. BETTI, *L'antitesi storica*, cit., 28 s., a cui avviso anche nella tarda definizione di Ulpiano (Ulp. 23 *ad ed.* D. 50.16.36: '*litis*' *nomen omnem actionem significat, sive in rem sive in personam sit*) si potrebbe intravedere il significato di *lis* quale «cosa controversa materiale».

<sup>118</sup> A. BURDESE, *Sulla condanna pecuniaria*, cit., 202.

troverso, va senz'altro cercato altrove rispetto all'alveo giurisdizionale e giudiziale: forse già solo in quei sapienti, i pontefici, che con la loro *interpretatio* furono i predecessori di quelli che Talamanca definiva i veri 'decidenti' nell'esperienza giuridica romana, ossia i giuristi laici<sup>119</sup>.

---

<sup>119</sup> M. TALAMANCA, *Diritto e prassi*, cit., 142; cfr., altresì, M. TALAMANCA, *Ἐθῆ e νόμος ἄγραφος* nel 'Corpus oratorum Atticorum', in *Prassi e diritto. Valore e ruolo della consuetudine*, a cura di L. Bove, Napoli, 2008, 25; del resto, come ha messo in chiaro L. GAROFALO, *Diritti greci e scienza giuridica romana*, in *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova, 2008, 97 ss., da una attenta osservazione del fenomenico, i pontefici (depositari del sapere precettistico circa riti e formule volti a piegare la volontà degli dèi e modificare il contingente naturale e umano) iniziarono a ricavare soluzioni per i singoli casi concreti per poi passare alla elaborazione di un apparato di *regulae* e di categorie che, poco alla volta, vennero organizzate soprattutto dalla *scientia* laica in un sistema che, se in un primo momento non poteva che essere ancillare rispetto al bisogno della *civitas* di mantenimento della *pax* con gli dèi, fu poi dotato di una sua autonomia e di un suo specialismo. V., analogamente, benché con riferimento a un contesto di bipartizione, A. CORBINO, 'Iudicia', 'ius varium' e giudici, in *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile. Atti del Convegno Internazionale della Società di Storia del Diritto. Napoli, 18-20 ottobre 2001*, a cura di M. Gigliola e R. Villata, Napoli, 2003, 173 ss., a cui avviso nelle *legis actiones* i giudici avevano nella «giurisprudenza il loro esclusivo possibile orizzonte di riferimento».



