



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

SCUOLA DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE
“CESARE BECCARIA”

Curriculum in Diritto Romano e Storia del Diritto

XXX CICLO

STUDI SULLA BIPARTIZIONE
DEL PROCESSO PRIVATO ROMANO

Relatore:

Chiar.ma Prof.ssa Iole FARGNOLI

Tesi di Dottorato di:

EMILIO CAROLI

Anno Accademico 2016/2017

*Noli tu quaedam referenti credere semper:
exigua est tribuenda fides, quia multa locuntur.*
(Dion. Cato, *Dis.* 2.20)

INDICE-SOMMARIO

pag.

INTRODUZIONE.....	1
-------------------	---

CAPITOLO PRIMO L'ORIGINE DEL PROCESSO PRIVATO E LA BIPARTIZIONE

1. Considerazioni preliminari sul processo privato romano: dalle <i>legis actiones</i> all'abolizione del processo formulare.....	7
2. Lo stato della dottrina sulle origini del processo privato romano.	28
3. Origini del processo e bipartizione processuale.....	45
4. Dalla fase <i>in iure</i> alla fase <i>apud iudicem</i> : rilevanza della <i>lex Pinaria</i>	60

CAPITOLO SECONDO
LA FASE *IN IURE*

1. Organi magistratuali e bipartizione processuale: premesse.....63
2. La funzione giurisdizionale.....67
3. La giurisdizione regia.....68
 - 3.1. Cic. rep. 5.2.3: *omnia conficiebantur iudiciis regis*: considerazioni sul ruolo del *rex* nelle più risalenti *legis actiones*.....73
 - 3.2. La *legis actio sacramento*: struttura di un modello processuale.....83
 - 3.2.1. Simbologia e ritualità processuale: il *manum conserere* e l'apposizione della *festuca*.....85
 - 3.2.2. Il *sacramentum* quale atto sacrale volto alla definizione della fase *in iure* (cenni e rinvio).....89
 - 3.2.3. *Mittite ambo rem* e assegnazione provvisoria della *lis* a seguito di una valutazione del magistrato inerente al merito della controversia.....96
4. La giurisdizione dei magistrati repubblicani.....99

CAPITOLO TERZO
SACRAMENTUM, LITIS CONTESTATIO, FORMULA
LA BIPARTIZIONE NEL SUO ASPETTO DINAMICO:
DALLA FASE *IN IURE* ALLA FASE *APUD IUDICEM*

1. Il passaggio dalla fase *in iure* alla fase *apud iudicem*: considerazioni preliminari.....101

2. La natura giuridica della <i>litis contestatio</i> nel processo <i>per legis actiones</i> e nel processo formulare.....	107
3. Sull'origine sacrale della <i>litis contestatio</i> e il rapporto con due istituti del <i>ius sacrum</i> : il <i>sacramentum</i> e la <i>clarigatio</i>	111
3.1. La laicizzazione della <i>litis contestatio</i> : permanenza di elementi sacrali nel processo formulare.....	117
4. L'effetto preclusivo della <i>litis contestatio</i>	122
5. Limiti imposti al giudice nelle formule del processo privato romano. Sull'esistenza di un potere discrezionale del magistrato esteso al merito della controversia.....	124
5.1. <i>Condemnatio</i> e <i>taxatio</i> quali parti della formula nelle quali il magistrato compie una valutazione preliminare autorizzando e limitando il potere dell'organo giudicante.....	126
5.2. <i>L'arbitratus de restituendo</i>	129
6. L'impossibilità dello svolgimento della fase <i>apud iudicem</i> in seguito alla <i>denegatio actionis</i> . Valutazioni del magistrato sui presupposti dell'azione.....	132

CAPITOLO QUARTO
LA FASE APUD IUDICEM

1. Premessa sugli organi giudicanti.....	139
2. L'ipotesi di esercizio di una funzione pubblica da parte del <i>iudex privatus</i> . La <i>condemnatio</i> quale attribuzione di un potere/dovere di decidere il merito della controversia.....	141

Indice - Sommario

2.1. Sulla struttura dell' <i>officium iudicis</i>	144
3. Vincoli del giudice dopo la nomina.....	157
3.1. Il regime delle <i>excusationes</i> quale impedimento soggettivo alla prosecuzione della fase <i>apud iudicem</i>	159
3.2. <i>Rem sibi non liquere</i> e sospensione del procedimento.....	166
4. Ancora sui limiti imposti dalla formula al potere dell'organo giu- dicante: il problema della configurabilità della condanna in forma specifica.....	170
OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.....	174
ABSTRACT.....	178
INDICE DELLE FONTI.....	179
BIBLIOGRAFIA.....	190

INTRODUZIONE

Il presente lavoro è volto ad enucleare alcuni dei caratteri evolutivi del processo privato romano, al fine di individuare i momenti salienti del progressivo intervento della comunità, diretto e mediante i propri rappresentanti, nella risoluzione delle controversie tra privati.

In particolare, si intende affrontare il tema dal punto di vista della conformazione strutturale del processo privato romano: la sua bipartizione è un elemento non contestato sia nell'ambito delle *legis actiones* – almeno nel loro assetto compiuto – che del processo formulare.

Non altrettanto pacifiche appaiono, per contro, le risultanze della dottrina in merito ai fondamenti e alle prospettive che hanno determinato la configurazione di due distinte fasi nell'ambito di un procedimento unitario.

La fase *in iure* e la fase *apud iudicem* rappresentano i poli di un ordinamento maturo, caratterizzato da una separazione delle funzioni giurisdizionali esercitate da magistrati elettivi e temporanei rispetto ad un *munus iudicandi* il cui esercizio, da parte di privati cittadini, trova il proprio fondamento in un provvedimento autoritativo e che, in quanto volto ad un interesse della collettività, si definisce *publicum*.

La particolare prospettiva con la quale i giuristi romani hanno guardato al fenomeno processuale rende lo stesso particolarmente importante ai fini della ricostruzione dell'intero sistema. Non a caso, dalla prima metà del XIX secolo ad oggi, l'interesse dei giusromanisti è stato rivolto, in massima parte, proprio ai temi della tutela processuale: ne è una esplicita conferma la vasta produzione scientifica che si è accumulata a partire dal ritrovamento delle Istituzioni di Gaio.

A fronte della considerevole quantità dei contributi della dottrina moderna, le fonti antiche non tacciono ma certamente ci parlano a bassa voce. I giuristi romani non sembrano interessarsi al tema della bipartizione eppure, nella prospettiva del giurista contemporaneo, esso può avere ancora qualche significato, per quanto la tesi non abbia intenti di attualizzazione del diritto romano¹.

La bipartizione del processo privato romano, infatti, consente di avanzare alcune riflessioni su tematiche non del tutto risolte dalla romanistica: gli equilibri di potere nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali; l'intervento della comunità nella risoluzione delle controversie; gli influssi della religione nella formazione di un sistema processualistico e l'utopia di una netta separazione tra norme giuridiche e

¹ Si è consapevoli delle peculiarità dei sistemi processual-civilistici contemporanei che, frutto della riflessione postrivoluzionaria, rappresentano una conquista dell'evo moderno seppure, talvolta, la terminologia abbia una diretta derivazione romana ma non giusromanistica. Pertanto, non si entrerà, nel corso della trattazione, nel merito della disputa dottrinale, ormai superata, sulle origini romane o germaniche del processo civile moderno. Sul punto si rinvia a G. CHIOVENDA, *Romanesimo e germanesimo nel processo civile*, in *RISG* 1902, 305 ss.

morali. Questi sono i temi che mi propongo di affrontare nel corso delle mie ricerche.

Il periodo storico preso in considerazione sarà, dunque, limitato ai primi secoli di sviluppo della società romana, avendo scelto, come termine *ad quem*, il II sec. a.C. quando, superata la vigenza delle *legis actiones*, si affermò il processo formulare.

Costituiranno oggetto di riflessione le testimonianze inerenti a quel periodo ma che, come è noto, sono ascrivibili ad un'età di molto posteriore alle vicende storico-giuridiche che si cercherà di ripercorrere. Del resto, la maggior parte delle notizie inerenti al processo privato romano di età arcaica, nella forma delle *legis actiones*, risalgono al II secolo d.C., quando erano definitivamente cadute in disuso.

Il processo privato romano di età arcaica appare strettamente connesso a meccanismi di difesa privata pre-statali², ma non si esaurisce

² Sull'impegno del termine / concetto 'stato' nel corso della trattazione, cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Storia di Roma tra diritto e potere*, Bologna 2014, 11 s.: «I Romani non avevano un termine che denominasse il loro ordinamento politico analogo a quello, per noi ovvio, di 'stato'. Questo infatti non corrisponde affatto al contenuto dei loro riferimenti – *res publica*, *populus*, *civitas* – essendo il risultato di una lunga elaborazione che attraversa tutta la storia europea a partire dal tardo Medioevo. Non a caso la terminologia romana richiama un elemento comunitario, senza quell'accentuata separatezza tra governanti e governati che soggiace alla nostra idea di stato». Aggiunge l'A.: «L'impiego del termine *commonwealth*, comunità politica, piuttosto che 'stato' parrebbe più confacente al latino *res publica*, per evocare la difficile e sfuggente combinazione di un elemento comunitario e di una strutturazione gerarchica dell'ordinamento sociale». Sulla *statualità* di Roma arcaica: A. ROSENBERG, *Der Staat der antiken Italiker*, Berlin 1913, 1 ss.; E. KORNEMANN, *Zur altitalischen Beamtengeschichte*, in *Klio*, XIV, 1914, 190 ss.; R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino 1967, *passim*; G.I. LUZZATTO, *Le organizzazioni preciviche e lo stato*, Modena 1948, *passim*; ID., *Rilievi critici in tema di organizzazioni preciviche*, Milano 1951; ID., *Il*

in essi. Ciò non esclude che l'intervento della *civitas*, nella risoluzione delle controversie tra privati, possa essere collocato in un periodo piuttosto remoto della storia costituzionale romana.

Certo, l'attendibilità delle testimonianze sul periodo più risalente della storia di Roma (e delle connesse vicende giuridiche) è stata più volte posta in discussione e, del resto, le fonti di cui disponiamo sono tutte indirette e, molto spesso, rispondono alle esigenze proprie della propaganda augustea.

Cionondimeno, volendo prendere a modello la massima gaiana secondo cui *principium potissima pars est*³, la riflessione sui primordi della civiltà giuridica romana potrebbe consentire di individuare le origini e le ragioni della bipartizione processuale, nel contesto di una società in continua evoluzione quale fu la comunità romana dalla fondazione della città sino all'espansione nel contesto mediterraneo.

Un primo problema da affrontare sarà di tipo terminologico e sistematico. La terminologia giuridica moderna, come è noto⁴, si è par-

passaggio dall'ordinamento gentilizio alla monarchia in Roma e l'influenza dell'ordinamento delle gentes nella costituzione romana durante la monarchia e la prima repubblica, in *Atti del convegno internazionale sul tema: dalla tribù allo stato (Roma, 13-16 aprile 1961)*, Roma 1962, 193 ss.; D. SABBATUCCI, *Lo stato come conquista culturale. Ricerca sulla religione romana*, Roma 1975; A. CARANDINI, *Sindrome occidentale. Conversazioni tra un archeologo e uno storico sull'origine a Roma del diritto, della politica e dello stato*, Genova 2007, 14 ss.

³ D.1.2.1 (Gai *ad l. XII Tab. 1*): *et certe cuiusque rei potissima pars principium est; [...] inconueniens erit omissis initiis atque origine non repetita atque illotis, ut ita dixerim, manibus protinus materiam interpretationis tractare.*

⁴ In tal senso B. BIONDI, *La terminologia romana come prima dommatica giuridica*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, II, Napoli 1953, 73 ss., in particolare, 102 s. L'A. pone in evidenza come:

zialmente discostata dal lessico tecnico impiegato nel sistema giuridico-religioso romano. Ciò emerge, con evidenza, nel contesto di una tesi avente ad oggetto gli strumenti di difesa delle posizioni giuridiche soggettive⁵ e la loro struttura, tanto più in riferimento al primo periodo della storia giuridica di Roma antica. Nel corso della trattazione ci si confronterà con i limiti, talvolta insuperabili, posti dall'assenza di una precisa corrispondenza di termini e concetti.

Dalla copiosa letteratura in materia, non sempre coerente e tantomeno concorde nell'individuazione dei tratti distintivi dell'*agere*, è possibile intuire le numerose difficoltà cui è sottoposto l'interprete nella lettura delle fonti.

Il primo capitolo è dedicato alla ricostruzione del dibattito dottrinale in merito alle origini del processo privato romano e alla sua struttura bipartita. Bipartizione funzionale e bipartizione strutturale sono al centro dell'indagine. Con l'ausilio delle fonti letterarie si cercherà di individuare il momento in cui tale elemento si afferma, tenendo conto del contesto socio-economico che ha portato all'esigenza di scindere i due momenti dell'istruzione e della decisione delle controversie.

«di fronte alla trasparenza del termine, un tempo la definizione risultava superflua; ora invece appare *periculosa* di fronte alla immensa varietà della realtà giuridica, la quale si ribella ad essere imprigionata nella rigidità di una formulazione perentoria», ma riconosce, infine, che: «la scienza giuridica moderna accoglie in generale, e per gli istituti fondamentali, il linguaggio romano».

⁵ Cfr. B. BIONDI, *La terminologia romana*, cit., 82: «'Atto', 'azione', 'Klage' ben poco ci dicono; sono residui convenzionali di una antica terminologia, che un tempo aveva la sua realistica ragion d'essere».

Il secondo capitolo è intitolato ‘la fase *in iure*’ e ha ad oggetto l’instaurazione della causa innanzi al magistrato dotato di *iurisdictio*. In particolare si affronterà il tema della giurisdizione nel suo momento genetico e, quindi, con particolare riferimento alle *legis actiones*.

Il terzo capitolo ha ad oggetto la bipartizione nel suo aspetto dinamico: verranno analizzati alcuni istituti – *sacramentum*, *litis contestatio* e alcune delle *partes formularum* – che segnano il passaggio dalla fase *in iure* a quella *apud iudicem*.

Il quarto capitolo, infine, è dedicato alla fase del giudizio. Si prenderà in considerazione il ruolo del giudice privato, che si vuole assumere a modello degli organi giudicanti, date le sue caratteristiche.

Nel corso della trattazione non è stato agevole operare una netta distinzione tra *legis actiones* e processo formulare. Si è dunque privilegiata una esposizione unitaria dei due modelli processuali, cercando di tenere al centro dell’analisi la struttura bipartita degli stessi.

CAPITOLO I L'ORIGINE DEL PROCESSO PRIVATO ROMANO E LA BIPARTIZIONE

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari sul processo privato romano: dalle *legis actiones* all'abolizione del processo formulare. – 2. Lo stato della dottrina sulle origini del processo privato romano. – 3. Origini del processo e bipartizione processuale. – 4. Dalla fase *in iure* alla fase *apud iudicem*: la rilevanza della *lex Pinaria*.

1. *Considerazioni preliminari sul processo privato romano: dalle legis actiones all'abolizione del processo formulare.*

La prima testimonianza organica⁶ in materia di *legis actiones* è riferibile al quarto commentario⁷ delle Istituzioni⁸ di Gaio⁹.

⁶ Prima della scoperta del Gaio Veronese, le conoscenze del processo *per legis actiones* erano molto più scarse, ma non del tutto assenti. Le principali fonti, di epoca classica, erano contenute nel *De verborum significatione* di Festo, nelle *Noctes Acticae* di Aulio Gellio, nella *Rethorica ad Herennium* e in opere ciceroniane. Si tratta di passi della *lex XII Tabularum* che gli studiosi hanno ricollocato nelle prime tre tavole. Altre fonti sono: le *Notae* di Valerio Probo, i Trattati *De agri cultura* di Catone, il *De re rustica* e il *De lingua latina* di Varrone, le opere degli *agrimensores*, la *Naturalis historia* di Plinio il Vecchio, i *Saturnalia* di Macrobio. Cfr. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I. *Le legis actiones*, Roma 1962, 4: «Nonostante la quantità non trascurabile di tali fonti, se ne deve porre in rilievo il carattere frammentario e incerto».

⁷ G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio*, Torino 2003.

⁸ Il testo, pressoché completo, delle Istituzioni è stato rinvenuto soltanto nel XIX secolo, e in particolare, nel 1816, a seguito del ritrovamento di un rescritto, ad opera del diplomatico prussiano Barthold Georg Niebuhr (1776-1831) presso la Biblioteca Capitolare di Verona, contenente uno scritto di San Gerolamo. Sulla autenticità del manuale si sono alternate opinioni divergenti in dottrina. Conviene limitarsi a segnalare due posizioni altamente autorevoli e contrapposte: E. ALBERTARIO, *Elementi postgaiani nelle Istituzioni di Gaio*, in *Studi di diritto romano*, V, *Storia, metodologia, esegesi*, Milano 1937, 439 ss. Lo studioso riteneva che le Istituzioni gaiane siano «l'opera più considerevole della giurisprudenza romana che sia a noi pervenuta all'infuori della compilazione giustiniana, ma» – prosegue l'A. – «anche l'opera più largamente e sicuramente genuina». Nel medesimo scritto si riporta l'opinione contraria di TH. MOMMSEN. Il giurista tedesco mise in discussione l'originalità del manoscritto veronese, giungendo ad affermare di essere «ogni giorno più persuaso che anche il manoscritto di Gaio contiene molte glosse e interpolazioni». Sulle vicende del testo si rimanda a M. VARVARO, *Zwei wiederentdeckte Briefe Niebuhrs vom 23.9.1986 und ein anonymer Aufsatz in der 'Allgemeinen Literatur-Zeitung'*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 80, 2012, 171 ss.; ID., *La revisione del palinsesto veronese delle Istituzioni di Gaio e le schede di Bluhme*, in *AUPA LVII*, Palermo 2014, 387 ss. Una ricostruzione, seppur parziale, delle parti difficilmente leggibili è stata possibile grazie all'impiego di sofisticati strumenti digitali. Sul punto: F. BRIGUGLIO, *Ricerche e nuove letture del Codice Veronese delle Institutiones*, Bologna 2008; ID., *Il codice veronese in trasparenza. Genesi e formazione del testo delle Istituzioni di Gaio*, Bologna 2012. Per una critica dei risultati raggiunti da F. Briguglio, si rimanda a M. VARVARO, *Il Codex DCCCIX (DCCCXIII) della Biblioteca Capitolare di Verona: «prima trascrizione delle Istituzioni di Gaio» o «copia del tutto inservibile?»*, in *Index* 44, Napoli 2016, 31 ss.

⁹ La letteratura sulla figura di Gaio è particolarmente ricca e variegata. Tuttavia, poche sono le notizie a proposito della sua vita e delle sue opere. L'unico dato certo sembra essere quello del periodo nel quale egli operò, determinabile, tra l'altro, dalla lettura della sua opera più nota, le Istituzioni. Nel manuale viene più volte citato l'imperatore Antonino Pio (Gai 1.53; 1.72; 1.102; 2.120; 2.176; 2.151a). Verso la fine del secondo commentario (Gai 2.195) lo stesso imperatore è definito “*divus*”, ovvero da annoverare, ormai, tra i *principes* defunti. Un altro elemento è costituito dal commento al Senatoconsulto Orfiziano (D.38.17.9), databile al 178 d.C. Si ritiene che il giurista sia morto qualche anno dopo quella data e sia vissuto, dunque, nel periodo compreso tra l'impero di Antonino Pio (138-161 d.C.) e quelli di Marco Aurelio (161-180 d.C.) o Commodo (180-193 d.C.). Gli studiosi moderni hanno cercato di aggiungere ulteriori elementi alla figura di Gaio e così V. ARANGIO-

Il giurista classico¹⁰ ne riferisce un resoconto di carattere storico, ricordando che, benché cadute in disuso¹¹, al suo tempo era ancora possibile ricorrere al *lege agere*¹², nella forma della *legis actio damni infecti*¹³ e nell'ambito dei giudizi centumvirali¹⁴.

RUIZ, *Storia del diritto romano*, Napoli 1960, 288 lo ha ritenuto «una modesta figura di studioso di provincia». Tuttavia, per una rassegna completa della dottrina a proposito della figura di Gaio si rinvia a L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien 1953, 506 ss. o, ancora, V. ARANGIO-RUIZ, A. GUARINO, *Breviarium iuris Romani*, Milano 1989, 3 ss.

¹⁰ Si può parlare senz'altro di Gaio come giurista classico, in riferimento all'epoca in cui visse. Invece, sulla classicità dell'opera di Gaio, si rinvia a M. KASER, *La classicità di Gaio*, in *Gaio nel suo tempo. Atti del simposio romanistico*, Napoli 1966, 42 ss. L'Autore austriaco avanzava una serie di considerazioni, che lo spingevano a definire Gaio un classico, ma «un classico della scuola, non della pratica».

¹¹ Gai. 4.30: *Itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas litigemus*. Si veda altresì Gell. 16.10.8. Sul punto cfr. G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, III ed., con la collaborazione di F. SITZIA e L. VACCA, Torino 1991, 275; E. CANTARELLA, *Diritto romano. Istituzioni e storia*, Milano 2012, 251. La *lex Aebutia* sarebbe, in realtà, un plebiscito risalente al periodo compreso tra il 130 e il 120 a.C. e inquadrabile nell'ambito delle riforme ispirate dall'attività normativa dei fratelli Gracchi.

¹² Gai. 4.31: *Tantum ex duabus causis permissum est lege agere: damni infecti et si centumvirale iudicium futurum est* - ma prosegue oltre- *sane quidem cum ad centumviros itur, ante lege agitur sacramento apud praetorem urbanum vel peregrinum. Damni vero infecti nemo vult lege agere, sed potius stipulatione quae in edicto proposita est obligat adversarium suum, idque et commodius ius et plenius est*. Quindi, nonostante fossero previste due ipotesi di ricorso alle *legis actiones* ancora in età classica, nessuno, almeno per quanto concerne il danno temuto, se ne serviva. Si preferiva fare riferimento alla stipulazione proposta nell'editto, considerata più comoda e completa. Cfr. M. TALAMANCA, voce *Processo civile (diritto romano)*, in *Enciclopedia del Diritto XXXVI, Processo-Progressione*, Milano 1987, 32.

¹³ A. MASI, *Denuncia di nuova opera e di danno temuto (premessa storica)*, in *Enciclopedia del Diritto XII*, Milano 1964, 155 ss.

La ricostruzione storica del processo *per legis actiones* non compare nelle Istituzioni di Giustiniano, che pure, in molti punti, ricalcano il contenuto delle Istituzioni di Gaio.

Parimenti, nella *Epitome Gai*, così come pervenutaci nella *lex Romana Wisigothorum*, si omette completamente la trattazione delle forme processuali.

L'esposizione delle *legis actiones*, nelle Istituzioni di Gaio, prende avvio con l'esplicitazione dei possibili significati assunti dal genitivo soggettivo *legis*¹⁵:

Gai 4.11: *Actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur vel ideo, quod legibus proditae erant [...], vel ideo, quia ipsarum legum verbis accomodatae erant et ideo inmutabiles proinde atque leges observabantur.*

Le possibilità prospettate dal giurista sono due: il rapporto con la *lex* si spiegherebbe con una derivazione del procedimento dalle (improbabili¹⁶) *leges publicae* che lo avrebbero introdotto, oppure, con un riferimento ai formulari delle stesse, corrispondenti ai *verba legum*, et

¹⁴ L. GAGLIARDI, *I collegi giudicanti: decemviri, centumviri, septemviri, recuperatores. Idee vecchie e nuove su origini, competenze, aspetti procedurali*, in GAROFALO L. (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, II, Milano 2012, 339 ss.; ID., *Decemviri e Centumviri. Origini e competenze*, Milano 2002.

¹⁵ G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 11 ss.

¹⁶ G. PUGLIESE, *ult. loc. cit.*

ideo inmutabiles, da ripetersi innanzi all'organo esercente la *iurisdictio*.

L'opinione di chi¹⁷ attribuisce al termine *lex* il significato di “formula solenne” da pronunciare *in iure*, a partire da quando la bipartizione processuale fu introdotta¹⁸, è, a mio avviso, da rigettare. Questo argomento fa leva sull'ablativo strumentale *lege*¹⁹, talvolta connesso al verbo *agere*: ciò si adatterebbe al significato di *lex* come *certum verbum*.

Il genitivo *legis*, invece, porterebbe a pensare al fondamento del procedimento e cioè, alla *lex*, comunque intesa.

Il riferimento al carattere solenne e rituale della più risalente forma processuale, allora, non è da individuare nel riferimento alla *lex*, ma al concetto di *actio*, come si avrà modo di precisare.

È molto probabile che le fonti, nell'impegno della specificazione in esame, facciano un generico riferimento alla parola *lex*, da intendersi quale provvedimento autoritativo, senza volerne fare un uso strettamente tecnico-giuridico e, quindi, riferendo ad un periodo ancora prematuro l'esistenza di una fonte del diritto che si affermerà, in realtà, solo in età repubblicana.

Il fondamento legislativo delle *legis actiones*, dunque, non può essere confermato. Ciò non esclude, tuttavia, la possibilità di ricondurre

¹⁷ R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in *AUPA XXX*, Palermo 1967, 103 ss.

¹⁸ R. SANTORO, *ult. loc. cit.*

¹⁹ G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 12.

la cristallizzazione delle più antiche forme di *legis actiones* ad un provvedimento d'autorità: in particolare, il riferimento è alla legge delle XII Tavole, nelle quali il processo privato avrebbe trovato una sua precisa collocazione²⁰.

Le *legis actiones*, infatti, non vennero concepite come un sistema unitario. Esse, come in parte riferisce Gaio, vennero create in periodi diversi e, fatta eccezione per la *legis actio per condictioem*, la loro disciplina venne ridotta per iscritto durante il decemvirato legislativo.

La più recente di esse, la *legis actio per condictioem*²¹, appunto, venne introdotta, dapprima, in riferimento ai crediti di *certa pecunia*, dalla *lex Silia*, un provvedimento della seconda metà III sec. a.C. e, successivamente estesa ai crediti di *certa res*, dalla *lex Calpurnia*, databile ai primi decenni del II sec. a.C.²²

Riconducibile al V sec. a.C. è la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, con la quale si poteva agire *de eo quod ex stipulatione petitur* e *de hereditate dividenda*. Risalirebbe alla *lex Licinnia* la sua estensione ad ulteriori ipotesi²³.

²⁰ Cfr. O. DILIBERTO, *Materiali per la palingenesi delle XII Tavole*, I, Cagliari 1992.

²¹ G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 11 ss.

²² G. PUGLIESE, *ult. loc. cit.*

²³ G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 5; 24 nt. 20.

La *legis actio per pignoris capionem* fu disciplinata, per alcuni casi, dalla legge delle XII Tavole, per altri dalla *lex censoria*²⁴, posteriore alla stessa²⁵ e, per ulteriori fattispecie, non meglio specificate, dai *mores*. In realtà, si deve rilevare, come lo stesso Gaio dubitasse dell'ascrivibilità di tale *modus agendi* al novero delle *legis actiones*²⁶.

Le XII Tavole o una *lex aliqua*, disciplinarono anche la *legis actio per manus iniectioem*. La dottrina, tuttavia, è unanime nel riconoscere l'origine predecemvirale²⁷.

²⁴ Sul punto v. B. ALBANESE, *Una imprecisione di Gai 4.28?*, in AUPA XLVII, Palermo 2002, 86 s. Osserva l'Autore: «E' stato più volte osservato che Gaio, accennando al fatto che la *pignoris capio* era *data publicanis lege censoria*, ed inquadrando la fattispecie nell'ambito del *per pignoris capionem agere lege*, e non *mori-bus*, avrebbe commesso una imprecisione. Altra cosa è, infatti, la legge delle XII tavole chiamata in causa all'inizio di Gai 4.28, altra cosa la *lex censoria*. Le XII tavole era *una lex publica populi Romani*, la *lex censoria* era un regolamento disposto dal censore in base alla propria *potestas*. La conclusione più benevola per Gaio che si è fatta dipendere dalla presunta imprecisione è che si sia trattato d'un equivoco, occasionato dalla volontà di proporre un esauriente inquadramento sistematico dei fenomeni giuridici». Del medesimo avviso: M. TALAMANCA, *Il riordino augusteo del processo privato*, in *Princeps e procedure dalle leggi Giulie ad Adriano. Atti del convegno di Copanello 5-8 giugno 1996*, Napoli 1999, 107 s., nt. 181.

²⁵ Sull'origine della *censura*: F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, I, Napoli 1972, 257 ss.

²⁶ Gai 4.29: *Ex omnibus autem istis causis certis verbis pignus capiebatur, et ob id plerisque placebat hanc quoque actionem legis actionem esse; quibusdam autem placebat legis actionem non esse, primum quod pignoris capio extra ius peragebatur, id est non apud praetorem, plerumque etiam absente adversario, cum alioquin ceteris actionibus non aliter uti quis posset quam apud praetorem praesente adversario; praeterea quod nefasto quoque die, id est, quo non licebat lege agere, pignus capi poterat.*

²⁷ G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 5 s.

Medesimo discorso deve essere fatto in riferimento alla *legis actio sacramento*, nelle due forme *in rem* e *in personam*, pur dovendo riconoscere a quest'ultima una più recente origine²⁸.

Sulla denominazione comune dei cinque *modi agendi*, M. Talamanca affermava: «bisogna [...] notare che la questione dell'accertamento dell'originario significato di *lex* nei sintagmi in questione non è di grande rilievo ai fini della ricostruzione della storia e del sistema delle *legis actiones*»²⁹. Questa asserzione, tuttavia, deve essere valutata con cautela se, come cercherò di spiegare in seguito, si voglia attribuire una qualche rilevanza agli interventi normativi dei *reges*³⁰ in materia³¹. La riflessione sulla denominazione delle *legis actiones* è, dunque, di grande importanza e non può essere accantonata come un semplice esercizio di erudizione.

Occorre, a questo proposito, dar conto della contrapposizione tra aspetto formale e implicazioni sostanziali del procedimento *per legis actiones*, nella prospettiva del suo fondamento legale.

Secondo una impostazione ormai superata, riconducibile a A. Magdelain, in riferimento al periodo arcaico, la parola *lex* poteva indi-

²⁸ G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 7.

²⁹ M. TALAMANCA, voce *Processo civile*, cit., 8 nt. 55.

³⁰ Sulle cd. *leges regiae* v. R. LAURENDI, *Leges regiae e Ius papirianum. Tradizione e storicità di un corpus normativo*, Roma 2013.

³¹ Dion. Hal. 4.25.2: [...] 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. Per l'esegesi del passo, cfr. *infra* § 3.

care anche i *mores*³². Ma siffatta visione non trova riscontro nelle fonti³³.

Piuttosto, la soluzione potrebbe essere un'altra: la specificazione *legis* si può spiegare a titolo di antitesi, per distinguere le più risalenti *actiones* dal processo formulare che, a differenza delle prime, trova il proprio fondamento nell'*imperium* magistratuale e non presenta alcuna attinenza con un qualsiasi provvedimento legislativo.

Sembra potersi trovare una conferma di tale assunto nella loro qualificazione come *legitima iudicia*, in contrapposizione³⁴ ai giudizi *quae imperio continentur*³⁵.

Si può, dunque, discorrere di una differenza tra legittimità formale e legittimità sostanziale delle *legis actiones* e, più tardi, del processo

³² A. MAGDALAIN, *Les actions civiles*, Parigi 1953, 8 ss.; 22 ss. In precedenza, simile posizione fu suggerita da W. KUNKEL, *Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht*, in *Festschrift Koschaker*, Weimar 1939, 4 nt. 4.

³³ G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 12; 24 nt. 21.

³⁴ Sul punto cfr. I. FARGNOLI, *Il magistrato in prima linea. I iudicia imperio continentia*, in GAROFALO L. (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese III*, Milano 2015, 143 ss.

³⁵ Gai. 4.103-105: 103. *Omnia autem iudicia aut legitimo iure consistunt aut imperio continentur*. 104. *Legitima sunt iudicia, quae in urbe Roma vel intra primum urbis Romae miliarium inter omnes cives Romanos sub uno iudice accipiuntur; eaque e lege Iulia iudiciaria, nisi in anno et sex mensibus iudicata fuerint, expirant. et hoc est, quod vulgo dicitur e lege Iulia litem anno et sex mensibus mori*. 105. *Imperio vero continentur recuperatoria et quae sub uno iudice accipiuntur interveniente peregrini persona iudicis aut litigatoris; in eadem causa sunt, quaecumque extra primum urbis Romae miliarium tam inter cives Romanos quam inter peregrinos accipiuntur. ideo autem imperio contineri iudicia dicuntur, quia tamdiu valent, quamdiu is, qui ea praecepit, imperium habebit*.

formulare. Secondo l'opinione più risalente, la legittimità riguarderebbe tanto la forma quanto il contenuto.

Tuttavia, G. Pugliese³⁶ sottolineava come, in realtà, potrebbe ipotizzarsi la legittimità della sola procedura e non anche della situazione sostanziale tutelata la quale, avrebbe certamente potuto trovare una propria definizione nell'ambito di un provvedimento autoritativo ma poteva aver trovato il suo riconoscimento nei *mores* o nella *interpretatio prudentium*³⁷.

Alcune considerazioni si rendono necessarie. Il punto di partenza può essere considerato il carattere generale della *legis actio sacramento*, del quale si ha conferma diretta in Gaio:

Gai 4.13: *de quibus enim rebus ut aliter ageretur cautum non erat, de his sacramento agebatur.*

L'esperimento della *legis actio sacramento*, nella forma *in personam* e in quella *in rem*, non era subordinata all'esistenza di una norma giuridica scritta, a fondamento di una data pretesa: al *sacramentum* si poteva ricorrere ogniqualvolta si fosse in presenza di un *oportere* a favore di taluno, nei confronti di un altro soggetto. Non si può escludere, allora, che i *mores* e la *interpretatio* riconoscessero l'efficacia costitutiva di un *oportere*. Si pensi alle più risalenti forme di mutuo o al-

³⁶ G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 12.

³⁷ G. PUGLIESE, *ult. loc. cit.*

le obbligazioni derivanti dal *iusiurandum liberti*, dalla *dotis dictio*, forse dal *nomen transcripticium*, trovavano tutela in una *legis actio*, pur non avendo un fondamento sostanziale in nessun atto d'autorità.

Prima delle *leges Silia e Calpurnia*, i relativi vincoli dovettero essere fatti valere con una *legis actio sacramento in personam*.

Il *sacramentum in rem* fu poi applicabile nelle ipotesi di tutela dell'usufrutto e delle servitù: nessuna legge sembra essere intervenuta nel processo di creazione e autonoma configurazione di tali istituti, dal regime della proprietà. Ciò nonostante, il *meum esse* si contrappone, rispettivamente, al *ius mihi esse utendi fruendi* e allo *ius mihi esse eundi agendi*³⁸.

Tale assunto può riferirsi anche alla più tarda *legis actio per conditionem*. I provvedimenti istitutivi del nuovo *modus agendi*, infatti, non indicano le *causae* dell'obbligazione tutelata, limitandosi a far riferimento ai crediti di *certa pecunia* e di *certa res*. Tali *causae* erano, come noto, in parte legali e in parte consuetudinarie³⁹.

Si deve concludere che le *legis actiones* fossero *legitimae* solo in riferimento alla procedura in sé considerata e non anche al fondamento sostanziale. Quest'ultimo, poteva certamente poggiare sulle XII Ta-

³⁸ Questa posizione si contrappone alle conclusioni di A. MAGDALAIN, *Les actions civiles*, cit., 14, secondo il quale usufrutto e servitù mantennero vivo il loro fondamento sul regime legale della proprietà. A mio avviso, invece, i nuovi istituti devono essere considerati come una creazione autonoma, destinata a contrapporsi al regime della proprietà. Cfr. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 14.

³⁹ G. PUGLIESE, *ult. loc. cit.*

vole o su una legge successiva ma poteva essere il risultato della evoluzione di *mores e interpretatio prudentium*.

Solo in riferimento alla *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* e alla *legis actio per manus iniunctionem* si potrebbe ammettere la legittimità formale e sostanziale:

Gai 4.17: *Per iudicis postulationem agebatur si qua de re ut ita ageretur lex iussisset.*

Gai 4.21: *Per manus iniunctionem [...] de his rebus agebatur de quibus ut ita ageretur lege aliqua cautum est.*

Sia nella *iudicis postulatio* che nella *manus iniectio*, il fondamento legislativo della pretesa fatta valere, era una condizione essenziale perché il procedimento potesse aver luogo.

In Gai 4.21 il riferimento ad una *lex aliqua* è facilmente comprensibile, data la pluralità di ipotesi per le quali si potessi ricorrere alla *manus iniectio*: un'unica forma processuale per una pluralità di ipotesi sostanziali, la cui base è pur sempre rinvenibile in provvedimento d'autorità.

Altra ipotesi riguarda la *pignoris capio* che, tuttavia, presenta una struttura peculiare, sia sotto il profilo della forma che sotto quello della sostanza: ciò portava gli stessi giuristi classici a porne in discussione la possibilità di annoverarla tra le *legis actiones*.

Passiamo ora ad una breve analisi del sostantivo *actio*. Gaio non ne indaga i possibili significati⁴⁰, come fa, invece, per il genitivo *legis*, presumendone la notorietà presso i destinatari della sua opera.

La derivazione del sostantivo in esame dal verbo *agere* non ha bisogno di essere dimostrata. *Agere* presenta un ampio spettro di significati⁴¹: si tratta di capire in che modo il significato comunemente assunto dal verbo abbia subito una trasformazione in senso tecnico-giuridico.

Varrone, nel I sec. a.C., indicava con il nome di *actiones*, i formulari delle *emptiones-venditiones*⁴²; Seneca⁴³ e Quintiliano⁴⁴, tra I sec.

⁴⁰ Parte della dottrina ha ritenuto che *actio* derivi da *agere*, nel suo significato di attività materiale e violenta contro qualcuno. Ciò porterebbe ad una conferma del processo privato romano come risultato della “statualizzazione” della difesa privata. Le fonti, tuttavia, non sembrano poter confermare questo assunto. *Agere* e *actio* alludono, invece, all’agire secondo schemi e rituali predeterminati. In questo secondo senso si esprime anche G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 8.

⁴¹ A. ERNOUT – A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, III ed., Paris 1979, voce *ago, is, egi, actum, agere*, 23 s.

⁴² Varr. *de re rust.* 2.5.11; 2.7.6.

⁴³ Sen. *contr.* 1praef. 12: *Declamabat autem Cicero non quales nunc controversias dicimus, ne tales quidem quales ante Ciceronem dicebantur, quas thesis vocabant. hoc enim genus materiae, quo nos exercemur, adeo novum est, ut nomen quoque eius novum sit. controversias nos dicimus: Cicero causas vocabat. hoc vero alterum nomen Graecum quidem, sed in Latinum ita translatum, ut pro Latino sit, 'scholastica', controversia multo recentius est, sicut ipsa 'declamatio' apud nullum antiquum auctorem ante Ciceronem et Calvum inveniri potest, qui declamationem (a dictione) distinguit; ait enim declamare iam se non mediocriter, dicere bene; alterum putat domesticae exercitationis esse, alterum verae actionis. modo nomen hoc prodiit, nam et studium ipsum nuper celebrari coepit. ideo facile est mihi ab incunabulis nosse rem post me natam.*

⁴⁴ Quint. *Inst. Or.* 3.3.1: *Omnis autem orandi ratio, ut plurimi maximique auctores tradiderunt, quinque partibus constat: inventione, dispositione, elocu-*

a.C. e I sec. d.C., denominavano *actio*, la declamazione dell'orazione; negli autori teatrali, *actio* indicava la recitazione⁴⁵. Soltanto nel II sec. d.C., e quindi nel periodo in cui visse Gaio, troviamo una definizione giuridicamente orientata nel *de verborum significatu* di Sesto Pompeo Festo: *ago significat [...] verbis indicare, ut cum dicimus: causam ago*⁴⁶.

Se pensiamo, dunque, alle *legis actiones* come recitazione di parole solenni dinnanzi al magistrato giudicante, ben si comprendono le ragioni della denominazione loro attribuita. Il riferimento principale, dunque, non è agli strumenti di autodifesa, come vorrebbe parte della dottrina⁴⁷, bensì, al formalismo e alla ritualità delle più antiche forme di risoluzione delle controversie tra privati.

Nelle *legis actiones*, il termine *actio* indicava l'intero procedimento, inteso come susseguirsi di gesti rituali e pronuncia di parole solenni da parte dei soggetti in esso coinvolti: attore, convenuto e organo dotato di *iurisdictio*. Al contempo *actio* indicava lo stesso formulario

tionem, memoria, pronuntiationem sive actionem (utroque enim modo dicitur). Omnis vero sermo, quo quidem voluntas aliqua enuntiatur, habeat necesse est rem et verba; 11.3.1: Pronuntiatio a plerisque actio dicitur, sed prius nomen a voce, sequens a gestu videtur accipere. Namque actionem Cicero alias "quasi sermonem", alias "eloquentiam quandam corporis" dicit. Idem tamen duas eius partis facit, quae sunt eadem pronuntiationis, vocem atque motum: quapropter utraque appellatione indifferenter uti licet.

⁴⁵ A. ERNOUT – A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, III ed., Parigi 1979, voce *Ago, is, egi, actum, agere*, cit., 23 s.

⁴⁶ Festo, s.v. *agere*, 21.

⁴⁷ R. SANTORO, *Potere ed azione*, cit., 103 ss.

impiegato da quei soggetti: un contenitore, la cui struttura poteva essere impiegata a tutela di una serie più o meno ampia di situazioni giuridiche soggettive.

Nel corso del tempo, il termine *actio* assunse significati più circoscritti. Esso passò ad indicare, nel processo formulare, la sola attività svolta dall'attore, con un'evidente connessione con il diritto sostanziale: ad ogni situazione giuridica soggettiva corrispondeva, ora, una diversa *actio*, esperibile a sua tutela.

Secondo una visione ormai consolidata⁴⁸, si è soliti operare una distinzione tra le *legis actiones* di cognizione e le *legis actiones* esecutive. Al primo gruppo apparterebbero la *legis actio sacramento in rem* e *in personam*, la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* e la *legis actio per conductionem*. Le *legis actiones* esecutive sarebbero la *manus iniectio* e la *pignoris capio*.

Benché si riconosca che la contrapposizione tra azioni di cognizione e azioni esecutive non fosse nota ai giuristi Romani e che, difficilmente, è possibile applicarla al diritto processuale romano⁴⁹, è innegabile che alcune forme processuali avessero come risultato quello di una operazione materiale, volta al soddisfacimento dell'interesse atto-

⁴⁸ Mi limito a richiamare l'attenzione sulla più diffusa manualistica: V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, XIV ed., Napoli 1960, 110 ss.; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino 1987, 75 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 273 ss.; G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., 58 ss.

⁴⁹ G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 15.

reo, mentre altre hanno come obiettivo l’accertamento e la definizione giudiziaria di una situazione giuridica soggettiva.

Senza voler cadere in facili “trappole temporali”, possiamo servirci della contrapposizione perché ci consente di marcare una distinzione tra forme processuali bipartite e forme processuali aventi un’unica fase, volta all’esecuzione materiale di una precedente decisione.

Mi sembra di poter giungere, sulla base di quanto detto, ad una conclusione, seppure parziale, circa il fondamento legale delle *legis actiones*.

Il sostantivo *actio* deve essere interpretato come espressione del carattere formale e rituale del processo, mentre, come è stato posto in rilievo *supra*, la specificazione *legis* corrisponde ad una anticipazione temporale, volta a meglio esprimere il fondamento autoritativo degli schemi processuali i quali, non sempre coinvolgono anche l’aspetto sostanziale, potendosi così parlare di una “legalità formale” delle *legis actiones* e non anche di una loro assoluta “legalità sostanziale”.

Le *legis actiones*, con il mutare delle condizioni economiche di Roma, a partire dal III secolo a.C., non poterono più essere considerate idonee alla risoluzione delle controversie tra privati. Alla esclusiva tutela di situazioni giuridiche riconosciute dal *ius civile*, si aggiungeva il loro carattere rituale e il pressante formalismo, divenuto intollerabile, come si ricorda ancora nel II secolo d.C. quanto, ormai, le *legis ac-*

tiones dovettero essere un lontano ricordo, a poco valendo i riferimenti ai giudizi centumvirali e alla *legis actio damni infecti*:

Gai 4.11: *Unde eum, qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum est rem perdidisse, cum debuisset arbores nominare eo, quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis actio conpeteret, generaliter de arboris succisis loqueretur.*

Gai 4.30: *Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt. Namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunc iura condiderunt, eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset, litem perderet; itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas, litigaremus.*

I due paragrafi delle Istituzioni di Gaio hanno offerto notevoli spunti per una riflessione sui caratteri e la fine delle *legis actiones*⁵⁰. In questo contesto non è possibile soffermarsi sulla reale portata delle disposizioni normative citate in Gaio⁵¹. Mi pare, invece, opportuno, prestare particolare attenzione all'*effectum* della loro abolizione: le

⁵⁰ G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II. *Il processo formulare*, Milano 1963 cit., 11 s.

⁵¹ Per le quali v. G. PUGLIESE, *ult. loc. cit.*

parti non si affrontano più *per certa verba* ma *per concepta verba*: questo è il vero punto di svolta.

Del resto, la storia del processo formulare è molto più complessa e articolata di quanto non appaia dalla testimonianza gaiana che, invece, tende a porre l'accento sulla portata della *lex Aebutia*⁵² e delle due *leges Iuliae*⁵³, ancora una volta, dunque, sulla centralità dei provvedimenti autoritativi nell'evoluzione del diritto processuale privato.

Nel II sec. d.C., inoltre, il sistema delle *cognitiones extra-ordinem*, si avviava a soppiantare il processo formulare⁵⁴. Quest'ultimo si presentava come un complesso unitario, percepito non separatamente da quelli che la dottrina moderna ha definito “mezzi ausiliari di risoluzione delle controversie”, quali furono gli *interdicta*, le *stipulationes praetoriae*, le *in integrum restitutiones* e le *missiones in possessionem*.

⁵² Oltre al citato Gai 4.30, si veda anche Gell. *Noct. Act.* 16.10.8: [...] *omnisque illa duodecim tabularum antiquitas nisi in legis actionibus centumviralium causarum lege Aebutia lata consopita sit* [...].

⁵³ G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit. 274. Le conclusioni di G. Pugliese sono state riassunte in E. CANTARELLA, *Diritto romano*, cit., 251: «Il riferimento a queste due leggi [...] può trovare una duplice spiegazione. Una è che Gaio, esprimendosi in modo peraltro assai impreciso, si riferisse, in realtà, alla sola *lex Iulia iudiciorum privatorum*, che nel 17 a.C. regolò i processi privati. L'altra (che sembra confermata da recenti ritrovamenti) è che, accanto alla *lex Iulia iudiciorum publicorum*, Augusto abbia fatto votare due leggi sui processi privati, una delle quali avrebbe riguardato Roma, mentre l'altra si sarebbe occupata delle comunità romane in territorio italico e provinciale».

⁵⁴ Le *cognitiones extra ordinem* erano, già nel II sec. d.C., prevalenti in tutto il territorio dell'Impero. Cfr. G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., 341 ss.; 766 ss.

Il problema delle origini del processo formulare, piuttosto, deve essere inteso in altro modo. Il punto di vista deve essere quello della recezione, nell'ordinamento romano, della nuova forma processuale, in particolare, in riferimento alla sua validità nel sistema del *ius civile* o del *ius honorarium*⁵⁵.

Senza voler entrare nel merito delle complesse e articolate ipotesi della dottrina circa il fondamento storico del processo formulare⁵⁶, possiamo limitarci a richiamare la posizione di chi ha considerato

⁵⁵ La letteratura sulle origini del processo formulare è particolarmente ampia. Tra i principali contributi della dottrina, si segnalano: M. WLASSAK, *Römische Prozessgesetze*, II, Leipzig 1891, 301 ss.; E. BETTI, *Le creazione del diritto nella iurisdictio del pretore romano*, in *Studi in onore di G. Chiovenda*, Padova 1927, 78 ss.; ID., *Sulla genesi storica del processo formulare*, in *Per il XIV centenario della codificazione giustiniana*, Pavia 1934, 451 ss.; ID., *Diritto romano*, I, Parte generale, Padova 1935, 449 ss.; O. CARRELLI, *La genesi del processo formulare*, Milano 1946; C. GIOFFREDI, *Contributi allo studio del processo civile romano (note critiche e spunti ricostruttivi)*, Milano 1947, 66 ss.; F. SERRAO, *La iurisdictio del pretore peregrino*, Milano 1954, 36 ss.; G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz 1957, 199 ss.; H. LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris 1960, 328 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II, cit., 19 ss.; A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino 1967, 121 ss.; G. JAHR, *Litis Contestatio. Streitbezeugung und Prozessbegründung im Legislationen- und im Formularprozess*, Köln-Wien 1960, 24 ss.; 84 ss.; KASER M., *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966, 107 ss.; G. SCHERILLO, *La legis actio per iudicis arbitrive postulationem e le origini del processo formulare*, in *IVRA* 1969, 5 ss.; ID., *Legis actio per iudicis arbitrive postulationem e processo formulare*, in *Sein und Werden im Recht. Festgabe für U. von Lübtow*, Berlin 1970, 309 ss.; C. TOMULESCU, *Les origines de la procédure formulaire*, in *RIDA* 1973, 355 ss.; M. TALAMANCA (a cura di), *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano 1989, 157 ss.; G. NICOSIA, *Il processo privato romano. III. Dalla nascita della iurisdictio all'avvento del processo per formulas (dispense del corso di diritto romano)*, Catania 1982, 109 ss.; C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano. II. Il processo formulare*, Torino 1982, 50 ss.

⁵⁶ M. TALAMANCA, voce *Processo civile*, cit., 24 ss.

l'origine del nuovo strumento processuale nell'ambito delle mutate esigenze poste dallo sviluppo economico-sociale del IV-III sec. a.C.

Dalle fonti a nostra disposizione, non emerge la presenza di un complesso di istruzioni, paragonabile a quelle contenute nella *formula*, in riferimento al processo *per legis actiones*. Appare dunque poco verisimile pensare ad uno sviluppo interno alle *legis actiones* della nuova procedura.

Certo, non è da escludere che lo stesso *praetor urbanus* esercitasse la *iurisdictio inter peregrinos e inter cives et peregrinos* facendo ricorso ad adattamenti del processo *per legis actiones*, data la loro rilevanza per il solo *ius civile*, ma non è neppure da escludere che il processo formulare possa aver trovato pieno compimento, come tale, nel tribunale del *praetor peregrinus* e, quindi, non prima della metà del III sec. a.C.

Si tratta, pur sempre, di mere ipotesi, basate su possibili considerazioni logiche ma prive di un aggancio sicuro alle fonti.

Sembra, invece, una certezza che il mutamento non determina un venir meno della struttura bipartita del processo privato romano. Il processo formulare, infatti, continua a mantenere una fase dinnanzi all'organo magistratuale e una fase dinnanzi all'organo giudicante. E non cambia neppure la natura di tali organi, pubblico il primo, privato il secondo⁵⁷.

⁵⁷ Cfr. D.1.1.1.2 (Ulp. *Inst.* 1): *Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. publi-*

Continuando, dunque, a sussistere la bipartizione, nella prima fase *in iure*, i termini della controversia erano impostati dinnanzi all'organo magistratuale giurisdicente e la stessa era risolta dall'organo giudicante, fosse esso monocratico, come nell'ipotesi del *iudex unus* o rappresentato da un collegio, come nel caso dei *recuperatores*, dei *centumviri* o dei *decemviri stilibus iudicandis*.

Con l'affermarsi del processo formulare, si assiste alla più stretta connessione tra le due fasi, mediante lo strumento della *formula*. Si trattava di un insieme di istruzioni fornite dal magistrato al giudice per la soluzione della controversia. Potremmo affermare, con un riferimento alla moderna processualistica, che con la formula si realizza l'esigenza di risolvere la dicotomia tra considerazioni di fatto e considerazioni di diritto, benché in prospettiva inversa nel diritto romano. Il magistrato avrebbe risolto le sole questioni di diritto, riservando all'organo giudicante la valutazione dei fatti, posti alla base della pretesa attorea.

La bipartizione processuale verrà meno soltanto con l'affermarsi delle *cognitiones extra ordinem*, sino a quando queste, nella metà del IV sec. d.C., perderanno ogni carattere di straordinarietà e diverranno il solo modello processuale ammesso nell'Impero.

Il venir meno della bipartizione rispondeva ad esigenze politiche ben precise. Il fondamento del potere imperiale si era definitivamente

cum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus constitit. privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.

trasformato, in senso dispotico, già a partire dalla dinastia dei Severi (193-235), conoscendo il proprio culmine con Diocleziano (284-305) e Costantino (312-337).

Furono proprio i figli e successori di quest'ultimo, Costanzo e Costante, ad emettere, nell'anno 342 d.C., la nota Costituzione imperiale, riportata in C.2.57.1⁵⁸, con la quale si aboliva il processo formulare a causa della sua eccessiva prolissità⁵⁹. In realtà, il controllo del potere centrale aveva ormai da tempo investito la sfera privata dei cittadini e la risoluzione delle controversie affidata ad un *iudex privatus* o a soggetti estranei al complesso apparato burocratico dell'Impero, dovette apparire intollerabile.

2. *Lo stato della dottrina sulle origini del processo privato romano.*

Un'indagine che, inevitabilmente, investa i caratteri evolutivi⁶⁰ del processo⁶¹ privato⁶² romano, non può prescindere da alcune conside-

⁵⁸ C.2.57.1 (a. 342): *Iuris formulae aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicitus amputentur. Constantius et Constans aa. Marcellino praesidi Phoenice. <a 342 d. x k. febr. constantio iii et constante ii aa. cons.>*.

⁵⁹ Sulla portata di C. 2.57.1 (a. 342) v. G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Costanzo e Costante hanno davvero abolito il processo formulare?*, in *LedOnline, Rivista di diritto romano*, I, 2001, 1 ss.

⁶⁰ Secondo la ricostruzione tradizionale, il processo romano, qualificato come "privato", si sviluppò dagli schemi del *lege agere* più antichi quali la *manus iniectio* e l'*agere sacramento* nelle due tipologie *in rem* e *in personam*, passando a quelli meno risalenti – eppure noti alle XII Tavole – della *pignoris capio*, *iudicis postulatio* o *arbitri postulatio*, fino alla *legis actio per conductionem*, certa-

mente più recente. Solo in un momento successivo tutti questi schemi vennero qualificati con il nome di *legis actiones*. Si tratta dunque di una denominazione tarda. L'evoluzione del processo privato romano proseguì con l'affermarsi dell'*agere per formulas*. Entrambi i modelli furono caratterizzati da un *iudicium privatum*, venuto meno solo con l'attestarsi della *cognitio extra ordinem*. Cfr. G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., 63.

⁶¹ W. REINEKE, voce *processus*, -us, in *Thesaurus Linguae Latinae* X.2, fasc. X *pro-prodeo*, Lipsiae 1942, coll. 1523 ss. Il termine “processo”, che trova il suo antecedente storico in *processus*, non riveste, nel mondo romano, significato tecnico-giuridico. Esso indica, piuttosto, l'atto dell'avanzare, del procedere o, nel linguaggio militare, del “guadagnare terreno”. Nelle fonti, inoltre, è possibile rinvenire alcuni riferimenti all'avanzamento nel *cursus honorum*. Si segnalano, *inter alios*: Sen., *epist.*, 101.6; Ps. Quint., *decl.*, 3.9: *miles sperare processus potest*; C.Th., 1.16.6: *ut honoris eis iudicibus auctiores proferamus processus*; Symm., *epist.*, 4.23.2: *meliores tibi opto processus* (scil. *honorum culmen*); 4,37: *tardiores processus habet verecundia, quae facit, ut intra merita honoris sui haereat*; Hist. Aug., *Geta* 2.4: *cum ad tantos processus ei patuisset [...] primi gradus vel honoris auspicium*. In età cristiana, il termine conserva il riferimento ai cortei religiosi, con un evidente accostamento, in tal senso, al sostantivo *processio*. Cfr. Nov. 67.1: *Sancimus igitur ante omnia illud fieri, ut nemini liceat neque monasterium neque ecclesiam neque oratorium aedificare incipere, antequam deo carissimus civitatis episcopus praesens et vota in loco fecerit et crucem fixerit publice ibi procedens atque rem omnibus manifestam fecerit*; Ven. Fort., *vita Germ.*, 33: *de litaniarum tempore ad missam cum populo progreditur mulier in processu*. «La trasformazione in senso tecnico-giuridico, invece, è più tarda e, in particolare, è da ascrivere alla dottrina giuscanonistica del XIII secolo, quando il termine compare nelle espressioni *processus iudicialis* e *processus iudicii*, benché l'utilizzo non fosse ignoto allo stesso *liber Extra*». Sul punto cfr. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari 2003, 207 s. Significativo che il termine *processus*, *us* non compaia nel dizionario etimologico di Ernout e Meillet. A tal proposito, però, rinvio a A. ERNOUT – A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique*, voce *ago*, *is*, *egi*, *actum*, *agere*, cit., 23 s. In particolare, mi sembra di grande interesse il riferimento ad un “sens originel” del verbo *ago* per indicare l'azione di «pousser en avant», come se, in qualche modo, ci sia una connessione con l'idea di “avanzamento” di cui si è parlato, in riferimento al sostantivo *processus*.

⁶² Sul carattere “privato” del processo romano, nella forma delle *legis actiones* e dell'*agere per formulas*, v., *passim*, E. BETTI, voce *Processo civile (diritto romano)*, in *Novissimo Digesto Italiano* XIII, *pet-proc*, Torino 1966, 1099 ss. e M. TALAMANCA, voce *Processo civile*, cit., 6 ss.

razioni inerenti alle origini⁶³ dello stesso⁶⁴. Il tema, oggetto di numerose e, talvolta, contraddittorie posizioni in dottrina⁶⁵, è strettamente connesso ai principali elementi caratterizzanti il processo privato romano: la natura privata del giudizio, gli accordi e le attività poste in essere tra le parti, la figura e le funzioni del *iudex privatus*, la partizione del processo in due distinte fasi.

Nondimeno, esso si connette a quello delle origini della *civitas* romana⁶⁶ e della consapevolezza giuridica raggiunta in seno alla pri-

⁶³ L'idea del *principium*, quale *potissima pars*, sebbene non riferita direttamente alla tematica processuale, è presente in un noto frammento del primo libro del Digesto: D.1.2.1 (Gai. 1 *ad l. XII Tab.*): *et certe cuiusque rei potissima pars principium est; [...] inconueniens erit omissis initiis atque origine non repetita atque il-lotis, ut ita dixerim, manibus protinus materiam interpretationis tractare.*

⁶⁴ M. TALAMANCA, v. *Processo civile*, cit., 4. Da ultima, R. ORTU, *Alle origini del iudicium privatum*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, I, Milano 2012, 129 ss.

⁶⁵ Tra i principali contributi istituzionali alla ricostruzione del processo privato romano di età arcaica e alle sue origini si segnalano: L. WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozeßrechts*, München 1925 (tr. it.: R. ORESTANO, *Istituzioni di procedura civile romana*, Milano 1938); V. SCIALOJA, *Procedura civile romana*, Roma 1936; F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova 1937; G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana I, Esercizio dei diritti e difesa privata. Dalle lezioni tenute nell'Università di Modena, Anno Accademico 1945-1946*, Bologna 1946; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano, I, Le legis actiones, Corso di diritto romano, Anno Accademico 1961-1962*, Roma 1962; M. KASER, *Das römische Zivilprozeßrecht*, München 1966; A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino 1968; G. NICOSIA, *Il processo privato romano, I, Le origini. Corso di diritto romano*, Torino 1986. Per la manualistica istituzionale si rinvia a V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., 110 ss.; A. BURDESE, *Manuale*, cit., 75 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 273 ss.; G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., 58 ss.; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli 2001, 157 ss.; F. SERRAO, *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma, I. Dalla società gentilizia alle origini dell'economia schiavistica*, Napoli 2006, 423 ss.

⁶⁶ M. TALAMANCA, voce *Processo civile*, cit., 4.

migenia organizzazione cittadina; in ultima analisi, del «sistema giuridico-religioso»⁶⁷ che da tale coscienza derivò.

⁶⁷ Nel contesto della presente ricerca, avente come termine *a quo* il diritto romano di età arcaica, ben si adatta il riferimento alla categoria «sistema giuridico-religioso romano», con particolare attenzione alla compenetrazione fra sfera giuridica e ambito religioso. Sul punto v. F. SINI, *Pace, guerra, diritto. Sulla teoria dei rapporti internazionali nella "Storia della costituzione romana" di F. De Martino*, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di scienze giuridiche e tradizione romana* V, Sassari 2006; ID., *Ut iustum conciperetur bellum. Guerra "giusta" e sistema giuridico-religioso romano*, in *Seminari di storia e diritto III, «Guerra giusta? Le metamorfosi di un concetto antico»*, a cura di A. Calore, Milano 2003, 31 ss; ID., *Initia urbis e sistema giuridico-religioso romano. Ius sacrum e ius publicum tra terminologia e sistematica*, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di scienze giuridiche e tradizione romana III*, Sassari 2004; ID., *Sua cuique civitati religio. Religione e diritto pubblico in Roma antica*, [Università degli Studi di Sassari – Dipartimento di Scienze Giuridiche – Pubblicazioni del seminario di diritto romano, 13 (Collana a cura di G. Lobrano e F. Sini)], Torino 2001; F. SINI, R. ORTU (a cura di), *Scientia iuris e linguaggio nel sistema giuridico romano. Atti del convegno di studi, Sassari 17-18 novembre 1996* [Pubblicazioni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Sassari, 1], Milano 2001. La contrapposizione sistema/ordinamento, benché rivolta alla pretesa immutabilità temporale e alla costante tensione universalistica del diritto romano, è presente in: P. CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano*, Torino 1965, 30 ss., in particolare 37, nt. 35.; ID., *Aspetti spaziali del sistema giuridico-religioso romano. Mundus, templum, urbs, ager, Latium, Italia*, in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, II.16.1, Berlin-New York 1978, 445 ss.; ID., *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, Torino 1990, 57; in parte, G. LOMBARDI, *Persecuzioni, laicità, libertà religiosa. Dall'editto di Milano alla Dignitatis Humanae*, Roma 1991, 34 ss. Sul concetto di ordinamento giuridico romano v. di R. ORESTANO: *Diritto. Incontri e scontri*, Bologna 1981, 395 ss.; ID., *Le nozioni di ordinamento giuridico e di esperienza giuridica nella scienza del diritto*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 4, 1985, 959 ss., in particolare 964 ss.; ID., *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, 348 ss.; seguito, fra gli altri, da P. CERAMI, *Potere ed ordinamento nell'esperienza costituzionale romana*, III ed., Torino 1996, 10 ss.; e parzialmente da A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*, V ed., Napoli 1990, 56 ss.

La scarsità⁶⁸ di documenti che testimonino, in via diretta, del periodo più risalente della storia giuridica romana, potrebbe portare ad una prospettiva falsata dal punto di vista cronologico: il rischio è quello di far risalire al primo assetto costituzionale romano strumenti di tutela riferibili ad un periodo successivo⁶⁹.

Sul finire del XIX secolo, M. Wlassak, in uno studio dedicato alla *litis contestatio*⁷⁰, ipotizzò l'origine arbitrale del processo privato romano. L'accordo delle parti, il carattere privato del *iudicium* e la figura del *iudex privatus*, portarono lo studioso ad affermare l'originaria partizione del processo privato in due fasi distinte⁷¹: la fase *apud iudicem* costituirebbe il risultato della recezione, nell'ordinamento statale, dell'arbitrato privato. Tuttavia, a differenza di quest'ultimo, vengono riconosciuti, alla pronuncia del giudice, elementi pubblicistici: l'obbligo di emettere una sentenza e l'efficacia pregiudiziale ed esecutiva della stessa.

⁶⁸ Ultimamente il problema è stato riproposto da R. ORTU, *Alle origini del iudicium privatum*, cit., 132.

⁶⁹ M. TALAMANCA, voce *Processo civile*, cit., 4 nt. 24. L'A. avverte: «si è presi dalla facile tentazione di fare stato di una configurazione “primitiva” od “originaria” della *civitas* anteriore al momento in cui crediamo di poter disporre di una documentazione relativamente sufficiente», aggiungendo: «il che praticamente coincide, per il nostro ordine di problemi, all'incirca con l'epoca delle XII Tavole».

⁷⁰ M. WLASSAK, *Die Litiskontestation im Formularprozess*, in *Festschrift zum Doctor-Jubiläum Prof. Dr. B. Windscheid, überreicht von der Juristen-Fakultät zu Breslau*, Leipzig 1888.

⁷¹ M. WLASSAK, *Die Litiskontestation.*, cit., 135.

Gli studi del Wlassak costituirono un ideale punto di partenza⁷² per l'interesse della dottrina verso il tema delle origini del processo privato romano e del suo carattere bipartito, eccedendo, probabilmente, le intenzioni del giurista⁷³.

L'antico arbitrato romano, secondo la visione del Wlassak, avrebbe subito una evoluzione, indirizzata verso un progressivo ampliamento del controllo sociale, sino all'introduzione di una fase di supervisione, successivamente definita *in iure*⁷⁴, e affidata al supremo organo dell'ordinamento costituzionale. La seconda fase, come è noto, era af-

⁷² In realtà, già qualche anno prima, l'interesse della dottrina per il tema delle origini del *iudicium privatum*, venne sollecitato da alcune importanti riflessioni semantiche su alcuni termini ricorrenti nelle *legis actiones*. In particolare, l'interesse degli studiosi si concentrò sul tema del *vim dicere*, espressione che richiamava l'attenzione su *vindex*, *vindiciae* e *vindicare*. Il principale contributo in tal senso venne da O. MÜLLER, *Etymologische Erörterungen von Rechtsausdrücken*, in *Rheinisches Museum für Jurisprudenz*, V, 1833, 190 ss. Le riflessioni del filologo tedesco hanno portato la successiva dottrina ad ipotizzare l'origine del processo privato romano da atti di difesa privata.

⁷³ Tra i sostenitori delle posizioni di M. Wlassak, si segnalano: L. WENGER, *Institutionen*, cit., 133 ss.; 187 ss.; E. BETTI, *D.42.1.63. Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata 1922; ID., *Diritto romano*, I, Padova 1935, 433 ss.; ID., voce *Processo civile*, cit., 1099 ss. Posizioni critiche all'A. austriaco sono state avanzate da una pluralità di studiosi, i quali, hanno posto in discussione l'assunto wlassakiano del carattere convenzionale della *litis contestatio* nelle *legis actiones*, affermando, invece, che tale carattere possa essere riferito esclusivamente al processo formulare. Sul punto: G. BROGGINI, *Iudex arbiterve*, cit., 24 ss.; F. BONIFACIO, *Appunti sulla natura della litis contestatio*, in *Studi in onore di E. Albertario*, I, Milano 1953, 77 s.; H. LÉVY-BRUHL, *Le simulacre du combat dans le sacramentum in rem*, in *Studi Bonfante*, III, Milano 1930, 83 ss.; A. BISCARDI, *Lezioni*, cit., 33 s.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 77.

⁷⁴ M. WLASSAK, *Die Litiskontestation*, cit., 135.

fidata ad un distinto organo, avente funzioni giudicanti, normalmente un *iudex* o un *arbiter*⁷⁵.

Non si assistette, dunque, all'inserimento di una autonoma fase *apud iudicem* ma, al contrario, all'innesto, nel *iudicium privatum*, della fase *in iure*⁷⁶. In questo modo, a partire da un non ben precisato momento storico, la fase del giudizio, detta *apud iudicem*, viene fatta precedere dal controllo di un "organo statale"⁷⁷.

Il Wlassak, tuttavia, come hanno ben posto in evidenza il Pugliese⁷⁸, e poi G. Nicosia⁷⁹, non si occupò direttamente delle questioni

⁷⁵ M. WLASSAK, *ult. loc. cit.*

⁷⁶ Cfr. L. WENGER, *Institutionen*, cit., 181, nt. 1. L'Autore tedesco mette in evidenza come, a partire da L.F. KELLER, *Über Litiskontestation*, cit., 15 ss., sia entrata in uso l'espressione «*in iudicio*» per indicare la seconda fase del processo privato romano. Lo stesso A. avverte, tuttavia: «Denn *iudicium* bedeutet in den Quellen nicht etwa bloss das Verfahren vor dem *Judex*, zu welcher Auffassung jene Schulterminologie natürlich verleitet, sondern *iudicium* ist in der klassischen Rechtsprache der ganze Prozess, angefangen von seiner *in iure* erfolgten Begründung bis (einschliesslich) zum Urteil». Nonostante il grande successo della terminologia adoperata dal Keller, già nella prima metà del XX secolo la dottrina iniziò ad utilizzare l'espressione *apud iudicem* per indicare la parte successiva a quella innanzi al magistrato. Per ulteriori considerazioni a proposito del significato di *iudicium*, rinvio a M. WLASSAK, *Die klassische Prozessformel*, Wien 1924, 113 ss. Cfr., inoltre, A. ERNOUT – A. MEILLET, *Dictionnaire*, cit., 329 s.

⁷⁷ Vedi G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, cit., 52, in cui l'A. esprime il proprio consenso rispetto alla tesi wlassakiana presa in esame, affermando che «la diagnosi è sostanzialmente esatta: il *iudicium* è nato come *iudicium privatum*».

⁷⁸ G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 78.

⁷⁹ Potrebbe suscitare nuovi spunti di riflessione la notazione di G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, cit., 52: «[...] per quanto riguarda il problema delle origini del processo privato romano, il Wlassak, con le sue approfondite e coscienziose meditazioni, si è avvicinato alla verità assai più di quanto oggi comunemente si creda».

inerenti all'origine del processo privato romano e alla bipartizione⁸⁰. Sul tema, si avrà, tuttavia, modo di tornare nel paragrafo successivo della presente ricerca, al fine di porre in rilievo la stretta connessione del tema delle origini del *iudicium privatum* con quello della sua struttura bipartita.

L'idea secondo la quale il processo sorge come risultato dello sviluppo dell'arbitrato, è stata posta in discussione, con una argomentazione, particolarmente convincente, da G. Nicosia: «logicamente e storicamente, il fenomeno della volontaria sottoposizione dei contendenti ad un arbitrato [...] non ha preceduto la nascita del processo, ma al contrario ne presuppone l'esistenza, e si pone come alternativa ad esso»⁸¹.

Le teorie del Wlassak, nonostante un iniziale consenso da parte della giusromanistica, che perdurò sino ai primi decenni del secolo scorso, trovarono un favore sempre minore nel corso del tempo. La conseguenza fu un ridimensionamento della teoria arbitrale e il recu-

⁸⁰ Cfr. R. ORTU, *Alle origini del iudicium privatum*, cit., 133 ss.

⁸¹ G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, cit., 51. L'A. afferma, inoltre, che «se veramente il processo romano fosse derivato dalla supposta trasformazione (recezione e statizzazione) dell'arbitrato volontario, questo, come figura a sé stante, avrebbe dovuto scomparire; invece, noi riscontriamo in epoca successiva il ricorso all'arbitrato volontario, configurato e regolato (si ricordi il *compromissum*) come istituto autonomo». Tale affermazione appare, a mio modo di vedere, eccessivamente categorica. Una trasformazione, infatti, non implica, di per sé, la scomparsa del suo oggetto.

pero di una precedente ipotesi, sostenuta, tra gli altri, da R. von Jhering⁸²: si tratta della cd. *Selbsthilfe-Theorie* o teoria dell'autodifesa.

Gli esponenti della teoria in esame hanno riconosciuto, nel primitivo processo privato romano, un inquadramento degli atti di autodifesa in una serie di limiti sempre più stringenti.

Una compiuta sintesi della *Selbsthilfe-Theorie* è rinvenibile negli studi processualistici di G. I. Luzzatto⁸³. Due sono le considerazioni da fare per comprendere al meglio le ipotesi avanzate del Luzzatto: da una parte vengono messe in evidenza le “carenze” del sistema giuridico-religioso romano dei *primordia civitatis*; d'altra parte, secondo lo stesso A., è sempre opportuno porre in rilievo lo spazio riservato, nell'antichità, alla tutela diretta delle situazioni giuridiche soggettive. Ciò emerge dalla struttura stessa delle più risalenti *legis actiones*⁸⁴.

Il Luzzatto⁸⁵ individuò tre fasi fondamentali attinenti all'origine del processo privato romano⁸⁶.

⁸² R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, I, Leipzig, 1852. Si noti come le tesi del von Jhering trovasse-
ro il loro fondamento nelle riflessioni semantiche di O. MÜLLER, *Etymologische
Erörterungen*, cit., 190 ss.

⁸³ G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, cit., 107 ss.; ID., *Von der Selbsthilfe zum römischen Prozess*, in *Zeitschrift für die Savigny Stiftung R.A.*, LXXIII, 1956, 29 ss.

⁸⁴ M. TALAMANCA, voce *Processo civile*, cit. 7.

⁸⁵ G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, cit., 107 ss.

⁸⁶ G.I. LUZZATTO, *ult. loc. cit.*

Inizialmente, la comunità romana si sarebbe limitata ad un inquadramento della difesa privata⁸⁷ entro un rito caratterizzato da determinate formalità⁸⁸ e dalla pronuncia di parole solenni⁸⁹. In questa fase sarebbe stato ancora assente il controllo diretto di un organo statale, comunque configurato, benché non fosse del tutto assente un intervento della comunità⁹⁰.

In un secondo momento, venne introdotta la fase *in iure*. Si trattava di un momento destinato a garantire il controllo da parte degli or-

⁸⁷ La locuzione 'difesa privata' è stata variamente intesa dagli studiosi. Cfr. M. TALAMANCA, voce *Processo civile*, cit., 7. L'A. evidenzia la necessità di «mettersi d'accordo su che cosa si individui con l'espressione 'difesa privata', poiché è evidente che la differenza fra la reazione arbitraria ed incontrollata di chi si senta, a suo modo di vedere, offeso e l'inflizione di un male come conseguenza di un fatto ritenuto, comunemente, illecito, sotto il controllo della comunità ed eventualmente con l'aiuto di essa». Nel corso della presente ricerca si farà riferimento al concetto di 'difesa privata' nel senso adottato da G. PUGLIESE, *Il processo*, I, cit., 39 s., lavvode se ne parla: «anche a proposito di atti che non erano rimessi alla libera scelta del singolo, bensì seguivano e dovevano seguire certi schemi, certe forme, certi riti predisposti dal costume e dalla ragione: condizione essenziale è soltanto che tali atti fossero in sé e per sé esclusivamente privati, non trovassero in organi pubblici né controllo né appoggio e si fondassero, per vincere l'eventuale resistenza della controparte, sulla sola forza dell'agente, dei suoi familiari e dei suoi amici».

⁸⁸ G. PUGLIESE, *Il processo*, I, cit., 49. Le forme rituali non avevano il solo scopo di «ottenere il generico favore degli dèi, o meglio ancora, ad assicurare a chi agiva che il suo atto non sarebbe stato sgradito agli dèi e non avrebbe incontrato la loro opposizione». Del resto, L'A. aggiunge come esse «non servissero né da mezzi diretti di tutela, né da strumenti per risolvere [...] la controversia».

⁸⁹ G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, cit., 107 ss.

⁹⁰ G.I. LUZZATTO, *ult. loc. cit.* L'A. ipotizza una fase primitiva nella quale: «le parti provvedevano direttamente, mediante la propria forza fisica, o da sole, o più frequentemente, sorrette dalla solidarietà di gruppo, alla realizzazione del proprio diritto».

gani della *civitas*: controllo teso ad evitare la risoluzione stragiudiziale delle controversie tra cittadini⁹¹.

Solo alla fine di questo percorso ideale, si giunse alla devoluzione della risoluzione della controversia ad un *iudex privatus*.

A ben vedere, dunque, è possibile individuare alcuni punti in comune delle posizioni espresse dapprima dal Wlassak e, in generale dai sostenitori della teoria arbitrale, rispetto a quelle espresse dai sostenitori della teoria dell'autodifesa: il processo privato romano sarebbe il risultato di un progressivo intervento della comunità nella gestione dei conflitti tra privati. Entrambe le scuole sono concordi nel ritenere che l'introduzione della fase *in iure* rappresenti il culmine di tale evoluzione e, forse, si può parlare di processo privato romano, solo in seguito alla previsione di tale innovazione. Inizia a rendersi più chiara la connessione di due problemi sempre considerati distintamente, le origini del processo dalle origini della bipartizione.

Si deve a M. Kaser⁹², l'elaborazione di un ulteriore concetto: quello della *Volksjustiz*. La giustizia popolare si sarebbe caratterizzata per il diretto intervento della comunità nella fase di accertamento e assun-

⁹¹ G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, cit., 113 ss. Lo studioso si domandava quali fossero le sopravvivenze della difesa privata, quale esercizio diretto della forza fisica. Per l'età classica si preferisce ricondurre la violenza ai concetti generali di legittima difesa o di stato di necessità: «In realtà, la reazione compiuta sotto l'impulso della legittima difesa o dello stato di necessità, non è che una reazione di fatto, al di fuori dei limiti e delle prescrizioni poste dall'ordinamento giuridico».

⁹² M. KASER, *Das römische Zivilprozeßrecht*, cit., 18 ss.

zione della prova, seppure, come ha posto in evidenza G. Nicosia: «senza che per ciò si possa enucleare una specifica competenza di organi della comunità, in ordine alla tutela giurisdizionale dei diritti»⁹³. G. Nicosia giunge ad escludere un intervento di organi della *civitas*, esercenti una *iurisdictio* in senso tecnico, sino all'epoca decemvirale⁹⁴.

Altra tesi sull'origine del *iudicium privatum* è stata quella della giurisdizione pontificale, riferibile in primo luogo alla romanistica francese⁹⁵, benché l'ipotesi sia stata presa in considerazione e sviluppata anche da autori di tradizione italo-tedesca⁹⁶.

Il sistema romano ha conosciuto una forte interconnessione tra diritto e religione, tanto che oggi, è invalso in dottrina il concetto di sistema giuridico-religioso romano⁹⁷. Si deve tuttavia a F. De Martino⁹⁸

⁹³ M. TALAMANCA, voce *Processo civile*, cit., 6.

⁹⁴ G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, cit., 166 s. In particolare, G. Nicosia afferma che: «L'analisi condotta conferma che l'idea di una originarietà della *iurisdictio*, comunque configurata, cui collegare fin dal suo nascere il processo romano, si rivela come una congettura insostenibile, una supposizione astratta, che svanisce non appena di tenti di confrontarla e raccorderla con i dati e riferimenti concreti di cui in ultima analisi riusciamo a disporre».

⁹⁵ Cfr. H. LEVY-BRUHL, *Récherches sur les actions de la loi*, Paris 1960, 45 ss. Per una rassegna bibliografica rinvio a G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 30 ss.; M. TALAMANCA, voce *Processo civile*, cit., 6 n. 37.

⁹⁶ G.I. LUZZATTO, *Procedura civile*, cit., 102 ss.; G. BROGGINI, *Iudex arbiterve*, cit., 115 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 27 ss.; M. KASER, *Das römische Zivilprozeßrecht*, cit. 18 ss.

⁹⁷ Cfr. G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., 27: «Un merito che generalmente si riconosce alla civiltà giuridica romana è quello di aver saputo separare il diritto dalla religione. Questa separazione è però una conquista, che maturò gradualmente e che non impedì il persistere a lungo di tracce dell'originaria indistinzione.» E continua:

la «più completa ed elaborata formulazione»⁹⁹ della teoria che mette in evidenza gli aspetti religiosi delle più antiche forme processuali. Secondo l'A. il 367 a.C. costituirebbe un anno di primaria importanza. Fu allora che venne introdotta la funzione di *iurisdictio*, affidata al *praetor*. Sino a quel momento le controversie tra privati sarebbero state risolte dinnanzi ad organi sacerdotali, in particolare ai pontefici¹⁰⁰. La funzione svolta, senz'altro di carattere religioso, trovava il proprio nucleo nella costituzione del giudizio e nella individuazione della norma da applicare al caso concreto¹⁰¹.

La tesi del De Martino non ha avuto seguito. L'impossibilità di individuare una funzione assimilabile alla *iurisdictio* prima del 367 a.C. non sembra convincente. Ha invece riscosso molto successo l'idea di un intervento diretto nel campo del diritto dei pontefici¹⁰². Le fonti parlano di *iuris interpretatio* pontificale. Ma diverso è il concetto di *ius dicere* e quindi di *iuris-dictio*.

«[...] le regole di condotta, con cui si esercitava il controllo sociale, erano spesso giuridico-religiose».

⁹⁸ F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 3 ss.; ID., *Storia della costituzione romana*, I, Napoli 1972, 211 ss.

⁹⁹ G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, cit., 53.

¹⁰⁰ F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 3 ss.

¹⁰¹ F. DE MARTINO, *ult. loc. cit.*

¹⁰² G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, cit., 54.

La dottrina¹⁰³ riconosce la rilevanza dell'intervento dei pontefici e questa non sembra poter essere messa in discussione, anche alla luce delle numerose fonti che depongono in tal senso¹⁰⁴.

L'immagine dei sacerdoti quali interpreti dei segni delle divinità risale ad un periodo molto antico della storia giuridica romana. Ma i sacerdoti appaiono più come i precursori dei giuristi, per la loro attività di interpretazione, che come antesignani dei magistrati dotati di *iurisdictio*¹⁰⁵.

Si può giungere ad alcune conclusioni parziali circa le ricostruzioni fornite dalla dottrina sull'origine del processo privato romano.

In un periodo molto risalente i sacerdoti ebbero senz'altro un ruolo di primo piano nell'attività di interpretazione dei segni divini e quindi delle primitive disposizioni normative. La configurazione dell'arcaico sistema giuridico romano come un sistema giuridico-religioso non sembra più essere posta in dubbio dagli studiosi. Secondo G. Nicosia, le impostazioni della dottrina, siano esse ricollegabili alla *Selbsthilfe*, all'arbitrato o all'attività dei pontefici, risentono di un pregiudizio: le concezioni moderne del processo avrebbero spinto gli studiosi ad ipotizzare sin dalle origini una qualche forma di intervento della comunità o dei suoi organi. Il problema non si pone. Oggetto della discussio-

¹⁰³ G. NICOSIA, *ult. loc. cit.*

¹⁰⁴ G. NICOSIA, *ult. loc. cit.*

¹⁰⁵ G. NICOSIA, *ult. loc. cit.*

ne è infatti l'origine del processo privato, o per meglio dire del *iudicium privatum*. È ben noto che ai Romani fosse sconosciuto lo stesso termine 'processo', utilizzato solo a partire dal Medioevo. Allora appare corretta e non fuorviante l'idea secondo la quale «ohne eine solche Gerichtsgewalt [*scil.*: eine den Parteien übergeordnete Autorität], die die Ordnung und den Frieden wahrt und den Weg zur Sachentscheidung weist, ist ein Prozessverfahren, dass diesen Namen verdient, nicht vorstellbar»¹⁰⁶. Il problema è semmai un altro. Si tratta di capire in quale momento si consolida l'intervento dello stato¹⁰⁷ nella risoluzione delle controversie tra privati.

La risposta più convincente sembra essere quella offerta dal Broggin: «Mit den Zwölftafeln tritt das staatsgerichtliche Verfahren und dessen magistratisches Monopol stark in den Vordergrund: die außergerichtlichen Tatverfolgungen und Rechtsverwirklichungen im staatsfreien Raum der Selbsthilfe werden beschränkt und unter die Obhut des prätorischen Spruchs gestellt»¹⁰⁸.

L'opinione del Broggin resta valida per quanto concerne l'idea di una evoluzione tesa ad un completo inquadramento della Selbsthilfe entro gli schemi del diritto.

¹⁰⁶ M. KASER, *Das römische Zivilprozeßrecht*, cit., 28. Cfr. anche G. BROGGINI, *Iudex arbiterve*, cit., 15.

¹⁰⁷ Sull'impiego del termine / concetto 'stato' vedi *supra* p. 3 nt. 2.

¹⁰⁸ G. BROGGINI, *Iudex arbiterve*, cit., 24. Dello stesso avviso G.I. LUZZATTO, *Von der Selbsthilfe*, cit., 29 ss.; ID., *Procedura civile*, cit. 107 ss.

Da questa prima rassegna delle teorie della dottrina è stato possibile individuare due correnti: da una parte, si pongono le tesi che fanno riferimento all'arbitrato privato e alla sua recezione nell'ordinamento giuridico; dall'altra vi sono gli orientamenti degli studiosi che tendono a ricondurre l'origine del processo privato romano ad un graduale contenimento della forza privata. Tra queste ultime, si fa rientrare l'ipotesi della *Volksjustiz*.

Una tesi per lungo tempo del tutto trascurata è stata quella dell'esercizio di funzioni giurisdizionali da parte dei pontefici. Dall'analisi dei diversi contributi della dottrina, certo multiformi e di difficile ricomposizione, è possibile giungere ad affermare quanto segue: il processo romano nasce come *iudicium privatum*; in una fase molto remota della storia giuridica romana è possibile intuire un intervento diretto dei pontefici, nell'ambito di una forte interconnessione tra religione¹⁰⁹ e diritto. Il ruolo dei pontefici può essere tuttavia associato a quello dei magistrati di età repubblicana e non a quello dei giuristi. Per il momento, altre questioni restano aperte e il problema non sembra di facile soluzione.

¹⁰⁹ La religione romana è stata oggetto di numerosi e approfonditi studi. Mi limito a segnalare i più significativi: J. MARQUARDT, *Le culte chez les romains*, trad. fr. M. Brissaud, Paris 1889; G. WISSOWA, *Religion und Kult der Römer*, München 1912; N. TURCHI, *La religione di Roma antica*, Bologna 1939; K. LATTE, *Römische Religionsgeschichte*, München 1960, G. DUMÉZIL, *La religion romaine archaïque*, Paris 1974.

Occorre, fare un ultimo riferimento ad una recente ipotesi di lavoro, avanzata da S. Randazzo¹¹⁰, secondo il quale è necessario un cambiamento di prospettiva, negli studi sull'origine del processo privato romano: dalle due fasi del processo ai due poli del processo, il magistrato dotato di *iurisdictio* e il *iudex*, sottolineando, in questo modo, l'importanza della bipartizione stessa, ai fini dell'indagine sulle strutture della tutela processuale¹¹¹.

Secondo l'A.: «il processo si snoda in due fasi che sono espressione di un coerente equilibrio tecnico-strutturale, fasi che sono dunque momenti di un percorso, ma che certamente hanno specificità che le differenziano»¹¹².

Accogliendo la prospettiva suggerita, vorrei soffermarmi, nel corso della trattazione, su tali specificità e analizzare la struttura bipartita, dal punto di vista degli equilibri di potere nella gestione delle controversie tra cittadini privati.

Prima, però, si rende necessario uno sguardo d'insieme sul tema della bipartizione in rapporto alle origini del processo.

¹¹⁰ S. RANDAZZO, *Bipartizione del processo e attività giudicante*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, I, Milano 2012, 41 ss.

¹¹¹ S. RANDAZZO, *Bipartizione del processo*, cit., 43 ss.

¹¹² S. RANDAZZO, *Bipartizione del processo*, cit., 47.

3. *Origini del processo e bipartizione processuale.*

Il problema delle origini e della bipartizione processuale, non si pongono, in maniera diretta, nelle fonti a noi note¹¹³.

Dall'analisi della dottrina in materia di origine del processo privato romano, non traspare, con la dovuta incisività, una interpretazione delle fonti, che dia idoneo risalto alla struttura bipartita del processo. L'idea secondo la quale il processo possa svolgere in due fasi distinte, dinnanzi a due organi differenti, la cui natura è profondamente divergente – organo politico il primo, privato cittadino il secondo – si pone in netto contrasto con i principi che si affermeranno nel corso del tempo, per cui il processo, sia esso criminale o civile, entrerà, progressivamente, nella sfera di controllo dell'apparato imperiale.

Ancora una volta, le nostre considerazioni non possono non partire dall'analisi della principale fonte a nostra disposizione, le Istituzioni di Gaio.

Dall'analisi del resoconto gaiano, emerge la struttura bipartita delle *legis actiones*, almeno di quelle qualificate, secondo la terminologia giuridica moderna, come dichiarative¹¹⁴: Gaio non sembra inter-

¹¹³ M. TALAMANCA, voce *Processo civile*, cit., 5.

¹¹⁴ Non sarebbe corretto, metodologicamente e storicamente, ricondurre la contrapposizione tra azioni di cognizione e azioni esecutive all'età arcaica. Come ha posto in evidenza il Pugliese, infatti, non è possibile riscontrare, in riferimento al primo periodo di sviluppo del diritto romano, tale divergenza. Sia la *legis actio sacramento in rem* che la *manus iniectio* presentano caratteri spiccatamente esecutivi e, nondimeno, la *manus iniectio* può assumere funzioni preliminari all'instaurazione di un procedimento di cognizione. Del resto, che la *legis actio per*

rogarsi sulle ragioni di tale struttura delle *legis actiones*¹¹⁵: la percezione del processo come strutturalmente bipartito è un elemento che induce a ritenere quanto fosse radicata, nel pensiero dei giuristi di età classica, la netta separazione tra l'attività dei magistrati giusdicenti, chiamati ad impostare i termini giuridici della controversia, dalla successiva fase di acquisizione ed elaborazione degli elementi probatori, al fine di giungere alla pronuncia di una sentenza.

La partizione si riscontra anche nel processo formulare e costituisce uno dei caratteri dell'intero *ordo iudiciorum privatorum*, cui si contrappone il sistema processuale sorto nelle forme delle *cognitiones extra ordinem*, il cui svolgimento si concentrava in una sola fase.

Gaio nella sua trattazione, sia nell'ambito delle *legis actiones* che in quello del processo formulare, tratta della sola fase *in iure* e non anche di quella *apud iudicem*, dinnanzi all'organo giudicante.

Occorre, a questo punto, cercare conferme, nelle poche fonti a disposizione, del carattere strutturalmente bipartito delle *legis actiones*, sul quale, peraltro, si tornerà nel seguito della trattazione.

Importanti elementi possono essere desunti, in particolare, da un celebre passo, illeggibile nel Manoscritto Veronese ma ricostruito grazie ad una integrazione risalente alla pubblicazione di un papiro, rin-

manus iniectio sia stata “appiattita” alla sola *manus iniectio iudicati* (e quindi *pro iudicato*) è un dato la cui consapevolezza non deve venir meno. Cfr. M. TALAMANCA, voce *Processo civile*, cit., 9.

¹¹⁵ M. TALAMANCA, voce *Processo civile*, cit., 22 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 77 ss.

venuto in Egitto¹¹⁶ e pubblicato nel 1933 da Vincenzo Arangio-Ruiz (PSI XI 1182).

Dall'analisi della struttura della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* mi sembra si possano trarre alcuni argomenti a favore del carattere sicuramente bipartito delle *legis actiones* al tempo delle XII Tavole:

Gai 4.17a: *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 fere erat. Qui agebat sic dicebat: EX SPONSIONE TE MIHI X MILIA SESTERTIORVM DARE OPORTERE AIO: ID POSTVLO AIAS AN NEGES. Aduersarius dicebat non oportere. Actor dicebat: QVANDO TV NEGAS, TE PRAETOR IVDICEM SIVE ARBITRVM POSTVLO VTI 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 communi dividenda ageretur. Itaque nominata causa ex qua agebatur statim arbiter petebatur.*

La richiesta di un *iudex* o di un *arbiter* da parte dell'attore implica che la bipartizione fosse già stata introdotta da tempo. Per di più, se si

¹¹⁶ Il papiro venne acquistato nel 1933 dalla papirologa Medea Norsa da un antiquario egiziano che ne indicava il luogo di provenienza in Antinoe. La datazione, comunemente accettata, al VI sec. d.C., è stata proposta da D. ARNESANO, *Papiri letterari della Biblioteca Medicea Laurenziana*, CD-Rom, Cassino 2002, scheda 206. Sul ritrovamento cfr. E. ALBERTARIO, *Brevi notizie sui nuovi Frammenti gaiani*, in *Gnomon* IX, 1933, 326-328.

pensa che la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* rappresenti l'evoluzione, in senso laico¹¹⁷, della *legis actio sacramento*, si può dedurre che anche quest'ultima presentasse, nel modello predisposto dal collegio decemvirale, una struttura bipartita.

Abbiamo quindi un dato che può essere considerato, con alta probabilità, sicuro: nella metà del V sec. a.C., il processo privato romano presenta una bipartizione strutturale rigida. Questo non comporta, come avremo modo di vedere, l'esclusione di una bipartizione funzionale, non ancora obbligatoria, nelle età precedenti.

Per lungo tempo la dottrina dominante ha ritenuto, sulla scorta delle considerazioni avviate dal Wlassak, che la bipartizione del processo privato romano costituisse una sua caratteristica originaria. Essa non venne, inizialmente, messa in discussione dalla dottrina, a parte le isolate ipotesi di un unico giudizio innanzi al *rex* o ai *pontifices*, avanzate da alcuni studiosi¹¹⁸, già nel XIX secolo, almeno in riferimento al periodo più risalente della storia giuridica romana. Comunque, in linea generale, possiamo affermare che, forse, le implicazioni del tema non sono state correttamente valutate dalla dottrina.

¹¹⁷ Sulla laicizzazione del processo: Cic. *rep.* 2.60; Varro *de ling. lat.* 5.180; Cfr. M. TALAMANCA voce *processo*, 15 nt. 104.

¹¹⁸ In particolare vedi: P. NOAILLES, *Fas et Ius*, Paris 1948; ID., *Du droit sacré au droit civil. Cours de droit romain approfondi*, Paris 1949. Più tardi: H. LEVY-BRUHL, *Le simulacre du combat*, cit., 83 ss.; ID., *Recherches*, cit., 45 ss. Si è d'altra parte sostenuto che *ius* e *fas* sarebbero rami del medesimo ceppo: P. CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano*, I, Torino 1965, 31 ss.

Solo dalla metà del secolo scorso, la dottrina ha iniziato a considerare l'ipotesi di una originaria indivisione del processo. Diversi autori hanno attribuito dapprima al *rex* e quindi al magistrato posto al vertice della costituzione repubblicana, il compito di risolvere le controversie tra privati.

Uno dei primi impulsi in tal senso, venne da M. Kaser¹¹⁹. Lo studioso austriaco giunse a negare l'originaria bipartizione, affermando, inoltre, che la figura del *iudex privatus* venne istituita in concomitanza alla *iudicis postulatio*¹²⁰: il giudice sarebbe dunque una creazione dei *decemviri legibus scribundis*, comparando soltanto nella metà del V sec. a.C.¹²¹.

Sempre secondo lo stesso Autore, anche successivamente alla creazione del giudice, i supremi magistrati romani avrebbero continuato a giudicare nelle più risalenti forme di *legis actiones*, in particolare nella *legis actio sacramento*. M. Kaser, tuttavia, ipotizzava che il magistrato avesse potuto demandare la decisione della causa ad un *ar-*

¹¹⁹ M. KASER, *Zum Ursprung des geteilten römischen Zivilprozessverfahren*, in *Festschrift Wenger*, I, München 1944, 107 ss. Lo studioso sviluppò, tra i primi, la tesi della originaria indivisione del processo privato romano. Oggi, questa rappresenta l'ipotesi più seguita in dottrina. Cfr. A. BISCARDI, *Lezioni*, cit., 53 ss.

¹²⁰ M. KASER, *ult. loc. cit.*

¹²¹ M. KASER, *ult. loc. cit.*

biter, dotato di particolari competenze tecniche per la valutazione del singolo caso¹²².

La bipartizione, dunque, secondo tale ricostruzione ipotetica, rimase una facoltà del magistrato e non ancora uno schema rigido. Seguirono le medesime premesse L. Wenger¹²³ e, più tardi, G. Brogginì¹²⁴,

Di minore suggestione appaiono le teorie “intermedie”, secondo le quali sarebbe da escludere una bipartizione del processo in età monarchica, e in particolare, in riferimento al periodo della monarchia etrusca¹²⁵, caratterizzata da una forte propensione verso l'assolutismo¹²⁶.

¹²² M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 31 ss.: «Dass diese Rationalisierung des Rechts schon in der Königszeit erreicht wurde, ist mir nicht zweifelhaft; auch stösst die Annahme, dass bereits die Könige die Urteilsfindung an besondere Richter abgaben, in der Überlieferung auf keine Hindernisse».

¹²³ L. WENGER, *Institutionen*, cit., 47 ss. L'A. sosteneva l'obbligatorietà della bipartizione soltanto a partire dal II sec. a.C., a seguito del processo di ellenizzazione del diritto romano, quale strumento di garanzia dei cittadini nei confronti del potere magistratuale. Questa ipotesi, per quanto affascinante, non sembra aver trovato seguito nella dottrina successiva.

¹²⁴ G. BROGGINI, *Iudex arbiterve*, cit., 89 ss. L'A. restrinse al solo periodo iniziale della *res publica* la facoltatività di una seconda fase innanzi ad un giudice privato.

¹²⁵ Sul contenuto e l'esercizio del potere monarchico, molti sono i dubbi avanzati dalla dottrina rispetto alla visione classica, risalente alla tesi di TH. MOMMSEN, secondo il quale l'istituto monarchico si risolveva principalmente in un Richteramt. Questa tesi è stata superata da una visione più ampia del ruolo del *rex*, considerato oggi il detentore di una serie di poteri, che spaziavano dall'*imperium militare* a funzioni civili e sacerdotali, passando senz'altro per funzioni giudiziarie. Cfr. F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 16, secondo il quale: «Queste funzioni, in ispecie quelle relative all'amministrazione della giustizia civile, nella forma rudimentale in cui lo Stato è intervenuto alle origini, sono un momento secondario del suo potere. Di tal che, è ben probabile che un collegio sacerdotale, la cui esistenza nella monarchia è impossibile negare funzionando da organo ausiliario del *rex* per quanto concerneva il culto pubblico, le tradizioni religiose e il *mos maiorum*, si sia

È da escludere l'idea secondo la quale il passaggio dalla monarchia alla *res publica*¹²⁷ avrebbe determinato un radicale mutamento anche in campo processual-privatistico, originando l'origine della bipartizione stessa.

Il panorama dottrinale circa l'origine della bipartizione processuale, appare profondamente composito e caratterizzato da una serie di ipotesi, elaborate sulla base delle poche fonti a nostra disposizione¹²⁸.

impadronito dell'amministrazione giudiziaria in cui esso aveva cooperato con il *rex*. Di conseguenza, quando gli organi, che si erano venuti costituendo nello Stato, assunsero competenze più o meno determinate, e si emanciparono dalla originaria subordinazione al *rex* alla caduta della monarchia, anche il collegio dei pontefici mantenne la sua posizione nella religione e nella tutela del culto, nonché il potere di intervenire nelle liti giuridiche private».

¹²⁶ L'età della monarchia etrusca è stata sottoposta ad una rivalutazione soltanto nella prima metà del XX secolo. A tal proposito resta fondamentale G. PASQUALI, *La grande Roma dei Tarquini*, in *La Nuova Antologia*, XVI, Roma 1936, 405 ss.

¹²⁷ La dottrina è unanime nel ritenere il passaggio dalla monarchia alla *res publica*, un percorso di trasformazione lungo e complesso. Esso non può essere ridotto ad una eccessiva schematizzazione. La stessa data della cd. "cacciata dei re" e della conseguente istituzione della pretura/consolato (509 a.C.), viene posta in discussione. Rinvio, per una breve descrizione delle vicende a G. CLEMENTE, *Guida alla storia romana*, Milano 1977, rist. 2011, 56 ss; 65 s.

¹²⁸ Sulla valenza delle fonti cfr. B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit. 22, *contra* G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, cit., 44. Quest'ultimo mette in discussione l'affidabilità delle fonti inerenti alla *iurisdictio* regia, in quanto connotate da vaghezza e genericità tali, da non permettere un loro impiego per la ricostruzione dei poteri attribuiti al *rex*. Inoltre, egli afferma: «Si tratta di fonti che, o assumendo a modello la figura dei re greci dell'età eroica [...], accennano ad un intervento del *rex* in qualità di giudice o arbitro, piuttosto che di un organo esercente la *iurisdictio* [...] ovvero attribuiscono incidentalmente al *rex* la funzione di *iurisdictio* che spettò poi ai magistrati repubblicani». Anche assumendo la considerazione secondo la quale le fonti a disposizione costituirebbero semplici elucubrazioni di età avanzata, si tratta, comunque, di un punto fermo, certamente più credibile di ricostruzioni proposte in età moderna, e sicuramente influenzate da una visione

Cerchiamo, ora, di considerare tali fonti. In effetti, l'originaria in-divisione del processo privato sembrerebbe trovare conferma nelle fonti.

Al riguardo appare significativa una testimonianza di Cicerone:

Cic. rep. 5.2.3: <nihil esse tamen> regale quam explanationem aequitatis, in qua iuris erat interpretatio, quod ius privati petere solebant a regibus, ob easque causas agri arvi et arbusti et pascui 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 regis et mihi quidem videtur Numa noster maxime tenuisse hunc morem veterem Graeciae regum.

Il retore ha posto in evidenza il ruolo di organo giudicante, svolto in prima persona dal *rex*. Secondo Cicerone non è possibile individuare un soggetto privato cui fosse devoluta tale funzione, fosse esso un *iudex* o un *arbiter*: sarebbe questo il senso dell'affermazione: *omnia conficiebantur iudiciis regis*¹²⁹. Di grande rilievo anche il riferimento a *Numa noster*, il secondo sovrano, ricordato dalla tradizione. Numa

interamente “statale” del fenomeno processuale. Del resto, le fonti non forniscono elementi contrari all'ipotesi di una piena *iurisdictio* regia.

¹²⁹ Una simile affermazione è, peraltro, riscontrabile in D.1.2.2.14 (Pomp. *l.s. ench.*): *Quod ad magistratus attinet, initio civitatis huius constat reges omnem potestatem habuisse.*

Pompilio avrebbe avuto in massima considerazione la propria attività di organo giudicante, secondo il modello dei re greci.

A proposito di ciò, possiamo considerare un altro passo dell'Arpinate, in cui si fa riferimento al sovrano di età etrusca Servio Tullio, al quale la tradizione ha riconosciuto grandi meriti e l'introduzione di importanti riforme, nei settori più disparati:

Cic. rep. 2.21.38: sed cum Tarquinius insidiis Anci filiorum interisset, 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 liberavisset, multaue comitate usus iussu Tarquinii se ius dicere probavisset, non commisit se patribus, sed Tarquinio sepulto populum de se ipse consuluit, iussusque regnare legem de imperio suo curiatam tulit.

I successori di Numa Pompilio, nonostante il loro più marcato interesse per la guerra, non trascurarono di amministrare la giustizia. In particolare Servio Tullio, ancora in vita Tarquinio Prisco, *regio ornatu ius dixisset*.

La figura del sovrano etrusco è presa in considerazione anche da Tito Livio:

Liv. 1.41.5: Iubet bono animo esse: sopitum fuisse regem subito ictu; ferrum haud alte in corpus descendisse; iam

ad se redisse; inspectum vulnus absterso cruore; omnia salubria esse; confidere prope diem ipsum eos visuros; interim Servio Tullio iubere populum dicto audientem esse; eum iura redditurum obiturumque alia regis munia esse.

Oltre alla testimonianza di Cicerone e Tito Livio, è bene soffermarsi anche su un'altra fonte, per lungo ritenuta di scarso valore dalla dottrina. Si tratta di un passo tratto dalle *Antichità Romane* di Dionigi di Alicarnasso¹³⁰:

Dion. Hal. 10.1.2-3: Οὐπω γὰρ τότε ἦν οὐτ' ἰσονομία παρὰ Ῥωμαίοις οὐτ' ἰσηγορία, οὐδ' ἐν γραφαῖς ἅπαντα τὰ δίκαια τεταγμένα: ἀλλὰ τὸ μὲν ἀρχαῖον οἱ βασιλεῖς αὐτῶν ἔταπτον τοῖς δεομένοις τὰς δίκας, καὶ τὸ δικαιωθὲν ὑπ' ἐκείνων τοῦτο νόμος ἦν. Ὡς δ' ἐπαύσαντο μοναρχούμενοι, τοῖς κατ' ἐνιαυτὸν ὑπατεύουσιν ἀνέκειτο τά τε ἄλλα τῶν βασιλέων ἔργα καὶ ἡ τοῦ δικαίου διάγνωσις, καὶ τοῖς ἀμφισβητοῦσι πρὸς ἀλλήλους ὑπὲρ ὄτουδήτινος ἐκεῖνοι τὰ δίκαια οἱ διαιροῦντες ἦσαν.

¹³⁰ Sull'attendibilità dell'opera di Dionigi di Alicarnasso: E. GABBA, *Dionigi e la storia di Roma arcaica*, Bari 1996. Vedi *infra* p. 57, nt. 133.

Secondo il retore greco, i re avrebbero amministrato direttamente la giustizia, pronunciando sentenza laddove richiesto dalle parti. Una volta caduta la monarchia, il medesimo compito venne attribuito ai consoli, di estrazione patrizia e, quindi, propensi ad una visione della giustizia, propria della classe sociale di appartenenza.

Ma la testimonianza di Dionigi di Alicarnasso si spinge ben oltre. Il re Servio Tullio avrebbe posto una differenziazione tra i giudizi privati e quelli pubblici, prevedendo giudici privati, preposti alla risoluzione delle controversie tra *cives* ed emanando personalmente le sentenze per gli illeciti contrari all'interesse pubblico. I giudici privati, comunque, avrebbero dovuto seguire le disposizioni indicate dal *rex*, così come sembra potersi evincere da un altro passaggio delle *Antichità Romane* di Dionigi di Alicarnasso, questa volta tratto dal IV libro:

Dion. Hal. 4.25.2: [...] Ἐκεῖνος διελὼν ἀπὸ τῶν ἰδιωτικῶν τὰ δημόσια, τῶν μὲν εἰς τὸ κοινὸν φερόντων ἀδικημάτων αὐτὸς ἐποιεῖτο τὰς διαγνώσεις, τῶν δ' ἰδιωτικῶν ἰδιώτας ἔταξεν εἶναι δικαστάς, ὄρους καὶ κανόνας αὐτοῖς τάξας, οὓς αὐτὸς ἔγραψε νόμους.

I due passi delle Antichità Romane sembrerebbero essere in parziale contraddizione¹³¹. Tale incoerenza, tuttavia, è facilmente superabile,

¹³¹ La contraddizione venne posta in evidenza in F. SERRAO, *Diritto privato*, cit., 429, secondo il quale: «non v'è dubbio che tutto ciò sia in parziale contrasto

se si considerano i diversi contesti dai quali i passi sono tratti. Il primo passo di Dionigi (10.1.2-3) si inserisce in uno scenario nel quale viene offerta una ricostruzione degli avvenimenti del 461 a.C. e, quindi, né la bipartizione, né il processo, costituiscono oggetto della sua esposizione. Nel contesto dal quale è tratto Dion. Hal. 4.25.2, invece, il tema è quello delle riforme serviane. La bipartizione del processo è una delle riforme introdotte da Servio Tullio¹³².

Sempre nel IV libro delle *Antichità Romane*, qualche paragrafo oltre, Dionigi di Alicarnasso riporta un riferimento ancora più esplicito all'innovazione introdotta dal penultimo sovrano romano in materia processuale e, in particolare, circa l'attribuzione della competenza ad emettere sentenza:

Dion. Hal. 4.36.2: [...] Τῶν τ' ἀδικημάτων οὐχ ἀπάντων αὐτὸς ἐγινόμην δικαστής, ἀλλὰ τὰς ἰδιωτικὰς δίκας ὑμῖν ἀπέδωκα διαγινώσκειν, ὃ τῶν ἔμπροσθεν οὐδεὶς ἐποίησε βασιλέων.

con quanto lo storico dirà più avanti (10.1.2) [...], descrivendo la situazione predecemvirale, dove sembra ignorarsi l'avvenuta attribuzione dei giudizi privati a giudici privati». L'A. pone due problemi e continua: «a) come interpretare, ove vera, la notizia di Dionigi sulla divisione? Cioè, ai giudici privati venne affidata solo la parte istruttoria e decisoria o anche l'impostazione? b) come risolvere la contraddizione (reale o apparente) dionisiana?».

¹³² F. SERRAO, *Diritto privato*, cit., 429 s.

Il contesto è quello di un discorso al Senato, nel quale Servio Tullio ricorda ai Senatori di aver attribuito loro la competenza a giudicare τὰ ἐγκλήματα τὰ ἴδια in qualità di ἰδιῶται δικασταί.

Dai passi sin qui esaminati, è possibile giungere alla elaborazione di alcune considerazioni circa l'origine della bipartizione processuale.

La dottrina ha per lungo tempo ignorato quanto affermato da Cicerone, Tito Livio e Dionigi di Alicarnasso¹³³. Ma dall'analisi congiunta delle loro affermazioni, emerge che il processo privato romano conobbe una importante riforma nell'ultima fase della monarchia. Si può affermare che prima di Servio Tullio il processo si svolgesse, interamente, in un'unica fase, dinnanzi al supremo organo costituzionale, il *rex*. Al sovrano etrusco risale l'introduzione di una fase di giudizio affidata ad un privato cittadino romano, appartenente alla classe senatoria e competente in merito agli illeciti privati. Solo successivamente, la competenza dei giudici si sarebbe estesa a tutte le cause private. Tale considerazione deve essere mantenuta anche per il primo periodo della *res publica*. Le competenze sino ad allora attribuite ai *rex*, si trasferirono in capo ai *praetores/consules*.

¹³³ Uno spartiacque nella valutazione dell'opera di Dionigi di Alicarnasso è rappresentato dai risultati delle ricerche pubblicate agli inizi degli anni '60 del secolo scorso da E. Gabba sulla rivista *Athenaeum*. I due articoli, in cui sono esposte tali ricerche, hanno ad oggetto le ricostruzioni storiche offerte da Dionigi di Alicarnasso in merito alla costituzione romulea e all'età d'oro della monarchia etrusca. Si rinvia, pertanto, a: E. GABBA, *Studi su Dionigi di Alicarnasso. I. La costituzione di Romolo*, in *Athenaeum* 48, 1960, 175 ss. e ID., *Studi su Dionigi di Alicarnasso. II. Il regno di Servio Tullio*, in *Athenaeum* 49, 1961, 98 ss.

La bipartizione del processo privato romano troverà una propria connotazione definitiva solo in epoca decemvirale. La *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* cristallizzerà la suddivisione in due fasi. La seconda parte dei *iudicia* sarà, così, demandata ad un *iudex* o ad un *arbiter* per la risoluzione della controversia, attraverso l'emanazione di una sentenza.

La testimonianza di Dionigi di Alicarnasso, che riconduce al re Servio Tullio l'introduzione di una riforma, avente ad oggetto la possibilità di devolvere a *iudices privati* la risoluzione di una controversia, ha avuto una considerazione altalenante da parte degli studiosi. La tradizione conferma l'originaria potestà decisionale del *rex* nella regolamentazione delle liti private. Restano indubbiamente da precisare i contenuti di tale potestà e fornirne una lettura storicamente orientata.

Una nuova interpretazione dei testi di Dionigi è stata fornita, ultimamente, da R. Ortu¹³⁴, in contrapposizione alle precedenti posizioni espresse da F. Serrao¹³⁵, riscontrando, nelle parole dello storico greco, una «realità parzialmente differente»¹³⁶, in particolare, rispetto a quella prospettata dal Serrao¹³⁷.

Secondo l'A. la vera innovazione di Servio Tullio riguarderebbe i giudizi privati¹³⁸. Il sovrano, infatti, mantenne la propria compe-

¹³⁴ R. ORTU, *Alle origini del iudicium privatum*, cit., 147 ss.

¹³⁵ F. SERRAO, *Diritto privato*, cit., 428 s.

¹³⁶ R. ORTU, *Alle origini del iudicium privatum*, cit., 150.

¹³⁷ F. SERRAO, *Diritto privato*, cit., 428 s.

¹³⁸ R. ORTU, *Alle origini del iudicium privatum*, cit., 150.

tenza a giudicare gli illeciti pubblici, mentre demandò a privati cittadini, in qualità di giudici, la risoluzione degli illeciti privati e non, genericamente, dei processi privati, come ha sempre ipotizzato parte della dottrina¹³⁹. Il ruolo dei giudici privati, comunque, sarebbe rimasto legato alla direzione dei re.

È possibile scorgere, nei passi in esame, una evoluzione: nella fase più remota il *rex* sarebbe stato titolare di un potere di direzione del processo, sino all'assunzione di una decisione. Solo successivamente, a partire dalla seconda metà del VI secolo a.C., venne introdotta la facoltà – non ancora l'obbligatorietà – di demandare la decisione¹⁴⁰ ad un soggetto privato, nominato direttamente dal *rex* e ancora sottoposto alle sue direttive.

¹³⁹ V. SCIALOJA, *Procedura*, cit., 120 ss.; F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 40 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 121 ss.; F. SERRAO, *Diritto privato*, cit., 428 ss.

¹⁴⁰ Dubbi sono stati posti da C. PELLOSO, *Giudicare e decidere in Roma arcaica. Contributo alla contestualizzazione storico-giuridica di Tab. 1.8*, in L. GAROFALO, *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese I*, Milano 2012, 98 ss. Secondo l'A., già durante il «passaggio dal *regnum* di Tarquinio Prisco a quello di Servio Tullio, pare emergere l'esistenza di una prassi [...] consistente nell'affidamento da parte del *rex* a suoi funzionari non tanto della presidenza della fase istruttoria e decisionale [...] quanto del controllo di quella introduttiva e di impostazione della lite attraverso l'espletamento dell'attività già puntualmente indicata con il *terminus technicus* di *ius dicere* o [...] *iura reddere*» sino ad affermare che: «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». Non mi sento di condividere pienamente questa impostazione e ritengo, sulla base di quanto affermato nelle fonti, che il *rex* demandasse al giudice o all'arbitro la fase decisoria e non quella di impostazione della controversia.

Possiamo allora concludere, con un certo grado di verisimiglianza, che la bipartizione strutturale del processo privato sia stata “introdotta”, seppure in forma embrionale e in riferimento alla risoluzione dei soli illeciti privati, nell’ambito delle riforme ascritte a Servio Tullio. Inizialmente la competenza ad emettere una sentenza venne attribuita agli esponenti del rango senatorio i quali, tuttavia, restavano vincolati alla direzione del sovrano. Solo successivamente, ormai in età repubblicana, i giudici privati avrebbero emesso sentenze in riferimento a tutti i *iudicia privata*, a seguito di una precedente fase dinanzi al magistrato dotato di *iurisdictio*.

4. *Dalla fase in iure alla fase apud iudicem: la rilevanza della Lex Pinaria.*

Dalle precedenti considerazioni, vorrei partire per escludere la possibilità che un unico provvedimento autoritativo possa aver introdotto la bipartizione. Allora, è da escludere l’opinione di chi ha visto nella *lex Pinaria*, sulla base di un unico frammento, difficilmente leggibile¹⁴¹, la legge istitutiva del processo bipartito.

¹⁴¹ F. BRIGUGLIO, *La lex Pinaria e la nomina del giudice alla luce della nuova lettura di Gai. 4.15*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, II, Padova 2012, 267 ss.

La *lex Pinaria* viene citata nel quarto commentario delle Istituzioni di Gaio, in riferimento ad un periodo di trenta giorni, trascorso il quale *iudex daretur*:

Gai 4.15: ...*ut autem die XXX iudex daretur, per legem Pinariam factum est; ante eam autem legem [...]m dabatur iudex.*

La lettura del frammento risulta essere complessa a causa di una abrasione nel manoscritto veronese, che rende illeggibile la parola compresa tra il sostantivo *legem* e il verbo *dabatur*. Della parola mancante resta una sola lettera, la *m* finale. E. Weiss¹⁴² integrò il testo con l'avverbio *nondum*, giungendo alla conclusione che, prima di questa legge, il giudice non venisse nominato affatto. Soltanto a seguito della *lex Pinaria*, un giudice privato sarebbe stato individuato direttamente dal magistrato, senza che le parti potessero aver un qualche ruolo nella scelta dell'organo giudicante. Dalla lettura dell'intero contesto, tuttavia, non sembra potersi sostenere l'ipotesi dello studioso tedesco. È preferibile, dunque, così come suggerisce la dottrina oggi maggioritaria¹⁴³, ricorrere all'avverbio *statim*, e credere che la *lex Pinaria* si sia

¹⁴² E. WEISS, *Prozessgesetze und Richterbestellung im Legisaktionenprozesse*, in *BIDR* 49-50, 1947, 194 ss.

¹⁴³ *Inter alios*, segnalo G. NICOSIA, *Il processo privato*, cit., 136.

limitata a prevedere un lasso di tempo di trenta giorni tra la fase *in iure* e la fase *apud iudicem* e non anche l'istituzione della figura del giudice privato.

Ancor meno convincente mi pare la posizione di H. Lévy-Bruhl¹⁴⁴ il quale, partendo dalle premesse poste dal Weiss¹⁴⁵, ha affermato che la *lex Pinaria* avrebbe avuto un ruolo di primo piano nell'evoluzione della struttura del processo privato romano. Infatti, tale provvedimento, avrebbe introdotto la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* e, in conseguenza di ciò, la distinzione tra magistrato e giudice. Il Lévy-Bruhl arrivò ad individuare una data precisa per la *lex Pinaria*, nel 472 a.C., e la identificava con quella emanata *L. Pinario et Furio consolibus*¹⁴⁶.

Gaio riferisce la *lex Pinaria* alla sola *legis actio sacramento in personam* e non anche alla *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*. Per quanto riguarda la datazione, non si può sostenere, con certezza, l'ipotesi avanzata dal Lévy-Bruhl. Del resto, in dottrina, non manca chi ha proposto altre datazioni, ben più recenti¹⁴⁷.

¹⁴⁴ H. LEVY -BRUHL, *Recherches*, cit., 202 ss.

¹⁴⁵ E. WEISS, *Prozessgesetze*, cit., 194 ss.

¹⁴⁶ H. LEVY -BRUHL, *Recherches*, cit., 253 ss.

¹⁴⁷ Secondo alcune ricostruzioni, la *lex Pinaria* potrebbe essere ascritta al IV sec. a.C. o ad un periodo addirittura successivo. Cfr. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 92 ss.; SANTORO, *Potere ed azione*, cit., 564; 568.

CAPITOLO II LA FASE *IN IURE*

SOMMARIO: 1. Organi magistratuali e bipartizione processuale: premesse. – 2. La funzione giurisdizionale. – 3. La giurisdizione regia. – 3.1. Cic. rep. 5.2.3: *omnia conficiebantur iudiciis regis*: considerazioni sul ruolo del *rex* nelle più risalenti *legis actiones*. – 3.2. La *legis actio sacramento*. Struttura di un modello processuale – 3.2.1. Simbologia e ritualità processuale: il *manum conserere* e l'apposizione della *festuca*. – 3.2.2. Il *sacramentum* quale atto sacrale volto alla definizione della fase *in iure* (cenni e rinvio). – 3.2.3. *Mittite ambo rem* e assegnazione provvisoria della *lis*: a seguito di una valutazione del magistrato inerente al merito della controversia – 3. La giurisdizione dei magistrati repubblicani.

1. *Organi magistratuali e bipartizione processuale: premesse.*

Nel corso della sua lunga evoluzione, il diritto processuale civile romano ha conosciuto una pluralità di organi preposti al suo svolgimento.

Sino al definitivo affermarsi delle forme della *cognitio extra ordinem*, tuttavia, è possibile individuare una serie di ‘costanti processuali’: il carattere privato del giudizio e il limitato intervento di organi pubblici nella risoluzione concreta delle controversie; la commistione tra procedura e religione, dagli atti magico-religiosi dell’età arcaica al-

la progressiva trasformazione del *sacramentum*; le esigenze di attuazione di un *iustum iudicium*; il carattere non esclusivo né puramente strumentale della giurisdizione civile.

La bipartizione deve essere inserita nel novero di tali costanti: il processo privato romano si configura, strutturalmente, come un'unica serie di atti concatenati tra loro, pur in una dimensione di distinzione delle funzioni attribuite ora all'organo giurisdicente e quindi all'organo giudicante.

Il primo soggetto con il quale le parti in litigio si confrontano è un organo pubblico e ciò sembra essere vero soprattutto in riferimento al periodo più risalente della storia giuridica romana, per le ragioni che si sono in parte esposte e che si cercherà di approfondire in questo capitolo.

Nella consapevolezza di non poter condurre una analisi dei singoli organi magistratuali dotati di *iurisdictio*, si è preferito fare riferimento ai supremi magistrati di età monarchica e repubblicana e considerarne esclusivamente gli aspetti più propriamente connessi alla tematica della bipartizione processuale.

Si prenderanno le mosse dal *rex*, cercando di avanzare delle ipotesi circa l'effettiva esistenza in capo allo stesso di un potere giurisdizionale, per poi considerare le funzioni attribuite dapprima alla nuova coppia magistratuale dei *praetores/consules* e, a partire dal 367 a.C. ai *praetores*, tralasciando le specifiche competenze riconosciute agli *aediles curules* nella risoluzione delle controversie sorte nell'ambito de-

gli scambi commerciali. Per quanto ci riguarda, infatti, la struttura del processo bipartito emerge chiaramente già in riferimento al processo pretorio.

Tra i poteri attribuiti al magistrato romano – nel periodo preso in considerazione e cioè dall'età monarchica alla fine della repubblica – emerge quello giurisdizionale, volto ad esercitare un controllo pubblico preliminare, rispetto all'assunzione di una decisione da parte dell'organo giudicante.

Da notare che, tra gli studiosi, non è mancante chi, rifacendosi a posizioni proprie della dottrina francese, abbia escluso l'esistenza stessa della *iurisdictio* prima del 367 a.C., propendendo per un maggior coinvolgimento dei collegi sacerdotali e, in particolare di quello pontificale, nella risoluzione delle controversie¹⁴⁸. La tesi è rimasta isolata ma merita attenzione perché è necessario sottolineare l'aspetto religioso del processo privato romano e le conseguenti implicazioni strutturali che ne derivano.

La ricerca nel campo della storia della religione romana e dei rapporti tra diritto e religione¹⁴⁹ ha dimostrato, ormai da tempo, come sia possibile affermare che il rapporto (verticale) tra uomini e divinità

¹⁴⁸ Vedi *supra* Cap. I, par. 3, in particolare p. 38 ss.

¹⁴⁹ Si veda F. SINI, *Religione e sistema giuridico in Roma repubblicana*, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di scienze giuridiche e tradizione romana* III, Sassari 2004. Ulteriori indicazioni bibliografiche in merito al rapporto tra diritto e religione sono rinvenibili *supra* p. 31, nt. 67.

nell'antica Roma rappresenti un elemento irrinunciabile per l'interpretazione dei rapporti (orizzontali) tra esseri umani.

Una tale incidenza del sovraumano nelle dinamiche sociali, ivi compresa quella giuridica, non giustifica l'esclusione di un potere giurisdizionale in capo ad un soggetto quale il *rex* che, beninteso, non può essere considerato del tutto laico nel senso che i moderni attribuiscono a questo aggettivo ma, seppure portatore di valori comuni della collettività, e primo fra tutti del comune sentire religioso, resta distinto rispetto a coloro che esercitano funzioni prettamente religiose, senza un coinvolgimento diretto nella gestione della cosa pubblica, almeno apparentemente.

Del resto, non bisogna dimenticare la lezione di G. Pugliese circa uno dei maggiori meriti del diritto romano: «quello di aver saputo separare il diritto dalla religione» pur nella consapevolezza che «questa separazione è [...] una conquista, che maturò gradualmente e che non impedì il permanere a lungo di tracce dell'originaria indistinzione»¹⁵⁰.

Attribuire carattere magico-religioso alle norme giuridiche non vuole determinare l'attribuzione al diritto romano arcaico di caratteri puramente irrazionali e incontrollabili. Ciò avrebbe portato all'affermarsi di un sistema di prevaricazione e all'assunzione di decisioni imprevedibili e casuali.

Vorrei dunque tentare, nei paragrafi seguenti, un nuovo approccio al tema della bipartizione processuale, cercando di delineare i limiti

¹⁵⁰ G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., 27.

dell'intervento pubblico nel processo privato romano ma, partendo da queste brevi premesse, ri-considerare quella «originaria indistinzione» di cui parlava G. Pugliese e recuperare, almeno in parte, la tesi di F. De Martino sulle connessioni tra diritto e religione in materia processuale.

2. *La funzione giurisdizionale.*

Gli studiosi si sono più volte confrontati con il problema dell'individuazione di un significato da attribuire all'espressione *ius dicere*, cercando di delimitare concettualmente l'ambito di operatività della *iuris dictio*.

Le posizioni assunte in dottrina sono discordanti, in particolare con riferimento al periodo più risalente della storia giuridica romana quando, pur potendo individuare il relativo concetto, non si era ancora sviluppata una terminologia atta ad indicare le singole funzioni esercitate dai magistrati.

In particolare, ci si è chiesti se l'esercizio della giurisdizione si basasse sull'esistenza di uno specifico *ius*¹⁵¹ oppure se fosse lo stesso

¹⁵¹ In tal senso M. LAURIA, *Iurisdictio*, cit., 529. Recentemente: S. RANDAZZO, *Bipartizione*, cit., 53, il quale parla dell'impossibilità di configurare una «invocazione di giustizia, disancorata dal passato»; C. PELLOSO, *Giudicare*, cit., 127.

magistrato, attraverso la propria attività di *ius dicere*, a creare nuovo diritto¹⁵².

La problematica deve essere affrontata distinguendo le funzioni svolte dal *rex* in età regia, rispetto a quelle esercitate dai magistrati repubblicani.

3. *La giurisdizione regia.*

In età regia, il *rex* non si limita ad indicare le norme giuridiche, atte alla risoluzione della singola controversia, ma svolge una duplice funzione creatrice: da una parte individua, sulla base di valutazioni equitative, rese necessarie dalla mancanza di un *corpus* normativo che possa offrire tutela a nuovi rapporti, nuove norme¹⁵³ da applicare per la risoluzione del caso concreto¹⁵⁴; d'altro canto, attraverso la propria

¹⁵² F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 60; H. DEKKERS, *Des ordalies en droit romain*, in *RIDA*, I, 1948, 55 ss. ; P. NOAILLES, *Du droit sacré au droit civil. Cours de droit romain approfondi 1941-1942*, Paris 1949, 90 ss. ; C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma 1955, 58 ss.; H. LEVY-BRUHL, *Recherches*, cit., 37 ss. ; R. SANTORO, *Potere ed azione*, cit., 333; F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Bari 1981, 297 e 428; L. GERNET, *Le temps dans les formes archaïques du droit*, in *Droit et Institutions en Grèce antique*, Paris 1982, 121 ss.

¹⁵³ *Contra* G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., 30 ss.: «gli interessi suscettibili di venire protetti con la forza erano solo quelli che le regole giuridiche o giuridico-religiose in vigore avevano già qualificato meritevoli di protezione».

¹⁵⁴ Numerose le fonti nelle quali si fa riferimento all'attività creatrice del *rex*: Virg. *Aen.* 1.507: *Iura dabat legesque viris, operumque latore / partibus aequabat iustis, aut sorte trahebat*; Virg. *Aen.* 5.758: *guadet regno Troianus Acestes / indi-*

pronuncia, determina l'instaurarsi di un nuovo rapporto, prima inesistente.

A tal proposito è bene ricordare le parole di C. Gioffredi il quale affermava che: «il concetto di *iurisdictio* non si identifica con la enunciazione di norme giuridiche, né si limita alla risoluzione di controversie o alla tutela dei diritti dei singoli» ma «consiste nel porre, nello statuire (*dicere*) un vincolo, un regime giuridico concreto (*ius*) fra privati, in un rapporto ad essi attinente, a garanzia dell'interesse sociale: interesse che risiede in una esigenza di ordine e stabilità della società stessa e che viene raggiunto, sia componendo le liti, sia prevedendole, sia tutelando situazioni giuridiche personali dei componenti la comunità»¹⁵⁵.

Circa il potere giurisdizionale del *rex*, non si tratta di voler dare credito incondizionato alle ricostruzioni di Cicerone, Livio e Dionigi¹⁵⁶, che pure meritano fiducia¹⁵⁷, ma di voler avanzare una ipotesi

citque forum et patribus dat iura vocatis; Virg. Aen. 7.246: hoc pater Anchises auro libabat ad aras, / hoc Priami gestamen erat cum iura vocatis / 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. Met. 14.805: occiderat Tatius, poluisque aequata duobus / Romule iura dabas; Ov. Met. 14.823: reddentemque suo iam regia iura Quiriti; Ov. Met. 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.

¹⁵⁵ C. GIOFFREDI, *Contributi*, cit., 44. Tuttavia occorre avvertire che parole di C. Gioffredi non erano limitate alla giurisdizione regia, come si è voluto intendere.

¹⁵⁶ Si veda *supra* Cap. I, par. 3.

che tenga conto della particolare posizione del sovrano e delle sue competenze in materia religiosa.

Diritto e religione, in età arcaica, non erano due entità distinte ma un unico nucleo attorno al quale ruotava la vita della comunità romana. Non è possibile interpretare il fenomeno della tutela giuridica se non alla luce della commistione¹⁵⁸ tra regole magico – religiose e giuridiche.

Il formalismo delle più antiche *legis actiones*, la pronuncia di parole solenni, insieme al compimento di gesti predeterminati trovava un parallelo nell'oralità e gestualità proprie dei riti religiosi. Si tratta di una ulteriore conferma della preparazione trasversale dei sacerdoti romani, custodi della ritualità religiosa come di quella giuridica.

La religiosità delle più risalenti forme processuali, tuttavia, sembra non limitarsi a caratteri di esteriorità, la cui derivazione era, evidentemente, legata al campo del sacro e le cui finalità erano, da una parte,

¹⁵⁷ *Contra* G. NICOSIA, *Il processo*, I, cit., 44. In riferimento all'affidabilità delle fonti che confermerebbero l'esistenza di una piena giurisdizione regia, l'A. afferma: «le attestazioni delle fonti che dovrebbero suffragarla si riducono ad affermazioni sporadiche piuttosto vaghe e generiche, che obiettivamente non possono essere considerate affidanti».

¹⁵⁸ Sull'idea di 'commistione' tra religione e diritto cfr. F. VALLOCCHIA, *Collegi sacerdotali e assemblee popolari nella repubblica romana*, Torino 2008, 10: «'Non isolamento' e, più decisamente 'commistione' sono concetti che non si limitano a chiarire la relazione tra religione e diritto, almeno nella Roma repubblicana, ma tracciano altresì le linee per uno studio del sistema giuridico romano che sia diverso da quello cui conducono concetti quali 'isolamento' e 'laicizzazione'. Religione e diritto non sono separati». Sul punto cfr. M. SARGENTI, *Riflessioni*, cit., 1189: nella mentalità romana «aspetti ed elementi politici, amministrativi e giurisdizionali, di diritto sacro e di diritto pubblico, non sono per nulla nettamente separati».

rivolte ad ottenere l'approvazione divina e dall'altra al mantenimento del monopolio dei pontefici in materia di conservazione e interpretazione delle norme. Tale monopolio costituì uno dei principali fattori del predominio della classe patrizia, alla quale appartennero, sino alla *lex Ogulnia* del 300 a.C., i componenti del collegio sacerdotale dei pontefici¹⁵⁹. Si può ben immaginare quale fosse la posizione di svantaggio dei plebei sino alla loro ammissione a quel sacerdozio¹⁶⁰.

Il processo privato romano di età arcaica, dunque, è certamente caratterizzato, nelle sue forme, da una forte connessione con il mondo sovraumano. Tale legame, da una parte, deve essere inteso alla luce della perdurante volontà della classe patrizia di mantenere la propria posizione di dominio e, d'altro canto, nella profonda religiosità che permeava ogni ambito del vivere civile.

Quanto detto sino a questo momento consente di avanzare alcune ipotesi in merito al ruolo del *rex* e a quello del collegio dei pontefici. Ritengo che il *rex* fosse detentore di un ampio potere che comprende-

¹⁵⁹ D.1.2.2.7 (Pomp. *lib. sing. ench.*): Pomponio narra la vicenda della divulgazione dei formulari delle *legis actiones*, compilati e conservati da Gneo Flavio, scriba di Appio Claudio Cieco. Questo episodio rappresenta il momento di rottura del monopolio pontificale in materia processuale. Altre fonti fanno riferimento all'accaduto ma non menzionano la divulgazione dei formulari delle *legis actiones*, bensì la sola pubblicazione del calendario: Cic. *Mur.* 11.25; Id. *Att.* 6.1.8; Liv. 9.46.5; Plin. *Nat. Hist.* 33.17.

¹⁶⁰ Secondo G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 70, nt. 94, la divulgazione dei formulari delle *legis actiones* da parte di Gneo Flavio: «[...] sarà magari leggendario, ma rispecchia un aspetto della laicizzazione del diritto, che fu un reale fenomeno storico e costituì indubbiamente una conquista plebea. Del resto, le XII Tavole avevano avuto, fuori del campo delle forme processuali, un'analogha funzione liberatrice».

va i due elementi della *iurisdictio* e della *iudicatio*, sebbene le due categorie concettuali non avessero ancora raggiunto una piena maturazione né, probabilmente, erano stati elaborati i due termini che si affermeranno solo più tardi.

Il ruolo dei pontefici, invece, non fu quello di risolvere le singole controversie ma di conservare e interpretare le norme non scritte e, dopo il 450 a.C., di risolvere i dubbi interpretativi derivanti dalle diverse possibili letture delle norme delle XII Tavole¹⁶¹.

¹⁶¹ In dottrina non è mancato chi, con conclusioni ancora più nette, abbia sostenuto la corrispondenza tra la figura dell'organo giudicante e quella dello stesso pontefice. Cfr. H. CUENOT, *De la sentence du juge et de sa réalisation dans l'action sacramenti in rem*, in *RIDA*, I, 1948, 321 ss. L'A., portando alle estreme conseguenze la distinzione tra *ius* e *fas*, afferma che: «la procédure se trouve entre les mains du collègue sacerdotal». Le stesse parti, tuttavia, secondo la ricostruzione in esame, avrebbero potuto sottoporre la loro controversia ad un arbitro da loro stesse scelto, fosse egli un pontefice o il re. Infatti, secondo il Cuenot, «l'arbitre est un pontife». H. Cuenot, peraltro, non esprimeva una posizione del tutto originale, dato che, in dottrina, vi erano state altre tesi che attribuivano una specifica competenza in capo ai pontefici, in materia giurisdizionale. È il caso di citare E. PAIS, *Ricerche sulla storia e sul diritto pubblico di Roma*, Roma 1915, 41 e 273. Secondo lo storico, l'attività pontificale fu tanto ampia da poter ricomprendere anche quelle attività che, più tardi, sarebbero state identificate con il nome di *iurisdictio*. Non condivido queste affermazioni e credo che, certo, il collegio dei pontefici potesse aver avuto un ruolo di primo piano nella amministrazione della giustizia, in particolare per quanto riguarda le attività di conservazione, trasmissione e interpretazione del sapere giuridico, ma ciò non comporta, automaticamente, l'identificazione dell'organo giudicante con uno dei pontefici. Riprendendo l'affermazione del Cuenot, possiamo dire che il pontefice poteva ben ricoprire il ruolo di arbitro ma l'arbitro non era, per forza di cose, un pontefice. In tal senso, mi sembra chiara la posizione espressa in G. NOCERA, *Reddere ius. Saggio di una storia dell'amministrazione della giustizia in Roma*, Roma 1976, 184: «astraendo da tempi remotissimi, che possono aver veduto i sacerdoti 'arbitri delle cose divine e umane' nella realtà di istituzioni ben differenti dalla organizzazione politica dello stato, quell'*apud* del passo di Pomponio (*scil.* D.1.2.2.6), considerato in tutto il contesto, sembra con maggiore evidenza alludere a quel che è stato chiamato il

Questo non ci impedisce, tuttavia, di individuare, impiegando le parole di M. Sargenti, «un qualche potere giurisdizionale»¹⁶² in capo ai pontefici. L’A., del resto, osserva come: «le stesse funzioni potessero essere svolte anche da altri interpreti della volontà divina, accanto al re ed in concorso con lui, quando, per effetto di mutamenti politici, di giochi e di contrasti di forze nel quadro sociale, le funzioni sacrali del re possano essersi andate staccando dalle funzioni militari e politiche, che venivano acquisite da altri capi della comunità»¹⁶³.

3.1 Cic. *rep.* 5.2.3: *omnia conficiebantur iudiciis regis: considerazioni sul ruolo del rex nelle più risalenti legis actiones.*

Nel quinto libro del *de re publica* Cicerone, impiegando il tono proprio della *laudatio temporis acti*, trattava delle caratteristiche del *princeps* o *gubernator rei publicae*. Di esso ci sono pervenuti solo pochi fogli e ci manca del tutto il proemio, sulla cui esistenza e contenuto siamo informati da una citazione di Agostino di Ippona (*de civ. Dei* 2.21)¹⁶⁴.

monopolio dei pontefici in materia di conoscenza del testo decemvirale, in materia di scienza della interpretazione e, finalmente, in materia di azioni, di procedure».

¹⁶² M. SARGENTI, *Riflessioni*, cit., 1189.

¹⁶³ M. SARGENTI, *Riflessioni*, cit., 1190.

¹⁶⁴ Aug. *de civ. Dei* 2.21: *Quid enim manet ex antiquis moribus, quibus ille dixit rem stare Romanam, quos ita oblivione obsoletos videmus, ut non modo non colantur, sed iam ignorentur? Nam de viris quid dicam? Mores enim ipsi interierunt virorum penuria, cuius tanti mali non modo reddenda ratio nobis, sed etiam tamquam reis capitis quodammodo dicenda causa est. Nostris enim vitiis, non casu*

In apertura della sua opera, Cicerone operava una disamina dei costumi corrotti dei suoi contemporanei, volgendo il proprio sguardo malinconico ai *primordia civitatis*.

In tale contesto si colloca il frammento al quale si è già fatto riferimento nel capitolo precedente (Cic. *rep.* 5.2.3) e in cui l'oratore ricorda come i cittadini privati si rivolgessero al *rex* per chiedere giustizia: *ius privati petere solebant a regibus*.

Ancor più significativo, in merito al tema della presente ricerca, appare quanto affermato, nello stesso frammento, qualche riga dopo: *nec vero quisquam privatus erat disceptator aut arbiter litis, sed omnia conficiebantur iudiciis regiis*.

aliquo, rem publicam verbo retinemus, re ipsa vero iam pridem amisimus. Haec Cicero fatebatur, longe quidem post mortem Africani, quem in suis libris fecit de re publica disputare, adhuc tamen ante adventum Christi; quae si diffamata et praevallescente religione Christiana sentirentur atque dicerentur, quis non istorum ea Christianis inputanda esse censeret? Quam ob rem cur non curarunt dii eorum, ne tunc periret atque amitteretur illa res publica, quam Cicero longe, antequam Christus in carne venisset, tam lugubriter deplorat amissam? Viderint laudatores eius etiam illis antiquis viris et moribus qualis fuerit, utrum in ea viguerit vera iustitia an forte nec tunc fuerit viva moribus, sed picta coloribus; quod et ipse Cicero nesciens, cum eam praeferret, expressit. Sed alias, si Deus voluerit, hoc videbimus. Enitar enim suo loco, ut ostendam secundum definitiones ipsius Ciceronis, quibus quid sit res publica et quid sit populus loquente Scipione breviter posuit (adtestantibus etiam multis sive ipsius sive eorum quos loqui fecit in eadem disputatione sententiis), numquam illam fuisse rem publicam, quia numquam in ea fuerit vera iustitia. Secundum probabiliore autem definitiones pro suo modo quodam res publica fuit, et melius ab antiquioribus Romanis quam a posterioribus administrata est; vera autem iustitia non est nisi in ea re publica, cuius conditor rectorque Christus est, si et ipsam rem publicam placet dicere, quoniam eam rem populi esse negare non possumus. Si autem hoc nomen, quod alibi aliterque vulgatum est, ab usu nostrae locutionis est forte remotius, in ea certe civitate est vera iustitia, de qua scriptura sancta dicit: Gloriosa dicta sunt de te, civitas Dei.

Nel I sec. a.C. è ancora viva la tradizione secondo cui tutte le controversie tra cittadini venissero concluse dal giudizio del re e, d'altra parte, come nessun cittadino privato potesse essere *arbiter* o *disceptator* di una lite, volendo fare generico riferimento alla impossibilità di ricoprire, con qualunque denominazione, il ruolo di organo giudicante.

L'interesse del sovrano alla risoluzione delle controversie tra cittadini, secondo la tradizione proprio dei re greci, fu tenuto in particolare considerazione dal successore di Romolo, Numa Pompilio.

Nella ricostruzione ciceroniana, il neonato popolo romano (*novus populus*) comprese quanto era sfuggito allo spartano Licurgo, secondo il quale il sovrano non poteva essere scelto ma soltanto accettato, purché provenisse dalla stirpe di Ercole¹⁶⁵. Si sarebbe imposto, infatti, alla morte di Romolo, il carattere elettivo della monarchia ed è subito chiara la contrapposizione rispetto alla monarchia ereditaria di Sparta: *nostri illi etiam tum agrestes viderunt virtutem et sapientiam regalem, non progeniem, quaeri oportere*. I nostri – il riferimento è chiaramente agli avi – sebbene ancora rozzi, compresero che bisognava ricercare virtù e saggezza regali, non la discendenza.

¹⁶⁵ Cic. *rep.* 2.12.24: [...] *quo quidem tempore novus ille populus vidit tamen quod fugit Lacedaemonium Lycurgum, qui regem non deligendum duxit, si modo hoc in Lycurgi potestate potuit esse, sed habendum, qualiscumque is foret, qui modo esset Herculi stirpe generatus; nostri illi etiam tum agrestes viderunt virtutem et sapientiam regalem, non progeniem, quaeri oportere.*

In Cic. *rep.* 2.13.25 si fa, dunque, riferimento all'arrivo di Numa a Roma e alla sua ascesa al trono¹⁶⁶. Sarebbe proprio Numa Pompilio ad incarnare le esigenze di virtù e saggezza regali, cui si è appena fatto cenno. La tradizione, propensa a presentare i singoli sovrani secondo una tipizzazione dei caratteri alternativamente opposti¹⁶⁷, individua in Numa il sovrano illuminato, che allontana i romani dalla costante preoccupazione per le attività belliche, in contrapposizione sia al predecessore Romolo¹⁶⁸ che al successore Tullio Ostilio¹⁶⁹.

La costituzione romana di età monarchica, dunque, non sembra lasciare spazio alla risoluzione delle controversie da parte di cittadini

¹⁶⁶ Cic. *rep.* 2.13.25: *Quibus cum esse praestantem Numam Pompilium fama ferret, praetermissis suis civibus regem alienigenam patribus auctoribus sibi ipse populus adscivit, eumque ad regnandum Sabinum hominem Romam Curibus accivit.*

¹⁶⁷ Cfr. Liv. 1.19.2; Plut. *Num.* 8.1-2 e 16.4-7.

¹⁶⁸ Cic. *rep.* 2.13.25: *Quibus cum esse praestantem Numam Pompilium fama ferret, praetermissis suis civibus regem alienigenam patribus auctoribus sibi ipse populus adscivit, eumque ad regnandum Sabinum hominem Romam Curibus accivit. Qui ut huc venit, quamquam populus curiatum eum comitiis regem esse iusserat, tamen ipse de suo imperio curiatum legem tulit, hominesque Romanos instituto Romuli bellicis studiis ut vidit incensos, existimavit eos paulum ab illa consuetudine esse revocandos.*

¹⁶⁹ Cic. *rep.* 2.17.31: *Mortuo rege Pompilio Tullum Hostilium populus regem interrege rogante comitiis curiatum creavit, isque de imperio suo exemplo Pompili populum consulit curiatum. Cuius excellens in re militari gloria magnaue extiterunt res bellicae, fecitque idem et saepsit de manibus comitium et curiam, constituitque ius quo bella indiceretur, quod per se iustissime inventum sanxit fetiali religione, ut omne bellum quod denuntiatum indictumque non esset, id iniustum esse atque inpium iudicaretur. Et ut advertatis animum quam sapienter iam reges hoc nostri viderint tribuenda quaedam esse populo – multa enim nobis de eo genere dicenda sunt – ne insignibus quidem regiis Tullus nisi iussu populi est ausus uti. Nam ut sibi duodecim lictores cum fascibus anteire liceret.*

privati, potremmo dire estranei all'ordinamento costituito. Del resto, è facilmente ipotizzabile che il *rex* avesse difficoltà a non prendere parte direttamente alle vicende dei propri sudditi, in un contesto cittadino di dimensioni ancora molto ridotte, come ha ben posto in evidenza H. Lévy-Bruhl¹⁷⁰.

Nella finzione letteraria, Cicerone fa riportare a Lelio il pensiero di Catone secondo il quale la costituzione della *res publica* «non è opera di una sola epoca né di un solo uomo; risulta per questo evidente» – continua Lelio – «quanto grande sia stato di re in re l'apporto progressivo di buone e utili istituzioni»¹⁷¹. Infatti, l'interesse per l'amministrazione della giustizia sarebbe stato portato avanti anche dai successori di Numa Pompilio e, in particolare, da Servio Tullio, il quale, indossati i paramenti regali, facendo credere di operare *iussu Tarquinii*, amministrò la giustizia, come ricorda Cic. *rep.* 2.21.38: *ille [scil. Servius Tullius] regio ornatu ius dixisset [...] multaque comitate usus iussu Tarquinii se ius dicere probavisset.*

¹⁷⁰ H. LEVY -BRUHL, *Recherches*, cit., 28.

¹⁷¹ Cic. *rep.* 2.21.37: *Tum Laelius: 'nunc fit illud Catonis certius, nec temporis unius nec hominis esse constitutionem <nostrae> rei publicae; perspicuum est enim, quanta in singulos reges rerum bonarum ut utilium fiat accessio. Sed sequitur is qui mihi videtur ex omnibus in re publica vidisse plurimum'. 'Ita est' inquit Scipio. 'Nam post eum Servius Tullius primus iniussu populi regnavisse traditur, quem ferunt ex serva Tarquiniensi natum, cum esset ex quodam regis cliente conceptus, qui cum famulorum <in> numero educatus ad epulas regis adsisteret, non latuit scintilla ingenii quae iam tum elucebat in puer; sic erat in omni vel officio vel sermone sollers. Itaque Tarquinius, qui admodum parvos tum haberet liberos, sic Servium diligebat, ut is eius vulgo haberetur filius, atque eum summo studio omnibus iis artibus quas ipse didicerat ad exquisitissimam consuetudinem Graecorum erudiit.*

Dalla fonte in esame sembra potersi affermare che il *rex* avesse la possibilità di conferire il proprio potere giurisdizionale ad un altro soggetto, forse in caso di impossibilità dello stesso sovrano. Ricordiamo, infatti, che Servio Tullio assunse il potere senza una previa deliberazione dei cittadini alla morte di Tarquinio Prisco, creduto malato ma, in realtà, non più in vita¹⁷².

Il regno di Servio Tullio è narrato in Liv. 1.39-48. Per quanto interessa la competenza del *rex* a *ius dicere*, sembra di notevole supporto Liv. 1.41.5-6, laddove si dice: *eum iura redditurum obiturumque alia regis munia esse*.

Servio Tullio avrebbe amministrato la giustizia e avrebbe assunto le altre funzioni del *rex*. Dunque, tra i *munia regis* – secondo lo storico romano – rientra l'attività di *ius reddere*.

Dall'operazione di contestualizzazione storica delle fonti esaminate, possiamo confermare, ancora una volta, che la bipartizione non costituisca uno dei caratteri originali del processo privato romano. Da una parte, infatti, il potere regio viene presentato come un potere assoluto che ricomprende l'amministrazione della giustizia, sino alla risoluzione dei casi concreti con l'emanazione di un provvedimento definitivo; d'altro canto la scarsità delle fonti in materia non ci consente altro se non di sostenere l'ipotesi più plausibile: l'intero funzionamento del processo è affidato al supremo organo magistratuale, in un con-

¹⁷² Cic. *rep.* 2.21.37-38: *Sed cum Tarquinius insidiis Anci filiorum interisset, Serviusque ut ante dixi regnare coepisset, non iussu sed voluntate atque concessu civium, quod cum Tarquinius ex vulnere aeger fuisse et vivere falso diceretur.*

testo nel quale è fuori dubbio la fiducia incondizionata nell'intervento costante di forze soprannaturali in ogni settore della vita pubblica e privata, tanto che, come affermava G. Pugliese: «tutti devono ammettere che mancava allora una qualsiasi distinzione tra religione, costume, morale e diritto»¹⁷³.

L'oggetto dell'indagine deve dunque essere spostato su un piano diverso. A conferma del fatto che il *rex* abbia avuto una giurisdizione piena per tutto il periodo monarchico, possiamo avanzare alcune considerazioni circa il carattere eminentemente religioso delle più risalenti *legis actiones* e la funzione di capo della religione romana dello stesso sovrano.

La dottrina maggioritaria, forte di una tradizione ormai secolare, ritiene che il processo privato di età arcaica si svolgesse, nella sua interezza, dinnanzi al *rex*. Nel capitolo precedente si è fatto cenno alla corrente dottrina alternativa che ridimensionava l'idea di una diretta partecipazione del sovrano alla risoluzione di casi concreti, per dare maggiore rilievo al ruolo dei collegi sacerdotali¹⁷⁴, tanto da affermare

¹⁷³ G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., 27 s.

¹⁷⁴ Una posizione di compromesso tra giurisdizione regia e giurisdizione pontificale è stata avanzata da M. SARGENTI, *Riflessioni sull'attribuzione dei poteri giurisdizionali a Roma nel passaggio dalla monarchia alla repubblica*, in *Studi in onore di G. Donaiuti*, III, Milano 1973, 1157 ss. L'A. fa riferimento all'idea di «fluidità» che avrebbe caratterizzato la vita politica e costituzionale nel momento di passaggio dalla monarchia alla repubblica. Sul punto cfr. G. CLEMENTE, *Guida alla storia romana*, cit., 56 ss; 65 s.

che, per l'età arcaica, si potesse parlare di una giurisdizione pontificale¹⁷⁵.

L'opinione di F. De Martino¹⁷⁶, secondo cui sino al 367 a.C. il pontefice massimo, tra i suoi compiti, avrebbe avuto anche quello di amministrare la giustizia, non ha trovato seguito tra gli studiosi¹⁷⁷. Tuttavia, l'idea della competenza processuale dei pontefici, durata fino al compromesso Licinio-Sestio, ha il merito di aver posto in evidenza gli aspetti sacrali del più risalente modello processuale e può ben essere integrata alla teoria della piena giurisdizione regia¹⁷⁸.

Lo studioso, pur attribuendo un potere di amministrazione della giustizia, negava l'esistenza di una vera e propria *iurisdictio* in capo al pontefice massimo, il quale avrebbe agito in virtù della propria condizione di mediatore tra gli uomini e il mondo degli dèi.

¹⁷⁵ F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 4 ss.; C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale*, cit., 18; O. TELLEGEN-COEPERUS, *Pontiff, praetor, and iurisdictio in the Roman Republic*, in *TR*, LXXIV, 2006, 31 ss.; J.H. VALGAEREN, *The jurisdiction of the Pontiff in Roman Republic. A third dimension*, Nimega 2012, 1 ss.; O. KARLOWA, *Der römische Zivilprozess*, cit., 22 ss.; R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts*, cit., 293 ss.; P. BONFANTE, *Storia del diritto romano*, I, 1934, 215. Contrario all'idea di una giurisdizione pontificale, *inter alios*, J. PAOLI, *Verba praeire dans la legis actio*, in *RIDA*, V, 1950, 292 ss.

¹⁷⁶ F. DE MARTINO, *ult. loc. cit.*

¹⁷⁷ Si è già fatto riferimento alla posizione, rimasta isolata, espressa dallo storico E. Pais, secondo il quale l'attività pontificale fosse tanto ampia da ricomprendere quelle funzioni che, nel corso del tempo, assunsero la denominazione di *iurisdictio*: E. PAIS, *Ricerche*, cit., 41 e 273.

¹⁷⁸ M. SARGENTI, *Riflessioni*, cit., 1179. Sempre in riferimento alla "fluidità" politico-costituzionale del momento di passaggio dalla monarchia alla repubblica, M. Sargenti propende per una attribuzione non rigida delle competenze. Lo stesso concetto di *iurisdictio*, in riferimento al periodo preso in considerazione, dovrebbe essere assunto con cautela e senza pretese di assoluta precisione tecnico-giuridica.

L'attività del sommo sacerdote, peraltro, non avrebbe portato ad una sua pronuncia finale ma avrebbe avuto, di fatto, il solo compito di placare le parti, evitando l'instaurarsi di meccanismi di autodifesa e portare al *sacramentum*. Attraverso il giuramento le parti avrebbero sottoposto la loro lite al giudizio di un arbitro.

La ricostruzione, per quanto autorevole, non trova una diretta connessione con le fonti. Infatti, se è innegabile il ruolo del collegio pontificale nell'attività di interpretazione dei *mores* e delle prime norme scritte, così come nella conservazione dei formulari delle *legis actiones*¹⁷⁹, non è possibile dedurre che i pontefici esercitassero anche un ruolo magistratuale, assimilabile a quella peculiare attività che prenderà il nome di *iurisdictio*¹⁸⁰.

È possibile invece fare un'altra considerazione: la formazione dei pontefici dovette avere un forte impianto giuridico, considerata la natura giuridico-religiosa del diritto arcaico. Non si può dunque escludere che i pontefici abbiano esercitato, ove richiesto dal *rex*, il ruolo di consiglieri del sovrano ai fini dell'individuazione di una soluzione concreta¹⁸¹.

¹⁷⁹ Cic. *Br.* 42.156; Liv. 9.46.5; D. 1.2.2.6-7 (Pomp.).

¹⁸⁰ È opportuno, a tal proposito, sottolineare la distinzione tra *iuris dictio* e *iuris prudentia*, la prima esercitata dal *rex*, la seconda compiuta dal collegio pontificale sino all'affermarsi della interpretazione laica.

¹⁸¹ In tal senso deporrebbe anche D. 1.2.2.6 (Pomp.): *Deinde ex his legibus eodem tempore fere actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent: quas actiones ne populus prout vellet institueret certas solemnesque esse voluerunt: et appellatur haec pars iuris legis actiones, id est legitimae actiones. Et ita*

Abbiamo dunque accettato la posizione di M. Sargenti circa l'esistenza di una «qualche giurisdizione»¹⁸² in capo ai pontefici ma ciò è diverso dal voler accettare l'esistenza di un pieno potere di amministrazione della giustizia da parte degli stessi¹⁸³.

Nonostante «la forza persuasiva della religione, la credenza nelle forze misteriose che dominano la vita dell'individuo e della collettività»¹⁸⁴, una decisione assunta dal pontefice non avrebbe potuto avere l'autorità di una deliberazione proveniente dal *rex*, l'unico organo in grado di garantire l'unità del corpo sociale e, al contempo, assicurare la *pax deorum*, attraverso l'amministrazione esclusiva in campo civile, militare e religioso.

eodem paene tempore tria haec iura nata sunt : lege duodecim tabularum ex his fluere coepit ius civile, ex isdem legis actiones compositae sunt. Omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis.

¹⁸² M. SARGENTI, *Riflessioni*, cit., 1189 ss.

¹⁸³ In talune fonti il *pontifex maximus* e il *rex* sono indicati come *maximus iudex vindexque*. Ma bisogna notare come, prima delle XII Tavole, il termine *iudex* indichi il detentore del massimo potere politico. Nel passaggio dalla monarchia alla repubblica, anche i *consules* sono indicati con il nome di *iudices*. Cfr. Liv. 6.44.9 in riferimento alla figura dei *iudices decemviri*, istituiti nella metà del V sec. a.C., nel momento in cui vennero sospese le magistrature ordinarie.

¹⁸⁴ M. SARGENTI, *Riflessioni*, cit., 1191.

3.2 *La legis actio sacramento: struttura di un modello processuale.*

In una fase storica nella quale le funzioni giurisdizionale e giudicante erano riferibili al medesimo organo, che abbiamo sostenuto essere il *rex*, il giudizio presenta dei caratteri del tutto peculiari rispetto a quelli che assumerà nel corso della sua evoluzione successiva.

La nostra conoscenza del processo *per legis actiones* si basa, in larghissima parte, su quanto trasmessoci dalle Istituzioni di Gaio, nella loro versione risalente al V sec. e giuntaci attraverso il rescritto veronese.

La più risalente¹⁸⁵ forma processuale, la *legis actio sacramento*, rappresenta un punto di osservazione privilegiato per la ricostruzione delle vicende legate alla bipartizione e alla funzione giurisdizionale e giudicante svolta dal *rex*, sino all'affermarsi della bipartizione quale elemento strutturale del processo privato romano.

La *legis actio sacramento* è il più antico rituale, di carattere generale, a noi noto, volto all'accertamento e alla decisione. Essa si definisce *in rem* quando la lite abbia ad oggetto situazioni giuridiche di carattere reale o assoluto, ed *in personam* quando la controversia abbia ad oggetto la contestazione di crediti.

Nel suo significato originario *legis actio* assume il significato di pronuncia unilaterale di parole solenni¹⁸⁶, con funzione costitutiva.

¹⁸⁵ Gai 4.12-17; 20; 31; 93; 95; 165-166.

¹⁸⁶ Varro *de lingua lat.* 6.53; *de re rust.* 2.7.6; Gell. *Noct. Act.* 11.1.4; Festo, s.v. *agere*, 21: *Ago significat... verbis indicare.*

Il *sacramentum*¹⁸⁷ costituisce il nucleo centrale¹⁸⁸ della più antica forma processuale e ne evidenzia il carattere eminentemente religioso¹⁸⁹, se non addirittura magico, ancor prima che giuridico¹⁹⁰.

L'attore compie la *in ius vocatio*, atto privato di intimazione a comparire dinanzi al magistrato, rivolto alla controparte che, almeno nel periodo più risalente, si trovava privo di mezzi volti a resistere alla chiamata e, in stato di soggezione, doveva presentarsi *in iure*.

I contendenti comparivano quindi dinnanzi al *rex*, in seguito dinnanzi al magistrato, portato la cosa controversa o un suo simulacro.

¹⁸⁷ A. CALORE, *Per Iovem lapidem. Alle origini del giuramento. Sulla presenza del sacro nell'esperienza giuridica romana*, Milano 2000, 129 ss.; D.G. VAN SLYKE, *Sacramentum in Ancient Non-Christian Authors*, in *Antiphon*, IX, 2, 2005, 167 ss.

¹⁸⁸ Liv. 3.5; 9.8.9; 39.43; Cic. *leg.* 2.16; Val. Max. 3.3.

¹⁸⁹ Il *sacramentum* è stato interpretato, dalla dottrina maggioritaria, come un vero e proprio giuramento. Cfr. C. GIOFFREDI, *Contributi*, cit., 49; M. KASER, *Religione e diritto in Roma arcaica*, in *AUCA*, III, 1948/1949, 10 ss.; L. AMIRANTE, *Una storia giuridica*, cit., 77; P. FREZZA, *Preistoria e storia di una lex publica*, in *Scritti*, II, Roma 2000, 43 ss.; S. ROSSARO, *Genealogia del giuramento*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, I, Milano 2012, 433 ss. *Contra*: J. PAOLI, *Verba praeire*, cit., 321, nt. 82.

¹⁹⁰ Di recente, A. CALORE, *Per Iovem lapidem*, cit., 11 nt. 35, riprendendo una posizione di A. GUARINO, *L'ordinamento*, cit., 154 ss., ha negato la configurazione del *sacramentum* quale giuramento reso dalle parti durante il processo ma ha proposto che si sia trattato di una affermazione solenne con implicazioni religiose, avente ad oggetto la spettanza della cosa controversa o di un credito. La dottrina maggioritaria, per contro, ritiene che il *sacramentum* costituisse un vero e proprio giuramento, almeno sino alla metà del V sec. a.C., quando, con l'emanazione delle XII Tavole si poté assistere alla sua inesorabile trasformazione – nel contesto del processo di laicizzazione al quale si è più volte fatto riferimento – e il *sacramentum* si identifica con la somma di denaro (dalla *lex Aternia Tarpeia* del 545 a.C. che – come noto – sostituisce la dazione di capi di bestiame) che le parti promettono di pagare ai pontefici e poi all'erario, in caso di soccombenza nella lite. Somma che, in base al valore della lite, poteva essere di 50 o 500 assi.

Lo sfidante, tenendo in mano una bacchetta detta *vindicta* o *festuca*, toccava la cosa e contestualmente pronunciava le parole solenni della *vindicatio*, imponendo la propria *manus* ed effettuando la *provocatio sacramento*. La gestualità che accompagna i *certa verba* costituisce elemento necessario al fine della validità del *sacramentum*.

3.2.1 *Simbologia e ritualità processuale: il manum conserere e l'apposizione della festuca.*

Il convenuto, qualora decidesse di non *cedere in ius*, pronunciava la *contravindicatio* e contestualmente afferrava l'oggetto del contendere come per strapparlo di mano al proprio avversario.

Tra gli studiosi¹⁹¹, vi è chi ha visto in tale gesto, il ricordo di una ancor più risalente procedura che prevedeva un vero e proprio scontro fisico¹⁹² tra le parti¹⁹³. A tal proposito appare opportuno un breve rife-

¹⁹¹ Da ultimo, cfr. L. FRANCHINI, *Alle origini di negozio e processo: l'autotutela rituale*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese I*, Milano 2012, 168 nt. 8. L'A., in riferimento ai *gesta* ancestrali che venivano compiuti con la mano e tra i quali rientra l'atto del *manum conserere*, afferma: «Essi vanno intesi, a nostro avviso, come veri e propri atti di conquista, quasi di guerra, posti in essere, nel quadro di una comunità non ancora organizzata come tale, dal capo-sovrano di una famiglia o di un clan contro esponenti di famiglie o clan rivali, considerati dei perfetti estranei: del che si potrebbe avere persino conferma in Gell. 20.10.10, il quale, nel descrivere lo scontro tra contendenti, poi stilizzato nel *manum conserere* processuale, fa uso di espressione quali *bello ferroque, vera vi atque solida*». Il medesimo richiama quindi Gai 4.16; D. 1.5.4.3 e I. 1.3.3.

¹⁹² G. PUGLIESE, *Il processo*, I, cit., 39: «La *vindicatio* non era soltanto una solenne affermazione di signoria, ma anche una sua attuazione, almeno iniziale, poi-

rimento all'atto denominato *manum conserere*, descritto da Aulo Gellio:

Aul. Gell. *Noct. Act.* 20.10.7-9: '*Manum conserere*' [...] *nam de qua <re> disceptatur in iure <in re> praesenti, sive ager sive quid aliud est, cum adversario simul manu prendere et in ea re solemnibus verbis vindicare, id est 'vindicia'. Corruptio manus in re atque in loco praesenti apud praetorem ex duodecim tabulis fiebat, in quibus ita scriptum est: 'si quis in iure manum conserunt'. Sed postquam praetores propagatis Italiae finibus datis iurisdictionibus negotiis occupati proficisci vindiciarum dicendarum causa <ad> longinquas res gravabantur, institutum est contra duodecim tabulas tacito consensu, ut litigantes non in iure apud praetorem manum consererent, sed 'ex iure manum consertum' vocarent, id est alter alterum ex iure ad conserendam manum in rem, de qua ageretur, vocaret atque profecti simul in agrum, de quo litigabatur, terrae aliquid ex eo, uti unam glebam, in ius in urbem ad praetorem deferrent et in ea gleba tamquam in toto agro vindicarent.*

ché la cosa veniva afferrata e su di essa, poi, si poneva la lancia». C.A. CANNATA, *Violenza fittizia e violenza reale nelle strutture primigenie del processo privato romano*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, Milano 1982, 161: «non è possibile dare, di queste scene, un'interpretazione, per così dire, pacifista: poiché questa sarebbe, in ogni caso, negata dall'evidente carattere conflittuale della situazione alla quale le parole e i gesti del rito conducono: e l'impressione che prova chi osserva tale situazione finale è quella di trovarsi ad assistere ad una guerra privata, intollerabile in una comunità retta da un ordine giuridico, è condivisa pure dal capo di quella comunità, tutore di quell'ordine, che è presente, e impone alle parti di cessare la contesa, la quale non finisce affatto, poiché le parti continuano a litigare, ma, in luogo di una soluzione di forza, esse passano a proporre una soluzione che non turba l'ordine della comunità, mediante la scommessa giurata, il *sacramentum*».

¹⁹³ E. BETTI, *Istituzioni*, cit., 627; E. CANTARELLA, *I supplizi capitali in Grecia e a Roma*, Milano 1991, 259.

L'erudito romano tratta dell'antica pratica del *manum conserere*, descrivendola come l'atto attraverso il quale, *in iure*, una parte metteva la propria mano sull'oggetto o sul luogo del contendere (*sive ager sive quid aliud est*).

Solo in un momento storico successivo, *propagatis Italiae finibus*, tale atto poté svolgersi, sempre *in iure*, ma alla presenza di una parte simbolica del bene, oggetto della controversia.

Lo stesso Autore propone un esempio significativo: nel caso di contestazione della proprietà di un terreno, le parti avrebbero potuto portare dinnanzi al magistrato una zolla presa dallo stesso e *in ea gleba tamquam in toto agro vindicarent*¹⁹⁴.

L'ambito di applicabilità dell'atto sembra limitato alle ipotesi di beni immobili benché con elementi di simmetria rispetto alla *vindicatio* di beni mobili¹⁹⁵.

La dottrina è comunque concorde nel ritenere che la *legis actio sacramento*, già in età arcaica, prevedesse una contesa soltanto simbolica e non più uno scontro fisico tra le parti¹⁹⁶.

¹⁹⁴ W. Kunkel ha parlato, a tal proposito, di un «atto arbitrario di parte, costitutivo di un diritto nuovo, o almeno restrittivo o protettivo (conservativo) o esecutivo (come punitivo), di un diritto leso o minacciato» (W. KUNKEL, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahren in vorsullanischer Zeit*, München 1962, 102 ss. e criticato da G. PUGLIESE, *Recensione a W. Kunkel*, in *BIDR*, 1963, 153 ss.).

¹⁹⁵ G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 44: «si trattava in entrambi i casi di impossessarsi della cosa». Ma, l'A. aggiunge che se il bene «era immobile, la loro mano non si rivolgeva verso la cosa (che non poteva essere portata via), ma verso l'avversario, tentando – si direbbe – di scacciarlo dal fondo».

¹⁹⁶ G. PUGLIESE, *ult. loc. cit.*

Un altro simbolo che riconduce alla contrapposizione violenta tra le parti è la *festuca*¹⁹⁷, della quale Gaio ha offerto una nota definizione¹⁹⁸ del suo impiego: *festuca autem utebantur quasi hastae loco*. L'asta, nella *occupatio* bellica, rappresentava il *signum iusti dominii* di colui che occupava la cosa.

L'impiego di uno strumento equiparabile, nella sua forma e nella sua simbologia, all'asta di guerra, non può certo essere casuale ma, come ha affermato G. Pugliese: «è difficile non essere colpiti da questa immagine e non vedervi la raffigurazione della lotta fra i due avversari per impossessarsi della cosa» ma lo stesso aggiunge: «preferisco non abbandonarmi alla fantasia e accontentarmi di constatare che la *vindicatio* non era soltanto una solenne affermazione di signoria, ma anche una sua attuazione, almeno iniziale, poiché la cosa veniva afferrata e su di essa poi si poneva la lancia»¹⁹⁹.

Nel periodo più risalente, dunque, i *certa verba* assumevano forza vincolante mentre la violenza stilizzata nell'atto del *manum conserere* e dell'apposizione della *festuca* al bene oggetto costituiscono una razionalizzazione di una antica contrapposizione fisica che possiamo

¹⁹⁷ Sull'etimologia del termine *festuca* v. A. ERNOUT – A. MEILLET, voce *Festuca*, in *Dictionnaire*, cit., 411. Sul valore dell'*hasta*: P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, cit., 400 ss.; V. SCARANO USSANI, *Il significato simbolico dell'asta nel III periodo della cultura laziale*, in *Ostraka*, V, 1996, 321 ss.

¹⁹⁸ Gai 4.16: *Festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti dominii, quando iusto dominio ea maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent; unde in centumviralibus iudiciis hasta proponitur.*

¹⁹⁹ G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 39.

immaginare ma non provare con certezza. Appare abbastanza chiaro che tale razionalizzazione sia avvenuta in periodo molto risalente e non già in vigenza delle *legis actiones*, come pure è stato sostenuto²⁰⁰.

3.2.2 *Il sacramentum quale atto sacrale volto alla definizione della fase in iure (cenni e rinvio).*

Dopo la *vindicatio* e la *contravindicatio*²⁰¹, le parti in lite giuravano in nome della divinità²⁰², depositando cinque pecore o cinque buoi²⁰³, a seconda del valore della controversia, invocando la divinità e pronunciando una maledizione nei confronti dello spergiuro²⁰⁴.

²⁰⁰ G. NICOSIA, *Il processo*, cit., 108 ss.

²⁰¹ Cfr. M. VARVARO, *Riflessioni sui rapporti tra dogmatica giuridica e storia nel diritto nel pensiero di Philipp Lotmar*, in I. FARGNOLI (a cura di), *Philipp Lotmar. Letzter Pandektist oder erster Arbeitsrechtler?*, Frankfurt am Main 2014, 1 ss.

²⁰² R. ROSSARO, *Genealogia*, cit., 460. Secondo l’A., che ha condotto una analisi etimologica del termine *sacramentum*, nel più ampio contesto del giuramento nel mondo romano arcaico, la pronuncia del nome della divinità avrebbe rappresentato «il legame tra le parole e i fatti». Il venir meno di tale legame avrebbe determinato la maledizione nei confronti dello spergiuro.

²⁰³ Nel tempo la *summa sacramenti* si trasforma e gli animali saranno sostituiti da una somma di denaro. Gai 4.14: *Poena autem sacramenti aut quingenaria erat aut quinquagenaria. Nam de rebus mille aeris plurisque quingentis assibus, de minoris vero quinquaginta assibus sacramento contendebatur; nam ita lege XII tabularum cautum erat*. Il riferimento al fatto che fossero già le XII Tavole a prevedere tale *summa sacramenti*, è una evidente incongruenza gaiana.

²⁰⁴ S. ROSSARO, *Genealogia*, cit., 460: «lo sprergiuro si presenta come oltraggio alla potenza degli dèi, la cui vendetta divina diviene terribile e inevitabile e si esplica attraverso qualsiasi tipo di male, che sia malattia, ferite, fulmini, e infelicità di ogni sorta. Tutti i giuramenti si concludono con una maledizione dello spergiuro,

Colui che avesse vinto la causa, avendo pronunciato il *iustum sacramentum*, poteva ritirare quanto versato, invece, la parte soccombente, avrebbe perso i propri animali o, più tardi, la propria somma di denaro (*summa sacramenti*)²⁰⁵.

Il *sacramentum* aveva le caratteristiche proprie dell'atto religioso²⁰⁶ ma, al contempo, se ne differenziava in quanto volto alla risoluzione di controversie tra cittadini romani²⁰⁷ e quindi limitato, sul piano dell'efficacia, al singolo rapporto conflittuale²⁰⁸.

L'impegno assunto mediante il *sacramentum* è talmente rilevante che, in sua assenza, non è possibile procedere alla definizione della controversia.

che accompagna necessariamente il giuramento e ne costituisce elemento costitutivo».

²⁰⁵ A. CALORE, *Per Iovem lapidem*, cit., 11 ss.

²⁰⁶ A. CALORE, *ult. loc. cit.*

²⁰⁷ M. TALAMANCA, voce *Processo*, cit., 7: «con la sua particolare valenza [*scil.* la procedura del *sacramentum*] sembra debba esser dovuta all'esigenza di rendere necessario l'intervento – comunque articolato – degli organi della comunità, per risolvere una situazione in cui la mancanza di pubblicità dei fatti poteva far temere che il conflitto sociale portasse a reazioni non più controllabili sul piano della solidarietà collettiva».

²⁰⁸ Sebbene sia innegabile che il conflitto tra privati cittadini, in una considerazione più ampia, avrebbe potuto nuocere alla stessa *pax deorum* e, da ciò, l'esigenza di uno stretto controllo sulla proliferazione delle controversie, in particolare in età arcaica e l'esigenza che tale pericolo fosse posto sotto il diretto controllo dell'organo che garantiva l'assenza di contrapposizioni tra il mondo umano e quello divino.

La natura religiosa del giudizio porta ad escludere che lo stesso potesse vertere direttamente sulla materia del contendere²⁰⁹: fino al momento in cui il giudizio fu basato sulla interpretazione del giuramento²¹⁰ pronunciato dalle parti in lite, sembra chiaro che il processo si potesse risolvere esclusivamente nell’alternativa dell’essere il *sacramentum iustum* o *iniustum*²¹¹ e portare ad una *sententia* con la qua-

²⁰⁹ Del resto, il *sacramentum* prevedeva un giudizio sulla controversia, seppure in forma indiretta, nel senso che le parti giuravano di affermare il vero, invocando la testimonianza degli dèi e consacrando agli stessi dei beni nel caso di perdita della lite. Il *sacramentum*, dunque, non era volto alla sottoposizione delle parti ad un arbitrato, come sembra intendere F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 4 ss.

²¹⁰ Cic. *dom.* 29.78: *Quin etiam, si decemviri sacramentum in libertatem iniustum iudicassent, tamen, quotienscumque vellet quis, hoc in genere solo rem iudicatam referri posse voluerunt; civitatem vero nemo unquam ullo populi iussu amittet invitus*; Cic. *Caec.* 33.97: *Decemviri prima actione non indicaverunt; postea re quaesita et deliberata sacramentum nostrum iustum iudicaverunt*; Cic. *Or.* 1.10.42: *Agerent enim tecum lege primum Pythagorei omnes atque Democritii ceterique in iure sua physici vindicarent [ornati homines in dicendo et graves], quibuscum tibi iusto sacramento contendere non liceret*; Cic. *Mil.* 27.74: *Eum denique cui iam nulla lex erat, nullum civile ius, nulli possessionum termini, qui non calumnia litium, non iniustis vindiciis ac sacramentis alienos fundos, sed castris, exercitu, signis inferendis petebat*; Arnob. *Adv. Nat.* 4.16: *Aut quis quaesitor, quis arbiter cervicibus tantis erit, qui inter personas huiusmodi aut vindicias iustas dare aut sacramenta conetur pronuntiare non iusta?*

²¹¹ G. PUGLIESE, *Il processo*, I, cit., 56 s.; C.A. CANNATA, *Profilo*, cit., 18; G. NICOSIA, *Il processo*, I, cit., 131; M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 104; F. SERRAO, *Diritto privato*, cit., 440; F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 45; R. SANTORO, *Potere e azione*, cit., 486 ss.

le l'organo giudicante si pronunciasse sull'aderenza del giuramento²¹² ad un qualche principio metagiuridico²¹³.

Il giudizio sul sacramento²¹⁴ aveva conseguenze particolarmente severe²¹⁵. La parte soccombente, in quanto ritenuta mendace, veniva dichiarata *sacer*²¹⁶, con i gravi risvolti che ciò comportava sul piano personale e patrimoniale²¹⁷.

²¹² La decisione non ricade direttamente sull'oggetto del contendere ma sulla rispondenza del *sacramentum* a principi di *iustitia*: l'organo giudicante *sacramentum iustum vel iniustum iudicat* in quanto le parti *sacramentum contendunt* (Cic. *Caec.* 33).

²¹³ H. LEVY -BRUHL, *Recherches*, cit., 227 ss. L'A. ipotizza che, già nelle *legis actiones*, fosse possibile un giudizio alternativo tra *condemnatio* e *absolutio* ma questo, a mio avviso, è vero soltanto a partire dalla tarda monarchia quando, cioè, la fase decisoria iniziò a poter essere demandata ad un giudice privato. Si tenga conto di quanto affermato in Cic. *Caec.* 33.97 e Cic. *dom.* 29.78 in merito al fatto che il *rex* prima e i giudici laici poi, giudicassero *utrius sacramentum iustum, utrius sacramentum iniustum esset*. Sul criterio posto alla base della decisione, la dottrina ha avanzato una serie di ipotesi, senza tuttavia giungere ad una soluzione che si possa dire definitiva. G. BROGGINI, *Iudex arbiterve*, cit., 28 ss., pensa ad un giudizio augurale e la stessa teoria è seguita anche da R. SANTORO, *Potere e azione*, cit., 544 e B. ALBANESE, *Il processo*, cit., 61 ss. sebbene quest'ultimo propenda per un giudizio seguito da una attività di ispezione delle viscere degli animali depositati *ad pontem*.

²¹⁴ G. BROGGINI, *ult. loc. cit.*; R. SANTORO, *ult. loc. cit.*; B. ALBANESE, *ult. loc. cit.*

²¹⁵ Sulla responsabilità connessa al giuramento nel diritto sacrale vedi F. ZUCCOTTI, *Il giuramento nel mondo giuridico e religioso antico. Elementi per uno studio comparatistico*, Milano 2000, 67 ss.

²¹⁶ Mi limito a richiamare i più recenti studi dedicati al tema della sacertà: G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Proposta per un nuovo metodo di ricerca nel diritto criminale (a proposito della sacertà)*, in *BIDR*, LXXXIX, 1986, 367 ss.; B. ALBANESE, *Sacer esto*, in *BIDR*, XCI, 1988, 145 ss.; R. FIORI, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli 1996; F. ZUCCOTTI, *In tema di sacertà*, in *Labeo*, XLIV, 1998, 417 ss.; E. CANTARELLA, *La sacertà nel sistema originario delle pene. Considerazioni su una recente ipotesi*, in

La sacralità è resa ancora più evidente dalla pronuncia di parole solenni occulte da parte dei sacerdoti che provvedevano ad assumere il deposito e consacrarlo agli dèi²¹⁸.

Inizialmente, i contendenti, attraverso il *sacramentum*, consacravano la loro persona alla divinità²¹⁹. Sarà proprio il superamento della

Mélanges de droit romain et d'histoire ancienne. Hommage à la mémoire de A. Magdelain, Paris 1998, 47 ss.; F. ZUCCOTTI, *Il giuramento*, cit.; ID., *Il giuramento collettivo dei cives nella storia del diritto romano*, in *Fides, Humanitas, Ius. Studi in onore di L. Labruna*, VII, Napoli 2007, 6130 ss.; L. PEPPE, *Note minime di metodo intorno alla nozione di homo sacer*, in *SDHI*, LXXIII, 2007, 429 ss.; F. ZUCCOTTI, *Dall'arcaica sacertà consuetudinaria alla sacertà politica proto-repubblicana*, in *Studi in onore di G. Melillo*, III, Napoli 2010, 1549 ss.; L. GAROFALO, *Opinioni recenti in tema di sacertà*, in *Sacertà e repressione criminale in Roma arcaica*, a cura di L. Garofalo, Napoli 2013, 1 ss.; ID., *Studi sulla sacertà*, Padova 2005; L. GAGLIARDI, *L'uomo sacro*, a cura di U. Eco, *L'antichità. Vol. X – Roma. Storia politica, economica e sociale II*, 2012, 295 s.; C. PELLOSO, *Sacertà e garanzie processuali in età regia e proto-repubblicana*, in *Sacertà e repressione criminale in Roma arcaica*, a cura di L. Garofalo, Napoli 2013, 57 ss.; A. RAMON, *Verberatio parentis e ploratio*, in *Sacertà e repressione criminale in Roma arcaica*, a cura di L. Garofalo, Napoli 2013, 145 ss. con bibliografia a p. 145, nt. 1.

²¹⁷ E. BETTI, *La vindicatio*, cit., 321. La parte soccombente viene dichiarata *sacer* e ciò ha portato E. Betti ad ipotizzare che il *sacramentum* corrispondesse alla più risalente forma di giuramento, il *iusiurandum per Iovem lapidem*, e quindi fosse un giuramento impregnato di forti elementi di sacralità. Si veda anche A. CALORE, *Per Iovem lapidem*, cit., 129 ss.

²¹⁸ Le conseguenze della sacertà sono descritte da Festo, s.v. *sacer*, 424: *Homo sacer is est, quel populus iudicavit ob maleficium; neque fas est eum immolari, sed, qui occidit, parricidi non damnatur*.

²¹⁹ Ciò emergerebbe dall'analisi etimologica del termine *sacramentum*. Sul punto rinvio a S. ROSSARO, *Genealogia del giuramento*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio a Alberto Burdese*, I, Milano 2012, 431 ss. In particolare, si veda p. 435: Nel mondo romano arcaico, il termine *sacramentum* è il più antico con cui si indica il giuramento e deriva dalla voce *sacrare* (che trae a sua volta origine da *sacer*), indicando il modo con cui si rende sacra una promessa e individuando inizialmente nello specifico il giuramento della milizia. *Contra* A. GUARINO, *L'ordinamento*, cit., 154 ss., secondo il quale il *sacramentum* non si sarebbe mai configurato nelle forme del giuramento. La posizione di A. Guarino, sul

dedicazione della propria persona alla divinità a rappresentare una netta evoluzione del processo privato romano. La parte soccombente, a quel punto, non incorrerà più nella grave sanzione della sacertà ma sarà vincolato sulla base del rapporto di nuova creazione.

Del resto, secondo Gaio, il *sacramentum* continuò ad essere particolarmente pericoloso per la parte soccombente, così come descrive Gaio:

Gai 4.13-14: *Sacramenti actio generalis erat. De quibus enim rebus ut aliter ageretur, lege cautum non erat, de his sacramento agebatur: eaque actio proinde periculosa erat falsi [...] atque hoc tempore periculosa est actio certae creditae pecuniae propter sponsionem, qua periclitatur reus, si temere neget, et restipulationem, qua periclitatur actor, si non dubitum petat. Nam qui victus erat, summam sacramenti praestabat poene nomine; eaque in publicum cedebat praedesque eo nomine praetori dabantur, non ut nunc sponsionis et restipulationis poena lucro cedit adversarii, qui vicerit.*

Poena autem sacramenti aut quingenaria erat aut quinquagenaria. Nam de rebus mille aeris plurisque quingentis assibus, de minoris vero quinquaginta assibus sacramento contendebatur; nam ita lege XII tabularum cautum erat. At si de libertate hominis controversia erat, etiamsi pretiosissimus homo esset, tamen ut L assibus sacramento contenderetur, eadem

punto, è comunque minoritaria. Per una configurazione del *sacramentum* quale giuramento reso dalle parti in lite cfr., *inter alios*, G. NICOSIA, *Il processo*, I, cit., 123 ss.; C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma 1955, 119 ss.; R. SANTORO, *Potere e azione*, cit., 524 ss.

lege cautum est favore scilicet libertatis, ne onerarentur adsertores [...].

Dal medesimo passo si può evincere una alternativa alla definitiva instaurazione del rapporto processuale. Durante lo svolgimento del rito, infatti, una delle due parti poteva decidere di non proseguire e di ritirarsi, con conseguente interruzione del procedimento e aggiudicazione della cosa alla controparte.

Questa possibilità avrebbe avuto uno sviluppo successivo di particolare rilevanza. Infatti, attraverso la rinuncia a proseguire il processo di una delle parti in lite, si è creato l'istituto che, in età storica, prese il nome di *in iure cessio*, descritta da Gaio nel II libro delle Istituzioni.

La collocazione, *ratione materiae*, non sorprende perché la *in iure cessio*, seppure sorta in ambito processuale, trovò applicazione in riferimento al trasferimento delle *res Mancipi* e delle *res nec Mancipi*:

Gai 2.24: *In iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani velut praetorem urbanum [...] is, cui res in iure ceditur, rem tenens ita dicit: hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio; deinde postquam hic vindicaverit, praetor interrogat eum, qui cedit, an contra vindicet; quo negante aut tacente tunc ei, qui vindicaverit, eam rem addicit; idque legis actio vocatur [...].*

Nel caso in cui il processo fosse giunto ad un punto in cui entrambe le parti avessero pronunciato *vindicatio* e *contravindicatio*, si procedeva alla *litis contestatio* con la cristallizzazione del rapporto processuale.

La bipartizione in questa fase riguarda i due momenti di introduzione e istruzione sommaria della causa e il successivo momento di eventuale integrazione probatoria e decisione della causa.

Le parti, peraltro, potevano servirsi di garanti, la cui presenza è volta ad assicurare la restituzione della cosa controversa, assegnata in via interinale ad una delle parti, alla parte vincitrice. Questi sono i *praedes*, come ricorda Gai 4.13: *Nam qui victus erat, summam sacramenti praestabat poene nomine; eaque in publicum cedebat praedesque eo nomine praetori dabantur*. La procedura descritta da Gaio si svolge dinnanzi al *praetor* ma è ipotizzabile che la garanzia fosse prestata nello stesso modo anche nel processo regio.

3.2.3 *Mittite ambo rem e assegnazione provvisoria della lis.*

In seguito il *rex* o il magistrato ordinavano alle parti di lasciare la cosa controversa, intimando ‘*mittite ambo rem*’, e affidandola alla parte che avrebbe offerto maggiori garanzie circa la restituzione in caso di soccombenza:

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, velut hominem, et ita dicebat: hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam; sicut dixi, ecce tibi, vindictam imposui, et simul homini festucam inponebat. Adversarius eadem similiter dicebat et faciebat. Cum uterque vindicasset, praetor dicebat: mittite ambo hominem, illi mittebant. Qui prior vindicaverat, ita alterum interrogabat: postulo, ane dicas, qua ex causa vindiveris? Ille respondebat: ius feci, sicut vindictam imposui. Dende qui prior vindicaverat, 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. Deinde eadem sequebantur, quae cum in personam ageretur. Postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituerebat, eumque iubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum, id est rei et fructuum; alios autem praedes ipse praetor ab utroque accipiebat sacramenti causa, quia id in publicum cedebat. Festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti domini, quando iusto dominio ea maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent; unde in centumviralibus iudiciis hasta proponitur.*

Dopo la concessione del possesso interinale, le parti tornavano davanti al magistrato che provvedeva alla nomina del giudice privato.

In riferimento al processo in unica fase, invece, il *rex* emanava una decisione definitiva inappellabile, con la quale si dichiarava quale dei due *sacramenta* fosse *iustum* e si procedeva all'assegnazione definitiva del bene.

Nel processo formulare la condanna consisteva necessariamente in una somma di denaro *aestimata re*, mentre per il regime più risalente la decisione dell'organo giudicante poteva consistere in un *condemnare in ipsam rem*²²⁰, sebbene il problema di una siffatta ricostruzione resti aperto e l'unica fonte che consentirebbe di affermarlo (Gai 4.48), sia stata oggetto di numerose e divergenti interpretazioni, sulle quali si tornerà *infra*²²¹.

Il problema di più complessa soluzione è quello inerente all'individuazione dei criteri seguiti dal *rex* nella definizione della controversia.

Sia nella *legis actio sacramento in rem* che nella *legis actio sacramento in personam*, il *rex* e quindi il *iudex privatus*, giudicavano *utrius sacramentum iustum, utrius sacramentum iniustum esset*, con una valenza certamente religiosa.

Si ritiene che, dato il carattere religioso del *sacramentum*, il giudizio si basasse su criteri ispirati ai principi della religione e il *rex*, me-

²²⁰ Sulla condanna *in ipsam rem* cfr. M. FALCON, *Ipsam rem condemnare in Gai 4.48*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio a Alberto Burdese*, III, Milano 2016, 521 ss. e relativa bibliografia.

²²¹ Vedi Cap. IV, par. 4.

diatore tra gli uomini e gli dèi, si facesse portatore e interprete del volere divino, anche attraverso il supporto del collegio dei pontefici.

4. *La giurisdizione esercitata dai magistrati repubblicani.*

La funzione creatrice, così come individuata in riferimento alla *iurisdictio* regia, viene meno con l'esercizio dell'attività giurisdizionale da parte dei magistrati repubblicani, almeno con riguardo alla creazione di nuove norme, direttamente attraverso l'esercizio della *iurisdictio* nei singoli casi concreti. Secondo G.I. Luzzatto, infatti, il «pretore non crea diritto»²²². Il magistrato avrebbe avuto il compito di «indicare le norme giuridiche», derivanti dalle poche *leges* esistenti e dalla attività di interpretazione pontificale²²³.

La soluzione più convincente, tuttavia, è stata prospettata da A. Guarino, secondo cui: «prima venne il concetto di *ius*/ordinamento e poi vennero, come esplicazioni di esso, i concetti di *ius* come spettanza soggettiva e di *ius* come statuizione nel caso singolo», aggiungendo

²²² G.I. LUZZATTO, *Procedura*, II, cit., 183. Lo stesso A., tuttavia, riconosce che la pronuncia del magistrato creasse un vincolo tra le parti e che sia la pronuncia che il vincolo trovassero il loro fondamento ultimo nell'*imperium* magistratuale. L'affermazione del Luzzatto non ha niente a che fare con l'attività dei pretori di cui in D.1.1.7.1: *ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi, vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. Quod et honorarium dicitur ad honorem pratorum sic nominatum.*

²²³ Tutte queste tesi si pongono in contrapposizione all'affermazione di M. LAURIA, *Iurisdictio*, cit., 529, secondo cui: «il magistrato pronunciava dei *verba legitima* (la sua funzione si esauriva in questa pronuncia), cioè *dicebat ius*».

come: sia «certo che dovette esservi, alla base dei poteri di decisione del capo, una norma consuetudinaria di *ius* che lo autorizzasse, in quanto capo, a stabilire discrezionalmente il regolamento da imporre alle parti»²²⁴.

La norma consuetudinaria di *ius* alla quale faceva riferimento A. Guarino dovette ben presto essere accompagnata dalla autorevolezza delle pronunce emesse dall'organo giudicante, fossero esse basate su una norma consuetudinaria oppure su atti normativi precedentemente assunti²²⁵. A seguito della pronuncia dell'organo giudicante veniva a sussistere un rapporto giuridico tra le parti, di nuova creazione²²⁶.

²²⁴ A. GUARINO, *L'ordinamento*, cit., 151 s.

²²⁵ Cfr. C. GIOFFREDI, *Contributi*, cit., 44; G.I. LUZZATTO, *Procedura*, II, cit. 175.

²²⁶ C. GIOFFREDI, *ult. loc. cit.*; G.I. LUZZATTO, *ult. loc. cit.*

CAPITOLO III
SACRAMENTUM, LITIS CONTESTATIO, FORMULA
LA BIPARTIZIONE NEL SUO ASPETTO DINAMICO:
DALLA FASE *IN IURE* ALLA FASE *APUD IUDICEM*

SOMMARIO: 1. Il passaggio dalla fase *in iure* alla fase *apud iudicem*: considerazioni preliminari. – 2. La natura giuridica della *litis contestatio* nel processo *per legis actiones* e nel processo formulare. – 3. Sull'origine sacrale della *litis contestatio* e il rapporto con due istituti del *ius sacrum*: il *sacramentum* e la *clarigatio*. – 3.1 La laicizzazione della *litis contestatio*: permanenza di elementi sacrali nel processo formulare. – 4. L'effetto preclusivo della *litis contestatio*. – 5. Limiti imposti al giudice nelle formule del processo privato romano. Sull'esistenza di un potere discrezionale del magistrato esteso al merito della controversia. – 5.1. *Condemnatio* e *taxatio* quali parti della formula nelle quali il magistrato compie una valutazione preliminare autorizzando e limitando il potere dell'organo giudicante. – 5.2. *L'arbitratus de restituendo*. – 6. L'impossibilità dello svolgimento della fase *apud iudicem* in seguito alla *denegatio actionis*. Valutazioni del magistrato sui presupposti dell'azione.

1. *Il passaggio dalla fase in iure alla fase apud iudicem: considerazioni preliminari.*

La bipartizione processuale presuppone un momento di passaggio dalla fase *in iure* alla fase *apud iudicem*. In particolare, sembra inevitabile l'esistenza di uno strumento che potesse trasportare i termini

della controversia dal tribunale del magistrato giurisdicente all'organo decidente. Questo strumento è unanimemente riconosciuto nella *litis contestatio*²²⁷.

L'individuazione della natura e dei caratteri strutturali dell'istituto in esame ha portato ad un lungo dibattito dottrinale, peraltro mai risolto. M. Wlassak²²⁸ ne postulava la natura contrattuale già nelle *legis actiones*, coerentemente alla sua teoria secondo la quale l'origine del processo privato era da ricercare in un'antica forma di arbitrato tra le parti.

²²⁷ La letteratura sulla *litis contestatio* è particolarmente ampia. Significativa, a tal proposito, la constatazione di G. Pugliese: «L'espressione *litis contestatio* evoca alla mente del romanista una serie quasi sterminata di libri, articoli, saggi e un'altrettanto ampia serie di teorie, discussioni, polemiche» [in G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 389]. Mi limito, quindi, ad indicare le pubblicazioni che mi sono parse più significative e che ho avuto modo di consultare direttamente ai fini dell'elaborazione del presente capitolo: G. PUGLIESE, *La litis contestatio nel processo formulare*, in *RDP*, VI, 1951, 37 ss.; G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, cit., 311; F.P. BONIFACIO, *Appunti sulla natura della litis contestatio formulare*, in *Studi in onore di Albertario*, I, 1950, 78 ss.; A. BISCARDI, *Quelques observations sur la litis contestatio*, in *RIDA* IV, 1950; ID., *La litis contestatio nella procedura per legis actiones*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz* III, 464 ss.; ID., *Esquisse d'une histoire critique de la litis contestatio*, in *RHD* 33, 1955, 1 ss.; G. BROGGINI, *Iudex arbiterve*, cit., 11 ss.; H. LÉVY-BRUHL, *Recherches*, cit., 188 ss.; N. BELLOCCI, *La genesi della litis contestatio nel procedimento formulare*, Napoli 1965. Ampia letteratura è rivenibile in G. JAHR, *La litis contestatio*, Köln-Graz, 1960, 1 nt. 4.

²²⁸ M. WLASSAK, *Die Litiskontestation*, cit., 69 ss.; ID., *Römische Prozessgesetze*, cit., 196.

L'A. austriaco si contrapponeva, così, alla *opinio* sino ad allora dominante e risalente alle elaborazioni di F.L. Keller²²⁹: la *litis contestatio* sarebbe stata il momento finale della fase *in iure*, consistente in un invito, rivolto ai presenti, a riferire, *apud iudicem*, quanto visto e udito nella fase appena conclusasi²³⁰. Le due tesi contrapposte, peraltro, conoscono una lunga serie di soluzioni intermedie proposte dalla dottrina nel corso degli anni²³¹.

D'altra parte, le fonti non consentono di risolvere, in maniera definitiva, le questioni attinenti alle origini della *litis contestatio* e il rapporto tra questo istituto e la bipartizione processuale deve essere indagato sulla base di considerazioni che non si limitino al solo istituto in esame. Occorrerà, dunque, partire dall'analisi dei pochi dati a nostra disposizione, al fine di ampliare lo spettro della ricerca.

L'evoluzione storica del processo privato rende sicuro che molti istituti, pur conservando la loro antica denominazione, abbiano mutato i loro caratteri nel passaggio dall'uno all'altro modello processuale e ciò appare particolarmente evidente nel caso della *litis contestatio*.

Tra i testi che definiscono la *litis contestatio*, troviamo tre brani tratti dall'opera di Festo:

²²⁹ F.L. KELLER, *Über die Litiskontestation*, cit., 119 ss.; ID., *Der römische Civilprozess*, cit., 12 ss.

²³⁰ F. L. KELLER, *Über die Litiskontestation*, cit., 119.

²³¹ E. CARRELLI, *La genesi del procedimento formulare*, Milano 1946; G. PUGLIESE, *La litis contestatio*, cit., 37 ss.; G.I. LUZZATTO, *Procedura*, cit., 311; F. BONIFACIO, *Appunti sulla natura*, cit., 78; C. GIOFFREDI, *Contributi*, cit., 66 ss.

Festo, s.v. *contestari litem*, 50: *contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: testos estote.*

In questa prima fonte, il riferimento è al *contestari litem*. La differenziazione tra *adversarius* e *pars*, espressione di una terminologia giuridica matura, ha fatto ipotizzare che questa fonte sia recenziore rispetto agli altri riferimenti alla *litis contestatio* in Festo. In particolare, si prenda in considerazione:

Festo, s.v. *contestari*, 34: *contestari est, cum uterque reus dicit: testes estote.*

I due testi sembrano riferirsi al significato di *contestatio* in due epoche diverse. Ne è conferma il differente linguaggio impiegato per indicare le parti del processo. *Reus*, che rinveniamo nella seconda delle fonti proposte, è termine più risalente e sta ad indicare entrambe le parti. Questo potrebbe significare che il secondo testo si riferisca alla più risalente procedura civile.

Altro elemento che consentirebbe di riferire la prima fonte ad un'epoca più tarda della seconda, è l'impiego dell'espressione *ordinato iudicio*. Tradizionalmente si è intesa quest'espressione nel senso di "conclusa la fase *in iure*", ma a tal proposito è bene fare alcune osservazioni, anche sulla base di quanto detto sinora.

In primo luogo, la fase *in iure* del processo *per legis actiones* non è mai definita *iudicium*²³². Lo sarà, per contro, la seconda fase del processo formulare²³³. A mio avviso, ci troviamo dinnanzi ad una ulteriore conferma del fatto che, nella fase *in iure*, non esiste ancora una valutazione sul merito della controversia²³⁴.

²³² Il sostantivo *iudicium* presenta, nelle fonti, una pluralità di significati. Talvolta indica l'azione come in Gai 3.127: *...habent cum eo mandati iudicium*; D.17.1.1 (Gai *ad ed. prov.* 3): *...ipsi quidem mandati iudicium non competit*; D.26.7.58.3 (Scaev. *Dig.* 11): *...quesitum est, an [...] usurarum nomine pupillae tutelae iudicio teneantur*. Altre volte indica l'oggetto dell'attività delle parti, la stessa *litis contestatio*. Per ulteriori elementi cfr. G. PUGLIESE, voce *Iudicium*, in *Novissimo Digesto Italiano IX*, 1963, 363. Ad avviso dell'A., il primo ad aver fornito una definizione tecnicamente compiuta di *iudicium* fu Varrone (*De lingua latina* 5.180) per indicare «un procedimento svolto dinnanzi al giudice conseguente ad una *legis actio*». Prima di allora, invece, non è possibile rinvenire un impiego tecnico del termine: Plaut. *Curc.* 117 e Plaut. *Ps.* 14.3 impiega il sostantivo per indicare genericamente (e in modo scherzoso) la decisione finale.

²³³ Secondo una possibile interpretazione già la fase *in iure post litem contestatam* come in Gai 4.104: *eaque iudicia e lege Iulia iudiciaria [...] expirant*; Gai 4.177: *contrarium autem iudicium ec certis causis constituitur*; D.46.3.71.3 (Cels. *Dig.* 27): *si pendente iudicio ratum habuit*; D.12.6.60pr. (Paul. *Quaest.* 3): *post litem contestatam manente adhuc iudicio*; D.40.12.23.3 (Paul. *Ad ed.* 50): *ex eventu aut utile iudicium, quod iam mortuo debitore per defensorem eius accipitur, nullum esse*; D.24.3.19 (Ulp. *Ad Sab.* 36): *expirat iudicium*; D.5.1.11 (Ulp. *Ad ed.* 12): *solvi iudicium Marcellus libro tertio digestorum scribit*; D.5.1.58 (Paul. *Ad Sab.* 13): *iudicium solvitur vetante eo qui iudicare iusserat*. Sulla terminologia adoperata nelle fonti e sui possibili significati del termine *iudicium* e dell'espressione *in iudicio*, ho già avuto modo di fare alcune considerazioni nella presente ricerca: *supra* Cap. I, § 2 e nt. 76.

²³⁴ Nonostante la sussistenza di un potere valutativo del magistrato in merito alla valutazione dei presupposti formali inerenti all'instaurazione della controversia. Basti pensare alla possibilità, riconosciuta al magistrato, di *denegare* l'azione e precludere alle parti la possibilità di proseguire innanzi all'organo giudicante oppure alla possibilità che il magistrato limiti l'attività discrezionale del giudice nella formula (*condemnatio, taxatio e arbitratus de restituendo*). Sul punto si tornerà *infra*.

In secondo luogo, il verbo *ordinare* fa riferimento all'attività volta ad istruire, in senso ampio, la causa e ciò avviene soltanto nella fase *in iure* del processo formulare al fine della redazione della formula e non anche nel processo *per legis actiones*, nel quale, come è noto, il magistrato al pari delle parti, era tenuto a pronunciare *certa et solemnia verba*²³⁵ e, quindi, non era dotato di poteri istruttori, sì da poter *ordinare* i termini della controversia attraverso la propria attività²³⁶.

L'indagine terminologica, così, si deve ampliare, sì da giungere a comprendere chi potesse compiere la *litis contestatio*. Lo stesso Festo offre, nella medesima opera, una definizione del sostantivo *reus*:

Festo, s.v. *reus*, 289: *Reus nunc dicitur, qui causam dicit, et item qui quid promisit sponditve ac debet; at Gallus Aelius liber II significationum verborum quae ad ius pertinent ait: reus est qui cum altero litem contestatam habet, sive is egit sive eo actum est.*

Come è evidente, il termine indica l'attore, *qui causam dicit* ma, secondo Festo, che riporta il pensiero di Elio Gallo, il termine avrebbe

²³⁵ A. METRO, *La denegatio actionis nel processo per legis actiones*, Milano 1972, 36 ss.

²³⁶ È da ritenere che, già nel processo *per legis actiones*, il magistrato giusdicente avesse il potere di interrompere la procedura già nella fase *in iure*, precludendo alle parti la possibilità di rivolgersi ad un organo giudicante, in presenza di alcune circostanze: mancanza dei presupposti processuali; azione esperita in violazione del principio *ne bis in idem* oppure azione non fondata su una norma del *ius civile*. Cfr. A. METRO, *La denegatio actionis*, cit., 36.

indicato, nel passato, anche il convenuto. In generale, è possibile concludere che è *reus* colui che ha una *lis contestata*.

L'intento dei due autori è quello di ricercare l'etimologia del verbo *contestari* e del sostantivo *reus*. Si deve concludere che le loro definizioni seguono una logica diacronica e non un approccio meramente volto al presente.

Da quanto detto si deve dedurre che la *litis contestatio* descritta da Festo quale invito ai presenti ad essere testimoni (*testos estote*), è quella del processo *per legis actiones*.

La prima fonte, invece, riporta un riferimento all'antico significato della *litis contestatio* ma inserito nel quadro del procedimento formulare. L'espressione *ordinato iudicio*, infatti, è da tradursi con l'espressione "redatta la formula"²³⁷, dato che il termine *iudicium* non si può riferire all'intera fase *in iure*.

2. *La natura giuridica della litis contestatio nel processo per legis actiones e nel processo formulare*

Gli studi di M. Wlassak sul processo, come si è più volte avuto modo di sottolineare nella presente tesi, ebbero notevole successo ma, spesso, furono oggetto di successiva revisione. Così fu anche per il

²³⁷ Così N. BELLOCCI, *La genesi*, cit., 13.

postulato sulla natura contrattuale²³⁸ della *litis contestatio* nelle *legis actiones* che, a poco più di cinquanta anni dalla pubblicazione della monografia ad essa dedicata²³⁹, venne posto in discussione²⁴⁰.

G. Pugliese definì la *litis contestatio* come «atto mediante il quale le parti, con testimoni e con l'aiuto di documenti, assicuravano la conservazione dell'attestazione del modo con cui si era svolta fra loro la *lis*»²⁴¹.

G.I. Luzzatto²⁴², invece, ipotizzava la natura contrattuale almeno delle più recenti *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* e *legis actio per condictionem*.

A seconda della soluzione che si intende accettare, mutano le considerazioni inerenti alla struttura bipartita del processo. La *litis contestatio* può infatti essere considerata come il momento di raccordo tra

²³⁸ M. Wlassak, *Die Litiskontestation*, cit., 111. Il pensiero del giurista austriaco è ben riassunto in O. Lenel *Die Form der Litiskontestation im Formularprozeß*, in *Zeitschrift für die Savigny Stiftung* XV, 1894, 377: «[Die *litiscontestatio*] ist nach ihm [scil. M. Wlassak] ein Contract und zwar ein Formalcontract, vollzogen durch correspondirende Acte des Klagers und Beklagten, nämlich durch *edere* und *accipere* der vom Prätor nach Vernehmung beider Parteien genehmigten Formel».

²³⁹ Peraltro, la natura contrattuale della *litis contestatio* non rappresentava una novità assoluta negli studi di M. Wlassak. Lo stesso A. ebbe modo di riferire il pensiero di autori precedenti. Si veda sul punto la bibliografia riportata in M. Wlassak, *Die Litiskontestation*, cit., 112 nt. 3.

²⁴⁰ E. Carrelli, *La genesi del procedimento formulare*, cit., *passim*; G. Pugliese, *La litis contestatio*, cit., 37 ss.; G.I. Luzzatto, *Procedura civile romana II*, cit., 311 ss.; G. Brogini, *Iudex arbiterve*, cit., 11 ss.; H. Lévy-Bruhl, *Recherches*, cit., 188 ss.

²⁴¹ G. Pugliese, *Il processo civile romano I*, cit., 393.

²⁴² G.I. Luzzatto, *Procedura civile romana II*, cit., 311 ss.

le due fasi *in iure* e *apud iudicem* oppure come atto necessario della sola fase *in iure*, non rilevante ai fini della struttura bipartita.

Non è rilevante la circostanza che alcune fonti facciano riferimento all'*edere et accipere iudicium* quale *contrahere*. Il verbo, infatti, indica la creazione di un qualunque vincolo, anche di natura non contrattuale²⁴³. In tal senso si tratta di un *contrahere* e non di un *obligationem contrahere* come intendeva M. Wlassak, nel momento in cui riteneva la *litis contestatio* un contratto formale, specifica categoria di *obligatio contracta*.

L'indagine etimologica, dunque, non è sufficiente a suffragare l'ipotesi per cui la *litis contestatio* possa essere ricondotta ad un tipo contrattuale.

Eppure, escludere la natura contrattuale della *litis contestatio* non significa non poterne ammettere la natura convenzionale. Deve essere riconosciuto a M. Wlassak il merito di aver evidenziato come l'esistenza stessa del processo privato fosse subordinata alla sussistenza di un incontro delle volontà delle parti inerente ai termini della controversia e come l'*edere et accipere iudicium* fosse un atto dei litiganti al quale il magistrato – che pure lo concedeva – restava estraneo.

Forse, il problema della qualificazione della *litis contestatio* non è stato affrontato tenendo conto della mancanza di una adeguata termi-

²⁴³ G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Torino 1947, 42 ss. Ampia bibliografia in R. FIORI, *Contrahere in Labeone*, in E. CHEVREAU, D. KREMER, A. LAQUERRIÈRE LACROIX (a cura di), *Carmina Iuris. Mélanges en l'honneur de Michel Humbert*, Parigi 2012, 311 ss.

nologia che consentisse di riferire tale atto ad una categoria generale ed astratta. A tal proposito, mi pare di poter trovare conferma in un passo del commento *ad edictum* di Ulpiano, riportato nel Digesto:

D.15.1.3.11 (Ulp. *Ad ed.* 29): *scribit iudicati quoque patrem de peculio actione teneri, quod et Marcellus putat, etiam eius actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati: nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita iudicio contrahi: proinde non originem iudicii spectandam, sed ipsam iudicati velut obligationem. Quare et si quasi defensor condemnatus sit, idem putat.*

Ci troviamo dinnanzi al pensiero di due autori: Ulpiano e Marcello. Nel testo qui proposto si fa riferimento alla *obligatio iudicati*. È da ritenere che, in questo contesto, il termine *obligatio* non assuma significato tecnico giuridico²⁴⁴ ma che i giuristi abbiano impiegato il concetto di *obligatio* in assenza di altro concetto maggiormente aderente al concetto di vincolo sorto da *iudicatum*.

Mi pare di poter intravedere, in questa fonte, un riferimento all'*edere et accipere iudicium* quale presupposto del *iudicium* stesso. Solo in presenza di un accordo tra le parti, queste possono soggiacere agli effetti della *litis contestatio*.

²⁴⁴ Così G. PUGLIESE, *La litis contestatio*, cit., 55. *Contra* A. BISCARDI, *Esquise*, cit., 15 ss. Secondo quest'ultimo, la *litis contestatio* produce un rapporto giuridico astratto mentre per G. Pugliese il termine è impiegato in via di approssimazione.

3. *Sull'origine sacrale della litis contestatio e il rapporto con due istituti del ius sacrum: il sacramentum e la clarigatio.*

Dall'analisi dei testi di Festo e sulla base delle risultanze dottrinali del secolo scorso, possiamo affermare che la *litis contestatio*, nel processo *per legis actiones*, non è ancora qualificabile come accordo negoziale tra le parti ma si configura quale atto sacrale di chiamata delle divinità – e in particolare Giove – ad essere testimoni. A tal proposito appare evidente la connessione tra la più risalente conformazione della *litis contestatio* e altri istituti la cui natura è originariamente sacrale.

Uno di questi istituti è il *sacramentum*, giuramento in nome della divinità (ancora una volta il riferimento precipuo è al padre degli dèi)²⁴⁵ e l'altro è un istituto extra processuale, che rinveniamo tra gli istituti volti a regolare i rapporti tra la comunità romana e le altre comunità: la *clarigatio*. I due istituti sembrano accomunati non solo dalla loro natura ma anche da ulteriori elementi che permettono di connetterli alla *litis contestatio*.

Vorrei dunque partire dalla loro comparazione per poter evidenziare gli elementi comuni alla *litis contestatio*.

Fu A. Biscardi²⁴⁶, tra i primi²⁴⁷, ad aver posto in evidenza alcuni elementi comuni tra *sacramentum* della *legis actio sacramento in rem* e l'istituto della *clarigatio*²⁴⁸.

²⁴⁵ Sul *sacramentum* cfr. *supra* Cap. II, § 3.2.2.

²⁴⁶ A. BISCARDI, *La litis contestatio*, cit., 467.

In particolare, sembra che i due *modus agendi*, aventi ad oggetto una pretesa su un bene, corrispondano ad un unico modello, pur se i due ambiti di applicazione differiscono: la *legis actio sacramento in rem* per i rapporti tra privati e la *clarigatio* nei rapporti internazionali.

Tra i due istituti, in effetti, esiste una notevole somiglianza: anche la *clarigatio*, al pari della *legis actio sacramento in rem*, ha una funzione rivendicatoria esperibile sia dal privato che dall'intera comunità. Inoltre, in entrambi i casi, si tratta della pronuncia di parole solenni e ritualizzate. Basti pensare alla presenza di una *hasta* e al giuramento in nome di Giove.

È possibile rinvenire una descrizione della *clarigatio* in T. Livio:

²⁴⁷ Un parallelo era già stato proposto da E. VOLTERRA, *L'istituto della clarigatio e l'antica procedura per legis actiones*, in *Scritti in onore di Francesco Carnelutti IV*, Padova 1950, 250 ss. e C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma 1955. La letteratura italiana, peraltro, si rifaceva ad una ipotesi emersa nella dottrina tedesca. Il contributo più risalente, al quale peraltro non ho potuto avere accesso, sembra essere E. DANZ, *Der sakrale Schutz im römischen Rechtsverkehr*, Jena 1857.

²⁴⁸ Cfr. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano I*, cit., 392 nt. 295. La posizione di G. Pugliese era critica rispetto a quella espressa da A. Biscardi. Sostiene infatti: «Ora, mentre sono propenso a riconoscere un'affinità fra la *clarigatio* e il *sacramentum*, perché in entrambi gli atti è individuabile un'invocazione agli dèi a testimoni, penserei che un'analogia affinità sia più difficile ad ammettere tra *clarigatio* e *litis contestatio*, proprio perché nella prima, e non nella seconda, i testimoni invocati sono gli dèi. Piuttosto, paragonerei le parole *testos estote* al formulario pronunziato dal testatore nel *testamentum per aes et libram*: *'ita do ita lego ita testor itaque vos Quirites testimonium mihi perhibetote*». A mio avviso, la posizione di G. Pugliese, tuttavia, non considera l'ipotesi per cui la *litis contestatio* potesse costituire parte integrante del *sacramentum*, prima della bipartizione.

Liv. 1.32.5-10: *Ius ab antiqua gente Aequiculis, quod nunc fetiales habent, descripsit, quo res repetuntur. Legatus ubi ad fines eorum unde res repetuntur, capite velato filo – lanae velamen est – ‘audi Iuppiter’ inquit ‘audite fines’ – cuiuscumque gentis sunt, nominat – ‘audiat fas! Ego sum publicus nuntius populi romani; iuste pieque legatus venio verbisque meis fides sit’ peragit deinde postulata. Inde Iovem testem facit ‘si ego iniuste impieque illos homines illasque res dedier mihi exposco, tum patriae comptem me numquam siris esse’. Haec cum fines suprascandit, haec, quicumque et primus vis obvius fuerit, haec portam ingrediens, haec forum ingressus paucis verbis carminis concipiendique iuris iurandi mutatis peragit, si non deduntur quos exposcit, diebus tribus et triginta – tot enim sollemnes sunt – peractis bellum ita indicit.*

La *clarigatio* era un istituto proprio del *ius fetiale* le cui origini, secondo Livio, risalirebbero ad un intervento del re Servio Tullio che, sul modello dei riti religiosi istituiti da Numa Pompilio, volle promuovere la creazione di cerimonie pre-belliche.

Secondo tale rito, un legato si recava sul territorio straniero e chiedeva alla popolazione che su di esso insisteva la restituzione di cose o persone che si ritenevano ingiustamente sottratte al popolo romano; col capo bendato, egli invocava l’ascolto di Giove (da notare che nel passo vi è un’esplicita personalizzazione dei confine “*audite fines*”, *res sanctae* e, in quanto tali, sottoposte alla protezione di una divini-

tà²⁴⁹) e pronunciava formule sacre, cui seguiva una diretta sottoposizione alla punizione divina, nel caso in cui le sue pretese fossero risultate ingiuste ed empie. Lo schema seguito, dunque, risulta essere molto simile a quello del *sacramentum*.

Una ulteriore descrizione del rituale, questa volta interamente riferito al collegio dei Feziali, si trova in Servio:

Serv. Ad Aen. 9.52: Principium pugnae hoc de romana sollemnitate tractum est, cum enim volebant bellum indicere, pater patratus, hoc est princeps fetialium, proficiscebatur ad hostium fines, et praefatus quaedam sollemnia clara voce dicebat se bellum indicere propter certas causas, aut quia socios laeserant, aut quia nec abrepta animalia nec obnoxios redderent. Et haec clarigatio dicebatur a claritate vocis, postquam clarigationem hasta in eorum fines missa indicabatur iam pugnae principium, post tertium autem et trigesimum diem quam res repetissent ab hostibus, fetiales hastam mittebant.

Rilevante, in Servio, la derivazione etimologica del sostantivo *clarigatio*: *a claritate vocis*. Questa etimologia richiama, ancora una volta, l'elemento dell'oralità che contraddistingue i riti sacri (ulteriore riferimento al *sacramentum* e alla *litis contestatio*).

Altra descrizione è contenuta in Plinio:

²⁴⁹ Gai 2.2-8.

Plin. *Nat. Hist.* 22.3.3: *Si quidem auctores imperii romani conditoresque immensum quiddam et hinc sumsere, quoniam non aliunde sagmina in remediis publicis fuere et in sacris legationibusque verbenae. Certe utroque nomine idem significatur, hoc est, gramen ex arce cum sua terra avulsum: ac semper et legatis, quum ad hostes clarigatumque mitterentur, id est res raptas clare repetitum, unus utique verberarius vocabatur.*

La *clarigatio*, come ben emerge dalle fonti proposte, consisteva in una solenne affermazione, fatta dal *pater patratus*, circa la sussistenza di situazioni giuridiche soggettive attive in capo al popolo romano, su territori o singole cose in possesso di altre comunità. Tale affermazione era accompagnata da una chiamata della divinità a testimoniare che la pretesa fosse *iusta et pia*. Trascorsi inutilmente trenta giorni, il *pater patratus* poteva dichiarare guerra, invocando, ancora una volta, gli dèi a testimoniare circa il (giusto) fondamento della pretesa: *ego vos testor* si legge in Liv. 1.32.10, espressione che certamente richiama quella *testes estote* del *sacramentum*.

Ebbene, così come accadeva nella *clarigatio*, nelle più risalenti *legis actiones* i testimoni non potevano che essere gli dèi, dato che la stessa controversia era risolta sulla base di elementi soprannaturali, avendo ad oggetto la conformità del *sacramentum* alla volontà divina, opportunamente interpretata – come si è supposto – dal magistrato po-

sto al vertice dell'ordinamento costituzionale, con l'eventuale ausilio del collegio sacerdotale dei pontefici.

Le considerazioni fatte sino a questo momento fanno propendere per una configurazione non indipendente di quella solenne affermazione – *testes estote* – che Festo attribuisce alle parti già nelle più antiche forme processuali. In particolare, occorre precisare che, con ogni probabilità, il *litem contestari* delle *legis actiones* non si configurava quale atto autonomo, separato dal *sacramentum* ma ne costituiva una fase necessaria: gli dèi non solo erano chiamati ad essere testimoni di quanto avvenuto ma anche a manifestare, per il tramite degli interpreti della loro volontà, un giudizio.

G. Pugliese, del resto, sosteneva che: «è probabile che una simile chiamata [*scil.* Dei presenti ad essere testimoni di quanto visto e udito] dei testimoni sia stata introdotta solo in seguito alla bipartizione del processo, poiché in unica fase essa non avrebbe avuto ragion d'essere; d'altra parte nella *legis actio sacramenti* la medesima funzione della *litis contestatio* poté dapprima essere assolta dal *sacramentum* e pertanto è legittima la congettura che la *litis contestatio* sia sorta inizialmente nella *iudicis arbitrive postulationem* e solo più tardi estesa alla *legis actio sacramenti*, nonché alla successiva *condictio*»²⁵⁰.

La posizione di G. Pugliese si deve accogliere ma restano dei dubbi, più volte espressi, circa l'introduzione della bipartizione che, come si è cercato di dimostrare – almeno in riferimento alla bipartizione

²⁵⁰ G. PUGLIESE, *Il processo civile romano* I, cit., 392 s.

funzionale – si è preferito ricondurre alle riforme serviane del VI sec. a.C.

La *litis contestatio* può essere dunque considerata l'evoluzione dell'originaria invocazione agli dèi e, come tale, è da supporre che la stessa fosse parte integrante del *sacramentum* delle più antiche *legis actiones*: Si conclude che, almeno in riferimento a queste ultime, la *litis contestatio*, pur avendo una configurazione strutturale sua propria, non è autonomamente concepibile al di fuori del *sacramentum*.

3.1. *La laicizzazione della litis contestatio: permanenza di elementi sacrali nel processo formulare.*

La preminenza dell'elemento religioso sembra venir meno con l'evolversi della società romana e all'antico giuramento in nome della divinità si sostituisce un *sacramentum* connotato da una maggiore partecipazione dell'elemento umano.

In particolare, il giudizio indiretto, volto a stabilire quale dei due giuramenti fosse *iustum*, lascia il posto ad un giudizio basato sulla valutazione dei mezzi istruttori adottati dalle parti a sostegno delle rispettive ragioni.

Il giudizio, dunque, perde la sua funzione originaria e cioè quella di sollecitare una risposta dal dio, sottoponendo lo spergiuro alla *execratio*, ma di ottenere la soluzione della controversia sulla base di una indagine razionale. Nel momento in cui il *sacramentum* diviene una

scommessa, la *litis contestatio* assume una propria autonomia e il *testos estote* è riferibile esclusivamente agli uomini e non più agli dèi. La *contestatio* diviene atto laico e in tal senso sembra potersi trovare conferma nei testi di Festo che si riferiscono alla *litis contestatio* nel processo formulare.

Con la progressiva desuetudine delle *legis actiones*, i presenti iniziarono a non essere più chiamati a testimoniare su quanto visto e udito, così come sembra potersi desumere anche da un passo di Prisciano che fa riferimento all'antico uso di *vocitare* un testimone, intendendo con questa espressione la pratica di chiamare a gran voce uno (o più) degli astanti perché fosse (o fossero) testimoni:

Prisc., *Inst. Gramm.*, 8.18: *si quis [ex testibus] alio vocitatur nomine, tum cum his (iis, hiis) contestatur, atque olim vocitabatur.*

La fonte appare di grande valore perché riconducibile a chi, come Prisciano, aveva un approccio diretto alla pratica forense, a differenza di altri autori che si limitano ad una esposizione storica della *contestatio*, senza fare cenno alcuno alla sua sempre minore diffusione nei tribunali. Sulla qualifica di tali testimoni, H. Lévy-Bruhl è intervenuto proponendo che si trattasse di *testes rogati*. Del resto, la loro funzione era quella di sostenere la fondatezza delle ragioni addotte dalle parti.

La *contestatio* non venne abolita e, quindi, la chiamata dei testimoni poteva, in linea teorica, costituire ancora una facoltà delle parti. Resta da risolvere un problema di non poco conto: durante tutta la vigenza del processo formulare, la presenza *in iure* di testimoni continua ad essere attestata. Sembra potersi dunque ritenere che sia intervenuto un mutamento dell'oggetto della *contestatio* la quale avrebbe recepito, al suo interno, il *dictare et accipere iudicium*.

Fu in questo modo che la *contestatio* poté divenire, definitivamente, l'atto attraverso il quale era possibile cristallizzare i termini della controversia, e determinare il sorgere del rapporto giuridico processuale. La *litis contestatio* si trasforma, nella prassi, in un accordo tra le parti.

La *litis contestatio* nel procedimento formulare muta la propria natura e, pur continuando ad essere un atto formale, si inserisce in un procedimento dinamico, collegandosi ad un atto sostanziale destinato a mutare, in funzione del rapporto dedotto in giudizio.

Le parti, attraverso tale accordo, si obbligano a sottostare alla decisione dell'organo giudicante. La natura negoziale della *litis contestatio* appare definitivamente in età classica, quando l'istituto verrà utilizzato quale modo di estinzione del rapporto obbligatorio:

Gai 3.180: *Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum. Nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione; sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit*

ex causa iudicati teneri. Et hoc (est), quod apud veteres scriptum est, ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere.

L'espressione *condemnari oportere* ha fatto ipotizzare un intervento dei glossatori²⁵¹, volto a sostituire l'espressione *iudicari oportere*.

Senza entrare nel merito del dibattito, poco interessante ai nostri fini, ritengo che il *condemnari oportere* debba essere inteso nel senso di obbligo a sottostare alla sentenza. Ma con una precisazione. Non si tratta di una *obligatio* che comporta l'astratta soggezione ad una sentenza ma l'accettazione della sentenza di condanna concretamente pronunciata dal giudice, in un caso concreto²⁵².

Come bene sottolineò E. Betti: «[per i giuristi romani] il *condemnari oportere* non esprime la soggezione astratta di un convenuto

²⁵¹ In particolare cfr. S. SOLAZZI, *Il condemnari oportere del convenuto in Gai 3.180-181*, in *Archives de droit privé* XVI, 1953, 128 s. Secondo l'A. è possibile individuare due glossatori. La glossa del par. 181 è da ricondurre ad un glossatore posteriore il quale, lasciandosi influenzare dalle «espressioni dei *veteres*» di cui al par. 180.

²⁵² Ad ulteriore sostegno di questa tesi: D.17.2.63pr. (Ulp. *Ad ed.* 31): *in id quod facere possunt quodve dolo malo fecerit quo minus possint, condemnari oportere*; D.19.2.30pr. (Alf. *Dig. a Paul. Epit.* 3): *quanti conductoris interesset, habitatores ne migrarent, tanti condemnari oportere*; D.23.3.57 (Iav. *Ex Plaut.* 1): *ut ea summa dotis esse videatur, qua patrem eo tempore filii nomine condemnari oportebit*. Nelle fonti qui proposte l'espressione *condemnari oportere* indica la necessità giuridica della condanna del convenuto sulla base dell'esistenza della pretesa azionata: non siamo in presenza di un obbligo astratto a sottostare alla sentenza ma ci troviamo dinnanzi ad una necessità concretamente apprezzabile.

qualsiasi, bensì la soggezione concreta di quel particolare convenuto del quale l'attore ha ragione di attendersi la condanna, perché esiste effettivamente la *obligatio* da lui fatta valere in suo confronto»²⁵³.

È da rigettare, per contro, l'opinione secondo la quale la *litis contestatio* avrebbe estinto l'obbligazione dedotta in giudizio²⁵⁴. Sarebbe assurdo pensare di attribuire al giudice il potere di accertare la sussistenza di un rapporto venuto meno (*obligatio quidem principalis dissolvitur*). Ancora con le parole di E. Betti: «parlando di *oportere*, [i giuristi romani] concepiscono la condanna come un fatto giuridico condizionato in modo necessario da quella ch'è la situazione di diritto sostanziale, come un fatto giuridico che deve di necessità verificarsi, in quanto ha esso stesso per logico presupposto la esistenza – al momento della *litis contestatio* – della *obligatio principalis*»²⁵⁵.

Così, ciò che sorge dalla *contestatio* è un obbligo processuale che si riflette sulla seconda fase del processo e, in tal senso, è possibile affermare che la *litis contestatio* mantenga il suo ruolo di momento necessario della fase *in iure*, proiettato in quella *apud iudicem*.

La *litis contestatio* subì una notevole trasformazione nel processo formulare. Come si è visto, in riferimento alla procedura *per legis actiones* è necessario tenere nettamente distinte la *litis contestatio* dall'*edere et accipere iudicium*. Il rapporto giuridico processuale ve-

²⁵³ E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano 1955, 18.

²⁵⁴ Così S. SOLAZZI, *Il condemnari oportere*, cit., 128 ss.

²⁵⁵ E. BETTI, *La struttura*, cit., 18.

niva ad esistere a seguito dell'*edere* mentre la *litis contestatio* assolveva alla funzione di cristallizzazione della controversia, determinando un effetto preclusivo dell'azione intentata.

4. *L'effetto preclusivo della litis contestatio.*

Ciò che più rileva, in riferimento all'antica *litis contestatio* quale chiamata degli dèi a testimoni e giudici delle proprie ragioni, è il prodursi di una prima barriera a carico delle parti, consistente nell'impossibilità di mutare le ragioni poste a fondamento della domanda giudiziale.

Nelle *legis actiones* la *litis contestatio* ha un effetto preclusivo. L'*actio* può dirsi esperita solo quando i termini della controversia siano stati posti una volta per tutte, attraverso la chiamata dei presenti ad essere testimoni. Questo assunto deve essere tenuto ben distinto rispetto a quello della effettiva risoluzione della controversia con l'emanazione di una sentenza: sembra che il procedimento *per legis actiones* non attribuisca grande importanza a questo secondo momento ma che tutta la procedura sia finalizzata alla individuazione degli elementi della lite, al fine della sua successiva risoluzione. Da ciò discende che il principio espresso dal brocardo *bis de eadem re ne sit actio* esprima una preclusione che si produce al momento del perfe-

zionamento della *litis contestatio* e non a seguito dell'emanazione della sentenza.

Possiamo dunque affermare che la controversia è definita a conclusione della fase *in iure*. A sostegno di tale assunto, si può riferire quanto scritto da Gaio nelle sue Istituzioni:

Gai 4.108: *Alia causa fuit olim legis actionum: nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat; nec omnino ita ut nunc usus erat illis temporibus exceptionibus.*

Dato il carattere eminentemente religioso della più antica procedura, una volta chiamati a testimoni gli dèi su una data controversia, non sarebbe stata immaginabile una seconda chiamata per la medesima lite. Questo carattere si deve essere perpetuato anche in riferimento alla procedura laica che, come ho sostenuto nel precedente capitolo, non ha comportato un totale abbandono di una visione complessivamente religiosa degli istituti giuridici.

In conclusione, in riferimento alla *litis contestatio* nel processo delle *legis actiones*, è possibile affermare che si trattasse di un atto formale e solenne, cui venivano ricondotti effetti preclusivi dell'azione ma non estintivi del diritto soggettivo azionato.

La *litis contestatio* delle *legis actiones*, inoltre, presenta eminenti caratteri di sacralità che, pur trasformandosi nel tempo, non perderanno mai la loro connotazione religiosa, per cui, anche quando dei citta-

dini – e non più le divinità – saranno chiamati a testimoni, permarranno elementi propri del diritto arcaico.

In riferimento alla bipartizione, infine, è preferibile sostenere la tesi secondo cui la *litis contestatio* avrebbe concluso la fase *in iure* e, allo stesso tempo, permesso la configurazione della fase *apud iudicem*. Il giudice, infatti, non avrebbe potuto risolvere la controversia senza la precedente cristallizzazione dei termini della stessa e, volendo accentuare i caratteri religiosi del processo, lo stesso diritto soggettivo controverso non avrebbe potuto essere esattamente delimitato, se non attraverso una attestazione divina o, più tardi, umana ma pur sempre connotata da elementi di sacralità.

La *litis contestatio* determina il sorgere del rapporto giuridico processuale. Pronunciate le parole solenni, le parti si rivolgono al magistrato perché venga assegnato un giudice ai fini della risoluzione della controversia oppure, nelle più recenti *iudicis postulatio* e *condictio*, l'attore dava al convenuto un termine per la nomina del giudice.

5. *Limiti imposti al giudice nelle formule del processo privato romano. Sull'esistenza di un potere discrezionale del magistrato esteso al merito della controversia.*

La *formula* costituiva il nucleo centrale del processo formulare. Essa si configurava quale strumento di attribuzione, all'organo giudi-

cante, del *iussum iudicandi* ma, al contempo, rappresentava un limite all'esercizio dello stesso.

La *formula* constava di un'unica affermazione solenne, in forma ipotetica ma già Gai 4.39-44 ne individua una pluralità di parti.

Tra le *partes formularum* che rilevano ai fini di un'indagine sul momento di passaggio dalla fase *in iure* a quella *apud iudicem*, viene in considerazione, in primo luogo, la *condemnatio* quale parte nella quale il magistrato attribuiva al giudice il potere di condannare o assolvere il convenuto.

La *condemnatio*, a sua volta, poteva contenere una *taxatio*, quale limite rispetto alla possibilità di comminare una sanzione pecuniaria entro un valore determinato dallo stesso magistrato. Tale limitazione investiva esclusivamente il *quantum*.

Altra parte formulare che ritengo essere rilevante è l'*arbitratus de restituendo*. Questa clausola, al pari della *taxatio* soltanto eventuale, subordinava la condanna del convenuto al mancato ripristino della situazione antecedente rispetto al sorgere del conflitto e, in particolare, alla mancata soddisfazione dell'interesse attoreo, positivamente valutato dallo stesso giudice.

Possiamo pensare a queste parti formulari come il compimento di un sistema di duplice limitazione e piena attuazione dei principi del processo bipartito.

Da una parte il magistrato è impossibilitato ad una pronuncia sul merito della controversia e d'altra parte sono imposte rilevanti limita-

zioni al potere del giudice in ordine alla possibilità di esercitare una valutazione totalmente autonoma rispetto alle considerazioni fatte *in iure*.

Vorrei dunque soffermarmi brevemente su queste *partes formularum* al fine di meglio definire quali siano i rapporti tra poteri magistratuali e poteri dell'organo giudicante e quanto il magistrato potesse influenzare l'attività del giudice nella predisposizione della formula.

5.1 *Condemnatio e taxatio quali parti della formula nelle quali il magistrato compie una valutazione preliminare autorizzando e limitando il potere dell'organo giudicante.*

Una definizione della *condemnatio* è contenuta in Gai 4.43: *condemnatio est ea pars formulae qua iudici condemnandi absolvendive potestas permittitur*.

La definizione gaiana non sembra porre rilevanti questioni circa la struttura di questa *pars formulae*, né appare controversa la sua necessaria presenza nelle formule insieme alla *intentio*, fatta eccezione per i giudizi di mero accertamento e nei giudizi divisorii.

Nondimeno, proprio in questo momento il magistrato attribuisce il potere di *ius dicere* all'organo giudicante ed è pertanto possibile affermare che con la *condemnatio* il processo formulare si scinde in due fasi e lo stesso potrà proseguire *apud iudicem*.

Il problema sembra porsi soltanto laddove il magistrato imponga un limite al potere decisionale del giudice: un maggiore potere del magistrato si rinviene, infatti, nelle formule *cum taxatione*, il cui contenuto è espressione di una valutazione sul limite massimo del *quantum debeat*.

In questo caso sembra possibile che il magistrato, sulla base di una valutazione avente ad oggetto il merito della controversia, fosse chiamato a fissare una somma limite che il giudice non avrebbe potuto oltrepassare al momento della pronuncia.

Le formule *cum taxatione*, peraltro, presentando una *intentio incerta*, presuppongono sempre un necessario intervento del magistrato al fine di stabilire un confine entro il quale l'organo giudicante si sarebbe dovuto muovere.

Le nostre conoscenze sulle *formulae cum taxatione* si basano, in larga misura, su quanto riferito nel quarto libro delle Istituzioni di Gaio, oltre ad un passo del *de verborum significatu* di Festo²⁵⁶.

In Gaio la stessa configurazione della *taxatio* è strettamente connessa alla struttura della *condemnatio*: è infatti nel formulare una definizione di *condemnatio* che Gaio inserisce un riferimento alla *taxatio*:

²⁵⁶ Festo, s.v. *taxat*, 490: *taxat verbum ponitur in his, quae finiuntur, quoad tangi liceat; in litibus quoque, arbitrove cum proscribitur, quoad ei ius sit statuendi, taxatio dicitur, quae fit certae summae*. Per una esaustiva indagine etimologica del verbo *taxare* rimando a P. GRZIMEK, *Studien zur Taxatio*, München 2001, 5 ss.

Gai 4.43: [...], *velut haec pars formulae: IUDEX, N. NEGIDIUM A. AGERIO SESTERTIUM X MILIA CONDEMNA. SI NON PARET, ABSOLVE; item haec: IUDEX, N. NEGIDIUM A. AGERIO DUMTAXAT <X MILIA> CONDEMNA. SI NON PARET, ABSOLVITO; item haec: IUDEX, N. NEGIDIUM A. AGERIO [X MILIA] CONDEMNATO et reliqua ut non adiciatur DUMTAXAT.*

Il giurista propone, oltre alla definizione, anche tre esempi di *condemnatio*. Nella prima ipotesi abbiamo una *condemnatio certa* e, in questo caso, lo stesso giudice sarà vincolato a condannare, qualora risulti fondata la pretesa attorea, alla somma indicata dal magistrato nella formula. Ogni valutazione è già stata compiuta dal magistrato.

Nel secondo e nel terzo esempio, invece, troviamo un esempio di *condemnatio incerta* nel senso che il giudice è chiamato a condannare, sempre qualora siano verificati i presupposti dell'*intentio*, entro il limite indicato nella stessa *condemnatio*.

La *taxatio*, dunque, attribuisce all'organo giudicante un potere discrezionale, seppure limitato, nell'individuazione del *quantum debeat*. Una ulteriore specificazione del contenuto di una formula *cum taxatione* è contenuta nelle stesse Istituzioni di Gaio:

Gai 4.51: *Incertae vero condemnatio pecuniae duplicem significationem habet. Est enim una cum aliqua praefinitione, quae vulgo dicitur cum taxatione, velut si incertum aliquid petamus: nam illic ima parte formulae ita est: IUDEX, NUMERIUM*

*NEGIDIUM AULO AGERIO DUMTAXAT SESTERTIUM X MILIA
CONDEMNNA, SI NON PARET, ABSOLVE.*

Ancora nell'ambito di una *formula* con *condemnatio incerta*, il magistrato pone, in via ipotetica, una duplice possibilità al giudice: nel caso in cui risulti fondata la pretesa dell'attore il giudice dovrà condannare il convenuto entro i limiti della *taxatio*, nel caso contrario assolverlo.

La fonte risulta particolarmente interessante anche sotto il profilo linguistico: sembra infatti che la denominazione di *taxatio* si sia diffusa nella prassi ma non corrisponda alla denominazione tecnica che sarebbe quella di *praefinitio* che già nella sua etimologia da *prae* e *finitio* – delimitazione preventiva – indica al meglio il contenuto di questa clausola formulare.

5.2 L'*arbitratus de restituendo*.

Questa clausola era inserita tra la *intentio* e la *condemnatio*. Essa ampliava sensibilmente il contenuto del *iussum iudicandi*²⁵⁷.

Infatti, in presenza di tale clausola l'organo giudicante avrebbe potuto emettere una sentenza avente ad oggetto la restituzione del bene

²⁵⁷ In tema di *arbitratus de restituendo* si veda: S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo nelle formule del processo privato romano*, Napoli 2012.

controverso, stabilendo le modalità alle quali il convenuto si sarebbe dovuto attenere e, solo in caso di mancato adempimento, avrebbe pronunciato una sentenza di condanna avente ad oggetto una somma di denaro, determinata mediante *iusiurandum in litem*.

Ciò che interessa, ai fini di una indagine sulla bipartizione processuale, è la struttura della clausola restitutoria e la sua configurazione quale momento di attribuzione, al giudice, di un potere che il magistrato non avrebbe potuto esercitare nella fase *in iure*.

Appare dominante in dottrina l'opinione secondo cui l'inserimento di una clausola arbitrale nella formula non fosse dovuto ad una esplicita richiesta delle parti nella fase *in iure*²⁵⁸ ma fosse diretta conseguenza di una esplicita previsione edittale²⁵⁹. Se ciò fosse vero, come si vuole ritenere, il magistrato si sarebbe limitato a concedere la formula, nella quale era già ricompresa la clausola arbitrale e, quindi, senza poter esprimere una propria valutazione sul contenuto della condanna. Semmai, una valutazione preventiva era già stata compiuta al momento dell'inserimento della formula nell'editto annuale ma ciò non aveva rilevanza rispetto ad un eventuale potere decisorio riconosciuto al magistrato nelle singole controversie, avendo l'editto carattere astratto e generale.

²⁵⁸ Diversa l'ipotesi della *exceptio*, inserita nella formula su esplicita richiesta del convenuto al fine di contrastare la pretesa attorea. Sulle origini della *exceptio* cfr. M. R. CIMMA, *De non numerata pecunia*, Milano 1984, 26 ss. e 95 nt. 305 per ulteriori indicazioni bibliografiche.

²⁵⁹ La tesi contraria è stata sostenuta, ultimamente, da: T. DALLA MASSARA, *Sulle origini del dolo incidente*, in *Teoria e storia del diritto privato* III, 2010, 54.

In merito alla formula, dunque, si deve concludere che questa rappresenta lo strumento principale attraverso il quale, nel processo che da essa prende il nome, il magistrato dotato di *iurisdictio* non si limitava ad una valutazione meramente formale dei presupposti processuali ma interveniva, seppure limitatamente, nel merito della controversia, giocando un ruolo attivo nella determinazione di alcuni degli elementi che il giudice avrebbe successivamente deciso con l’emanazione della sentenza.

La previsione di un valore entro cui il giudice avrebbe dovuto e potuto intervenire è, secondo il mio avviso, un chiaro segno di un potere di valutazione riconosciuto al magistrato sulla base delle risultanze emerse già nella fase *in iure*.

Di minore impatto mi sembra, per contro, l’*arbitratus de restituendo*. L’inserimento di tale clausola nella formula, infatti, si spiega agevolmente pensando alla finalità stessa del processo: quella di rispondere alla ricomposizione della lite e qualora la pretesa dell’attore fosse stata fondata, consistere allo stesso di ottenere un concreto riconoscimento delle proprie ragioni o attraverso la condanna pecuniaria che normalmente costituiva il contenuto della decisione o, in caso di impossibilità, nella restituzione del bene controverso.

Non attiene al merito della controversia ma ai presupposti della stessa la possibilità, riconosciuta al magistrato, di negare la prosecuzione del procedimento, in assenza dei presupposti dell’azione.

6 *L'impossibilità dello svolgimento della fase apud iudicem in seguito alla denegatio actionis. Valutazioni del magistrato sui presupposti dell'azione.*

Poteva ben accadere che il magistrato, attraverso una propria pronuncia, escludesse la possibilità di proseguire il giudizio e, quindi, precludesse alle parti di rivolgersi ad un giudice privato. Come è chiaro, in tale ipotesi, il processo si sarebbe fermato alla fase *in iure* e non si sarebbe dato seguito alla nomina di un organo giudicante.

In merito a tale possibilità, della quale siamo più informati in riferimento al procedimento formulare, Wenger affermava che «stava interamente al prudente arbitrio del pretore, se voleva o no schiudere alle parti la possibilità di una lite giudiziaria»²⁶⁰.

L'affermazione del Wenger, tuttavia, deve essere rigettata con riguardo alle *legis actiones* che, a causa della loro rigidità formale, non avrebbero potuto consentire l'esercizio di un potere discrezionale tanto ampio da precludere una pronuncia sul merito. Appare, da questo punto di vista, insuperata l'affermazione di G. Pugliese: «Se i magistrati avessero ricorso normalmente a denegazioni discrezionali e avessero quindi disatteso, sia pure in senso negativo, i precetti delle leggi e del *ius civile*, le *legis actiones* sarebbero divenute rapidamente molto più duttili di quanto non risulti dalle fonti e l'attività magistra-

²⁶⁰ L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile*, cit., 99.

tuale sarebbe apparsa, già allora, sia pure in misura più limitata, creatrice di diritto, come apparve nel periodo del processo formulare»²⁶¹.

Beninteso, non ritengo possa essere del tutto negata l'esistenza di un potere, in capo al *rex* o al magistrato repubblicano dotato di *iurisdictio*, volto a negare l'azione, già in costanza del processo *per legis actiones*. Questo potere, senza essere confuso con il potere discrezionale del quale il magistrato disporrà nel processo formulare, deve essere inteso nel senso di un potere di controllo formale sui presupposti e lo svolgimento della procedura.

La *denegatio actionis* è configurabile esclusivamente come pronuncia dovuta alla mancanza di conformità al *ius civile* e non anche in riferimento ad una valutazione del magistrato sul merito della controversia²⁶².

Ricollegandomi a quanto detto a proposito del *sacramentum* e della *litis contestatio*, è ipotizzabile che il magistrato dovesse pronunciarsi nel solo senso di *denegare* l'azione nel caso in cui le parti si fossero rifiutate di prestare giuramento o chiamare le divinità a testimoni. Ma

²⁶¹ G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 388.

²⁶² Valutazioni sul merito sembrano riscontrabili in alcune ipotesi: si pensi alla assegnazione provvisoria della *lis*, a seguito dell'intimazione *mittite ambo rem*. Cfr. *supra*, cap. II, § 3.2.3. L'attribuzione della cosa controversa, tuttavia, era solo provvisoria e rispondeva all'esigenza di conservare l'integrità dell'oggetto della domanda giudiziale. La valutazione sul merito, dunque, poteva costituire una indicazione autorevole all'organo giudicante ma questi non era tenuto a confermare la scelta del magistrato nell'assegnazione definitiva del bene.

ancora volta, non siamo nell'ambito di una valutazione che investa il merito della controversia²⁶³.

Si ha piena conferma di questo assunto in un noto passo dell'orazione *pro Murena* nella quale Cicerone, con atteggiamento irrisorio nei confronti dei giureconsulti, imposta la difesa di Licinio Murena, con un espresso riferimento alla macchinosità delle strutture processuali e delle loro formule, paragonate a *carmina*²⁶⁴:

Cic. Pro Murena 11.25-26: Posset agi lege necne pauci quondam sciebant; fastose nim volgo non habebant. Erant in magna potentia qui consulebantur; a quibus etiam dies tamquam a Chaldaeis petebatur. Inventus est scriba quidam, Cn. Flavius, qui cornicum oculos confixerit et singulis diebus ediscendis fastos populo proposuerit et ab ipsis his cautis iuris consultis eorum sapientiam compilarit. Itaque irati illi, quod sunt veriti ne dierum ratione pervolgata et cognita sine sua opera lege agi posset, verba quaedam composuerunt ut omnibus in rebus ipsi interessent. Cum hoc fieri bellissime potest :

²⁶³ La dottrina, pur non unanime nel negare la sussistenza di una *denegatio actionis* nel processo *per legis actiones*, sembra comunque concorde nel ritenere che il magistrato dotato di *iurisdictio* si potesse pronunciare nel senso di interrompere il successivo svolgimento del processo in presenza di vizi di forma: G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 385; G.I. LUZZATTO, *Procedura civile*, II, cit., 297 ss.; R. SANTORO, *Potere ed azione*, cit., 178 nt. 16.

²⁶⁴ L'accostamento tra diritto e *carmina* si rinviene in un altro passo ciceroniano nel quale l'Autore ricorda come, da bambino, fosse costretto a imparare a memoria, *ut carmen necessarium*, il testo delle XII Tavole: Cic. *leg. 2.59*. Cfr. O. DILIBERTO, *Ut carmen necessarium* (Cic. *Leg. II.59*). *Apprendimento e conoscenza della Legge delle XII Tavole nel I sec. a.C.*, in M. CITRONI (a cura di), *Letteratura e civitas. Transizioni dalla Repubblica all'Impero*. In ricordo di E. Narducci, Pisa 2012, 141 ss.

'Fundus Sabinus meum est' 'Immo meus', deinde iudicium, noluerunt. 'Fundus' inquit 'qui est in agro qui Sabinus vocatur'. Satis verbose; cedo quid postea? 'Eum ego ex iure Quiritium meum esse aio'. Quid tum? 'Inde ibi ego ex iure manum consertum voco'. Quid huic tam loquaciter litigioso responderet ille unde petebatur non habebat. Transit idem iuris consultus tibicinis Latini modo. 'Unde tu me' inquit 'ex iure manum consertum vocasti, inde tibi ego te revoco' praetor interea ne pulchrum se ac beatum putaret atque aliquid ipse sua sponte loqueretur, ei quoque carmen compositum est cum ceteris rebus absurdum tum vero in illo: 'Suis utrisque superstitibus praesentibus istam viam dico; ite viam'.

Nel 62 a.C. Licinio Murena fu eletto console con Decimo Giunio Silano ma, prima di assumere le sue funzioni, venne accusato di corruzione da Servio Sulpicio Rufo. In questo brano, estratto dall'orazione per lui scritta da Cicerone, si torna al tema della contrapposizione tra modelli processuali.

Nell'intento di porre in cattiva luce il giurista Sulpicio Rufo, Cicerone attaccava l'intera categoria alla quale l'accusatore apparteneva. Certamente si tratta di una posizione di parte, volta a difendere l'accusato e quindi dai toni esasperati, tuttavia, la testimonianza è di grande valore perché consente di confermare che, qualche anno prima dell'emanazione delle *leges Iuliae iudiciorum*, l'antico formalismo del processo privato fosse oggetto di aperte critiche, con particolare rife-

rimento all'assenza di un giudizio non ancora interamente svincolato da elementi puramente formali²⁶⁵.

Nel contesto descritto da Cicerone non è possibile immaginare la possibilità, riconosciuta al magistrato, di pronunciarsi sul merito²⁶⁶ della controversia²⁶⁷.

²⁶⁵ Il tema sarà ripreso nel II sec. d.C. da Gai 4.30 sulla *nimia subtilitas veterum* o, ancora, Gai 4.11 sull'esperimento dell'*actio de arboribus succisis*. Cfr. *supra* Cap. I, § 1.

²⁶⁶ Sulla configurabilità di una pronuncia magistratuale sul merito della controversia si veda: A. METRO, *La denegatio actionis*, cit., 15 ss.

²⁶⁷ La posizione qui assunta non è unanimemente accettata dalla dottrina. In particolare, alcuni studiosi ritengono che anche in vigenza delle *legis actiones* fosse riconosciuto un potere discrezionale molto ampio al magistrato giudicante: tanto ampio da ricomprendere la possibilità di una pronuncia sul merito della controversia già nella fase *in iure*. In primo luogo vengono in considerazione due passi tratti dalle orazioni *in Verrem*: Cic. *Verr.* 2.2.16.39: *Quis unquam isto praetore, Chelidone invita, lege agere potuit?*; Cic. *Verr.* 2.1.52.137: *Domus erat plena; nova iura, nova decreta, nova iudicia petebantur. 'Mihi det possessionem, mihi ne adimat, in me iudicium ne det, mihi bona addicat'*. I due passi fanno riferimento all'autorevolezza assunta da Chelidone, la prostituta liberta, divenuta amante di Verre e sua principale consigliera. Secondo Cicerone la sua casa era affollata: vi si accorreva perché la donna potesse intercedere presso il suo amante per la concessione di una tutela giurisdizionale. Nel primo passo proposto si fa esplicito riferimento al *lege agere*, ma l'espressione deve essere intesa in senso generale, dato che al tempo della redazione delle orazioni *in Verrem*, intorno al 70 a.C., le *legis actiones*, seppure ancora in vigore, erano già state superate dal processo formulare. Cfr. E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, cit., 20. Nel secondo brano *nova iudicia e iudicium* sono richiami più precisi al procedimento formulare. In ogni caso, ciò che si intende dire nei testi citati è, secondo me, che l'esperimento di una qualsiasi azione giudiziaria (o meglio, l'esperimento di un'azione giudiziaria di un qualche valore) avrebbe necessitato l'approvazione di Chelidone, prima di essere proposta al tribunale di Verre. Meno chiara appare l'argomentazione circa la sussistenza di una *denegatio actionis* nel processo *per legis actiones* tratta da Cic., *Att.* 7.2.8: *Itaque usurpavi vetus illud Drusi, ut ferunt, praetoris in eo, qui eadem liber non iuraret, me istos liberos non addixisse, praesertim cum adesset nemo, a quo recte vindicarentur*. In una delle sue epistole al fratello, Cicerone fa riferimento al comportamento del pretore Druso il quale negava la validità di una *addictio* da lui stesso

pronunciata poiché un *servus* si rifiutava di rinnovare la *promissio iurata liberti* a seguito di *manumissio vindicta*. Sulla portata del testo si veda: V. ARANGIO-RUIZ, *Romanisti e latinisti*, in *Studi sassaresi XVI*, Sassari 1938, 27 ss.; S. TONDO, *Aspetti simbolici e magici nella struttura giuridica della manumissio vindicta*, Milano 1967, 28 ss. Su altre tre fonti non sembrano esserci ulteriori dubbi in dottrina: un altro brano di Cicerone, inizialmente ritenuto rilevante ai fini della individuazione della *denegatio actionis* nelle *legis actiones* è oggi ritenuto poco significativo per la ricostruzione dell'istituto in esame. Lo si riporta per completezza: Cic., *de orat.* 1.36.166-167: *Potes igitur, inquit Crassus, ut alia omittam innummerabilia et immensa et ad ipsum tuum ius civile veniam, oratores putare eos, quos multas horas expectavit, cum in campum properaret, et ridens et stomachans P. Scaevola, cum Hypsaeus maxima voce, plurimis verbis, a M. Crasso praetore contenderet, ut ei, quem defendebat, causa cadere liceret, Cn. Autem Octavius, homo consularis, non minus longa oratione recusaret, ne adversarius causa caderet, ac si neis, pro quo ipse diceret, turpi tutelae iudicio, atque omni molestia, stultitia adversarii, liberaretur? Ego vero istos, inquit – memini enim mihi narrara Mucium – non modo oratoris nomine, sed ne foro quidem dignos putarim. Atqui non defuit illis patronis, inquit Crassus, eloquentia, neque dicendi ratio aut copia, sed iuris civilis scientia: quod alter plus, lege agendo, petebat, quam quantum lex in XII tabulis permiserat; quod cum impetrasset, causa caderet; alter iniquum putabat plus secum agi, quam quod erat in actione; neque intellegebat, si ita esset actum, litem adversarium perditurum.* Il testo è riferibile ad un episodio che si sarebbe svolto sotto la pretura di M. Crasso (127-128 a.C.) e quindi non è chiaro se il contesto sia quello di un processo *per legis actiones* oppure *per formulas*. In questo caso la questione non è rilevante perché sembra assente, nel testo, ogni riferimento alla *denegatio actionis* mentre oggetto della trattazione sembra essere la sola *plus petitio* e l'incompetenza di due oratori nel sostenere la posizione dei rispettivi clienti. A tale conclusione giungono, *inter alios*: F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 77 e H. LÉVY-BRUHL, *La denegatio actionis*, cit., 18 ss. Infine, ulteriori due fonti ma questa volta da riferire sicuramente al processo post-ebuzio e quindi non inerenti al processo *per legis actiones*: Val Max. 7.7.5: *Egregia C. quoque Calpurnii Pisonis praetoris urbis constitutio: cum enim ad eum Terentius ex octo filiis, quos in adulescentiam perduxerat, ab uno in adoptionem dato exheredatum se querellam detulisset, bonorum adulescentis possessionem ei dedit heredesque lege agere passus non est.* Il brano si riferisce ad una *querella inofficiosi testamenti* che, come è noto, restò nell'ambito delle *legis actiones*, affidata al giudizio dei *centumviri* (Gai 4.31). è quindi logico ipotizzare che, essendo già stata emanata la *lex Aebutia* (il testo si riferisce infatti alla pretura di Calpurnio Pisone, databile intorno al 70 a.C., essendo egli stato console nel 67 a.C.), alcuni istituti propri del processo formulare, quale la *denegatio actionis*, possano essere stati applicati anche alle residue *legis actiones*. Simile discorso deve essere fatto in riferimento ad una fonte epigrafica: *Lex Osca Tab. Bant.* 23-27: *Praetor sive praefectus posthac Bantiae erit, siquis apud eos cum | altero*

lege agere volet aut pro iudicato manum asserere earum rerum | quae hisce in legibus scriptae sunt, ne quem prohibuerit magis diebus X proximis. Si quis contra | hoc prohibuerit, multa tanta esto: n. M. Oggi la *lex Osca Tabulae Bantinae* è ritenuta posteriore alla *lex Latina* (incisa sull'altra faccia della medesima *tabula*) e risalente all'epoca sillana [Cfr. G. TIBILETTI, voce *Lex Osca Tabulae Bantinae*, in E. DE RUGGIERO, *Dizionario epigrafico di antichità romane IV*, Roma 1956, 716] e, quindi, troppo tarda per poter essere validamente considerata ai fini della risoluzione del problema prospettato.

CAPITOLO IV LA FASE APUD IUDICEM

SOMMARIO: 1. Premessa sugli organi giudicanti. – 2. L'ipotesi di esercizio di una funzione pubblica da parte del *iudex privatus*. La *condemnatio* quale attribuzione di un potere/dovere di decidere il merito della controversia. – 2.1. Sulla struttura dell'*officium iudicis*. – 3. Vincoli del giudice dopo la nomina. – 3.1. Il regime delle *excusationes* quale impedimento soggettivo alla prosecuzione della fase *apud iudicem*. – 3.2. *Rem sibi non liquere* e sospensione del procedimento – 4. Ancora sui limiti imposti dalla formula al potere dell'organo giudicante: il problema della configurabilità della condanna in forma specifica.

1. *Premessa sugli organi giudicanti.*

La fase decisoria del processo privato romano si svolgeva dinnanzi ad un organo giudicante la cui natura e composizione potevano variare a seconda dell'oggetto della singola causa.

Del resto, una simile differenziazione è emersa anche in riferimento all'individuazione dell'organo magistratuale preposto a sovrintendere alla fase preparatoria del processo, almeno a partire dal momento in cui l'esercizio della *iurisdictio* venne riconosciuto ad una pluralità di magistrati.

La stessa denominazione della fase – *apud iudicem* – evidenzia il ruolo di primo piano svolto dal *iudex*, cittadino privato, normalmente scelto dalle parti, chiamato a risolvere la controversia con la pronuncia di una sentenza definitiva. È chiaro, dunque, che la bipartizione processuale trova la propria realizzazione nel momento in cui si passa dalla fase di preparazione della causa alla fase decisoria, dinnanzi ad un nuovo organo. Volendo azzardare un parallelo rispetto alla struttura del processo di cognizione, così come disciplinato dal codice di procedura civile italiano, possiamo affermare che, nel processo privato romano, la fase preparatoria e la fase della trattazione si svolgessero dinanzi al magistrato dotato di *iurisdictio* e le fasi di istruzione probatoria e decisoria si svolgessero dinnanzi all'organo giudicante.

Il giudice privato non fu l'unico soggetto giudicante noto all'esperienza giuridica romana. Alcune controversie potevano essere risolte da un *arbiter*, anch'esso scelto dalle parti ma, a differenza del *iudex*, dotato di specifiche competenze tecniche, tenuto a giudicare solo in seguito ad un suo *receptum* e con effetti meramente privatistici.

Accanto a organi giudicanti monocratici, vi furono poi organi collegiali, come il collegio dei *recuperatores*. Questo organo fu inizialmente chiamato a conoscere delle controversie tra cittadini e stranieri e quindi a giudicare in talune ipotesi delittuali.

Già verso la metà del V sec. a.C. dovette esistere il collegio dei *decemviri stilibus iudicandis*, competenti a giudicare nelle *causae liberales*.

Solo dopo il 241 a.C. abbiamo una regolamentazione dell'elezione, in capo alle tribù, dei *centumviri*, coinvolti in materia di successione ereditaria.

I due collegi, entrambi precostituiti e composti rispettivamente da dieci e centocinque (successivamente centottanta) membri, erano adatti al sistema delle *legis actiones* ma non al processo formulare, che contemplava solo giudici scelti dalle parti, in riferimento alle singole controversie.

La ricerca sarà limitata agli aspetti più propriamente connessi al tema della bipartizione processuale e si cercherà di dare maggiore rilievo alla figura del *iudex privatus* che, per i suoi caratteri, può essere considerato paradigmatico rispetto alla molteplicità degli organi giudicanti, chiamati ad assumere una decisione finale.

2. *L'ipotesi di esercizio di una funzione pubblica da parte del iudex privatus. La condemnatio quale attribuzione di un potere/dovere di decidere il merito della controversia.*

Il processo privato romano, sia delle *legis actiones* che delle *formulae*, si caratterizzava per il fatto che la decisione finale fosse assunta da un soggetto estraneo all'ordinamento costituito, scelto dalle parti e indicato al magistrato dotato di *iurisdictio*, che avrebbe provveduto, attraverso un decreto denominato *iudicium* (o *actionem*) *dare* o *iudicii* (o *actionis*) *datio*, precedente la *litis contestatio*.

Le fonti fanno esplicito riferimento alle funzioni assegnate e derivanti dal *iussum iudicandi*²⁶⁸ magistratuale. La prima funzione era quella di giudicare. Si trattava di un vero e proprio *munus publicum*²⁶⁹, come attestato in D. 5.1.78: *Quippe iudicari munus publicum est*.

La dottrina ha inteso l'espressione *munus publicum* come sinonimo di 'funzione pubblica'²⁷⁰ ma si tratta certamente di un anacronismo in riferimento al processo privato, in quanto il giudice assumerà le vesti di funzionario pubblico soltanto con l'affermarsi della *cognitio extraordinem*. In quell'occasione scomparirà la suddivisione del processo in due fasi e, conseguentemente, verrà meno la necessità, per le parti, di procedere alla scelta di un giudice. Le funzioni svolte dal magistrato nella fase *in iure* e dal giudice nella fase *apud iudicem*, saranno di competenza di un funzionario imperiale, diretta manifestazione della volontà dell'Imperatore. Non si può dunque ritenere corretta l'impostazione, risalente al Wlassak, secondo la quale il giudice, a seguito dello *iussum iudicandi* del magistrato assumesse le vesti di un organo statale. Il sostantivo *munus* ha valore polisemantico. Esso pre-

²⁶⁸ Cfr. M. WLASSAK, *Der Iudikationsbefehl*, cit., 60. Lo studioso pone in evidenza l'origine privata del processo romano: lo *iussum iudicandi* assume le caratteristiche di un semplice invito, rivolto al giudice dal magistrato, ad accettare l'incarico e adempierlo. Il dovere del giudice troverebbe la sua fonte nella scelta delle parti e non nell'atto di nomina del magistrato. L'interpretazione del Wlassak non sembra più trovare sostegno da parte della dottrina.

²⁶⁹ G. I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, cit., 217.

²⁷⁰ G. I. LUZZATTO, *ult. loc. cit.*

sentata almeno tre accezioni, come è possibile desumere da un passo del giurista Paolo:

D.50.16.18pr.: *Munus tribus modis dicitur: uno donum, et inde munera dici dari mittive, altero, quodcum remittatur, vacationem militae munerique praestat inde immunitatem appellari: tertio officium, unde munera militaria et quosdam milites munificios vocari: igitur municipes dici; quod munera civilia capiant.*

L'accezione di *munus publicum* come funzione pubblica può essere riferito soltanto al processo di età post-classica ma non a quello precedente, nel quale il *iudicium* si caratterizzava per essere *privatum*, cioè emesso da un soggetto non incardinato nell'ordinamento statale. Dalle fonti emerge un altro dato di particolare rilevanza per la ricostruzione delle funzioni attribuite al giudice. Il *iudex privatus* assume un *officium*. Dell'*officium* molto si discute in dottrina. Si presenta come un dovere la cui natura è controversa. Non si tratta né di un dovere meramente procedurale, né esclusivamente giuridico²⁷¹. Lasciando dunque ogni tentativo di inquadrare l'*officium*, ciò che qui importa è

²⁷¹ J.L. MURGA, *Derecho romano clasico*, II, *El proceso*, Zaragoza 1980, 66.

che l'espressione *officium iudicis* si affermerà a partire dall'età dei Severi per indicare la funzione di un magistrato o di un funzionario²⁷².

Il carattere privato del giudice in età classica non è posto in discussione. Con l'affermarsi della *cognitio extra ordinem* verrà meno la necessità di un magistrato e un giudice, come conseguenza del venir meno della bipartizione processuale.

2.1. *Sulla struttura dell'officium iudicis.*

La bipartizione processuale, facoltativa a partire dal VI sec. a.C.²⁷³, presupponeva la nomina di un organo giudicante, diverso dal magistrato dotato di *iurisdictio*. Il *iudex privatus* era un cittadino estraneo all'ordinamento statale. Egli assumeva la funzione dopo il compimento della fase *in iure*. Il suo incarico terminava, di regola²⁷⁴, con la pronuncia della sentenza.

L. Gagliardi²⁷⁵ ha posto in evidenza come il ruolo di giudice fosse particolarmente ambito, tanto da provocare rivalità e tensioni nella in-

²⁷² Cfr. M. KASER, *Das römische Zivilprozeßrecht*, cit., 275, in cui l'A. ammette il carattere arcaico degli *officia*.

²⁷³ Cfr. R. ORTU, *Alle origini del iudicium privatum*, cit., 151. Parzialmente in disaccordo con C. PELLOSO, *Giudicare e decidere*, cit., 59 ss.

²⁷⁴ M. TALAMANCA, voce *Processo civile*, cit., 7.

²⁷⁵ L. GAGLIARDI, *Riflessioni*, cit., 199 ss.

dividuazione dei soggetti che potevano essere chiamati a rivestire tale funzione²⁷⁶. Fu probabilmente proprio questa «lotta per le investiture» a determinare la previsione di un elenco ufficiale al quale attingere i nominativi dei giudici²⁷⁷.

L'*album iudicum* conteneva, inizialmente, i nomi di soli *cives* appartenenti al Senato. I Senatori, infatti, potevano garantire sin dal principio imparzialità e onorabilità, proprio in virtù dell'alta considerazione che godevano presso la popolazione, almeno nella più risalente fase di sviluppo dell'esperienza storico-giuridica romana²⁷⁸. L'equidistanza rispetto alle parti dei Senatori era maggiormente evidente laddove la controversia riguardasse due soggetti appartenenti a classi sociali distinte²⁷⁹.

La iniziale nomina di soli Senatori evitava il pericolo che la parte socialmente più forte riuscisse a far attribuire l'incarico ad un individuo di sua fiducia²⁸⁰.

Gli studiosi²⁸¹ si sono chiesti, senza giungere ad una soluzione sicura del problema, se l'*album iudicum* contenesse i nomi dei giudici

²⁷⁶ L. GAGLIARDI, *ult. loc. cit.*

²⁷⁷ L. GAGLIARDI, *ult. loc. cit.* Sulla nomina del giudice resta fondamentale la monografia dedicata al tema da J. Mazeaud, ormai risalente alla prima metà del secolo scorso: J. MAZEAUD, *La nomination du iudex unus sous la la procédure formulaire à Rome*, Paris 1933, 7 ss.

²⁷⁸ L. GAGLIARDI, *ult. loc. cit.*

²⁷⁹ L. GAGLIARDI, *ult. loc. cit.*

²⁸⁰ J. MAZEAUD, *La nomination*, cit., 7 ss.

sia per le cause criminali che per quelle private, o riguardasse solo queste ultime²⁸².

In ogni caso è attestato che dall'*album* si ricavavano i nomi dei giudici privati ma anche dei giudici appartenenti al collegio dei *recuperatores*²⁸³.

L'*album iudicum* era predisposto dal pretore, ogni anno, all'inizio dell'incarico magistratuale²⁸⁴. Il magistrato lo esponeva, insieme all'editto, e conteneva i nomi di coloro che le parti avrebbero potuto indicare per il ruolo di giudice, qualora non fossero avvenute ad un accordo²⁸⁵.

La prima importante regolamentazione dell'*album* risale alla *lex Aurelia iudiciaria* del 70 a.C., voluta dal pretore L. Aurelio Cotta. Si trattò di una riforma dai risvolti particolarmente interessanti. Sino ad allora, come sottolineato, il ruolo di giudice era riservato ai senatori. C. Gracco aveva previsto la possibilità anche per gli *equites* di accedere alla carica di giudice. Ma la riforma ebbe breve durata. Silla ripristinò la situazione precedente.

²⁸¹ J. MAZEAUD, *ult. loc. cit.*; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, cit., 216.

²⁸² J. MAZEAUD, *ult. loc. cit.*; G. PUGLIESE, *ult. loc. cit.*

²⁸³ J. MAZEAUD, *ult. loc. cit.*; G. PUGLIESE, *ult. loc. cit.*

²⁸⁴ Cfr. L. GAGLIARDI, *Riflessioni*, cit., 199 ss, il quale afferma che in caso di mancato accordo tra le parti, la scelta fosse affidata direttamente al pretore.

²⁸⁵ F. LA ROSA, *Decemviri e centumviri*, in *Labeo* 4, 1958, 40. La tesi di F. La Rosa secondo la quale era impossibile individuare un giudice al di fuori dell'*album*, è oggi ritenuta inaccettabile dalla dottrina maggioritaria. Cfr. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, cit., 228.

La *lex Aurelia* deve essere considerata in continuità rispetto alle riforme che trovarono il loro fondamento nella politica dei fratelli Gracchi, volte a limitare il potere senatoriale in ambito giurisdizionale. Il provvedimento del 70 a.C. stabilì che l'*album* dovesse essere organizzato in tre decurie: una di senatori, una di *equites* e una di *tribunii aerarum*²⁸⁶. Gli elenchi continuarono ad essere compilati dal pretore urbano all'inizio del suo mandato. La disciplina dell'*album* subì numerose riforme nel corso del tempo. Cesare escluse i *tribuni aerarum* e nel principato erano previste tre decurie di *iudices selecti* e due decurie di *duocenarii*, con competenza per le cause di minor valore²⁸⁷. In ogni caso, la dottrina è sempre stata concorde nel ritenere che i giudici appartenessero ad una classe sociale elevata²⁸⁸.

²⁸⁶ G. PUGLIESE, *ult. loc. cit.*

²⁸⁷ A. D'ORS, *Nuevos datos de la Ley Irnitana sobre la jurisdiccion municipal*, in *SDHI* 49, 1983, 35. I *duocenarii* erano soggetti con un patrimonio minimo di 200.000 sesterzi. La revisione di un patrimonio minimo per poter essere nominati giudici privati trova conferma anche nella legislazione provinciale, secondo quanto è possibile leggere nella *lex Irnitana*, benché per ragioni legate alle dimensioni del municipio di *Irni*, il patrimonio minimo era di 5.000 sesterzi. Il fine era sempre lo stesso: quello di garantire l'indipendenza e quindi la neutralità del giudice rispetto alle parti. Lo stesso A. spagnolo mette in evidenza come il riferimento fosse sempre al *pater familias* e non al patrimonio del giudice, il quale poteva ben essere *alieni iuris*.

²⁸⁸ F. DE MARTINO, *Litem suam facere*, in *BIDR* 91, 1988, 21; A. BURDESE, *Sulla responsabilità del iudex privatus nel processo formulare, Diritto e processo nell'esperienza romana*, Napoli 1994, 153 ss.

Questo assunto è stato di recente messo in discussione da L. Gagliardi²⁸⁹, il quale, affrontando una analisi sociologica sulla base delle fonti letterarie, ha proposto alcune riflessioni intorno alla figura del *iudex unus* e al modo in cui la stessa era percepita all'interno della società romana, dagli scrittori, dagli avvocati, dalle parti litiganti e dalla gente comune. Da una attenta analisi delle fonti si evince l'esistenza di una realtà parallela a quella che emerge dagli studi della tradizione giusromanistica, significativamente indicata come il «mondo sommerso dei giudici»²⁹⁰.

Si viene così a mettere in crisi l'elenco di giudici elaborato da P. Collinet in uno studio del 1934²⁹¹, dedicato al ruolo del giudice nella formazione del diritto romano classico. Secondo L. Gagliardi: «i giudici non erano solo quelli che appartenevano alla classe sociale più elevata, ma anche quelli che, d'estrazione plebea, giudicavano di caprette e di tuniche stracciate»²⁹² - cittadini i cui nomi in qualità di giudici non sono stati tramandati.

²⁸⁹ L. GAGLIARDI, *Riflessioni*, cit., 208.

²⁹⁰ L. GAGLIARDI, *ult. loc. cit.*

²⁹¹ P. COLLINET, *Le rôle du juge dans la formation du droit romain classique*, in *Recueil Gény*, I, Paris 1934, 23 ss. Secondo lo studioso francese: «le *iudex unus* normalmente ne sera pas un homme quelconque» ma meglio «des personnages qualifiés et ayant, comme les Romains bien nés, étudié le droit ou au moins la rhétorique».

²⁹² L. GAGLIARDI, *Riflessioni*, cit., 208.

Le parti potevano addivenire ad un accordo, proponendo al magistrato un *iudex* tra persone di loro fiducia, anche straniero²⁹³. Il magistrato era libero di accettare o meno la proposta. In caso di non accettazione da parte del pretore, si procedeva alla scelta dall'*album iudicum*.

Due²⁹⁴ erano dunque le modalità di elezione del giudice. Il giudice poteva essere nominato su accordo delle parti o a seguito del procedimento definito *ferre o procare iudicem*²⁹⁵.

L'espressione ricorre in un passo della *pro Cluentio* di Cicerone:

Cic. *pro Cluent.* 43.121: *Primum iudices, senatores equitesque romani, in compluribus iam reis, quos contra leges pecunias accepisse subscriptum est, suae poltius religioni quam censorum opinioni paruerunt. Deinde praetores urbani, qui iurati debent optimum quemque in lectos iudices referre, numquam sibi ad eam rem censoriam ignominiam impedimento esse oportere duxerunt.*

²⁹³ L. GAGLIARDI, *ult. loc. cit.*

²⁹⁴ Parte della dottrina ha ipotizzato l'esistenza di una terza modalità: il ricorso alla sorte. La *sortitio iudicis* era la prassi seguita per la nomina dei *recuperatores*. Inoltre, la designazione per sorteggio era praticata in Grecia, ma costituiva un'eccezione a Roma. Sul punto vedi G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II, cit., 227.

²⁹⁵ Festo, s.v. *procare*, 260: *Procare poscere est, unde et proci et verbum procas, id est poscis... est enim procare poscere, ut cum dicitur in iudice conlocando: si alium procas, nive eum procas, hoc est poscis... procat dicebant pro poscit.*

Aul. Gell. *Noct. Act.* 14.2.1: *Quo primum tempore a praetoribus lectus in iudices sum ut iudicia, quae appellabantur privata, suscipirem [...]*.

Questa seconda modalità è del tutto particolare. L'attore leggeva²⁹⁶ una lista di nomi, fino a quando il convenuto non riconosceva quello di un giudice di suo gradimento²⁹⁷.

Un'importante fonte per la ricostruzione del tema in esame, è rappresentata dalla *lex Irnitana*. Sebbene questa si riferisse al metodo di elezione vigente nei municipi, è possibile ritenere che fosse una propagazione del sistema vigente in Roma. Numerose sono infatti le affinità. Prima fra tutte la suddivisione dell'*album* in tre sezioni, con tutta evidenza corrispondenti a quelle esistenti a Roma in vigenza della *lex Aurelia*. In secondo luogo le modalità di individuazione del *iudex* secondo lo schema del *iudicem procare*.²⁹⁸

Le fonti non consentono una ricostruzione delle modalità di elezione nel periodo più risalente. Tuttavia, è possibile avanzare

²⁹⁶ Tale attività prendeva il nome di *iudicem procare* o *ferre*. La scelta del giudice poteva essere rimessa al convenuto (Quint., *Inst. or.*, 5.6.6).

²⁹⁷ L'accettazione del convenuto viene definita in diversi modi nelle fonti: *sumere* (Cic. *Quinct.* 32); *capere* (Plaut., *Most.*, 549); *comprobare iudicem* (Cic., *Rosc. Com.*, 42). Il convenuto non aveva nessun obbligo di motivare l'eventuale rifiuto, ma doveva pronunciare un giuramento. Si parla in questo caso di *eierare iudicem* (Cic., *de orat.*, 70).

²⁹⁸ A. D'ORS, *Nuevos datos*, cit., 35 ss.

un'ipotesi a partire da una importante testimonianza fornita da Cicerone.

Cic. *Cluent.* 43.120: *Neminem voluerunt maiores nostri non modo de estimatione cuiusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse iudicem, nisi qui inter adversarios convenisset.*

Secondo l'Arpinate già in un'epoca molto lontana, dato l'esplicito richiamo ai *miores nostri*, la nomina dei giudici avveniva a seguito di un accordo tra le parti. La notizia sembra trovare conferma in un passo delle Istituzioni gaiane, già analizzato a proposito delle origini del processo privato romano. Anche in questo caso si pongono problemi relativi al frammento, non interamente leggibile. Conviene riproporre il testo per ulteriori riflessioni:

Gai. 4.15: *...ad iudicem accipiendum venirent; postea vero reversis dabatur. Ut autem die XXX iudex daretur, per legem Pinariam factum est; ante eam autem legem [...]m dabatur iudex.*

Il frammento può essere letto in due differenti modi, a seconda di come si integri la parola mancante. Tra l'accusativo *legem* e il verbo

dabatur è presente la sola lettera *m*. Oggi la dottrina maggioritaria²⁹⁹ tende a interpretare la *m* come lettera finale dell'avverbio *statim*. Da ciò si deduce che la *lex Pinaria* si limitò ad introdurre un periodo di trenta giorni tra la conclusione della fase *in iure* e la *datio iudicis*. Non è possibile far risalire la previsione del giudice da parte della *lex Pinaria*, come ha sostenuto parte della dottrina³⁰⁰. Non è ancora possibile giungere ad una conclusione circa le originarie modalità di elezione del giudice³⁰¹. Solo attraverso l'analisi del sistema in vigore in età classica, è forse possibile individuare caratteri comuni con il processo *per legis actiones*.

²⁹⁹ Per l'individuazione delle diverse stampe del testo in tal senso si rimanda a L. WENGER, *Institutionen*, cit., 122. Il riferimento è alle seguenti edizioni: Krüger e Studemund (1923); Seckel e Kübler (1939); David (Leiden 1948). Altra parte della dottrina ha ritenuto di poter integrare la parola mancante con l'avverbio *nondum*. Cfr. H. LÉVY-BRUHL, *Recherches*, cit., 202 ss. Lo studioso giunge a proporre un paragone tra l'antico arbitrato romano e le prime forme del processo privato romano.

³⁰⁰ Cfr. G. NICOSIA, *La legis actio per conditionem e la novità dell'intervallo dei trenta giorni*, in *AUPA*, Palermo 2010, 55 ss.

³⁰¹ G. BROGGINI, *Iudex arbiterve*, cit., 9 ss. Secondo lo studioso l'antica espressione *iudex datus* confermerebbe l'ipotesi secondo la quale nella legge delle XII tavole il giudice era sempre scelto, e quindi imposto, dal magistrato alle parti. Tuttavia, l'A. non esclude che le parti potessero individuare un soggetto da proporre al magistrato: «Die Spruchformel der *legis actio* gewahrt weder dem Klager noch dem Beklagten die Möglichkeit der Wahl eines bestimmten *arbiter* oder *iudex*». Una differente visione è espressa da F. LA ROSA, *Decemviri e centumviri*, cit., 51 ss. La giurista afferma che sino all'introduzione della *legis actio per conditionem*, le parti non poterono avere nessun ruolo nella scelta del giudice. Entrambe le ipotesi sono oggi abbandonate dalla dottrina.

La scelta non avveniva in piena libertà, in quanto il ruolo di *iudex* poteva essere svolto soltanto da soggetti dotati di particolari requisiti. Nel periodo decemvirale i giudici dovevano essere scelti tra i senatori³⁰² e questo costituiva una prima limitazione. Non è possibile individuare il momento esatto nel quale le parti poterono indicare soggetti non appartenenti al Senato. Alcuni Autori³⁰³ hanno connesso questa possibilità agli *arbitria bonae fidei* laddove era chiaramente necessario l'intervento di un *bonus vir*, uomo nel quale le parti riponevano la loro fiducia. È plausibile l'ipotesi secondo la quale il pretore, tra il III e il II sec. a.C., recepì nel proprio editto questa opportunità per la risoluzione dei conflitti tra privati³⁰⁴. La prassi era quella della individuazione del giudice su accordo delle parti. Il problema sorgeva, però, nel momento in cui le parti non riuscivano a trovare tale accordo. Un impulso alla ricerca è sicuramente giunto a seguito del ritrovamento della *lex Irnitana*.

L'assenza di informazioni sul tema, veniva solitamente risolto dalla dottrina attraverso il riferimento a Plinio *nat. Hist. Praef. Cap. 2: plurimum refert sortiatur aliqui iudicem an eligat*. Il meccanismo della *sortitio* era sicuramente in uso per i *recuperatores*.

³⁰² Dion. Hal. 2.9; Polib. 6.17.7: ἐκ ταύτης ἀποδίδονται κριταὶ τῶν πλείστων καὶ τῶν δημοσίων καὶ τῶν ιδιοτικῶν συναλλαγμάτων, ὅσα μέγεθος ἔχει τῶν ἐγκλημάτων.

³⁰³ Tra i quali: G. BROGGINI, *Iudex arbiterve*, cit., 111.

³⁰⁴ J. PARICIO, *Sobre la administracion de la justicia en Roma. Los juramentos de los juces privados*, Madrid 1987, 31.

Secondo il D’Ors³⁰⁵ la *lex Irnitana* ha gettato nuova luce sull’argomento. La *sortitio* non trovò applicazione nel caso dei giudici privati, in quanto questi erano sempre scelti dall’*album iudicum* in caso di mancato accordo tra le parti³⁰⁶. Poiché l’*album* era costituito da tre decurie, si procedeva alla reiezione di una decuria da parte di ciascun litigante. La scelta finiva così per concentrarsi sui nomi contenuti nella terza decuria, attraverso la lettura dei singoli nomi sino all’individuazione di un soggetto che entrambe le parti ritenevano adeguato a ricoprire il ruolo di giudice³⁰⁷.

La scelta del giudice su accordo delle parti, il ricorso all’*album iudicum* in caso di mancata intesa, la nomina con un intervento del magistrato risultano essere il metodo utilizzato per l’individuazione del *iudex privatus*, almeno per quanto riguarda l’età classica.

Il giudice/cittadino è un soggetto che esercita privatamente la propria attività e risponde personalmente del proprio operato, in riferimento alla singola causa nella quale ha assunto il ruolo di organo giudicante. Secondo la testimonianza di Cicerone, nessuno poteva essere nominato giudice, se non a seguito di un preciso accordo tra le parti. Tale accordo assume una rilevanza del tutto peculiare. Il recente ritrovamento della *Lex Irnitana* ha dato un fondamentale apporto alla conoscenza degli organi giudicanti e in particolare al giudice privato. La

³⁰⁵ A. D’ORS, *Nuevos datos*, cit., 34 ss.

³⁰⁶ A. D’ORS, *ult. loc. cit.*

³⁰⁷ A. D’ORS, *ult. loc. cit.*

citata *lex* sembra porsi in continuità con quanto affermato in Cic. *Cluent.* 43.120.

Lex Irnitana Rubr. 86 lin. 26: [...] *neve quem alium iudicem neve arbitrum dato neve iudicare iubeto invito alterutro, aut, si plures erunt, aliquo eorum inter quos quid ambigetur.*

Per quanto concerne il periodo classico erano previste alcune limitazioni per coloro che dovessero essere nominati giudici privati. Tali impedimenti vengono individuati in un frammento di Paolo:

D.5.1.12.2 (Paul. *Ad ed.* 17): *Non autem omnes iudices dari possunt ab his qui iudicis dandi ius habent: quidam enim lege impediuntur ne iudices sint, quidam natura, quidam moribus, natura ut surdus mutus: et perpetuo furiosus et impubes, quia iudicio carent, lege impeditur, quia senatus motus est, moribus feminae et servi, non quia non habent iudicium, sed quia receptum est, ut civilibus officiis non fugantur.*

Il giurista, siamo nel III secolo d.C., classifica le limitazioni in tre gruppi: esiste una incapacità naturale, una incapacità “legale” ed una incapacità dovuta alla particolare condizione di determinate persone, sprovviste di fondamentali *status*, come le donne e gli schiavi. Rien-

trano nella prima categoria i sordi e i muti, i *furiosi* non curabili e gli *impuberi*, poiché *iudicio carent*³⁰⁸.

I Senatori scacciati o allontanati dal Senato (*quia senatus moti sunt*) sono esclusi *ex lege* dall'ufficio di giudice. La terza categoria comprende altri soggetti, questa volta *non quia non habent iudicium*, ma perché, per consuetudine, sono esclusi dagli *officia* civili: le donne e gli schiavi³⁰⁹. Ulteriore requisito era rappresentato dalla *aetas legitima*, fissata a 25 anni³¹⁰. Questo elenco non doveva comunque essere definitivo. Ulteriori ipotesi potevano essere previste dal magistrato nel suo editto e non è da escludere che altre circostanze venissero valutate caso per caso³¹¹. Nei *iudicia legitima* era prescritta la cittadinanza romana, come scrive Gaio.

³⁰⁸ Sono altresì esclusi gli infami e i *capite damnati*, secondo quanto si evince in D.1.9.2 (Marc. *Digest.*): *Cassius Longinus non putat ei permittendum, qui propter turpitudinem senatu motus nec restitutus est, iudicare vel testimonium dicere, quia lex Iulia repetundarum hoc fieri vetat*. Per la condizione del *caecus* si veda D. 5.1.6. (Ulp. *lib. primo ad ed. prov.*): *Caecus iudicandi officio fungitur*.

³⁰⁹ D.50.17.2 (Ulp. *ad Sab.*): *Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt et ideo nec iudices esse possunt nec magistratum gerere nec postulare pro alio intervenire nec procuratores existere*.

³¹⁰ D.42.1.57 (Pomp. *ad Sab.*): *Servius respondit, cui omnis materia legata sit, ei enc arcam nec armarium legatum esse*.

³¹¹ D.5.1.17 (Ulp. *Disp.*): *Iulianus ait, si alter ex litigatoribus iudicem solum heredem vel ex parte fecerit, alius iudex necessario sumendus est, quia iniquum est aliquem suae rei iudicem fieri*. Di notevole interesse anche C.3.5.1. Nei due passi in esame è stabilito che nessuno potesse ricoprire la carica di *iudex* nella propria causa. Altro passo di particolare rilevanza è D.5.1.58 (Paul. *ad Sab.*): *Iudicium solvitur vetante eo qui iudicare iusserat, vel etiam eo qui maius imperium in eadem iurisdictionem habet, vel etiam si ispe iudex eiusdem imperii esse coeperit, cuius erat qui iudicare iussit*. Il frammento stabiliva che il giudizio fosse sciolto nel caso

Gai. 4.105: *imperio vero continentur recuperatoria et quae sub uno iudice accipiuntur interveniente peregrini persona iudicis aut litigatoris.*

Gai. 4.109: *Idemque iuris est, et si Romae apud recuperatores agamus, vel apud unum iudicem interveniente peregrini persona.*

3. Vincoli del giudice dopo la nomina.

Una volta accettata la nomina, il giudice era vincolato da una serie di obblighi. Per prima cosa si doveva recare sul luogo nel quale si svolgeva il processo nella sua fase *apud iudicem*. In età classica questo luogo corrisponderà al *comitium*. Mentre per la presenza delle parti vi è una testimonianza diretta di Aulo Gellio³¹², per quanto riguarda il giudice, si ritiene che si tratti di un obbligo indiretto, il presupposto per poter pronunciare sentenza.

Il secondo obbligo era rappresentato dal giuramento. Attraverso di esso il giudice si impegnava solennemente ad emettere sentenza. Sul contenuto del giuramento non si hanno notizie certe. La *lex Irnitana*

in cui il *iudex* venisse eletto magistrato dotato di *par maiorve potestas* rispetto al magistrato giudicante.

³¹² Aul. Gell., *Noct. Att.*, 20.1.48: *Nam si plures forent, quibus reus esset iudicatus, secare, si vellent, atque partiri corpus addicti sibi hominis permiserunt.*

ha fornito alcuni elementi nella rubrica 69³¹³ che potrebbero riferirsi proprio al giuramento dei *iudicia privata*. In verità il testo riguarda il giuramento dei decurioni e *conscripti* di difendere il bene comune del municipio³¹⁴.

Secondo J. Paricio, tuttavia, potrebbe trattarsi di un modello utilizzato anche per i giudizi privati e basato sul *bonum et aequum*³¹⁵. In ogni caso, il giuramento assume una importanza fondamentale in riferimento al ruolo del giudice privato. Si tratta del momento che segna definitivamente la devoluzione della controversia al giudice e da cui scaturisce il terzo obbligo in capo allo stesso: quello di emanare la sentenza. Il *iussum iudicandi*, tuttavia, non faceva sorgere l'obbligo di risolvere la controversia³¹⁶.

³¹³ *Lex Irnitata*, rubr. 69: [...] *prius quam sententias ferant, quisque eorum iuret per Iovem et divom Augustum, et divom Claudium, et divom Ves(pasianum) Aug(ustum), et divom Titum Augustum et genium imp.(eratoris) Domitiani Aug(usti), deosque Penates: se quod aequum bonumque et maxime e re communi eius municipi esse censeat iudicaturum.*

³¹⁴ J. PARICIO, *Sobre la administracion*, cit., 71.

³¹⁵ J. PARICIO, *ult. loc. cit.*

³¹⁶ N. RAMPAZZO, *Osservazioni sulle cause di esezione dall'officium iudicis tra imperatività e arbitrarietà*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, III, Padova 2015, 493: «Sul *iussum iudicandi* non disponiamo di fonti che consentano di ricostruirne con esattezza la natura e la formulazione, ma può ritenersi con buona dose di approssimazione che costituiva il contenuto di un atto unitario proveniente dal pretore ed era redatto, in sintesi, con le seguenti parole: *itaque iudicari iubeo* oppure *condemnat/absolvito*».

3.1. *Il regime delle excusationes quale impedimento soggettivo alla prosecuzione della fase apud iudicem.*

Il *iudex privatus*, così come tutti gli altri organi giudicanti, una volta nominato, era obbligato ad assumere una decisione, in quanto investito di un *munus publicum*, ovvero di un incarico al quale non era possibile rinunciare. Ma questo principio non era assoluto, in quanto esisteva un regime di *excusationes*:

D.50.5.13.2 (Ulp. *Ad ed.* 23): *Qui non habet excusationem, etiam invitus iudicare cogitur.*

L'obbligo, dunque, sussisteva per il giudice privo di una *excusatio*. Da notare, inoltre, che il giudice, una volta nominato, non poteva decidere se accettare o meno la carica. In questo senso è possibile, forse, individuare una prima ipotesi di responsabilità del giudice. Le fonti non consentono di affermarlo con certezza, ma si presume che il giudice, che si rifiutava di svolgere il proprio compito, potesse essere condannato al pagamento di una multa, prevista nell'editto del pretore. Altri ipotizzano la concessione di azione *in factum concepta*.

Per quanto concerne le *excusationes*, queste erano previste dalle leggi *iudicariae* o direttamente dall'editto³¹⁷. Non si trattava di un elenco definitivo di cause, ma sempre aperto ad essere integrato, se-

³¹⁷ M. WLASSAK, *Römische Prozessgesetze* II, cit., 207 nt. 46.

condo quanto deciso dal pretore. Le principali *excusationes* riguardavano l'età avanzata, il numero di figli, la malattia e la sussistenza di impegni politici o religiosi. Secondo Papiniano, inoltre, non poteva ricoprire la carica di giudice il *furiosus* per il tutto il tempo del perdurare della sua condizione di pazzia:

D.5.1.39pr. (Pap. *Quaest.* 3): *Cum furiosus iudex addicitur, non ideo minus iudicium erit, quod hodie non potest iudicare; ut scilicet suae mentis effectus quod sententiae dixerit, ratum sit: neque enim in addicendo praesentia vel scientia iudicis necessaria est.*

Risulta evidente che Papiniano si riferisca ad una alienazione momentanea delle capacità cognitive di un soggetto già nominato giudice dal magistrato, visto che il *furiosus* rientra tra gli esclusi (*quondam natura*) menzionati da Paolo nel passo precedentemente analizzato.

Ulteriore requisito era rappresentato dall'età. Augusto ridusse l'età richiesta da 35 a 25 anni, tuttavia nel Digesto si trova la descrizione di una particolare ipotesi, inerente l'età:

D.42.1.57 (Ulp. *Disput.* 2): *Quidam consulebat, an valeret sententia a minore viginti quinque annis iudice data et aequissimum est tueri sententiam ab eo dictam, nisi minor decem et octo annis sit.*

Secondo Ulpiano, quando la sentenza fosse pronunciata da un minore di 25 anni, sempre che non avesse meno di 18 anni, questa era valida purché le parti fossero a conoscenza dell'età del giudice e avessero accettato che lui si pronunciasse. Il problema si poneva non solo per i giudici troppo giovani, ma anche per quelli di età troppo avanzata. Fu il Senatoconsulto Calvisiano a stabilire il limite massimo a 70 anni di età, limite successivamente ribassato a 60 anni dalla *lex Acilia*. Si venne così a stabilirsi un limite minimo di 25 anni, riducibile a 18 anni in presenza di determinate condizioni, e un limite massimo di 60 anni. Dall'incarico di giudice erano escluse le donne e gli schiavi. Si tratta, in questo caso, dell'estensione di una generale incapacità per tale soggetti a ricoprire cariche pubbliche. Per quanto concerne le donne è significativa la testimonianza di Ulpiano:

D.50.17.2 (Ulp. *Ad Sab.* 1): *Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt et ideo nec iudices esse possunt nec magistratum gerere nec postulare nec pro alio intervenire nec procuratores existere.*

Dal testo di Ulpiano emerge che le donne erano escluse da ogni incarico pubblico o privato, come attestato in Paolo D.5.1.12.2: *non quia non habent iudicium, sed quia receptum est, ut civilibus officiis non fugantur*. Interessante notare che non si riscontrava nelle donne una incapacità di tipo naturale ma si aveva la consapevolezza che

l'esclusione dagli incarichi di giudice, magistrato, procuratore, era riconducibile esclusivamente ai *mores* (*moribus* – è l'ablativo utilizzato da Paolo). L'ultimo degli impedimenti che conviene analizzare riguarda i Senatori espulsi dal Senato:

D.1.9.2 (Marc. *Digest.* 3): *Cassius Longinus non putat ei permittendum, qui propter turpitudinem senatu motus nec restitutus est, iudicare vel testimonium dicere, quia lex Iulia repetundarum hoc fieri vetat.*

L'alta considerazione dei Senatori veniva meno qualora questi si macchiassero di una qualche *turpitudō*, tale da determinare l'espulsione e l'impossibilità di essere riammessi all'assemblea senatoria.

Esistevano dunque delle regole generali inerenti al regime delle incapacità a rivestire il ruolo di giudice privato. Probabile che tutte le cause analizzate trovassero piena applicazione durante l'età classica. Quanto accadesse prima di allora, non è dato sapere. Accanto a tali regole è possibile individuare un regime particolare di ricusazione del giudice. La necessità di garantire l'imparzialità del giudice, intesa come equidistanza dalle parti ma anche come assenza di un interesse proprio concreto dell'organo giudicante, era avvertito e regolamenta-

to. In tal senso era già noto il principio *nemo iudex in re sua*³¹⁸. Ma, a parte un caso così lampante di giudice-parte, si possono ricostruire ulteriori ipotesi, sempre confluite nel Digesto:

D.5.1.47 (Call. *Quaest.* 1): *Observandum est, ne is iudex detur quem altera pars nominatim petat: id enim iniqui exempli esse divus Hadrianus rescripsit: nisi hoc specialiter a principe ad verecundiam petiti iudicis respiciente permittetur.*

Il pretore doveva evitare di nominare giudice un soggetto espressamente voluto da uno dei litiganti litiganti, con l'obiettivo di danneggiare la controparte. Ma se il giudice non poteva essere una delle parti, non poteva avere un interesse diretto o indiretto nella causa, la sua funzione doveva essere ed anche apparire indipendente. Così *qui eo anno non debebunt munere* come ricorda Cicerone. Il giudice non poteva ricoprire una carica magistratuale. Le impossibilità e le incompatibilità non consentivano al singolo di essere iscritto nell'*album iudicum* o di essere scelto dalle parti. Altro discorso deve essere fatto per quanto riguarda il regime delle *excusationes*. Queste consistevano in impedimenti sorti dopo l'iscrizione nell'*album* ma comunque prima

³¹⁸ Il brocardo, riconducibile all'elaborazione dei giuristi di età medievale, esprime un concetto riscontrabile in D.5.1.17 (Ulp. *ad ed.* 22): *Iulianus ait, si alter ex litigatoribus iudicem solum heredem vel ex parte fecerit, alius iudex necessario sumendus est, quia iniquum est aliquem suae rei iudicem fieri.*

della nomina da parte del magistrato. Le *excusationes* riguardavano dunque soggetti pienamente capaci, in assenza di incompatibilità.

D.50.5.13pr. (Ulp. *Ad ed.* 23): *Praetor eos, quoscumque intellegit operam dare non posse ad iudicandum, pollicetur se excusaturum: forte quod in perpetuum quis operam dare non potest, quod in eam valetudinem incidit, ut certum sit eum civilia officia subire non posse: aut si alio morbo laboret, ut suis rebus superesse non possit: vel si quid sacerdotium nanci sint, ut discedere ab eo sine religione non possint, nam et hi in perpetuum excusantur.*

Il pretore, di volta in volta, poteva esimere dal dovere di giudicare soggetti impegnati in uffici civili, religiosi o a causa di infermità. Vi era un momento nel quale il Pretore non poteva più concedere tale possibilità e il soggetto era obbligato a svolgere il proprio compito: si trattava dell'accettazione della nomina³¹⁹. Una volta nominato dal magistrato, con l'atto denominato *addictio*, il soggetto acquistava la qualifica di *iudex* e non poteva più allegare una *excusatio*. Prosegue infatti Ulpiano:

D.50.5.13.3 (Ulp. *Ad ed.* 23): *Si post causam actam coeperit se excusare iudex, si quidem privilegio, quod habuit antequam susciperet iudicium, velit se excusare, nec audiendus*

³¹⁹ D.50.5.1.1 (Ulp. *Opin.* 2): *Qui excusationes aliqua utuntur, quotienscumque creati fuerint, etsi iam ante absoluti sunt, necesse habent appellare.*

est: semel enim adgnosendo iudicium renuntiat excusationi quod si postea iusta causa incidit, ut iudex vel ad tempus excusetur, non debet in alium iudicium transferri.

Il magistrato, una volta individuato un soggetto dalle parti, era tenuto a vagliare la scelta dei litiganti. Dopo aver accertato l'assenza di cause di incompatibilità, provvedeva alla *addictio*. Il nome del giudice veniva inserito nella formula e non da quel momento non era più possibile modificare la delega, a parte una sola ipotesi, molto rara, presa in considerazione da Ulpiano:

D.5.1.18 pr. (Ulp. Ad ed. 23): Si longius spatium intercessurum erit, quo minus iudex datus operam possit dare, mutari eum iubet praetor: hoc est si forte occupatio aliqua iudicem non patiatur operam iudicio dare, incidente infirmitate vel necessaria protectione vel rei suae familiaris periculo.

Una malattia grave, un lungo viaggio, il pericolo per sé o per la propria famiglia. Le ipotesi concrete dovevano essere tali da impedire una celere risoluzione della controversia e un eccessivo dilatarsi dei tempi processuali. Solo in queste evenienze il Pretore poteva procedere alla nomina di un nuovo *iudex*, dopo aver chiesto alle parti di rinnovare la loro scelta.

3.2. *Rem sibi non liquere e sospensione del procedimento.*

Si è visto come il giudice privato non potesse sottrarsi al dovere di giudicare, una volta nominato, a meno che non sussistesse una *excusatio*. Una ipotesi molto particolare riguarda invece l'impossibilità di addivenire ad una decisione, quando non fosse chiara la questione sottoposta a giudizio. L'espressione *rem sibi non liquere*³²⁰ si ritrova in Aulo Gellio, laddove si propone il caso del giudice che non possa giudicare a causa della sua età o alla sua *mediocritas*:

Aul. Gell. *Noct. Att.* 14.2.25: *Sed maius ego altiusque id esse existimavi quam quod meae aetati et mediocritati conceniret, ut cognovisse et condemnasse de moribus, non de probationibus rei gestae viderer: ut absolverem tamen inducere in animum non quivi et propterea iuravi mihi non liquere, atque ita iudicatu illo solutus sum.*

Dalla testimonianza fornita da Gellio si deduce che, una volta apposto il *rem sibi non liquere* il giudice venisse liberato dal *munus* e si procedesse, con ogni probabilità, alla nomina di un altro giudice.

³²⁰ L. MANNA, *La facoltà del giudice di giurare rem sibi non liquere*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio a Alberto Burdese*, I, Milano 2015, 493 ss.

Ci si chiede come si potesse configurare una tale ipotesi. È necessario fare alcune considerazioni. Si è già detto che il giudice, a seguito della nomina, prestava giuramento. In particolare si impegnava a giudicare secondo l'*aequum et bonum*. Qualora venisse meno alla sua promessa, sarebbe stato considerato spergiuro, configurandosi una ipotesi di *litem suam facere*. Questo è sicuramente vero per l'età classica, durante la vigenza del processo formulare. Gellio ha tramandato la propria esperienza diretta, in qualità di giudice. Scelto dall'*album iudicum* dai pretori, ancora in giovane età, si trovò a svolgere la funzione di giudice per un caso particolarmente complesso. La difficoltà derivava dal fatto che, dinnanzi a lui, si presentarono due uomini d'indole molto diversa. L'attore, benché avesse a disposizione poche prove a sostegno delle sue affermazioni, si presentava come *fidelis*, onesto. Il convenuto, invece, era uomo di discutibile reputazione. Quest'ultimo chiese di essere assolto e che la controparte venisse condannata. Gellio si ritrovò in grave dubbio. Decise così di procrastinare il momento della decisione e di consultarsi con il filosofo Favorino, suo amico. Questi gli ricordò una celebre orazione di Catone il Censore. Nel caso in cui il giudice non riuscisse a risolvere la controversia, avrebbe dovuto dapprima valutare la personalità dei litiganti e dare ragione al migliore dei due. Se entrambe le parti erano in posizione paritaria, anche sul piano personale, il giudice avrebbe dovuto favorire il convenuto. Gellio non fu persuaso dai consigli dell'amico e decise di rimettere la causa, dichiarando *rem sibi non liquere*. Gellio fu così li-

berato del caso. Su questa problematica è significativo il contenuto di un frammento del giurista Paolo:

D.42.1.36 (Paul. *Ad ed.* 17): *Pomponius libro trigesimo septimo ad edictum scribit, si uni ex pluribus iudicibus de liberali causa cognoscenti de re non liqueat, ceteri autem consentiant, si is iuraverit sibi non liquere, eo quiescente ceteros, qui consentiant, sententiam proferre, quia, etsi dissentiret, plurium sententia optineret.*

Il contesto è quello di una *causa liberalis*. In questo caso il compito di giudicare era assegnato ad una pluralità di giudici, inizialmente i *decemviri*, più tardi sostituiti dai *recuperatores*. Anche in simile ipotesi, tuttavia, era possibile rinunciare alla causa secondo lo schema del *rem sibi non liquere*. Paolo ricorda però che il giudizio veniva espresso con la maggioranza dei voti e non all'unanimità. Il *rem sibi non liquere* non era dunque decisivo se avanzato da un solo componente del collegio o dalla minoranza dello stesso.

L'istituto del *rem sibi non liquere* è senz'altro uno strumento utile al fine di garantire la massima indipendenza del giudice. D'altra parte, però, potrebbe dare adito ad un dubbio. Ci si potrebbe chiedere se il *rem sibi non liquere* non sia stato utilizzato quale mezzo elusivo per evitare di incorrere in una ipotesi di responsabilità o per abbandonare controversie troppo complesse e di non immediata soluzione. La con-

seguenza del *rem sibi non liquere* era la *translatio iudicii* che determinava una correzione della nuova situazione creatasi.

Non bisogna dimenticare che il *iudex privatus* non aveva, necessariamente, competenze tecnico-giuridiche. Per svolgere il proprio compito poteva accadere che si servisse di un *consilium* – lo si è visto nell'esperienza di Aulo Gellio, che decise di chiedere un parere. Il *consilium* poteva dunque essere scelto direttamente dal giudice e non aveva carattere professionale³²¹ o permanente. Il parere comunque assunto dal giudice non lo esimeva da una eventuale azione di responsabilità. Il *consilium iudicis* era diverso da quello che poteva richiedere il magistrato. Come sottolinea il giurista Paolo:

D.2.2.2 (Paul. Ad. Ed. 3): *Hoc edicto dolus debet ius dicentis puniri: nam si adsectoris imprudentia ius aliter dictum sit quam oportuit, non debet hoc magistratui officere, sed ipsi adsectori.*

A differenza di quanto accadeva per il *consilium* offerto al giudice, gli *adsectores* che avessero dato un parere al magistrato avrebbero risposto in prima persona della loro *imprudentia*. La ragione di tale divergenza è da rinvenire nella diversa funzione svolta dal magistrato e

³²¹ Aul. Gell. Noct. Att. 14.2.9: *Tunc ibi amici mei; quos rogaveram in consilium*. Significativa l'esperienza di Aulo Gellio, il quale afferma di essersi servito del consiglio dei propri amici quindi, con ogni probabilità, un *consilium* non professionale.

dal giudice. La pronuncia di quest'ultimo era infatti basata esclusivamente su un apprezzamento personale e non presentava caratteri prettamente giuridici. Si ricordi d'altra parte che lo stesso giuramento del giudice era basato sul *bonum et aequum*. Né il magistrato, né il giudice erano vincolati ai pareri eventualmente richiesti.

4. *Ancora sui limiti imposti dalla formula al potere dell'organo giudicante: il problema della configurabilità della condanna in forma specifica.*

Non si è ancora giunti ad una soluzione univoca circa il problema del contenuto della condanna, pronunciata dall'organo giudicante. In particolare, ci si chiede se il giudice potesse attribuire la cosa controversa alla parte vincitrice (condanna *in ipsam rem*) oppure dovesse, a seguito di una valutazione della *lis*, condannare la parte soccombente al pagamento dell'equivalente.

Il problema si è posto in riferimento al contenuto del XLVIII paragrafo del IV libro delle Istituzioni di Gaio, laddove, il giurista antoniniano, trattando delle *partes formularum*, giunge a delineare il contenuto della *condemnatio*.

Gai 4.48: *Omnium autem formularum quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnationem concepta est. Itaque si corpus aliquod petamus, veluti fundum hominem vestem aurum argentum, iudex non ipsam rem con-*

demnat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, aestimata re pecuniam eum condemnat.

Dal passo gaiano emergono alcuni dati dai quali prendere le mosse. Sembra chiaro che la *condemnatio* autorizzi il giudice ad una (eventuale) condanna pecuniaria, a seguito di valutazione economica del bene e che il magistrato, nell'attribuire tale *potestas*, impedisca al giudice di condannare *in ipsam rem*.

Il passo, chiaramente, si riferisce al processo formulare ma sembra potersi intravedere una contrapposizione rispetto al regime processuale precedente nella locuzione *sicut olim fieri solebat*. In realtà, come ha fatto notare parte della dottrina, quella locuzione potrebbe avere un significato del tutto diverso e cioè Gaio avrebbe voluto sottolineare la continuità rispetto a quanto si facesse un tempo e di conseguenza escludere la possibilità di una *condemnatio in ipsam rem* anche in vigenza delle *legis actiones*³²².

Il tema è oggetto di due recenti contributi³²³ che, in parziale contrapposizione rispetto alle posizioni assunte sul tema da A. Burdese³²⁴,

³²² *Contra* G. PUGLIESE, *Il processo*, I, cit., 429 ss. L'A. nota come «su 32 passi delle Istituzioni, in cui Gaio introduce con l'avverbio *olim* la citazione di regole giuridiche passate, 31 contrappongono queste regole alle attuali».

³²³ C. PELLOSO, *Giudicare e decidere*, cit., 59 ss.; M. FALCON, *Ipsam rem condemnare*, cit., 521 ss.

³²⁴ A. BURDESE, *Sulla condanna pecuniaria nel processo civile romano*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, I, 1989, 175 ss.

tendono a preferire una ricostruzione del testo gaiano che contempli un segno di interpunzione (:) dopo la locuzione *sicut olim fieri solebat*³²⁵, come, in verità, aveva già proposto L. Gagliardi nella monografia dedicata a *decemviri* e *centumviri*³²⁶. Il risultato è quello di riconoscere una contrapposizione tra il contenuto della condanna nel processo formulare e il precedente sistema processuale.

Da un punto di vista della struttura bipartita del processo, il tema della condanna rileva in riferimento alla eventuale contrapposizione tra una fase nella quale il bene controverso potesse essere direttamente assegnato alla parte vincitrice dall'organo magistratuale cui è affidato il compito di giudicare e lo sviluppo successivo che vede il processo svolgersi dinnanzi a due soggetti diversi.

Sulla base di quanto affermato sino a questo momento, anche avendo riguardo alla tesi che si è voluto qui accettare, di un processo bipartito a partire dalla fine del VI sec. a.C., ritengo che la possibilità di una condanna *in ipsam rem* fosse strettamente connessa all'affermarsi della bipartizione quale elemento strutturale del processo privato romano. Sino ad allora, il *rex*, e forse per breve tempo il magistrato repubblicano competente, avrebbero potuto procedere all'assegnazione diretta della cosa controversa alla parte vincitrice.

³²⁵ A. BURDESE, *Sulla condanna*, cit., 184 ss. L'A. propendeva per una interpunzione (:) prima *sicut*, ipotizzando, dunque, che la condanna pecuniaria fosse propria anche del processo *per legis actiones* e interpretando la locuzione *sicut olim fieri solebat*, nel senso di una continuità nella configurazione della condanna nelle due tipologie processuali.

³²⁶ L. GAGLIARDI, *Decemviri e Centumviri*, cit., 146.

Del resto mi sembra proprio questo il significato da attribuire sia all'atto del *manum conserere*, quale lotta stilizzata al fine di appropriarsi della *lis*, ma anche della attribuzione interinale del bene, dopo la presentazione di idonee garanzie. Se il bene fosse stato assegnato in via interinale alla parte rivelatasi soccombente, la parte vincitrice avrebbe potuto appropriarsi dello stesso anche attraverso la forza fisica. Si deve quindi concludere che la condanna *in ipsam rem* costituisce la normalità nel processo arcaico e che, con la bipartizione, la condanna si trasformò in una condanna pecuniaria, derivante dalla valutazione economica del bene. La pronuncia del giudice, del resto, non poteva avere lo stesso valore di quella emessa dal supremo magistrato cittadino e il giudice non poteva certo autorizzare ad impiegare la violenza per recuperare l'oggetto del contendere.

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

La struttura bipartita del processo privato romano è il risultato delle riforme che, a partire dagli ultimi decenni dell'età monarchica, si resero necessarie in un contesto di progressiva espansione territoriale.

La *civitas augescens* ha conosciuto, durante gli anni dei sovrani etruschi, una netta differenziazione tra le componenti sociali e ciò ha imposto una revisione anche dei modelli di risoluzione delle controversie tra privati cittadini. Il *rex*, non essendo più in grado di risolvere personalmente tutte le dispute sorte tra i propri sottoposti, iniziò a delegare la funzione giudicante a cittadini che potessero vantare la fiducia delle parti in lite.

La ricostruzione del dibattito dottrinale sulle origini del processo ha reso possibile una contestualizzazione storica del fenomeno. La scarsità di fonti ha determinato un'ampia disputa tra gli studiosi che, se da una parte non è in grado di risolvere definitivamente i problemi affrontati, dall'altra ha contribuito a sollevare una serie di questioni inerenti al fenomeno processuale, tra le quali quella della bipartizione.

La bipartizione strutturale deve essere ascritta al sovrano etrusco Servio Tullio, se si vuole fare affidamento alle fonti letterarie del I

sec. a.C. i cui autori, sebbene riferiscano vicende molto risalenti, potevano sicuramente contare su documenti andati perduti e su una solida tradizione orale.

Il problema della bipartizione può essere guardato da una duplice prospettiva: da una parte emergono le questioni inerenti al rapporto tra diritto e religione nell'ambito processuale, con evidenti conseguenze sull'annoso dibattito sulla configurabilità di un diritto romano laico.

D'altro canto vi è il problema dei rapporti tra organi magistratuali e organi giudicanti e i relativi equilibri di potere.

In riferimento alla prima problematica, devo ammettere come, nella fase iniziale del progetto era radicata, in me, la convinzione di poter individuare un preciso momento, nella storia del processo privato romano, che segnasse il passaggio da un processo connotato da regole magico-religiose ad un processo laico, caratterizzato da elementi puramente razionali. Nel prosieguo della ricerca, tuttavia, ho maturato una nuova prospettiva in merito.

Non sono più convinto di poter ascrivere al diritto romano una netta separazione tra diritto e religione. Certo, è innegabile che a partire dall'età preclassica vi siano elementi di una maggiore razionalizzazione delle norme giuridiche ma non credo sia possibile parlare di una vera e propria *Isolierung* sulla scorta dello Schulz.

Ne sono una conferma il *sacramentum* e la *litis contestatio*. In questi istituti è infatti evidente la loro derivazione magico-religiosa e la prossimità ad altri istituti del *ius sacrum*. Altresì indiscutibile sembra

la permanenza di tali elementi nel periodo preclassico e classico quando, definitivamente superate le *legis actiones*, si affermò il processo formulare.

Sul secondo problema, invece, è stato più complesso riuscire ad individuare i limiti precisi entro cui il magistrato dotato di *iurisdictio* potesse spingersi, senza invadere la sfera di competenza degli organi giudicanti e, d'altra parte, quanto la pronuncia del giudice dovesse tener conto delle risultanze della fase *in iure*.

La sussistenza di precise delimitazioni imposte al magistrato è rinvenibile nel *sacramentum* e quindi nella *litis contestatio* e, in riferimento al solo processo formulare, nella *condemnatio*, in particolare nella *condemnatio cum taxatione*, nonché, seppure in misura minore, nell'*arbitratus de restituendo*.

Per quanto attiene, invece, alle limitazioni imposte al giudice, queste sono rinvenibili nell'obbligo di pronunciare una sentenza e nel dovere di attenersi ai risultati dell'istruzione svolta *in iure*.

Da un punto di vista generale e in conclusione, possiamo affermare che la prospettiva con la quale il romanista guarda al processo privato romano risente senza dubbio della temperie culturale nella quale è inserito e nella quale opera: così, nel corso di oltre duecento anni, durante i quali si sono accumulati numerosi studi sul processo privato romano, si sono susseguite una serie di posizioni che, come si è avuto modo di vedere, sono spesso inconciliabili.

Osservazioni conclusive

Molti dei problemi inerenti al processo privato romano sono e, con ogni probabilità, resteranno aperti e la loro soluzione continuerà a mutare con il mutare delle lenti con le quali gli interpreti guarderanno ad essi.

Del resto, negli studi dedicati alle origini è opportuno seguire l'invito del poeta: *noli tu quaedam referenti credere semper. Exigua est tribuenda fides, quia multa locuntur*³²⁷.

³²⁷ Dion. Cato, *Dis.* 2.20.

ABSTRACT

The PhD thesis, titled “Studi sulla bipartizione del processo privato romano” (Studies on the bipartition of the Roman private trial), is entirely devoted to the structure of the Roman private trial during its early centuries of development. The trial *per legis actiones* and the trial *per formulas* were in fact structured over two distinct phases: a phase – *in iure* – before the magistrate with *iurisdictio* and another one – *apud iudicem* – before a judge, usually a private citizen, invested with the power to decide the matter of the dispute. The theme, not taken into much depth by roman law scholarship, emerges in some studies devoted to other aspects of the trial. This thesis has highlighted the derivation of bipartition from the necessity, emerged towards the end of the monarchical era, to rationalize dispute resolution tools. Another issue is that of the relationship between law and religion in the Roman legal order: in the thesis it is argued that Roman law has never come to a clear separation of law and religion but, on the contrary, magic-religious elements, typical of the archaic era, still remain in pre-classical and classical times, as it is evident in some law institutes, such as the *sacramentum* and the *litis contestatio*.

INDICE DELLE FONTI

			81, nt. 179
<u>FONTI GIURIDICHE</u>			
		1.2.2.14	52, nt. 129
		1.5.4.3	86, nt. 191
CORPVS IVRIS CIVILIS		1.9.2	156, nt. 308
<i>Digesta</i>			162
1.1.1.2	26, nt. 57	2.2.2	169
1.1.7.1	99, nt. 222	5.1.6	156, nt. 308
1.2.1	4, nt.3	5.1.11	105, nt. 233
	30, nt. 63	5.1.12.2	155
D.1.2.2.6	72, nt. 161		161
	81, nt. 179	5.1.17	156, nt. 311
	82, nt. 181		163, nt. 318
D.1.2.2.7	71, nt. 159	5.1.18pr.	165

Indice delle fonti

5.1.39 <i>pr.</i>	160	46.3.71.3	105, nt. 233
5.1.47	163	50.5.1.1	164, nt. 319
5.1.58	105, nt. 233	50.5.13 <i>pr.</i>	164
	156, nt. 311	50.5.13.2	159
5.1.78	142	50.5.13.3	164
12.6.60 <i>pr.</i>	105, nt. 233	50.16.18 <i>pr.</i>	143
15.1.3.11	110	50.17.2	156, nt. 309
17.1.1	105, nt. 232		161
17.2.63 <i>pr.</i>	120, nt. 252		
19.2.30 <i>pr.</i>	120, nt. 252	<i>Codex</i>	
23.3.57	120, nt. 252	2.57.1	28
24.3.19	105, nt. 233		28, nt. 58
26.7.58.3	105, nt. 232		28, nt. 59
38.17.9	8, nt. 9	3.5.1	156, nt. 311
40.12.23.3	105, nt. 233		
42.1.36	168	<i>Institutiones</i>	
42.1.57	156, nt. 310	1.3.3	86, nt. 191
	160		

Indice delle fonti

GAIVS			
			96
<i>Institutiones</i>		4.14	83, nt. 185
1.53	8, nt. 9		90, nt. 203
1.72	8, nt. 9		94
1.102	8, nt. 9	4.15	61
2.24	95		83, nt. 185
2.120	8, nt. 9		151
2.176	8, nt. 9	4.16	83, nt. 185
2.151a	8, nt. 9		86, nt. 191
2.195	8, nt.9		88, nt. 198
3.127	105, nt. 232		97
3.180	119	4.17	18
4.11	10		83, nt. 185
	23	4.17a	47
4.12	83, nt. 185	4.20	83, nt. 185
4.13	16	4.21	18
	83, nt. 185	4.28	12, nt. 24
	94	4.29	13, nt. 26

Indice delle fonti

4.30	9, nt. 11	4.95	83, nt. 185
	23	4.103	15, nt. 35
	24, nt. 52	4.104	15, nt. 35
	136, nt. 265		105, nt. 233
4.31	9, nt. 12	4.105	15, nt. 35
	83, nt. 185		157
	137, nt. 267	4.108	123
4.39	125	4.109	157
4.40	125	4.165	83, nt. 185
4.41	125	4.166	83, nt. 185
4.42	125	4.177	105, nt. 233
4.43	125		
	126		
4.44	125		
4.48	98		
	170		
4.51	128		
4.93	83, nt. 185		

<u>FONTI LETTERARIE</u>		<i>In Verrem</i>	
		2.1.52.137	136, nt. 267
		2.2.16.39	136, nt. 267
ARNOBIVS			
<i>Adversus Nationes</i>		<i>Pro Caecina</i>	
4.16	91, nt. 210	33.97	91, nt. 210
			92, nt. 213
AVGVSTINVS		<i>Pro Cluentio</i>	
<i>De civitate Dei</i>		43.120	151
2.21	73, nt. 164		155
		43.121	149
M. TVLLIVS CICERO		<i>Pro Milone</i>	
<i>Orationes</i>		27.74	91, nt. 210
<i>De domo sua</i>			
29.78	91, nt. 210	<i>Pro Murena</i>	
	92, nt. 213	11.25	71, nt. 159

Indice delle fonti

	78, nt. 172		56
2.21.38	53	4.36.2	56
	78	10.1.2	54
	78, nt. 172		56
5.2.3	52		56, nt. 131
	74	10.1.3	54
			56
DIONISYUS CATO			
<i>Disticha Catonis</i>		SEXTVS POMPVS FESTVS	
2.20	177	<i>De verborum significatu</i> (ed. Lindsay)	
		21	20
			20, nt. 46
DIONISYVS HAL.			84, nt. 186
<i>Antiquitates romanae</i>		34	104
2.9	153, nt. 302	50	104
4.25.2	14, nt. 31	260	149, nt. 295
	55	289	106

Indice delle fonti

<i>Metamorphoseon</i>		16.5	76, nt. 167
14.805	69, nt. 154	16.6	76, nt. 167
14.823	69, nt. 154	16.7	76, nt. 167
15.597	69, nt. 154		
C. PLINIVS SECVNDVS			
<i>Naturalis Historia</i>			
2pr.	153		
22.3.3	115		
33.17	71, nt. 159		
PLVTARCHVS			
<i>Numa</i>			
8.1	76, nt. 167		
8.2	76, nt. 167		
16.4	76, nt. 167		
			POLYBIVS
			<i>Historiae</i>
		6.17.7	153, nt. 302
			PRISCIANVS
			<i>Institutiones Grammaticae</i>
		8.18	118
			QVINTILIANVS
			<i>Institutiones Oratoriae</i>
		3.3.1	19, nt. 44

Indice delle fonti

LVCIVS ANNEVS SENECA		1.32.9	113
<i>Controversiae</i>		1.32.10	113
<i>1praef. 12</i>	19, nt. 43		115
		1.39	78
		1.40	78
SERVIVS		1.41.5	53
<i>Commentarii in Aeneidos</i>			78
<i>libros</i>		1.41.6	78
9.52	114	1.42	78
		1.43	78
		1.44	78
TITVS LIVIVS		1.45	78
<i>Ab urbe condita</i>		1.46	78
1.19.2	76, nt. 167	1.47	78
1.32.5	113	1.48	78
1.32.6	113	3.5	84, nt. 188
1.32.7	113	9.8.9	84, nt. 188
1.32.8	113	9.46.5	71, nt. 159

BIBLIOGRAFIA

ALBANESE B., *Riflessioni in tema di legis actio*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra II*, Roma 1971, 163 ss.

ALBANESE B., *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palermo 1993.

ALBANESE B., *Una imprecisione in Gai 4.28?*, in *AUPA XLVII*, Palermo 2002, 86 ss.

ALBERTARIO E., *Brevi notizie sui nuovi Frammenti gaiani*, in *Gnomon IX*, 1933, 326 ss.

ARANGIO-RUIZ V., *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1960.

ARANGIO-RUIZ V., *Storia del diritto romano*, Napoli 1960.

ARANGIO-RUIZ V., GUARINO A., *Breviarium iuris Romani*, Milano 1989.

ARNESANO D., *Papiri letterari della Biblioteca Medicea Laurenziana*, Cd-Rom, Cassino 2002.

BASSANELLI SOMMARIVA G., *Costanzo e Costante hanno davvero abolito il processo formulare?*, in *LedOnline, Rivista di diritto romano*, I, 2001, 1 ss.

Bibliografia

BELLOCCI N., *La genesi della litis contestatio nel procedimento formulare*, Napoli 1965.

BETTI E., *D.42.1.63. Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata 1922.

BETTI E., *La creazione del diritto nella iurisdictio del pretore romano*, in *Studi in onore di G. Chiovenda*, Padova 1927, 78 ss.

BETTI E., *Sulla genesi storica del processo formulare*, in *Per il XIV centenario della codificazione giustiniana*, Pavia 1934, 451 ss.

BETTI E., *Diritto romano. I. Parte generale*, Padova 1935.

BETTI E., voce *Processo civile (diritto romano)*, in *Novissimo Digesto Italiano XIII, pet-proc*, Torino 1966, 1099 ss.

BIONDI B., *La terminologia romana come prima dommatica giuridica*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento II*, Napoli 1953, 73 ss.

BIRKS P., *From legis actio to formula*, in *The Irish Jurist*, 1969, 266 ss.

BISCARDI A., *Formula e processo*, in *RISG* 3, 1949, 472 ss.

BISCARDI A., *Quelques observations sur la litis contestation*, in *RIDA* 3, 1950, 159 ss.

BISCARDI A., *La litis contestatio nella procedura per legis actiones*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, Napoli 1952, 461 ss.

BISCARDI A., *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino 1968.

Bibliografia

BISCARDI A., Testos estote. *Contribution à l'étude du témoignage en droit romain*, in *RHDFE* 49, 1971, 403 ss.

BISCARDI A., *L'unità del processo nell'esperienza giuridica romana*, in *BIDR LXV*, Milano 1982, 67 ss.

BISCOTTI B., *Dispositivo e parte motiva nella sentenza : idee vecchie e nuove*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese I*, Milano 2012, 273 ss.

BONIFACIO F., *Appunti sulla natura della litis contestatio nel processo formulare*, in *Studi in memoria di E. Albertario I*, Milano 1953, 95 ss.

BRIGUGLIO F., *La lex Pinaria e la nomina del giudice alla luce della nuova lettura di Gai 4.15*, in GAROFALO L. (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese II*, Milano 2012, 267 ss.

BRIGUGLIO F., *Il codice veronese in trasparenza. Genesi e formazione del testo delle Istituzioni di Gaio*, Bologna 2012.

BRIGUGLIO F., *Ricerche e nuove letture del Codice Veronese delle Institutiones*, Bologna 2008.

BROGGINI G., *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz 1957.

BROGGINI G., *Coniectanea. Studi di diritto romano*, Milano 1966.

BURDESE A., *Manuale di diritto privato romano*, Torino 1987.

BUZZACCHI C., *Omnia iudicia absolutoria; il fecondo paradosso del processo civile romano*, in GAROFALO L. (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese II*, Milano 2012, 1 ss.

Bibliografia

CALORE A., *Per Iovem lapidem. Alle origini del giuramento. Sulla presenza del sacro nell'esperienza giuridica romana*, Milano 2000.

CAMPITELLI A., voce *Processo civile (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto XXXVI, processo-progression*, Milano 1987, 79 ss.

CANNATA C.A., *Profilo istituzionale del processo privato romano I. Le legis actiones*, Torino 1980.

CANNATA C.A., *Profilo istituzionale del processo privato romano II. Il processo formulare*, Torino 1982.

CANNATA C.A., *Violenza fittizia e violenza reale nelle strutture primigenie del processo privato romano*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, Milano 1982, 161 ss.

CANTARELLA E., *Diritto romano. Istituzioni e storia*, Milano 2012.

CAPOGROSSI COLOGNESI L., *Storia di Roma tra diritto e potere*, Bologna 2014.

CARNELUTTI F., *Torniamo al giudizio*, in *Riv. Dir. Proc.* 1949, 165 ss.

CARNELUTTI F., *Diritto e processo*, in *Trattato del processo civile* (diretto da F. Carnelutti), Napoli 1958, 1 ss.

CARRELLI O., *La genesi del processo formulare*, Milano 1946.

CASCIONE C., MASI DORIA C. (a cura di), *Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche, costituzionali e comparatistiche*, Napoli 2002.

CASCIONE C., GERMINO E., MASI DORIA C. (a cura di), *Parti e giudici nel processo. Dai diritti antichi all'attualità*, Napoli 2006.

Bibliografia

CERAMI P., *Potere e ordinamento nell'esperienza costituzionale romana*, Torino 1996.

CERAMI P., DI CHIARA G., MICELI M., *Profili processualistici dell'esperienza giuridica europea. Dall'esperienza romana all'esperienza moderna*, Torino 2003.

CHIOVENDA G., *Romanesimo e germanesimo nel processo civile*, in *RISG*, 1902, 305 ss.

CIMMA M.R., *De non numerata pecunia*, Milano 1984.

CLEMENTE G., *Guida alla storia romana*, Milano 1977.

CORDERO F., *Riti e sapienza del diritto*, Bari 1971.

CUENOT H., *De la sentence du juge et de sa réalisation dans l'action sacramenti in rem*, in *RIDA* 1, 1948, 321 ss.

D'AMATI L., *Litem deserere*, in GAROFALO L. (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese II*, Milano 2012, 175 ss.

DALLA MASSARA T., *Reciproche relazioni e integrazioni tra arbitrato e iudicium: un itinerario nella giurisprudenza classica*, in GAROFALO L. (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese II*, Milano 2012, 111 ss.

DE MARTINO F., *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova 1937.

DE MARTINO F., *Storia della costituzione romana I*, Napoli 1972.

DE MARTINO F., *Storia della costituzione romana II*, Napoli 1973.

DEKKERS H., *Des ordalies en droit romain*, in *RIDA* 1, 1948, 55 ss.

Bibliografia

DILIBERTO O., *Materiali per la palingenesi delle XII Tavole I*, Cagliari 1992.

DILIBERTO O., *Ut carmen necessarium (Cic. Leg. II.59). Apprendimento e conoscenza della Legge delle XII Tavole nel I sec. a.C.*, in M. CITRONI (a cura di), *Letteratura e civitas. Transizioni dalla Repubblica all'Impero. In ricordo di E. Narducci*, Pisa 2012, 141 ss.

DUMEZIL G., *La religion romaine archaïque*, Paris 1974.

ERNOUT A., MEILLET A., *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, III ed., Paris 1979.

FALCON M., *Ipsam rem condemnare in Gai 4.48*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese III*, Milano 2016, 522 ss.

FALCONE G., *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio*, Torino 2003.

FARGNOLI I., *Il magistrato in prima linea. I iudicia quae imperio continentia*, in GAROFALO L. (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese III*, Milano 2015, 143 ss.

FASOLINO F., *Postulare iudicem*, in GAROFALO L. (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese II*, Milano 2012, 241 ss.

FINO M., *Note in tema di efficacia e intangibilità del giudicato*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese I*, Milano 2012, 333 ss.

FIORI R., *Contrahere in Labeone*, in CHEVREAU E., KREMER D., LAQUERRIÈRE LACROIX A. (a cura di), *Carmina Iuris. Mélanges en l'honneur de Michel Humbert*, Parigi 2012, 311 ss.

Bibliografia

FRANCHINI L., *Alle origini di negozio e processo: l'autotutela rituale*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese I*, Milano 2012, 161 ss.

GABBA E., *Studi su Dionigi di Alicarnasso. I. La costituzione di Romolo*, in *Athenaeum* 48, 1960, 175 ss.

GABBA E., *Studi su Dionigi di Alicarnasso. II. Il regno di Servio Tullio*, in *Athenaeum* 49, 1961, 98 ss.

GABBA E., *Dionigi e la storia di Roma arcaica*, Bari 1996.

GAGLIARDI L., *Decemviri e Centumviri. Origini e competenze*, Milano 2002.

GAGLIARDI L., *Riflessioni intorno alla figura del giudice privato del processo civile romano. Per un'analisi storico-sociologica sulla base delle fonti letterarie (da Plauto a Macrobio)*, in L. GAGLIARDI, E. CANTARELLA (a cura di), *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, Milano 2007, 199 ss.

GAGLIARDI L., *I collegi giudicanti: decemviri, centumviri, septemviri, recuperatores. Idee vecchie e nuove su origini, competenze, aspetti procedurali*, in GAROFALO L. (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese II*, Milano 2012, 339 ss.

GAROFALO L. (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese I-II*, Milano 2012.

GAROFALO L. (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese III*, Milano 2016.

GERNET L., *Le temps dans les formes archaïques*, in *Droit et institutions en Grèce antique*, Paris 1982, 121 ss.

Bibliografia

GIOFFREDI C., *Contributi allo studio del processo civile romano (note critiche e spunti ricostruttivi)*, Milano 1947.

GIOFFREDI C., *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma 1955.

GIUNTI P., *Iudex e Iurisperitus. Alcune considerazioni sul diritto giurisprudenziale romano e la sua narrazione*, in *IVRA* 2013, 47 ss.

GROSSI P., *L'ordinamento giuridico medievale*, Bari 2003.

GRZIMEK P., *Studien zur taxatio*, München 2001.

GUARINO A., *L'ordinamento giuridico romano*, Napoli 1990.

GUARINO A., voce *Giurisdizione nel diritto romano*, in *Dig. Disc. Priv. – sez. civ. IX*, Torino 1993, 120 ss.

GUARINO A., *Diritto privato romano*, Napoli 2001.

JAHR G., *Litis contestation. Streitbezeugung und Prezessbegründung im Legisaktionen- und im Formularprozess*, Köln-Wien 1960.

KARLOWA O., *Beiträge zur Geschichte des römischen Civilprozesses*, Bonn 1865.

KASER M., *Zum Ursprung des geteilten römischen Zivilprozessverfahrens*, in *Festschrift für Wenger*, München 1944, 106 ss.

KASER M., *Religione e diritto in Roma arcaica*, in *AUCA*, III, 1948/1949, 10 ss.

KASER M., *Das altrömische ius*, Göttingen 1949.

Bibliografia

KASER M., *Prätor und iudex im römischen Zivilprozess*, in TRG 32, 1964, 329 ss.

KASER M., *La classicità di Gaio*, in *Gaio e il suo tempo. Atti del simposio romanistico*, Napoli 1966, 42 ss.

KASER M., *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966.

KUNKEL W., *Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht*, in *Festschrift Koschaker*, Weimer 1939, 1 ss.

KUNKEL W., *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahren in vorsullanischer Zeit*, München 1962.

LAMBRINI P., *Titius iudex esto: la scelta del giudice privato nel processo formulare*, in GAROFALO L. (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese II*, Milano 2012, 293 ss.

LATTE K., *Römische Religionsgeschichte*, München 1960.

LAURENDI R., *Leges regiae e Ius papirianum. Tradizione e storicità di un corpus normativo*, Roma 2013.

LÉVY-BRUHL H., *Le simulacre du combat dans le sacramentum in rem*, in *Studi in onore di P. Bonfante III*, Milano 1930, 81 ss.

LÉVY-BRUHL H., *La manum consortio*, in IVRA IV, 1953, 164 ss.

LEVY-BRUHL H., *Recherches sur les actions de la loi*, Paris 1960.

LUZZATTO G.I., *Procedura civile romana I. Esercizio dei diritti e difesa privata*, Bologna 1946.

LUZZATTO G.I., *Procedura civile romana II. Le legis actiones*, Bologna 1948.

Bibliografia

LUZZATTO G.I., *Procedura civile romana III. La genesi del processo formulare*, Bologna 1950.

LUZZATTO G.I., *Von der Selbsthilfe zum römischen Prozess*, in ZSS LXXIII, 1956, 29 ss.

LUZZATTO G.I., *Vecchie e recenti prospettive sull'origine del processo civile romano*, in *Studi Urbinati XXVIII*, 1959-1960, 1 ss.

LUZZATTO G.I., voce *Giurisdizione (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto XIX*, Milano 1970, 191 ss.

LUZZATTO G.I., voce *Vindex*, in *Novissimo Digesto Italiano XX*, Torino 1975, 828 ss.

MAGDALAIN A., *Les actions civiles*, Paris 1953.

MANNA L., *La facoltà del giudice di giurare rem sibi non liquere*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese I*, Milano 2012, 493 ss.

MARQUARDT J., *Le culte chez les romains*, trad. fr. M. Brissaud, Paris 1889.

MASI A., *Denuncia di nuova opera e di danno temuto (premessa storica)*, in *Enciclopedia del Diritto XII*, Milano 1964, 155 ss.

MASUELLI S., *Il principe come giudice privato. Modelli di intervento personale del principe nel processo civile ordinario*, in GAROFALO L. (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese II*, Milano 2012, 83 ss.

MÜLLER O., *Etymologische Erörterungen von Rechtsausdrücken*, in *Rheinisches Museum für Jurisprudenz V*, 1833, 190 ss.

Bibliografia

METRO A., *La denegatio actionis*, Milano 1972.

NEGRI G., *Il processo romano nel pensiero di Arnaldo Biscardi*, in *Atti del convegno "Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico" in memoria di Arnaldo Biscardi, Siena 13-15 dicembre 2001*, LED Online, (1) 199 ss.

NICOSIA G., *Il processo privato romano. I. Le origini. Corso di diritto romano*, Torino 1980.

NOAILLES P., *Fas et ius*, Paris 1948.

NOAILLES P., *Du droit sacré au droit civil*, Paris 1949.

NOCERA G., *Reddere ius. Saggio di una storia dell'amministrazione della giustizia in Roma*, Roma 1976.

ORESTANO R., *Diritto. Incontri e scontri*, Bologna 1981.

ORESTANO R., *Le nozioni di ordinamento giuridico e di esperienza giuridica nella scienza del diritto*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* IV, 1985, 959 ss.

ORESTANO R., *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987.

ORTU R., *Alle origini del iudicium privatum*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese I*, Milano 2012, 129 ss.

PAIS E., *Ricerche sulla storia e sul diritto pubblico di Roma*, Roma 1915.

PAOLI J., *Verba praeire dans la legis actio*, in *RIDA* V, 1950, 292 ss.

PAPA G., *Studi in tema di processo formulare*, Torino 2012.

Bibliografia

PASQUALI G., *La grande Roma dei Tarquini*, in *La Nuova Antologia* XVI, Roma 1936, 405 ss.

PELLOSO C., *Giudicare e decidere in Roma arcaica. Contributo alla contestualizzazione storico-giuridica di Tab. 1.8*, in L. GAROFALO, *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese I*, Milano 2012, 59 ss.

PICARDI N., voce *Processo civile (diritto moderno)*, in *Enciclopedia del diritto* XXXVI, *processo-progression*, Milano 1987, 101 ss.

PUGLIESE G., *Processo privato e processo pubblico*, in *Rivista di diritto processuale* 3, 1948, 3 ss.

PUGLIESE G., *Figure processuali ai confini tra iudicia privata e iudicia publica*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli 1948, 391 ss.

PUGLIESE G., *Il processo civile romano I. Le legis actiones*, Roma 1962.

PUGLIESE G., *Gai 4.32 e la pignoris capio*, in *Melanges Meylan I*, 1963, 279 ss.

PUGLIESE G., *Recensione a W. Kunkel, Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahren in vorsullanischer Zeit*, in *BIDR*, 1963, 153 ss.

PUGLIESE G., *Studi sulla litis contestatio nel processo formulare*, Napoli 1982.

PUGLIESE G., *Istituzioni di diritto romano*, (con la collaborazione di F. SITZIA e L. VACCA), Torino 1991.

Bibliografia

PULITANÒ F., *Profili dell'officium iudicis nei giudizi divisori*, in GAROFALO L. (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese II*, Milano 2012, 385 ss.

RAMPAZZO N., *Osservazioni sulle cause di esazione dall'officium iudicis tra imperatività e arbitrarietà*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese III*, Padova 2015, 491 ss.

RANDAZZO S., *Bipartizione del processo e attività giudicante*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese I*, Milano 2012, 41 ss.

REINEKE W., voce *Processus, -us*, in *Thesaurus Linguae Latinae*, X.2, fasc. X *pro-prodeo*, Lipsiae 1942, coll. 1523 ss.

ROSSARO S., *Genealogia del giuramento*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese I*, Milano 2012, 431 ss.

SANTORO R., *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in *AUPA XXX*, 1967, 103 ss.

SANTORO R., *Manu(m) conserere*, in *AUPA XXXII*, 1972, 181 ss.

SARGENTI M., *Riflessioni sull'attribuzione dei poteri giurisdizionali a Roma nel passaggio dalla monarchia alla repubblica*, in *Studi G. Donatuti III*, Milano 1973, 1157 ss.

SCARANO USSANI V., *Il significato simbolico dell'hasta nel III periodo della cultura laziale*, in *Ostraka V*, 1996, 321 ss.

SCEVOLA R., *Riflessioni in tema di mutatio iudicis*, in GAROFALO L. (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese II*, Milano 2012, 447 ss.

Bibliografia

SCHERILLO G., *La legis actio per iudicis arbitrive postulationem e le origini del processo formulare*, in *IVRA* 1969, 5 ss.

SCHERILLO G., *Legis actio per iudicis arbitrive postulationem e processo formulare*, in *Sein und Werden im Recht. Festgabe für U. von Lübtow*, Berlin 1970, 309 ss.

SCHMIDLIN B., *Zur Bedeutung der legis actio: Gesetzesklage oder Spruchklage?*, in *RHD* 38, 1970, 367 ss.

SCIORTINO S., *Res acta e potere magistratuale di interrompere una legis actio irregolare*, in *AUPA* LVII, 2014, 209 ss.

SCOGNAMIGLIO M., *Processo criminale e giudice privato: l'actio ex sponsione*, in GAROFALO L. (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese II*, Milano 2012, 487 ss.

SERRAO F., *La iurisdictio del pretore peregrino*, Milano 1954.

SERRAO F., *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma. I. Dalla società gentilizia alle origini dell'economia schiavistica*, Napoli 2006.

SINI F., ORTU R. (a cura di), *Scientia iuris e linguaggio nel sistema giuridico romano. Atti del Convegno di Studi, Sassari 17-18 novembre 1996*, Milano 2001.

SINI F., *Ut iustum conciperetur bellum. Guerra "giusta" e sistema giuridico-religioso romano*, in A. CALORE (a cura di), *Seminari di storia e diritto*, III. «Guerra giusta? La metamorfosi di un concetto antico», Milano 2003, 31 ss.

SINI F., *Initia urbis e sistema giuridico-religioso romano. Ius sacrum e ius publicum tra terminologia e sistematica*, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di scienze giuridiche e tradizione romana* III, Sassari 2004.

Bibliografia

SOLAZZI S., *Il condemnari oportere del convenuto in Gai 3.180-181*, in *Archives de droit privé* XVI, 1953.

STARACE P., *Giudici e giuristi nel processo civile romano*, in GAROFALO L. (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese II*, Milano 2012, 25 ss.

TALAMANCA M., voce *Processo civile (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto* XXXVI, *processo-progressione*, Milano 1987, 1 ss.

TALAMANCA M. (a cura di), *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano 1989.

TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990.

TALAMANCA M., *Il riordinamento augusteo del processo privato, in Princeps e procedure dalle leggi Giulie ad Adriano. Atti del convegno di Copanello 5-8 giugno 1996*, Napoli 1999, 107 ss.

TELLEGEN-COEPERUS O., *Pontiff, praetor and iurisdictio in the Roman Republic*, in *TR* LXXIV 2006, 31 ss.

TOMULESCU C., *Les origines de la procédure formulaire*, in *RIDA* 1973, 355 ss.

TONDO S., *Il sacramentum militiae nell'ambiente culturale romano-italico*, in *SDHI* XIX, 1953, 47 ss.

TONDO S., *La semantica di sacramentum nella sfera giudiziale*, in *SDHI* XXXV, 1969, 335 ss.

TURCHI N., *La religione di Roma antica*, Bologna 1939.

VALGAEREN J.H., *The jurisdiction of the Pontiff in Roman Republic. A third dimension*, Nimega 2012.

Bibliografia

VALLOCCHIA F., *Collegi sacerdotali e assemblee popolari nella repubblica romana*, Torino 2008.

VAN SILKE D.G., *Sacramentum in ancient non-christian authors*, in *Antiphon IX.2*, 2005, 167 ss.

VARVARO M., *Zwei wiederentdeckte Briefe Niebuhrs vom 23.9.1986 und ein anonymer Aufsatz in der 'Allgemeinen Literatur-Zeitung'*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 80, 2012, 171 ss.

VARVARO M., *Riflessioni sui rapporti tra dogmatica giuridica e storia nel diritto nel pensiero di Philipp Lotmar*, in I. FARGNOLI (a cura di), *Philipp Lotmar. Letzter Pandektist oder erster Arbeitsrechtler?*, Frankfurt am Main 2014, 1 ss.

VARVARO M., *La revisione del palinsensto veronese delle Istituzioni di Gaio e le schede di Bluhme*, in *AUPA LVII*, Palermo 2014, 387 ss.

M. VARVARO, *Il Codex DCCCIX (DCCCXIII) della Biblioteca Capitolare di Verona: «prima trascrizione delle Istituzioni di Gaio» o «copia del tutto inservibile»?* , in *Index* 44, Napoli 2016, 31 ss.

VIARO S., *L'arbitratus de restituendo nelle formule del processo privato romano*, Napoli 2012.

VON JHERING R., *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, I, Leipzig 1852.

WEISS E., *Prozessgesetze und Richterbestellung im Legisak-tionenprozesse*, in *BIDR* 49-50, 1947, 194 ss.

WENGER L., *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, München 1925.

WENGER L., *Istituzioni di procedura civile romana*, trad. it. R. Orestano, Milano 1938.

Bibliografia

WENGER L., *Vom zweigeteilten römischen Zivilprozesse*, in *Studi in onore di S. Solazzi nel cinquantesimo anniversario del suo insegnamento universitario (1899-1948)*, Napoli 1948, 56 ss.

WISSOWA G., *Religion und Kult der Römer*, München 1912.

WLASSAK M., *Die Litiskontestation im Formularprozess*, in *Festschrift zum Doctor-Jubiläum Prof. Dr. B. Windscheid, überreicht von der Juristen-Fakultät zu Breslau*, Leipzig 1888, 55 ss.

WLASSAK M., *Römische Prozessgesetze I*, Leipzig 1888.

WLASSAK M., *Römische Prozessgesetze II*, Leipzig 1891.

WLASSAK M., *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, in *ZSS* 25, 1904, 96 ss.

WLASSAK M., *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse*, Wien 1921.

WLASSAK M., *Die klassische Prozessformel I*, Wien 1924.

ZUCCOTTI F., *Il giuramento nel mondo giuridico e religioso antico*, Milano 2000.