

RIFLESSIONI SUL PROBLEMA DELLA CONTINUITÀ DEL PENSIERO GIURIDICO ROMANO, TRA RISALENZA DI DISCIPLINE E MODERNITÀ DELLA LORO CONFIGURAZIONE TEORICA. IL CASO DEL PROCESSO ARCAICO *PER LEGIS ACTIONES*

Alessandro Corbino*

1. Una delle convinzioni più tenaci e diffuse della letteratura romanistica moderna è che la storia giuridica di Roma (come per altro quella politica ed istituzionale) sia stata segnata da una profonda discontinuità tra un tempo risalente (mai per altro esplicitamente definito¹), caratterizzato da una “primitività” semplificante, ed uno più recente, più o meno variamente coincidente con quello del nascere e dell’affermarsi di una giurisprudenza laica, la quale avrebbe finalmente aperto la strada alla capacità di elaborare assetti delle relazioni giuridiche sempre più raffinati e complessi.

Non è mia intenzione aprire qui una discussione a tutto campo. Né riprendere quanto ho altre volte avuto già modo di rilevare circa la incompatibilità di un tale atteggiamento con i dati testuali (spesso, per altro, i soli disponibili), che mostrano come non siano né poche né marginali le materie nelle quali è possibile osservare la fragilità di convinzioni

1 Ma abbastanza concordemente fatto coincidere con quello che va dalle origini della città al III secolo a.C., tempo al quale si è ora infatti riferito M. Torelli, *La forza della tradizione. Etruria e Roma continuità e discontinuità agli albori della storia*, Milano 2011, p. 12, per sottolineare (da un diverso punto di osservazione, e tuttavia di rilevantissimo rilievo anche per la storia istituzionale e giuridica: v. infatti L. Capogrossi Colognesi, *Sulla tradizione di Roma arcaica, tra continuità e discontinuità*, in *Index* 41 [2013], 11 ss.) gli effetti di un atteggiamento storiografico molto in voga ancora a metà del Novecento (ma del quale, osservo, gli esiti continuano ad influenzare ancora le nostre ricerche, come dimostrano le cautele che anche gli studiosi meno condizionati continuano a manifestare quando si imbattono nei segni di una tradizione che lascia trasparire risalenze “sorprendenti” di assetti istituzionali e giuridici). Come non ha esitato a sottolineare l’illustre archeologo, l’atteggiamento in questione ha, con i suoi pregiudizi, “finito con il costruire una storia di Roma arcaica interamente di fantasia” (p. 11) e “col cancellare tutta la storia di Roma tramandata fino al III secolo a.C.”.

* Dr. Dr. h.c., Professore, Università di Catania.

“ribassiste”² diffuse, prive di consistente fondamento, ma ricche di un’autorevolezza di consensi, che ne scoraggia la stessa messa in discussione³.

Lo scopo delle mie considerazioni è più modesto. Desidero richiamare l’attenzione su un dato, che appare ai miei occhi (per il fatto di riguardare un aspetto generale ed essenziale dell’ordinamento, come l’ordinamento arcaico delle azioni private) di speciale rilievo per mostrare come il pensiero giuridico romano antico, ancorché non ancora “sistemato” (secondo un ordine razionale già ricondotto anche ad un linguaggio di “categorie” e di “coerenze”), non per questo mancasse di una capacità, già *ab origine* raffinata, di corrispondere alle esigenze con risposte in grado di assecondare le sollecitazioni, determinando ricadute disciplinari tutt’altro che prive di coerenza con la complessità delle stesse.

2. La esistenza originaria di una struttura non uniforme (e tuttavia caratterizzata da aspetti comuni) del *modus agendi* che doveva essere osservato per portare al *iudicium* una controversia tra privati è un dato sicuro⁴. Ne conosciamo gli assetti grazie alle istituzioni gaiane, che ce ne hanno tramandato, com’è noto, una descrizione abbastanza puntuale, ancorché in parte andata purtroppo perduta per lo stato del manoscritto⁵.

Si tratta di testi notissimi⁶ e che perciò ometto di trascrivere.

Dai dati forniti, le evidenze utili per la nostra discussione non sono poche.

La prima di esse è costituita dal sicuro riferimento del giurista a quello che, per le sue conoscenze, era il quadro delle cose in origine. Egli distingue nettamente tra un assetto di sistema più antico ed uno più recente, quale maturato in conseguenza di innovazioni decemvirali (*agere per iudicis arbitriva postulationem*) o successive (*agere per condictionem*): nel primo il sistema prevedeva ancora solo *agere sacramento*, *agere per manus injectionem* e *pignoris capio*.

Nel quadro di tale precisazione di fondo, il giurista inserisce poi una informazione di dettaglio abbastanza ricca sui diversi interventi specifici maturati nel tempo: applicabilità

2 Prendo a prestito un’ulteriore osservazione di Torelli (*La forza*, cit., p. 11).

3 Esemplifico (per restare, nell’ambito di temi di diritto privato direttamente affrontati): pretesa esistenza di un unitario potere paterno sui sottoposti e conseguente uniforme disciplina delle relazioni derivanti da filiazione, *conventio in manum* o acquisizione *in causa mancipii* di figli altrui (per non dire delle diverse ed ulteriori, pure osservabili, come quelle relative a *nexi* ed *addicti*); pretesa originaria configurazione della relazione di subordinazione tra fondi (quale espressa nella figura della “servitù” come a noi direttamente nota) in termini non di “*ius in re aliena*” ma di “proprietà”; pretesa inesistenza – fino al III/II secolo a.C. – di relazioni negoziali fondate sulla considerazione del consenso (e non invece di sole forme) e conseguente inattendibilità delle testimonianze in contrario non solo di storici come Livio o Dionigi, ma persino di giuristi come Gaio, al quale l’essere stato autore di un commento alle XII tavole non ha risparmiato la considerazione di inattendibile e distratto sempliciotto, incapace di comprendere la incompatibilità di informazioni da lui diffuse (come la esistenza già in età decemvirale di *emptio-venditio* e *locatio-conductio* consensuali: 4.28; o la già praticata possibilità di un’*actio mandati* al tempo di introduzione del plebiscito aquiliano: 3.216) con il quadro della “realità storica” (quale appunto disegnato da ricostruzioni esclusivamente dottrinarie).

4 Per tutti: M. Marrone, *Agere lege, formulae e preclusione processuale*, in F. Milazzo (cur.) *Praesidia libertatis* [Atti Copanello 1992], Napoli 1994, 20.

5 La lacuna più grave è costituita dalle 21 righe andate quasi interamente perdute nella parte che gli editori moderni collocano tra i parr. 14 e 15 del quarto commentario.

6 Gai. 4.11-31.

nel minimo già fissato (50 assi) della *poena sacramenti*, stabilita dalle XII tavole per la *controversia de libertate*⁷; intervento della *lex Pinaria* sulla tempistica della *datio iudicis*⁸; originaria limitazione decemvirale della *iudicis postulatio* alle liti *ex sponsione* e *de hereditate dividenda* e successiva estensione di quel *modus procedendi* alla divisione anche di cose comuni⁹ ad opera della *lex Lincinia*¹⁰; ruolo di *lex Calpurnia* e *lex Silia* nella introduzione dell'*agere lege per condictionem*¹¹; necessario fondamento legislativo (introdotto si direbbe dalle XII tavole¹²) dell'*agere lege per manus iniectionem*¹³; possibile fondamento invece sia legislativo che *moribus* della *pignoris capio* (con ricordo dei vari relativi casi)¹⁴.

Nell'atteggiamento del giurista, non mancano ulteriori manifestazioni del suo scrupolo storico, come la preoccupazione di chiarire il senso di locuzioni tecniche utilizzate per descrivere il quadro rappresentato (come: “*causae coniectio*”¹⁵; “*vindicias dicere*”¹⁶; “*litis et vindicarum*”¹⁷; “*condicere*”¹⁸) o quella di introdurre precisazioni (come il valore “aperto” di alcune formulazioni descritte: ammontare del *sacramentum* contenuto nella dichiarazione esemplificata¹⁹; dichiarazione alternativa di fondamento dell’azione nell’*agere per manus iniectionem*²⁰) o, ancora, di sottolineare il collegamento della disciplina descritta con aspetti della cultura romana antica (uso cautoleso della *summa sacramenti* più alta anche per liti di ammontare che avrebbero giustificato la somma minore fissata²¹; senso della presenza della *festuca* nel rituale²²). E si aggiunga ancora la sottolineata volontà di mantenersi fedele al quadro informativo cui attinge (e dal quale deriva la descrizione che ne fa ai suoi lettori) anche quando esso fornisca dati non spiegabili (o almeno non spiegabili ai suoi occhi): ragioni della introduzione del *modus agendi per condictionem*²³; ragioni della formulazione della *legis actio* derivante dalla *lex Furia*²⁴; ragioni più in generale di dubbio giurisprudenziale su aspetti complessivi di sistema (problema della discussa coerenza, tra i giuristi, tra criterio assunto per la

7 Gai. 4.14.

8 Gai. 4.15.

9 Gai. 4.17a.

10 Significativo (per il suo indiretto sottolineare la fedeltà del giurista alle sue fonti) il ricordo di essa nella denominazione antichizzante.

11 Gai. 4.20.

12 Questo mi pare il senso complessivo della frase di apertura di Gai. 4.21.

13 Gai. 4.21-25.

14 Gai. 4.26-28.

15 Gai. 4.15.

16 Gai. 4.16.

17 Gai. 4.16.

18 Gai. 4.18.

19 Gai. 4.16.

20 Gai. 4.21.

21 Gai. 4.15.

22 Gai. 4.16.

23 Gai. 4.20.

24 Gai. 4.24.

definizione di “*legis*” *actio* dei formulari utilizzati²⁵ e connotati fattuali della *pignoris capio*²⁶).

3. Dire – a fronte di questa ricca messe di elementi – che la descrizione gaiana non corrisponda alla situazione storica rappresentata (o almeno a quella che erano in grado di rappresentarsene i giuristi del tempo) non è decisamente possibile. A meno di non immaginare (ma senza altra ragione che un preconcetto) di essere di fronte ad un atteggiamento consapevolmente falsificante.

Si può bene (anzi: si deve, proprio per l’atteggiamento narrativo del giurista) pensare che il quadro descritto da Gaio rifletta – se guardato nei suoi esiti di insieme – una complessità maturata nel tempo, più ricca dunque di quella originaria. Così come va tenuto in considerazione che esso può essere bene segnato, per contro, da semplificazioni operate da Gaio per alleggerire la propria esposizione (come suggeriscono le non poche informazioni che concorrono *aliunde* ad arricchirlo e precisarlo²⁷). Ed è necessario anche aver chiaro che i formulari descritti sono quasi certamente (almeno²⁸ nel loro assetto linguistico²⁹) il risultato di ammodernamenti. Ma non può in alcun modo ritenersi che gli assetti disciplinari del più antico processo romano avessero una logica di sistema diversa da quella esposta da Gaio.

Possiamo considerare insomma un dato storico sicuro che l’azione (come poi il fatto sarebbe stato sicuramente denominato) doveva introdursi³⁰, già in origine, nel luogo deputato³¹, attraverso modalità formali caratterizzate da aspetti “comuni” ed aspetti invece “differenzianti”.

I dati comuni erano costituiti dalla recita pubblica³² di formulari verbali rigorosamente predisposti (anche se ne conosciamo solo l’ultima versione vigente³³), accompagnata da gesti che ne sottolineano aspetti vari (di ordine anche simbolico³⁴, e perciò culturali), che culminavano nella constatazione che – a causa delle inconciliabili rispettive posizioni – diveniva necessario sciogliere la situazione controversa attraverso un “giudizio” (che appare in origine, nel ricordo che se ne è conservato, fortemente permeato di caratteristiche sacrali).

25 Su cui già Gai. 4.11.

26 Gai. 4.29.

27 A cominciare dalle note di Probo. Ma vedi anche le informazioni sul *manum conserere* che si ricavano da: Gell. 20.10.7-9 (v. anche: Cic. *pro Mur.* 12.26).

28 Potrebbero esserlo stati anche in aspetti sostanziali: sul punto G. Nicosia, *Il processo privato romano I. Le origini*, Catania 1980, 138 ss.

29 S. Boscherini, *La lingua della legge delle XII tavole*, in F. Milazzo (cur.), *Società e diritto nell’epoca decemvirale*, Napoli 1988, 45 ss.

30 Davanti all’autorità di governo preposta. Ma le cose non cambierebbero anche se si volesse seguire la prospettiva suggerita da Nicosia (che infatti non dubita della circostanza) di un originario svolgimento *in iure* della lite in assenza del magistrato (cfr. *Il processo* I cit. 155 ss.).

31 XII tav. 1.6-7.

32 *Supra*, nt. precedente. E comunque davanti a *testes*: Fest. v. *contestari item* (L. 50).

33 *Supra*, nt. 29.

34 Come il parlare “*festucam tenens*”.

Su tale sfondo comune (in sé già comunque rappresentativo di un certo modo di concepire l'amministrazione della giustizia³⁵), si innestavano differenze rilevanti, legate alla specifica funzione pratica dell'agire. Non solo si distingueva perciò tra *modus procedendi* da osservare quando si agisse per ottenere un giudizio (*agere sacramento*) e quando invece per farne valere le conseguenze (*agere per manus iniectionem*), ma (ed è questo il dato più significativo) si distingueva (e molto) anche in ragione del tipo di domanda che l'interessato avanzava: se essa era cioè rivolta ad ottenere il riconoscimento di un diretto rapporto tra soggetto e “cosa” (come nel caso in cui si affermasse il proprio *dominium* su una cosa materiale) ovvero ad affermare piuttosto l'esistenza di un dovere altrui di trasferirgliela o comunque di fargliene conseguire la disponibilità promessa.

4. Posto che siamo dunque di fronte ad un quadro di riferimento complessivamente attendibile, sia con riferimento alla struttura di sistema (rimasta inalterata e solo arricchita nel tempo in complessità, per la intervenuta introduzione di nuovi *modi procedendi*: *iudicis postulatio* e *condictio*), sia con riferimento alla disciplina che caratterizzava ciascun singolo *modus procedendi*, nel quale i pur non pochi ammodernamenti intervenuti si sono tuttavia sempre mantenuti all'interno di una logica per così dire “conservativa” (hanno avuto la funzione di “affinare” il sistema, non quello di stravolgerlo)³⁶, diviene possibile domandarsi quale fosse la *ratio* che ne ispirò il disegno e valutare, in particolare, in quale misura questo sia stato il frutto di una consapevole percezione delle distinte esigenze da affrontare e della conseguente necessità di rispondervi con una disciplina coerentemente differenziata.

5. La struttura duale del *modus procedendi* generale (*agere sacramento*) trova la propria ragione pratica nella percepita coscienza delle distinte aspirazioni materiali legate ad una pretesa (del tipo che si sarebbe poi detto) “*in rem*” rispetto a quelle legate ad una pretesa (del tipo che si sarebbe poi detto) “*in personam*”.

Ripercorriamo rapidamente le cose.

Benché per le liti “*in personam*” la trattazione della nostra fonte principale (Gaio) sia in più punti lacunosa, un dato è certo (e per altro indubitato): essa si apriva attraverso uno scambio di battute introduttive che prevedevano l'affermazione (da parte di colui che promuoveva il giudizio) di un “*oportere*” che impegnava l'avversario verso di lui (ad esempio a “*dare*”) e che si concludevano con una domanda (*aias an neges*), che onerava l'avversario di una risposta coerente (*aio/nego*)³⁷.

35 Un fatto umano, ma assistito dall'ausilio divino.

36 Ce ne dà conferma, del resto, lo stesso procedere espositivo di Gaio. Il giurista distingue nettamente – nell'organizzazione della sua descrizione – tra interventi riformatori che hanno avuto ricadute di sistema ed interventi che hanno avuto il più limitato significato di ammodernamenti della precedente disciplina (che non hanno inciso sulla configurazione del sistema). L'*agere per iudicis postulationem* (che ha introdotto la possibilità di attivare il giudizio anche senza *sacramentum*) ha modificato il quadro d'insieme, affiancando agli esistenti un nuovo distinto *modus* e viene dunque ricordato nell'ambito della premessa espositiva che descrive il sistema nel suo assetto maturo (4.12), mentre la determinazione, ad esempio, della misura del *sacramentum* nelle liti di libertà o la legge Pinaria sono interventi che hanno modificato nel tempo la disciplina di uno specifico *modus* e sono dunque ricordati nell'ambito della descrizione di questo (4.15).

37 La circostanza non solo trova per altro piena indiretta conferma nella struttura dialogica descritta da Gaio per le *legis actiones* che potevano introdursi secondo i più recenti schemi della *iudicis postulatio* e della *condictio*, ma una puntuale conferma testuale anche in Prob. 4.3 (che sembra prefigurare una *indefensio* del convenuto *in personam* e dunque un fatto in sé diverso dalla *confessio*: *infra*, nt. 58).

Prob. 4.1: *A.T.M.D.O. aio te mihi dare oportere.*

Prob. 4.2: *Q.N.T.S.Q.P. quando negas te sacramento quingenario provoco.*

Le cose andavano diversamente – è altrettanto sicuro – quando la lite era “*in rem*”.

Le parti dovevano introdurla attraverso la recita di formulari ed il compimento di gesti, che – nel caso in cui la controversia riguardasse il *dominium*³⁸ di una *res* – erano descritti in dettaglio in Gai. 4.16³⁹:

Gai. 4. 16: *Si in rem agebatur, mobilia quidem et mouentia, quae modo in ius adferri adducie possent, in iure uindicabantur ad hunc modum: qui uindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, uelut hominem, et ita dicebat: HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO secundum suam causam⁴⁰; SICVT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM INPOSVI, et simul homini festucam imponebat. aduersarius eadem similiter dicebat et faciebat. cum uterque uindicasset, praetor dicebat: MITTITE AMBO HOMINEM, illi mittebant. qui prior uindicauerat, ita alterum interrogabat: POSTVLO, ANNE DICAS, QVA EX CAVSA VINDICAVERIS? ille respondebat: IVS FECI, SICVT VINDICTAM INPOSVI. deinde qui prior uindicauerat, dicebat: QVANDO TV INIVRIA VINDICAVISTI, QVINGENTIS ASSIBVS SACRAMENTO TE PROVOCO; aduersarius 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.*

Il compimento di tali formalità (comprese quelle relative alla nomina del giudice, ma delle quali non abbiamo informazione ugualmente puntuale, fecendone Gaio rinvio a quanto aveva già descritto⁴¹ in sede di trattazione del rito relativo all’*agere in personam*) – forse già solennizzato dalla *litis contestatio* del tempo⁴² – non apriva ancora tuttavia la strada al *iudicium*. Era necessaria infatti un’attività ulteriore, curata dallo stesso magistrato davanti al quale erano stati recitati i formulari introduttivi richiesti, la quale – almeno nella fase storica alla quale Gaio fa riferimento (comunque già decemvirale⁴³) – era preordinata all’attribuzione interinale della cosa⁴⁴ e alla conseguente prestazione

38 Non importa ora se questa fosse la sola affermazione contenziosa possibile (come si è a lungo ritenuto) o se essa costituisse per Gaio solo un *exemplum* (come a me parrebbe con evidenza).

39 Ancorché quasi certamente non esaustivamente, come fa intendere già Gai. 4.17 e come costringe comunque a ritenere Cic. *pro Mur.* 12.26.

40 Continuo ad essere persuaso di quanto osservato in A. Corbino, *La struttura dell'affermazione contenziosa nell'agere sacramento in rem* (“secundum suam causam” in Gai. 4.16), in *Studi Sanfilippo* 7 (Milano 1987) 137 ss.

41 Nella parte dei paragrafi 14-15 andata perduta.

42 Cfr. G. Pugliese, *Il processo civile romano I. Le legis actiones* (corso 1961-62), Roma s.d., 389 ss.

43 XII tav. 12.3.

44 Gaio parla di “*possessorem*” *constituere*. Legge dunque il “fatto” con gli occhiali tecnici del suo tempo. Ma questo non autorizza a negare la corrispondenza sostanziale del medesimo a quello che sarebbe stato poi qualificato come Gaio appunto lo qualifica. Altra cosa ancora che ne avesse già anche la medesima disciplina.

delle garanzie necessarie (sia in ordine alla eventuale consegna di essa all'avversario risultato poi vincitore, sia in ordine al *sacramentum*⁴⁵):

Gai. 4. 16: ... *postea praetor secundum alterum eorum uindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat, eumque iubebat praedes aduersario dare litis et uindiciarum, id est rei et fructuum; alios autem praedes ipse praetor ab utroque accipiebat sacramenti causa, quia id in publicum cedebat. festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti dominii, quando iusto dominio ea maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent; unde in centumuinalibus iudiciis hasta proponitur.*

Solo da quel momento poteva dirsi esaurita la fase introduttiva della lite e completate le premesse perché di essa potesse ora occuparsi il giudice⁴⁶.

A differenza dunque di quando la lite era “*in personam*” (nella quale era chiaro, prima ancora della sua insorgenza, su quale delle due parti gravava un “dovere” nei confronti dell'altra), nella lite “*in rem*” il sorgere di una posizione di dovere di una parte verso l'altra era conseguenza solo dell'intervenuta attribuzione delle *vindiciae* (e della conseguente esposizione che da essa poteva derivarne).

Veniamo alle ragioni di tale distinzione di regime. Per comprenderle dobbiamo riflettere sul diverso interesse che muove le parti nei due casi.

Nella pretesa “obbligatoria”, chi agisce mira ad ottenere il riconoscimento pubblico che l'avversario è tenuto al comportamento (*dare/facere*) “promesso” del quale egli subisce l'attuale negazione: chiede dunque un accertamento che ha ad oggetto non direttamente la “cosa” (che pure è ciò che egli aspira, in definitiva, a conseguire), ma la esistenza o meno del dovere del suo avversario relativamente ad essa (la sua è una domanda appunto “*in personam*”). La domanda è rivolta perciò ad un accertamento che non può dare spazio a future pretese di terzi. Quello che interverrà “definisce” una volta per tutte le posizioni: la prestazione richiesta o è, in atto, dovuta o non lo è. E, se lo è, lo è solo da parte di colui al quale essa è richiesta (né può essere altrimenti) e nei confronti dell'attuale richiedente.

Nella pretesa “proprietaria” la situazione è ben diversa.

Chi assume l'iniziativa processuale intende ottenere il riconoscimento pubblico che la cosa oggetto del suo interesse gli appartiene (sicché ne è ingiustificata la attuale⁴⁷ negazione che egli subisce): chiede insomma un accertamento che riguarda la propria relazione con la cosa (la sua domanda è appunto – come poi si dirà – “*in rem*”). Ma tale sua aspirazione può fargli conseguire un risultato giudiziale utile solo nei confronti del suo attuale avversario. Esiste sempre l'insuperabile possibilità materiale che un terzo (in atto estraneo alla lite) si riveli in realtà⁴⁸ (o pretenda almeno di essere) il vero titolare del rapporto con la cosa.

45 Del quale si presuppone già intervenuta la riforma di disciplina nei termini di posta di soccombenza (sul punto: Nicosia, *Il processo* I cit. 123 ss.).

46 Tralascio del tutto le relative – ininfluenti – questioni (chi, quando, dove).

47 Che perciò identifica la legittimazione passiva dell'avversario.

48 Cfr. D. 16.3.31.1, *Triphon. 9 disp.*

E di questo i Romani tengono conto.

L'impossibilità di *agere acta*⁴⁹ (cui con evidenza fa, per altro, riferimento Gaio nel ricordare il modo di operare della preclusione processuale nel tempo delle *legis actiones*⁵⁰) vale da sempre⁵¹ (anche con riferimento all'azione *in rem*⁵²) solo per colui che sia stato “parte” del precedente giudizio⁵³.

E, come avrebbe poi sottolineato Cicerone, nelle controversie *in rem*, solo il compiersi dell'*usucapio* (istituto di sicura elevatissima risalenza⁵⁴) determina la fine di ogni *sollicitudo litis*:

Cic. *pro Caec.* 26. 74: ... *Nam ut perveniat ad me fundus testamento alicuius fieri potest; ut retineam quod meum factum sit sine iure civili fieri non potest. Fundus a patre relinqu potest, at usucapio fundi, hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium, non a patre relinquitur, sed a legibus ...*

Nel processo “*in rem*”, la situazione giuridica in discussione (affermata da entrambi i contendenti come esistente in proprio favore⁵⁵) può sciogliersi insomma nei fatti soltanto nei termini del riconoscimento di una relativa migliore posizione dell’uno dei contendenti rispetto all’altro. L'accertamento giudiziale che ne consegue non può andare oltre la constatazione di quale – tra i due⁵⁶ – debba essere preferito⁵⁷.

49 Di rinnovare – vale a dire – il giudizio già giunto a conclusione (*addictio in iure* o sentenza: cfr. Marrone, *Agere lege* cit., 37 s.). Di molto interesse: Plaut. *Rud. Prol.* 13-20 (sul punto: A. Corbino, *Eccezione di dolo generale suoi precedenti nella procedura “per legis actiones”*, in L. Garofalo (cur.), *L’eccezione di dolo generale*, Padova 2006, 37 s., nt. 50). L'espressione è comunque di uso già gergale (cfr. per altro: Cic. *Lael.* 22.85) in Plauto e in Terenzio (nel quale trova impiego nel senso appunto di “cosa sulla quale è inutile chiedere una riconSIDerazione”: Plaut. *Pseud.* 261; *Cist.* 701; Ter. *Heaut.* 564; *Phorm.* 419). Cfr. anche Cic. *ad Att.* 9.18.3; *Liv.* 28.40.

50 Gai. 4.108.

51 Secondo l'informazione che ne abbiamo (Gai. 4.107-108).

52 Lo nega il Marrone per l'epoca predecemvirale (*Agere lege*, cit. 24 s.), ma sulla base della “inverosimiglianza” che i giuristi del tempo avessero potuto già elaborare i complessi criteri di accertamento della *eadem res* (che ritroveremo nel pensiero maturo; *infra*, nt. seguente). A giudizio dell'illustre studioso ad impedire il rinnovarsi della *legis actio* avrebbe provveduto il magistrato (secondo i casi, con *denegatio actionis* o *addictio*, in favore di chi fosse già prevalso). Non vedo tuttavia cosa cambi spostare sul magistrato – rispetto al giudice – l'onere di accertamento: occorreva pur sempre valutare se la lite da intraprendere fosse o meno la stessa di quella consumata.

53 Così infatti: D. 44.2.27, Ner. 7 *membr.* (v. anche: 44.2.14 pr., Paul. 70 *ad ed.*, 44.2.3, Ulp. 15 *ad ed.*).

54 Aveva disciplina articolata già nelle XII tavole (6. 3-5).

55 Gai. 4.16: ... *adversarius eadem similiter dicebat et faciebat*.

56 Tanto appunto che esso si scioglierà non stabilendo di chi “sia” la cosa, ma solo stabilendo *utrius sacramentum iustum, utrius iniustum sit*.

57 Il che non comporta affatto (cfr. L. Capogrossi Colognesi, *La struttura della proprietà e la formazione dei “iura praediorum” nell’età repubblicana*, I, Milano 1969, 396 ss.) che la proprietà fosse stata concepita in origine come una situazione relativa (secondo la nota proposta del Kaser). Una cosa è l'esito processuale dell'accertamento (fatto in sé insuperabilmente “relativo”), altra cosa la connotazione sostanziale del diritto (che resta sempre percepita come assoluta, e divenendolo comunque senz'altro con il compiersi dell'*usucapio*: Cic. *pro Caec.* 26.74).

La migliore riprova della piena consapevolezza di tutto questo la abbiamo osservando la distinta disciplina prevista per la desistenza processuale adesiva⁵⁸.

Essa si attuava, com’è noto, nelle azioni “*in rem*” con *in iure cessio* e in quelle invece “*in personam*” con *confessio in iure*, con atti, dunque, dalle conseguenze molto diverse: mentre l’*in iure cedens* avrebbe subito solo l’attribuzione all’avversario della facoltà di condurre con sé la cosa, il *confessus* sarebbe stato invece equiparato al *iudicatus* ed esposto perciò all’azione esecutiva:

Gai. 2.24: In iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani uelut praetorem urbanum [aut praesides prouinciae] is, cui res in iure ceditur; rem tenens ita dicit: HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO; deinde postquam hic uindicauerit, praetor interrogat eum, qui cedit, an contra uindicit; quo negante aut tacente tunc ei, qui uindicauerit, eam rem addicit; idque legis actio uocatur. hoc fieri potest etiam in prouinciis apud praesides earum.

Gell. 15.13.11: “Confessi” autem “aeris”, de quo facta confessio est, in XII tabulis scriptum est his verbis “aeris confessi rebus iudicatis triginta dies iusti sunt”.

Gell. 20.1.45: Sic enim sunt, opinor, verba legis: “Aeris confessi rebusque iure iudicatis triginta dies iusti sunt. Post deinde manus injectio esto, in ius ducito. Ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure vindicit, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus. Quindecim pondo ne minore aut si volet maiore vincito. Si volet, suo vivito. Ni suo vivit, qui eum vinctum habebit, libras farris endo dies dato. Si volet, plus dato”.

Benché entrambi i fatti rendessero inutile (tra le parti) il successivo giudicato (che infatti non si sarebbe avuto), uno (la *confessio*) veniva tuttavia equiparato a questo, mentre l’altro (l’*in iure cessio*) esauriva invece in sé la propria funzione: non richiedeva, per i suoi effetti, alcuna equiparazione al giudicato (il che ne spiega per altro gli impieghi sostanziali che ne sarebbero venuti⁵⁹).

Segno inequivoco – mi sembra – della distinta efficacia che il giudicato aveva nei due casi: evenienza utile nell’azione *in rem*, ma priva di conseguenze esecutive possibili se il vincitore aveva già ottenuto l’attribuzione delle *vindiciae* e mancava perciò un conseguente dovere dell’avversario di *iudicatum facere* (diverso dalla mera

58 Un fatto in sé distinto, per altro, dalla *indefensio*, la cui disciplina – ancorché ispirata ad una logica non diversa – comportava comunque effetti distinti: nell’*actio in rem* una semplice inversione delle situazioni possessorie e in quella *in personam* la immediata apertura delle procedure esecutive (per tutti. M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 341).

59 L’*in iure cessio* (sulla quale da ultimo, con una visione tuttavia in più aspetti dissonante, ispirata all’idea di una sua artificiale diretta creazione giurisprudenziale, che non possiamo qui approfondire: J.G. Wolf, *La in iure cessio considerazioni su un negozio giuridico arcaico*, in *Ivra* 61 [2013] 1 ss.) poteva prestarsi (come in fatto accadde, con grandissimo sviluppo di possibilità: *iura in re aliena*) al trasferimento e alla costituzione di una nuova situazione *in rem* (che vedeva il cessionario sostituirsi al cedente) solo in virtù dell’effetto preclusivo – *inter partes* – dell’esperita *legis actio* (il che ne spiega la necessità di compierla dinanzi ad un magistrato investito – anche in provincia: cfr. Gai. 2.24 – della facoltà di presiedere una *legis actio*; così ancora: PS. 2.25.4, D. 1.7.4, Mod. 2 *reg.*; D. 1.16.3, Ulp. 26 *ad Sab.*, D. 1.20.1, Ulp. 26 *ad Sab.*). La *confessio in iure* non poteva prestarsi, al contrario, al trasferimento dell’*obligatio*, dal momento che con essa non si modificava solo la situazione sostanziale di titolarità, ma si definiva anche il suo già consumato inadempimento.

soggezione allo stesso); evenienza invece necessaria nell'azione *in personam*, nella quale l'accertamento riguardava un "dovere di comportamento" e la soddisfazione perciò dell'interesse materiale passava dall'attuazione di esso (e, in mancanza, dalla possibilità di procedere esecutivamente nei confronti del resistente⁶⁰).

6. Venendo alla unicità del *modus procedendi* esecutivo, appare a questo punto, di ogni evidenza il suo dipendere dalla impostazione del processo di cognizione. Essa è la conseguenza della avvertita preoccupazione di assicurare al vincitore una spedita possibilità di far valere – con mezzi giuridici⁶¹ – l'intervenuto giudicato. Il quale, come abbiamo visto, conduce infatti sempre (quale che fosse la questione sottoposta a cognizione, rivolta cioè all'accertamento di una pretesa *in rem* o di una invece *in personam*) ad un risultato processuale che determina in ogni caso pretese "*in personam*": l'originaria (ora non solo affermata, ma anche dichiarata fondata) ovvero la nuova (o le nuove, quanto ai *praedes*⁶²) – con le accessorie⁶³ – derivante dall'eventuale insorto dovere (con il giudicato) di consegna al vincitore della lite della cosa che ne era oggetto, attribuita interinalmente dal magistrato a colui che è risultato tuttavia soccombente nell'accertamento intervenuto⁶⁴.

7. Possiamo, mi pare, rapidamente concludere.

Due le considerazioni che le nostre informazioni suggeriscono.

La prima. L'antica disciplina duale dell'*agere sacramento* è espressione di una tecnica giuridica che non possiamo continuare a considerare ancora solo empirica ed irriflessa. Essa asseconda una varietà di esigenze attentamente rilevate e lo fa in modo già notevolmente raffinato. Segno di una cultura giuridica che appare già in grado di esprimere una "visione" cosciente dei problemi da considerare e ben consapevole perciò anche delle ricadute delle scelte disciplinari adottate.

La seconda. Le scelte originarie adottate appaiono frutto di una visione di fondo mai abbandonata.

È ben vero che nel tempo molte delle concrete discipline adottate in origine sono state rivedute e modificate. Ma esse lo sono state sempre in una direzione caratterizzata da una continuità di fondo, in costante adesione ad una tradizione di pensiero mai abbandonata.

Ed è anche non meno vero che, come Gaio stesso sottolinea, la rappresentazione degli assetti antichi nei termini di un "sistema" di azioni descrivibile in ragione della natura delle situazioni sostanziali cui esso dava attenzione – e perciò rappresentabili come

60 Non diversamente per altro di quanto sarebbe ancora avvenuto nel sistema delle *formulae* (secondo quanto si apprende dalla *lex Rubria*). Sul punto – con analisi di problemi e dottrina (ai nostri limitatissimi fini del tutto irrilevanti) – Fiori, 200 s.

61 L'idea della autosatisfazione non è solo un'invenzione. È un non senso (*quid* se la "forza" del soccombente è maggiore?).

62 Richiesti anche per il *sacramentum* (Gai. 4.16).

63 Sorgeva responsabilità anche per frutti (XII tav. 12.3) e, verosimilmente, spese.

64 Cfr. Marrone, *Agere lege cit.*, 23 nt. 15.

dirette a far valere pretese “*in rem*” ovvero “*in personam*” – è frutto di una riflessione “moderna” (*verius videtur leggiamo in Gaio*)⁶⁵:

Gai. 4.1 *Superest, ut de actionibus loquamur. et si quaeramus, quot genera actionum sint, uerius uidetur duo esse, in rem et in personam. nam qui IIII esse dixerunt ex sponsum generibus, non animaduerterunt quasdam species actionum inter genera se retulisse.*

Ma questo nulla toglie al fatto che essa è intervenuta su dati storici oggettivi (gli assetti materiali maturati), che l'hanno suggerita e giustificata.

Il fatto che i Romani delle origini non si siano rappresentati l’*agere sacramento* rivolto ad affermare il “*meum esse*” come un *agere “in rem”* e quello rivolto ad affermare un “*dare facere oportere*” come un *agere “in personam”* non significa anche che essi non abbiano distinto da sempre il *modus procedendi* secondo una logica corrispondente, che teneva conto appunto del fatto che esso fosse rivolto a far valere l’una o l’altra esigenza.

Ciò che è accaduto non è stato insomma un mutamento di logica giuridica. Nel tempo è solo maturata la capacità del pensiero giuridico di rappresentare quegli assetti anche in termini concettuali teorici⁶⁶.

Nella materia qui osservata, nessuna rottura si constata insomma tra pensiero arcaico e pensiero moderno. Il secondo è uno “sviluppo” del primo e non un suo “rivolgimento”. Tanto da essere stato possibile a Gaio presentare il primo (l’arcaico) “ordinandolo” (senza tradirne in alcuna misura l’essenza) secondo le stesse categorie nelle quali egli ordina il moderno (*in rem/in personam*)⁶⁷.

Abstract

This piece of writing intends to show – moving from a specific observation point – how juridical Roman thinking has been characterised by a high continuity of vision and by a great capacity to rationally rule over the complexity of situations that had to be regulated.

65 Sul punto da ultimo: F.M. Silla, *Genera actionum. Itinerari gaiani*, Lecce 2012, 11 ss. (cfr. in particolare, p. 21 nt. 20). Sulla distinzione in questione v. anche: E. Nicosia, “*Actio in rem*” e “*actio in personam*” nell’impostazione di Gaio, in “*Actio in rem*” e “*actio in personam*”, I, Padova 2011, 53 ss.

66 Quelli dei quali ancora Cicerone lamentava l’inesistenza al suo tempo: cfr. *de orat.* 1.41.185 ss. (ma v. anche *de leg.* 1.4.14; *Br.* 41.151 ss.).

67 Gai. 4.1.