



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO, INTERNAZIONALE E COMUNITARIO

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN GIURISPRUDENZA
XXX CICLO

‘APUD IUDICEM’.
GIURISTI E GIUDICI NELL’EPILOGO DEL PROCESSO FORMULARE

Coordinatore: Ch.mo Prof. Roberto Kostoris

Supervisore: Ch.mo Prof. Luigi Garofalo

Dottorando: Alberto Zini

INDICE SOMMARIO

INTRODUZIONE	7
--------------------	---

CAPITOLO I

‘OFFICIUM IUDICIS’ E ‘IUS CONTROVERSUM’

1. <i>‘Ius controversum’ e ‘responsa prudentium’. Un primo sguardo.</i>	31
2. <i>Ancora sul ‘ius controversum’.</i>	46
3. <i>Gaio e ‘responsa prudentium’. A proposito di Gai 1.7</i>	52
4. <i>Pomponio e ‘responsa prudentium’. A proposito di alcuni frammenti dell’Enchiridion’</i>	78
5. <i>L’‘auctoritas’ dei giuristi romani, dal primo secolo a.C. al principato.</i>	89
6. <i>‘Ius controversum’, ‘responsa’ e ‘iudices’ nelle testimonianze letterarie.</i>	102
7. <i>La lite narrata da Valerio Massimo (Val. Max. 8.2.2)</i>	111

CAPITOLO II

‘RESTITUERE’, ‘CAUTIONES’, ‘ARBITRIUM’ E ‘OFFICIUM IUDICIS’

1. <i>Una premessa</i>	127
2. <i>La clausola restitutoria. L’ ‘officium iudicis’</i>	130
3. <i>‘Arbitrium iudicis’</i>	145
4. <i>La nozione di ‘arbitrium iudicis’</i>	150
5. <i>La teoria di Levy e la sua critica recente</i>	164
6. <i>Le cautiones iudiciales</i>	189
7. <i>Il fondamento formulare della possibilità accordata al giudice di imporre una ‘cautio’</i>	196
8. <i>Brevi cenni conclusivi</i>	218

CAPITOLO III

‘OFFICIUM IUDICIS’ E ‘BONAE FIDEI IUDICIA’. LE ‘USURAE’

1. <i>Premessa</i>	219
2. <i>L’‘officium iudicis’ e i ‘bonae fidei iudicia’</i>	221

3. Il presunto richiamo all' <i>'aequitas'</i>	246
4. Brevi considerazioni in tema di compensazione.....	254
5. Le <i>'usurae'</i>	259

CAPITOLO IV

GIURISTI ED 'ONERE PROBATORIO'. L'ELABORAZIONE GIURISPRUDENZIALE DELL'ISTRUZIONE PROBATORIA INNANZI AL 'IUDEX PRIVATUS'.

1. Premessa. <i>'Formula'</i> e <i>'onus probandi'</i>	279
2. La conferma delle testimonianze retoriche	285
3. La dottrina risalente	294
4. Regole probatorie nel rito <i>'per legis actiones'</i> . Cenni	300
5. L'onere probatorio nei frammenti delle opere giurisprudenziali	306
6. L'onere della prova nei testi. Celso	319
7. L'onere probatorio nei testi giurisprudenziali. Ulteriori cenni	330
8. Ulpiano e l' <i>'exceptio interrogatoria'</i>	337
8. La controversa testimonianza di Gellio	344
9. Cenni conclusivi.....	360

CONCLUSIONI.....	361
------------------	-----

BIBLIOGRAFIA	365
--------------------	-----

INDICE DELLE FONTI.....	385
-------------------------	-----

ABSTRACT

La ricerca si incentra sull'analisi della seconda parte del processo *per formulas* di epoca classica. Essa intende indagare il rapporto esistente tra i giuristi ed il giudice proprio durante questo secondo segmento processuale. Il primo capitolo si occupa di indagare alcune fonti che definiscono il perimetro del rapporto tra il giudice ed il giurista. Gaio e Pomponio appaiono entrambi molto espliciti nell'indicare la sussistenza di uno stretto legame tra la scienza giuridica e i giudici. Tale rapporto appare confermato dalle testimonianze letterarie dell'ultimo secolo della repubblica che mostrano l'assidua presenza dei giuristi accanto ai giudici nella risoluzione di casi celebri. I capitoli che seguono si occupano di mostrare alcuni esempi concreti dell'elaborazione giurisprudenziale rivolta al giudice del processo *per formulas*. Il secondo capitolo riguarda, nello specifico, due istituti assai importanti che coinvolgevano direttamente l'operare del giudice privato. Da una parte si analizza l'*arbitratus de restituendo*, mostrando come la determinazione della suo concreto contenuto fosse demandata in modo specifico proprio alla giurisprudenza. Essa, infatti, si è occupata di definire il perimetro delle clausole presenti nelle *formulae* che il giudice doveva applicare nell'esplicazione del proprio incarico. Dall'altra si è affrontato il tema delle *cautiones iudiciales, stipulationes* che il giudice poteva imporre alle parti e che derivavano da un'attenta analisi dell'*officium iudicis* in relazione allo specifico tenore della *formula*. Nel terzo capitolo si esamina in modo rapido e necessariamente limitato il tema dell'*officium iudicis* nell'ambito dei *iudicia bonae fidei*. A fronte dell'ampiezza sconfinata del tema, l'analisi si limita allo studio di alcuni testi ciceroniani nei quali sono ravvisabili indizi circa le peculiarità del ruolo del giudice in questi giudizi. Ricordata la tesi secondo la quale l'*interpretatio* dell'*oportere ex fide bona* fosse affidata alla giurisprudenza, che determinava altresì i poteri di cui godeva il giudice desumendoli dalla *formula*, appare confermata la teoria per la quale la *bona fides* risulta essere un concetto tecnico e specialistico. Si concentra poi l'attenzione sulla *compensatio* e sulle *usurae*, quali istituti sorti nell'ambito dei *iudicia bonae fidei* grazie all'operato della *scientia iuris*. In essi si misura la presenza dei giuristi a favore dei giudici che dovevano applicare concretamente la clausola *ex fide bona*. L'ultimo capitolo si concentra, infine, sullo studio dell'elaborazione scientifica della giurisprudenza circa l'*onus probandi*. In particolare, si analizza il problema riguardante l'esistenza di una riflessione dei *prudentes* in un campo che viene tradizionalmente escluso dall'ambito di attività della giurisprudenza del periodo classico. L'indagine si svolge sulla base dell'analisi di testi letterari e tecnici che dimostrano quali fossero i procedimenti seguiti dai giuristi. La presenza di un pensiero scientifico in merito, trova infine conferma dalla lettura di un celeberrimo capitolo delle *Noctes Atticae* di Aulo Gellio.

The research focuses on the analysis of the second part of the procedure *per formulas* of the classical era. It intends to investigate the relationship between the jurists and the judge during this second segment of the proceedings. The first chapter investigates certain sources that define the boundary of the relationship between the judge and the jurist. Gaius and Pomponius are both very explicit in indicating the existence of a close link between legal science and judges. This relationship appears to be confirmed by the literary testimonies of the last century of the Republic, which show the assiduous presence of jurists alongside judges in the resolution of famous cases. The following chapters deal with showing some concrete examples of legal science's thinking addressed to the judge of the *per formulas* trial. The second chapter, in particular, concerns two very important topics that directly involved the work of the private judge. On the one hand, the *arbitratus de restituendo* is analysed, showing how the determination of its concrete content was specifically left to legal science. The latter, in fact, was engaged in defining the perimeter of the *arbitratus* present in the *formulae* which the judge had to apply in the performance of his duties. On the other, it addresses the issue of *cautiones iudiciales* which were *stipulationes* that the judge could impose on the parties and that derived from a careful analysis of the *officium iudicis* in relation to the specific content of the *formula*. In the third chapter, the issue of the *officium iudicis* within the context of the *iudicia bonae fidei* is examined in a rapid and necessarily limited manner. The analysis is limited to the study of some texts of Cicero in which clues can be found concerning the peculiarities of the role of the judge in these *iudicia*. Recalling the thesis according to which the *interpretatio* of the *oportere ex fide bona* was entrusted to jurisprudence, which also determined the powers of the judge, deducing them from the *formula*, the theory according to which the *bona fides* is a technical and specialist concept appears to be confirmed. Attention is then focused on the *compensatio* and on the *usurae*, as examples arising within the context of the *iudicia bonae fidei* thanks to the work of the *scientia iuris*. Finally, the last chapter focuses on the study of the scientific elaboration of legal science concerning the *onus probandi*. In particular, the problem concerning the existence of a reflection of the *prudentes* in a field which is traditionally excluded from the scope of activity of legal science of the classical period is analysed. The investigation is carried out based on an analysis of literary and technical texts which demonstrate the procedures followed by jurists. Finally, the presence of a scientific thought in this regard is confirmed by reading a very famous chapter of Aulus Gellius's *Noctes Atticae*.

INTRODUZIONE

La ricerca che si sta per principiare, si prefigge l'obiettivo di indagare la fase *apud iudicem* del processo romano di epoca classica. Nonostante, infatti, anche di recente siano stati dedicati notevoli contributi, sia pure di carattere non monografico¹, a talune circoscritte problematiche inerenti al *iudicium* e al *iudex*, la ragione che ha spinto a porre mano a questo lavoro è che possa risultare interessante gettare uno sguardo sintetico, sia pur necessariamente compendioso e parziale, sulla seconda e ultima fase del processo *per formulas*. Ecco, dunque, il titolo che si è creduto di assegnare alla ricerca che richiede qualche preliminare chiarimento. Esso recita, infatti, '*Apud iudicem*'. *Giuristi e giudici nell'epilogo del processo formulare*. L'oggetto della nostra ricerca consiste precisamente nel verificare la presenza dell'attività della giurisprudenza nel corso della fase *apud iudicem* del processo formulare, ossia durante quella fase che era volta a portare il giudizio al suo naturale 'epilogo', da ravvisarsi nella sentenza. Quasi per 'metonimia', l'epilogo a cui il titolo si vuole riferire è precisamente da ravvisare nell'intera fase processuale che portava il giudice a formare il proprio convincimento e, quindi, a emettere la propria sentenza.

Non interesseranno, dunque, nell'ottica della nostra indagine, le pur rilevanti vicende storiche che hanno accompagnato il declinare della

¹ Penso soprattutto a tutti i contributi contenuti in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, a cura di L. Garofalo, I-II, Padova, 2012; III, Padova, 2015.

procedura formulare a favore della *cognitio extra ordinem*², con tutte le conseguenze che derivarono in termini di questioni processuali e di ricadute sulla figura del giudice e sul ruolo della stessa giurisprudenza. Come si diceva, tutto questo non interesserà la nostra indagine.

Le pagine che seguono intendono, inoltre, fornire alcune chiavi volte a chiarire e motivare le direttrici che si seguiranno nel corso dell'intera ricerca.

È pacifico in dottrina che il diritto elaborato a Roma abbia avuto quale suo elemento centrale e giustificativo proprio il processo. È addirittura invalso nel lessico della giusromanistica, l'impiego di un'espressione tedesca, 'aktionenrechtliches Denken' che, resa nel suo senso, indica quale caratteristica formante del fenomeno giuridico romano il fatto d'essere stato 'pensato' e 'costruito' precipuamente attraverso il processo e mediante le sue peculiari articolazioni. È, altresì, indubbio come quello di Roma fosse un diritto giurisprudenziale, pensato per il processo ed in funzione delle sue particolarità, ma soprattutto rimesso nelle mani sapienti e laboriose d'una classe di interpreti la cui opera ermeneutica, dal processo era pur sempre formalmente estranea: i giuristi, a meno che non ricoprissero cariche pubbliche (ovvero non fossero magistrati giusdicenti) ovvero non fossero nominati giudici, non partecipavano, in forma 'istituzionale' al processo. I giuristi agivano dietro le quinte, per così dire, facevano parte del *consilium* del magistrato e dello stesso *iudex*, più tardi della cancelleria imperiale, ma raramente essi svolgevano in prima persona un ruolo nella dinamica processuale. Ciò non toglie, come si cercherà di approfondire nelle pagine che seguono questa introduzione, che la loro autorità pervadesse a fondo tanto l'opera dei magistrati, circostanza della quale nessuno dubita, quanto l'azione dei giudici privati.

Non è peraltro inutile ricordare in questa sede alcuni dati che diremmo 'istituzionali'. In epoca classica, il processo civile romano, nella sua struttura *per formulas*, era suddiviso in due segmenti: il primo detto *in iure*, si svolgeva innanzi al magistrato dotato di *iurisdictio* (cioè della facoltà di *ius dicere*, una delle caratteristiche rientranti nell'*imperium*: era il pretore in primo luogo, naturalmente, ma anche gli edili curuli, deputati

² Come ha ricordato P. VOCI, *Manuale di diritto romano*, I, *Parte generale*, Milano, 1998, 113, col sorgere di un nuovo tipo di processo, «in età del principato c'è un nuovo modo di formazione del diritto giudiziale».

alla *cura annonae*)³, mentre il secondo, *apud iudicem*, era rimesso alle cure del giudice privato⁴, chiamato ad emettere la sentenza che faceva da epilogo alla lite⁵. Il carattere privato del giudice, il suo non essere inquadrato nell'ambito di un rapporto connotato da una natura *lato sensu* 'pubblicistica', fornisce la cifra saliente della procedura che avveniva innanzi a costui. La prima e la seconda fase del procedimento *per formulas* erano saldate, com'è noto, dalla *litis contestatio*, vero nodo cruciale⁶ del *iudicium privatum*, nella quale il pretore giusdicente fissava i termini della questione concedendo la *formula*, dietro la quale si scorgeva in filigrana la pervasiva azione della giurisprudenza.

Scorrendo le vaste opere che la dottrina ha dedicato al processo romano si ricava, con riferimento alla fase *apud iudicem*, una curiosa impressione. Il giudice privato si confonde e scolorisce negli studi sul processo civile, schiacciato da una parte dalla *iurisdictio* del magistrato e dall'altra dall'opera giurisprudenziale che crea il diritto mediante le sue raffinate dispute, poli entrambi saldamente collocati nell'ambito della fase *in iure*. E con il giudice è sembrata a lungo scivolare nell'indifferenza l'intera fase *apud iudicem*, che nell'economia reale del processo era tuttavia momento cruciale, nel quale giungeva a conclusione l'*iter* iniziato con la

³ B. VERONESE, *I rapporti tra le parti e il giudice*, in *Il giudice privato nel processo civile romano*, III, cit., 681, ricorda come «il magistrato presiedeva soltanto alla fase *in iure* del processo formulare romano, nella quale veniva redatta e approvata la *formula* destinata a costituire la base del successivo giudizio».

⁴ A presiedere la fase conclusiva del processo formulare, poteva essere un *iudex unus*, un *arbitrator*, i *recuperatores*. Vanno aggiunti, poi, il collegio dei *centumviri* e il collegio dei *decemviri*, che tuttavia giudicavano, come ha messo in rilievo L. GAGLIARDI, *'Decemviri' e 'centumviri'. Origini e competenze*, Milano, 2002, mediante il rito *per legis actiones* e non mediante il rito formulare.

⁵ B. VERONESE, *I rapporti tra le parti e il giudice*, cit., 681 s., ricorda pure che «la decisione finale, invece, era opera di uno o più giudici, i quali non avevano né *imperium* né *iurisdictio*», ma come ricorda G. PUGLIESE, *Lezioni sul processo civile romano. Il processo formulare*, Milano - Venezia, 1945-1946, 147, erano «privati cittadini, temporaneamente investiti di una funzione pubblica».

⁶ C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano. II. Processo formulare*, Torino, 1982, 9, ricorda l'importanza dell'accordo delle parti, che cadeva, nella *formula*, «sulla persona del giudice, sull'oggetto della controversia e sui provvedimenti di cui il giudice è investito». La dottrina ha poi parlato di 'carattere privatistico' del processo formulare, «alludendo al fatto che esso – al pari dell'arbitrato – non era possibile se non sull'accordo delle parti e in relazione all'oggetto di tale accordo, il quale investiva anche la persona del giudice che era scelto appunto dalle parti» (così B. VERONESE, *I rapporti tra le parti e il giudice*, cit., 682, che richiama a sua volta C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano. I. Le 'legis actiones'*, Torino, 1982, 11).

chiamata in giudizio, e nel quale si riconosceva la sussistenza o l'insussistenza delle pretese dedotte in giudizio. Era, cioè, come si diceva poco fa la fase che rappresentava l'epilogo fondamentale dell'intero schema processuale. In realtà, la fase *in iure* può forse essere vista quale sorta di atto preparatorio, perché il giudice privato fosse messo nelle condizioni di poter giudicare la controversia sottoposta al suo giudizio secondo quello il proprio apprezzamento e secondo la regola di diritto concretamente individuata. Sembra allora realizzarsi una situazione assai chiara, per lo meno nei *iudicia stricti iuris*: il giudice privato doveva giudicare sulla base di un periodo ipotetico (la *formula*, appunto) che sembrerebbe non concedere spazi ad una sua interpretazione 'giuridica'⁷, già confezionata e conclusa dal pretore *in iure*, relegandolo al mero accertamento del fatto: *si paret condemnato... si non paret absolvito*⁸. Entro questa drammatica dicotomia sembrerebbe dibattersi l'agire del giudice, imbrigliato nelle maglie di un'alternativa che gli è estranea, la qualificazione giuridica dei fatti e l'individuazione della fattispecie astratta essendo rimesse alla decisione apparecchiata e orchestrata una volta per tutte dal magistrato. Poco o punto spazio avrebbe trovato l'elaborazione giuridica innanzi al giudice.

Vogliamo, tuttavia, chiederci se effettivamente fosse così, se fosse davvero tale la figura del giudice e se la fase che da questa apparentemente oscura figura prendeva il nome fosse del tutto aliena dal diritto inteso quale *scientia iuris*.

La dottrina romanistica ha dedicato fiumi d'inchiostro, fin dal momento in cui il Digesto, e con esso il diritto che vi era racchiuso, sono tornati alla luce, alla fase *in iure*, sentita quale emblema del diritto prodotto a Roma, ravvisandovi in modo incancellabile la firma, lo stigma dell'opera della giurisprudenza classica. Il che, naturalmente, non può in alcun modo essere revocato in dubbio. Nella *formula*, che si componeva di numerose *partes* secondo uno schema preciso, che a sua volta rispecchiava e tendeva a sussumere il reale nell'ottica astratta propria d'una fattispecie

⁷ In questi termini v. L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, trad. it., Milano, 1938, 187 (sul tema rimando anche al capitolo successivo).

⁸ Sul punto v. M. TALAMANCA, *Diritto e prassi nel mondo antico*, in *Règle et pratique du droit. Dans les réaliés juridiques de l'antiquité*, SIHDA, Atti della 51ª Sessione (Crotone - Messina, 16-20 settembre 1997), Catanzaro, 1999, 158, nt. 144: «il *iudex privatus* si limitava a far propria – implicitamente, condannando o assolvendo – una delle due alternative poste dalla *formula* (*si paret... si non paret*)».

generale (sebbene di carattere affatto peculiare, prettamente casistico, trattandosi di un discorso ipotetico in cui erano elencati i fatti che il giudice avrebbe dovuto verificare prima di giungere al proprio convincimento), e nel disvelamento delle sue potenzialità si riversava la scienza dei giureconsulti, che operavano ai margini 'ufficiali' del processo, in stretta concomitanza con i magistrati dotati del potere di *ius dicere*. Nella *formula*, quindi, si condensavano molteplici significati che la maestria della giurisprudenza romana era chiamata a sciogliere ed esplicitare.

Molto meno nota nelle fonti e, per conseguenza, molto meno discussa in dottrina, la fase *apud iudicem* che del processo era la fase conclusiva, o come abbiamo richiamato nel titolo, l'epilogo⁹. La giurisprudenza classica, a quanto si apprende dalla *communis opinio* in materia, vi avrebbe dedicato attenzione in misura nettamente minore rispetto a quella tributata alla prima fase. Di conseguenza, la critica romanistica ha considerato tutto sommato di sfuggita la fase *apud iudicem*, desumendo dalla relativa indifferenza delle fonti antiche la sostanziale estraneità della giurisprudenza all'epilogo del processo romano di epoca classica, che appariva terreno dominato dalla retorica forense e dall'oratoria processuale, privilegiato campo d'azione per scontri verbali dei più disparati livelli ed altezze¹⁰. Un mondo che apparirebbe, per certi versi, diametralmente opposto rispetto a quello improntato alla scientificità tipica della giurisprudenza romana¹¹. Un mondo ove la scienza giuridica pareva come eclissarsi, in favore di modelli di pensiero in buona parte alieni rispetto al rigore proprio dell'arte del ragionamento così tipica della giurisprudenza dell'epoca aulica e volti maggiormente a convincere il

⁹ L'opinione è stata di recente ricordata anche da B. VERONESE, *I rapporti tra le parti e il giudice*, cit., 681, secondo la quale della fase *apud iudicem* «i giuristi si occuparono relativamente poco: essa si presenta, quindi come un terreno scivoloso perché dominio dei retori più che dei giuristi. Conseguentemente, le fonti di cui si dispone in materia sono, per lo più letterarie e in quanto tali non del tutto attendibili»; era l'opinione già espressa, tra gli altri, da M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, 272.

¹⁰ C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*. II., cit., *passim*.

¹¹ Il tratto emerge chiaramente dall'ormai classico F. SCHULZ, *I principi del diritto romano*, trad. it., Firenze, 1946, *passim* nonché pure dall'altrettanto celebre F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968

giudice, indipendentemente dalla risoluzione di qualsiasi questione di diritto.

Deve tuttavia rilevarsi che, ultimamente, alcune voci in letteratura si sono levate a scandagliare alcuni aspetti dell'oscura fase *apud iudicem*, ricavandone impressioni che paiono andare in un senso in certa misura distante rispetto a quello indicato, o almeno fatto supporre, dalla dottrina a lungo dominante. Un senso che sembra mostrare come la scienza giuridica non esaurisse il proprio ruolo nel fornire al magistrato giusdicente lo strumento processuale più adeguato alla risoluzione della *res iudicanda*, ma accompagnasse, discretamente eppure costantemente, anche la seconda fase processuale del rito *per formulas*, quando le circostanze della vicenda – tanto in punto di fatto quanto soprattutto in punto di diritto – necessitavano dell'ausilio sapiente dei 'tecnici'. In questa peculiare ottica, sono significative le seguenti parole di Letizia Vacca, che mi pare utile richiamare all'inizio del nostro percorso, quale indicazione di massima: «l'intervento del giurista si estendeva a tutti gli aspetti dell'applicazione del diritto: dalla attività negoziale dei privati ... al momento processuale, con l'assistenza alle parti, ai magistrati e ai giudici per la corretta impostazione processuale e la consulenza nel merito della controversia per la formulazione della sentenza»¹².

Attraverso il lo spiraglio costituito dalle indicazioni che è possibile ritagliare della lettura delle fonti, pare possibile immaginare viva e operante anche nella fase *apud iudicem* la scienza dei giuristi.

Tanto premesso, su un piano generale, occorre avvertire come, una volta adottata la chiave prospettica indicata, sia apparso necessario adottare una visione che potremmo dire 'antologica'. Innanzi alla vera e propria miniera di spunti che numerosissime branche del diritto privato dei romani forniscono, per naturali ragioni, si è scelto di individuare alcune aree tematiche che esemplificassero al meglio l'attività della giurisprudenza impegnata ad interagire con il giudice laddove costui fosse impegnato, nell'ambito dell'esercizio del proprio *officium*, a sciogliere questioni di carattere eminentemente giuridico. Per queste ragioni, la presente ricerca – è bene sottolinearlo ulteriormente – non vuole, né può avere pretesa alcuna di esaustività.

¹² L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino, 1989, 53.

Possiamo, allora, passare ad una rapida visione d'insieme circa il contenuto e la struttura della presente ricerca.

Un primo capitolo, che vuole avere una valenza introduttiva, per così dire propedeutica, sarà dedicato alla disamina delle fonti giurisprudenziali e letterarie relative al *ius controversum* ed al rapporto che, in questo ambito, stringeva il giurista ed il giudice. Lo scopo della prima partizione della ricerca sta proprio nella necessità di fornire un quadro sistematico che possa dipingere, in termini generali e a larghe pennellate, la dialettica – che appare, certo non del tutto negletta, comunque poco considerata nell'ambito della letteratura scientifica – tra la giurisprudenza e l'esplicazione del proprio *officium* da parte dei soggetti chiamati a svolgere il *munus iudicandi*. Per far ciò sarà necessario rifarsi direttamente alle fonti antiche, indipendentemente dalle letture, delle quali si cercherà comunque di dare pur sommario conto, che i moderni ne hanno offerto. Si prenderanno in esame testimonianze appartenenti a due differenti sfere: una prima atterrà alla letteratura giuridica, propriamente intesa, anche se si farà specifico riferimento a testi nei quali emerge una certa visione storico-sistematica del fenomeno giuridico romano; una seconda, invece, riguarderà testi provenienti dalla letteratura atecnica, dai quali sarà possibile cercare conferma 'sul campo' delle indicazioni che crediamo di poter trarre dalla lettura dei testi giurisprudenziali.

Principiando proprio con i testi dei *prudentes*, dopo aver definito il concetto di 'diritto controverso' e dopo aver indicato come esso risulti essere una chiave interpretativa che, pur estranea alla lettera dei testi giurisprudenziali, appare di notevole utilità per cogliere la natura intima del fenomeno giuridico romano, si affronterà uno squarcio notissimo del Gaio delle *Institutiones* veronesi, tratto dalla lunga sequenza nella quale il giurista romano ripercorre, secondo quanto si è autorevolmente sostenuto, le 'fonti di produzione' del diritto privato di Roma. Vedremo come al termine dell'elencazione, in una posizione che a taluni è apparsa di preminenza, Gaio pongesse la giurisprudenza, vale a dire la scienza giuridica, riguardata sotto un'angolazione peculiare che appare coerente con l'intero incedere del proprio ragionamento, pur essendo stata ritenuta, di volta in volta, riduttiva o addirittura scheletrica. Nel passo di Gaio (Gai 1.7), come vedremo, si discorre di *responsa prudentium* e dell'efficacia che questi riverberavano nei confronti del giudice privato. L'attività giurisprudenziale, nel passo in parola, viene letta in una duplice

prospettiva: da una parte si prenderanno in considerazione i responsi emessi dai giuristi; dall'altra, si enfatizzerà il fatto che Gaio abbia posto, quali interlocutori – unici – della *scientia iuris*, proprio i giudici privati chiamati all'*officium iudicis* a seguito della nomina magistratuale. Circa il contengno cui erano tenuti giudici, il passo afferma che nella prassi, qualora i *responsa* di coloro cui *permissum est iura condere* fossero stati conformi, essi avrebbero avuto, nei riguardi del privato, *vicem legis*, mentre, qualora fossero stati difformi, il giudice avrebbe potuto scegliere quello che gli fosse sembrato il migliore tra quelli presentati innanzi alla sua cognizione. A lato del problema relativo al possibile riferirsi del brano all'istituto del *ius publice respondendi*, che verrà affrontato nel corso di questa prima partizione della ricerca, la notizia proveniente da Gaio si rivelerà di estrema importanza e gravida di conseguenze, perché si tratta della testimonianza di una relazione strettissima tra la giurisprudenza e la prassi, tra il giudice ed il giurista. L'accenno gaiano, porterà a prendere atto dell'esistenza di un primo importante indizio circa la sussistenza di relazioni specifiche tra giudice e giurista e porterà pure ad interrogarsi circa i contenuti di questo scambio di relazioni intercorrenti tra il mondo della giurisprudenza e quello della prassi.

Appare fin d'ora evidente come sarà necessario cercare conferma della notizia ricavata dal Palimpsesto veronese. Analogo risultato e analoghi interrogativi proverranno, a tal proposito, dalla lettura di due passi provenienti dall'opera di Pomponio ed estratti dall'*Enchiridion*. Un primo passo (conservato in D. 1.2.2.49) sembra poter fornire una conferma in merito al ragionamento gaiano, completandolo con un accenno esplicito a quel *ius publice respondendi*, assente nella lettera del testo veronese. Per comprendere il frammento al numero 49 di D. 1.2.2 sarà necessario ampliare la prospettiva richiamando anche quanto affermato dallo stesso giurista nel frammento conservato al n. 5, dove si disquisisce intorno alla nascita dell'interpretazione da parte dei giuristi (inizialmente da parte dei pontefici) nel torno di tempo successivo all'adozione delle XII Tavole. Dal passo si ricaverà una sorta di nozione dell'*interpretatio* e si vedrà come essa sgorgasse, per così dire, in modo naturale dal testo legislativo e come essa si accompagnasse ad un altro elemento essenziale, vale a dire alla *disputatio fori*. Come si avrà modo di vedere compiutamente, il giurista adrianeo, insomma, poneva i due elementi sullo stesso piano e mostrava di concepirli come parti necessarie di un'unica realtà dinamica che fluiva tra

le mani della giurisprudenza e coinvolgeva intimamente l'operato del giudice. In altri termini, ci proporremo di vedere come il *ius civile*, propriamente detto, fosse composto tanto da un 'formante' di carattere dottrinale – l'*interpretatio* – quanto da uno di natura giudiziaria – la *disputatio fori*. Come è stato significativamente osservato, l'*interpretatio prudentium* rifuliva nella *disputatio fori* costituendo il *ius civile*.

Se questo sarà il contesto generale che ricostruiremo, e nel cui ambito si collocava l'attività della giurisprudenza, affiancata, nello sviluppo e nell'evoluzione del *ius civile* dalla prassi giudiziaria, la lettura del frammento successivo (n. 49 del nostro titolo) potrà contribuire a lumeggiare le modalità con le quali la giurisprudenza entrava in rapporto con la prassi del foro (ossia dei tribunali, durante le fasi conclusive dei processi formulari). Anche in questo testo si vedrà come il punto di vista prescelto dal giurista fosse quello dei giudici cui si rivolgevano direttamente i giuristi: a costoro i giureconsulti inviavano i propri *responsa*, contenenti la risoluzione dei casi controversi loro sottoposti. Diversamente da quanto accadeva nel testo di Gaio, in Pomponio non si fa accenno alla dialettica interna alla giurisprudenza ma ci si limita a menzionare, da una parte la consuetudine per la quale i giudici erano destinatari di una parte della produzione scientifica della giurisprudenza, e dall'altra, l'introduzione della patente imperiale con Augusto e l'intervento adrianeo ancora relativo al *ius publice respondendi*.

Quello che si potrà vedere sotteso al testo pomponiano sarà il concetto di *auctoritas*. Ad esso apparirà opportuno guardare nel prosieguo dell'indagine. Esso riecheggia, se si accoglie l'interpretazione patrocinata da Nicosia, come credo sia ragionevole, anche in Gaio, dal momento che la concordia dei *responsa* quale mezzo per incanalare le decisioni del giudice si sorreggeva innegabilmente sull'autorevolezza della personalità scientifica che aveva emesso il responso medesimo. Proprio nell'*auctoritas*, nel proprio coinvolgere non solo il giurista che ne era investito, ma anche i destinatari della produzione scientifica di quest'ultimo, occorre riconoscere un parametro valevole per misurare l'intensità e le modalità di svolgimento delle relazioni tra la giurisprudenza e la prassi nel periodo di affermazione progressiva del processo formulare. L'*auctoritas* era una nota distintiva del giureconsulto che gli consentiva di emettere *sententiae*, *opiniones* e *responsa* che potevano essere seguiti nella quotidiana pratica dei tribunali e, più in generale, di svolgere la funzione di *conditor iuris*,

ossia – per dirla in altri termini – di contribuire alla produzione del diritto oggettivo che veniva applicato nel corso delle controversie tra i privati. Tale nota derivava da un'indissolubile commistione di più elementi, fra i quali, a lato della necessaria posizione di preminenza sociale (come a più riprese ha sottolineato Talamanca), spiccava la preparazione tecnico-scientifica che doveva essere il tratto distintivo della personalità dei giuristi. Vedremo come tale *auctoritas*, nel corso del passaggio dalla repubblica al principato, sembri aver subito una trasformazione, anche se taluno ha parlato di una restaurazione: all'autorità dei giureconsulti si sommava, nell'attività rispondente di costoro, quella del principe che sceglieva nella platea dei tecnici del diritto coloro i quali avrebbero potuto rispondere a proprio nome. Costoro avrebbero indirizzato con i propri responsi le decisioni dei giudici che a questi si rivolgevano. L'attività della giurisprudenza, allora, si venne sempre più incanalando nelle maglie della burocrazia imperiale e sarebbe stata sempre più assorbita da quest'ultima.

In ogni caso, i due passi, a margine dei problemi testuali che essi pongono, potranno fornire un argomento testuale forte in merito all'esistenza di rapporti continui tra i giudici ed il ceto giuridico, impegnato, su sollecitazione dei giudici stessi, oppure in modo autonomo, a fornire la soluzione, naturalmente in punto di diritto, di controversie che, per la loro difficoltà, non si esaurissero in valutazioni di mero fatto – che nessuno dubita fossero senza dubbio rimesse al giudice – e necessitassero di una valutazione più attenta da parte di un tecnico, considerato il fatto che da parte del giudice siffatta valutazione non poteva essere condotta.

Tuttavia, sarà possibile affermare – così crediamo – che le relazioni che intercorrevano tra il giudice e il giurista si caratterizzassero per un altro aspetto. Vedremo come i giuristi frequentassero, forse con assiduità, il foro perché colà la loro caratura scientifica, la loro *auctoritas*, avrebbe potuto esserne accresciuta, o semplicemente consolidata, qualora una propria posizione, una propria *sententia*, una propria *opinio*, un proprio *responsum*, fossero accolti da parte dei giudici. In questa prospettiva i concetti di *ius controversum* e di *auctoritas* sembreranno allacciarsi e chiamare in causa ancora una volta proprio il giudice. Il maggior o minor peso che un giurista possedeva nell'ambito della propria comunità scientifica di riferimento, contribuiva a fondare, come diremo compiutamente, l'autorevolezza con la quale egli esercitava la propria

scienza. Ciò derivava, oltre che dall'intrinseca validità della propria elaborazione scientifica anche dal riscontro che essa riceveva dalla prassi. Ciò valeva, in modo particolare, ove la materia sulla quale i giuristi si affaticavano fosse stata controversa, ossia risultasse carente di punti fermi o di approdi relativamente saldi (dato che in un sistema controversiale quale quello romano, ciascun punto d'arrivo poteva essere posto in discussione dall'elaborazione successiva). In tale caso cercheremo di comprendere come il prevalere dell'una o dell'altra posizione potesse basarsi certamente sul consenso che essa riscuoteva in seno alla giurisprudenza, ma anche in una certa misura, sull'efficacia che essa riusciva a dimostrare nel corso del giudizio. Naturalmente ciò implica, ed è questione che emergerà dalla lettura dei passi letterari e anche delle testimonianze della *scientia iuris* che vedremo nei capitoli successivi, che innanzi al giudice si potessero dibattere non solo questioni di carattere meramente fattuale ma anche questioni di stampo giuridico, per far fronte alle quali il giudice era tenuto a coinvolgere i giuristi. In tal senso si spiegheranno anche i riferimenti testuali che si rinvengono nei testi citati e che non si giustificerebbero laddove al giudice fosse preclusa qualsiasi decisione in punto di diritto.

I testi letterari forniranno una riprova in tal senso. Il caso più significativo, a tal proposito, sarà quello narrato da Valerio Massimo (8.2.2) e darà conferma circa diversi aspetti. Il primo e più importante punto che si porrà in rilievo concerne la decisione da parte del giudice di una questione tecnica. A prescindere delle peculiarità che la questione giuridica sottende, che verranno analizzate attingendo all'approfondita disamina che di questa fonte ha offerto, in due successivi scritti, Corbino, andrà posto in luce come il giudice abbia assunto la propria decisione non sulla base dell'accertamento dei fatti, bensì sulla scorta di una raffinata indagine sulla natura dell'operazione negoziale in esito alla quale era insorta la lite. Un secondo elemento che troverà nel testo puntuale conferma consiste nel fatto che il giudice non avesse fatto ricorso ad una propria intuizione, bensì avesse attinto al patrimonio del *ius controversum*, individuando in esso una *ratio decidendi* opportuna per il caso sottopostogli. Non va sottaciuto come il testo di Valerio Massimo si collochi in una collezione nella quale l'autore antico collocava una serie di episodi scelti per i propri tratti di novità o di curiosità, tali da renderli, in qualche modo memorabili.

Si prenderà in esame, poi, un testo tratto dal *De oratore*, (1.57.241), ove Cicerone conferma il fatto che il giudice fosse tenuto a giudicare sulla in conformità di ciò che era *ius receptum*, ossia sulla scorta del diritto che era stato assunto quale punto relativamente stabile nella complessa dinamica del *ius controversum*. Anche qui si mostrerà come rilevasse in una posizione preminente il giurista, in quanto era costui a dover dire ciò che era *ius receptum* nel caso di specie, illuminando il giudice che, per la propria estrazione e per la propria natura laica ignorava tanto il *ius controversum* quanto quello che tale non era. Un diverso gruppo di testi di cui si procederà allo scrutinio sono di stampo più marcatamente retorico e si pongono dall'angolo di visuale di patroni e avvocati che sostenevano le ragioni delle parti in giudizio. Si tratta, in particolare di un nutrito novero passi ciceroniani, che investono più tratti dell'attività del retore impegnato nella quotidiana attività del foro. Vedremo come un passo dell'epistolario (*fam.* 7.21) restituisca con vivezza un concreto scambio tra retore e giurista nel quale il primo sollecitava dal secondo la formulazione di una posizione da far circolare nel circuito della giurisprudenza per poterla impiegare in giudizio a vantaggio del proprio cliente. Sul contenuto del passo, che costituisce una tessera nel mosaico delle relazioni che Cicerone intratteneva con i giuristi della propria epoca (nella specie si trattava di Trebazio Testa) non è mancato chi ha descritto i responsi addirittura quale merce di scambio tra giuristi e pratici del foro. Due testi ciceroniani ulteriori (*orat.* 1.58.250 e *top.* 17.65-66), che chiameremo in causa, testimonieranno chiaramente il fatto che gli oratori stessi, e non solo i giudici, ricorressero ai giuristi per poter ottenere la direttiva giuridica da utilizzare davanti ai giudici. Vedremo come, allora, ai giuristi ci si rivolgesse per un *consilium*, poiché essi mettevano le aste – laddove l'*hasta* rappresenta il simbolo della loro stessa *auctoritas* – al servizio dei patroni coscienziosi che si affidavano alle loro conoscenze. Al termine del primo capitolo sarà possibile assumere, quale ipotesi di lavoro che i giureconsulti assumessero in primo luogo una fondamentale funzione nella preparazione dei processi e nella consulenza giuridica, in un rapporto di osmosi tra tutti i soggetti coinvolti nel sistema processuale, ivi compresi, soprattutto, i giudici.

I tre capitoli successivi dell'elaborato, nella nostra ottica di tipo 'antologico', che procederà per esempi, verteranno precisamente sulla possibile individuazione del contenuto che potevano assumere le

elaborazioni della giurisprudenza nella pratica quotidiana del foro, per come tale contenuto può desumersi dalle fonti giuridiche. Avvertiamo fin d'ora che dalla prospettiva scelta per la presente indagine esuleranno in gran parte le questioni riguardanti il dettaglio della disciplina degli istituti che di volta in volta verranno presi in considerazione. È evidente che la loro analisi, oltre che esorbitante rispetto agli argini che abbiamo imposto al nostro studio, ci spingerebbe troppo oltre. Quello che precipuamente interesserà qui sarà cercare di scoprire i fili che collegano l'interpretazione dei giuristi – conservata nelle pagine del Digesto – all'utilizzo dei risultati di questi ultimi da parte dei giudici, individuandone il possibile contenuto. Si tratterà, cioè, di determinare, sulla base di quanto è noto circa la dinamica processuale romana, alcuni campi nei quali possa risultare certo che si dispiegasse l'azione del giudice e ove quest'ultima potesse intersecare l'elaborazione scientifica da parte dei *prudentes*.

Il capitolo II si incentrerà sull'analisi dell'interpretazione giurisprudenziale in tema di clausola restitutoria e di *cautiones iudiciales*.

Si è scelto di procedere con lo studio di questo tema in quanto, nell'ambito di una produzione scientifica vastissima e di assoluto rilievo, tanto in tempi meno recenti quanto negli ultimi anni, si è ritenuto che le fonti giuridiche romane e le letture che delle stesse sono state date in letteratura, possano fornire notevoli argomenti a sostegno dell'ipotesi di lavoro appena formulata. Come è stato ben messo in luce dalla critica, la clausola arbitraria era quella parte formulare che consentiva al convenuto, ritenuto soccombente all'esito di una apposita delibazione (*pronuntiatio de iure*), di evitare la condanna ottemperando all'invito rivolto dal giudice, volto alla restituzione (*restitutio*) della *res litigiosa*. Appare fin da subito evidente la rilevanza della figura del giudice nell'ambito di questo istituto. È, difatti, chiaro come quando i giuristi discettavano di *restituere*, si rivolgevano, giusta la lettura di Gai 1.7, al giudice che doveva rivolgere l'invito alla parte risultata soccombente in esito alla *pronuntiatio*. La *restitutio*, come vedremo, era un concetto che doveva essere interpretato dettagliatamente per poter essere applicato. Il contenuto della *restitutio* doveva essere individuato dal giudice, sulla scorta della clausola contenuta nella *formula*. Ciò non deve far pensare, come si dirà, che il giudice godesse di poteri normativi; si vedrà come le questioni che potevano porsi attorno alla clausola arbitraria fossero di carattere eminentemente giuridico e dovessero essere risolte dalla classe dei giuristi: il giudice

privato, soggetto privo di una necessaria preparazione tecnica, non era in grado di sciogliere tutte le implicazioni giuridiche condensate nelle formule, la cui necessaria declinazione in termini pratici non poteva che essere rimessa alla giurisprudenza. Del resto dalle fonti si ricaveranno importanti indizi per ritenere che fosse la giurisprudenza la vera artefice dell'individuazione della disciplina portata dalla clausola arbitraria.

Si guarderà anzitutto ad un testo fondamentale di Pomponio conservato in D. 50.16.246.1 che afferma in modo esplicito come tutta la *restitutio* derivi dall'*interpretatio* della giurisprudenza, dimostrando come fosse la stessa scienza giuridica a riflettere su se medesima, e la stessa scienza giuridica a comprendere la portata della propria azione circa le ricadute pratiche che si potevano avere nella prassi del foro. Alla luce dell'affermazione pomponiana, dunque, si cercherà di ricostruire la genesi storica della clausola arbitraria, che è stata già ben lumeggiata da Lauro Chiazzese, secondo il quale l'ambito originario della genesi della clausola sarebbe da ricercare nell'epoca di passaggio dalle *legis actiones*, e nello specifico dalla *legis actio sacramento in rem*, alla *formula petitoria*; in particolare l'*agere in rem per sponsionem*, forma 'di passaggio' tra le due forme processuali appena ricordate, veniva accompagnato da una *stipulatio* (detta *cautio pro praede litis et vindiciarum*) volta alla restituzione della cosa e dei frutti. Si vedrà in particolare come codesta origine storica possa essere risultata fondamentale nel designare un contenuto originario della *restitutio* assai restrittivo incentrato sulla sola restituzione della cosa con i frutti del periodo relativo al processo. Apparirà, poi, opportuno porre a confronto, da un lato, questo risultato storico (frutto della ricostruzione della letteratura romanistica della metà del XX secolo, che peraltro ha posto rimedio ad alcune storture esegetiche sorte nella critica della prima parte del secolo) e i testi che si possono radunare tolti dalla Compilazione giustiniana: avremo modo di intravedere un notevole salto: da una parte vi sarà la rigida delimitazione del perimetro del *restituere* derivato dai confini della *cautio pro praede litis et vindiciarum* e dall'altra si ritroveranno segni di un'apertura dello stesso concetto, tale da ricomprendere in esso l'idea della reintegrazione dell'intero interesse dell'attore. Fra questi due estremi sarà possibile ravvisare proprio l'opera dell'*interpretatio* di cui a D. 50.16.246.1, la sua esplicazione ad opera della scienza giuridica.

Si cercherà, inoltre, di individuare il nocciolo concettuale da assegnare all'espressione *arbitrium iudicis* che ricorre nella clausola arbitraria e pare connotarla fortemente. In tema, si vedrà un tormentato passo ulpiano (D. 47.10.17.4) che riguarda il caso di un *iniuria* commessa dal *servus* che dava origine ad un'azione nossale. Il passo si dimostra interessante poiché grazie alla sua esegesi sarà possibile circoscrivere il significato che deve essere attribuito al concetto di *arbitrium*, quale scelta discrezionale del giudice sull'*an* dell'esibizione (come nel caso trattato nel brano) o della restituzione. A mente delle caratteristiche specifiche della fattispecie trattata nel passo, il brano ulpiano potrà mostrare come il concetto di *arbitrium* debba essere letto quale possibilità che il giudice operi una scelta discrezionale di opportunità.

Assodato ciò, si prenderà in considerazione la tesi celeberrima di Levy, seguito in parte da Chiazzese, che, come noto, era volta ad escludere la classicità dell'inserimento nelle formule delle azioni dette arbitrarie dell'espressione *arbitrium iudicis*; lo studio della tesi dell'insigne romanista fornirà l'occasione di prendere in esame alcuni testi che potranno risultare utili proprio per dare dimostrazione dell'ampiezza della portata della *restitutio* e d'altra parte per confermare la necessità della menzione all'arbitrio del giudice nell'economia della clausola restitutoria. Circa i testi, qui valga solo anticipare il caso in cui l'esplicazione dell'*officium iudicis* relativo alla clausola restitutoria comprendeva, nell'ambito della riparazione globale dell'interesse dell'attore, l'imposizione da parte del *iudex* di una *stipulatio* pretoria (*cautio*) con la quale si aveva, nell'ipotesi di un concorso tra più azioni, la remissione dell'azione non intentata. È il celebre caso conservato in un testo di Pomponio (Pomp. 6 *ad Sab.* D. 47.2.9.1). Come si vedrà compiutamente, la riparazione dell'interesse attoreo (perseguita mediante la *restitutio*) per rispondere ai superiori criteri di equità e correttezza richiedeva, onde essere stabilita, uno scrutinio globale della fattispecie che comprendesse anche un esame delle azioni che da essa potevano scaturire. In forza di ciò, la *restitutio* non poteva avvenire qualora l'attore in rivendica non avesse rinunciato all'azione reipersecutoria *in personam*.

In virtù del testo qui solo velocemente rammentato, sarà possibile svolgere l'ulteriore passaggio relativo alle *cautiones iudiciales*. Per tali si intendono *stipulationes* imposte dal giudice nel corso della fase *apud iudicem*, che si collocano nell'ambito delle estrinsecazioni dell'*officium*

iudicis. Si tratta di un istituto che, a quanto è possibile ricavare da un testo di Cicerone (*Rosc.* 35.37), sarebbe nato nella prassi e sarebbe poi stato affidato alle cure della giurisprudenza che avrebbe iniziato la propria indagine proprio a partire dall'esame dei casi concreti. La critica ha individuato anche un lasso temporale entro il quale si sarebbe collocato il fulcro dell'attività giurisprudenziale: approssimativamente ciò sarebbe accaduto tra l'attività rispondente di Celso e i *libri ex Minicio* di Giuliano.

Vedremo, sebbene la letteratura meno recente non abbia esitato a porre in dubbio la stessa sussistenza delle *cautiones iudiciales*, la cui esistenza viceversa sarebbe testimoniata dalle informazioni ricavabili da due travagliati squarci giurisprudenziali (nello specifico Ulp. 70 *ad ed.* D. 46.5.1.4 e Pomp. 26 *ad Sab.* D. 45.1.5 pr.) che sembrano voler dare una sistematizzazione delle diverse forme delle *cautiones* stesse, vedremo – dicevo – che la critica degli ultimi anni ha invece riconosciuto come si debba alla giurisprudenza classica l'elaborazione della disciplina delle *cautiones iudiciales*, ossia di quel sistema di espedienti tecnici volti, fra l'altro, ma non esclusivamente, ad assicurare l'esatto adempimento della *restitutio*. Appariranno strettissimi, allora, i legami che stringono talune *cautiones* alla *restitutio*, dal momento che in ogni caso, codesti poteri dipendevano dall'interpretazione giurisprudenziale del concetto stesso di *restitutio*, e non potevano essere introdotti in quelle altre azioni rigorose le cui formule mancavano della clausola restitutoria. La vera domanda si pone per le altre *cautiones*, quelle non riferibili a formule connotate dall'*arbitratus de restituendo*. L'ipotesi di lavoro che individueremo e che presiederà all'indagine consiste in ciò: si darà per ipotesi che l'imposizione della *cautio iudicialis* fosse consentita qualora la giurisprudenza potesse svolgere il proprio magistero ermeneutico in relazione ad una clausola formulare che potesse consentire un simile potere in capo al giudice e che consentisse ai giuristi di dispiegare la propria opera interpretativa. Anche in questo ambito, dunque, si vedrà come la facoltà di imporre cauzioni, che determinavano in modo cruciale l'esito delle liti, non derivasse solo dall'esplicazione di meri poteri discrezionali del giudice, bensì derivasse a quest'ultimo in forza dell'operato della scienza giuridica.

Circa il fondamento dell'imposizione della *cautio*, in primo luogo, avremo modo di notare come un nocciolo, seppur non molto nutrito, di testimonianze tramandino la notizia della derivazione della *cautio* dall'inserzione di una apposita *exceptio doli*. Sarà questo, ad esempio, il

caso ricordato in Pap. 2 *resp.* D. 27.3.20.1. I testi che esamineremo appariranno effettivamente troppo esigui per poter affermare una relazione biunivoca tra *cautiones* ed *exceptio doli*; si tratta, tuttavia di un dato che si colloca in una cornice in cui non mancheranno ulteriori esempi di *cautio* imposta in dipendenza di spunti formulari idonei a consentire le diverse elaborazioni giurisprudenziali. Un altro insieme di testi – in particolare in tema di *actio locati* – che chiameremo a testimonianza, pone in rilievo la *bona fides* che ricorre nei relativi *iudicia*. In conclusione, in un nutrito numero di casi si potrà trovare uno spunto specifico nella *formula* sulla quale la giurisprudenza ha potuto agire mediante la propria *interpretatio*. Queste due ampie aree tematiche, sulle quali si strutturerà il secondo capitolo della ricerca, che coinvolgevano indubabilmente il giudice, potranno contribuire – nella nostra ottica – a gettare due fasci di luce ad illuminare i temi in relazione ai quali la giurisprudenza poteva essere chiamata a svolgere la propria attività anche *apud iudicem*, talvolta giungendo, come con le *cautiones*, anche a determinare lo statuto di regole nate nella prassi.

In relazione ai *iudicia bonae fidei* si articolerà il III capitolo, nell'ambito del quale – a fronte della smisurata ampiezza del tema – apparirà necessario compiere un'ulteriore *actio finium regundorum*. Anche al fine di dare una visione di carattere generale si ripercorrerà l'originale tesi del Carcaterra volta a determinare i limiti dell'*officium iudicis* in questi giudizi. Per comprendere i risultati cui questo studioso è pervenuto e la rilevanza che essi assumono nella nostra ricerca sarà opportuno sintetizzare quali fossero, alla metà del secolo scorso, le ricostruzioni dottrinarie maggiormente in voga alle quali si attribuiva la patente di *communis opinio*. Quello che maggiormente interesserà nella dottrina che all'epoca si poteva dire dominante era proprio il riconoscimento dell'ampiezza dei poteri che venivano attribuiti al giudice nell'ambito dei giudizi connotati dalla sussistenza della clausola di buona fede. Era comune, infatti, ritenere che il giudice godesse nei giudizi *ex fide bona*, di poteri pieni, potendo, per la decisione del caso sottopostogli, ispirarsi a criteri extragiuridici, quali l'*aequitas*, alla stessa buona fede, dai quali trarre quelle che vengono definite le 'conseguenze dei *bonae fidei iudicia*', (che si concretavano nell'imposizione di obblighi complementari, quali la corresponsione degli interessi, la compensazione, ecc.) e che altro non erano se non un'estensione dei poteri ampi di cui egli stesso godeva.

L'*officium iudicis* in sostanza, avrebbe conosciuto quale limite soltanto la stessa buona fede, e sarebbe stato connotato da quelli che vennero chiamati 'full powers' pur non giungendo al punto di ritenere possibile parlare del giudice romano quale 'giudice di equità'. L'analisi di alcuni testi che si condurrà sulle orme di Carcaterra sembrerà, invece, indicare che la clausola di buona fede veniva interpretata dalla giurisprudenza in termini squisitamente tecnici individuando, sulla scorta di uno scrutinio complessivo delle vicende giuridiche sostanziali, l'assetto di interessi sottostante. In altri termini, la visione dello studioso si colloca – come diremo compiutamente nel corso del III capitolo – nel senso di negare al giudice poteri normativi che potessero attingere a fattori extragiuridici, dovendo il giudice, invece, trovare tutti gli elementi di diritto dallo spirito sotteso alla *formula*, che doveva essere liberato dall'indagine della giurisprudenza.

Indipendentemente dagli esempi numerosissimi che possono essere addotti, si vedrà come anche questa ricostruzione si ben si collochi nel solco dell'ipotesi di lavoro che presiederà all'intera ricerca: il giurista si occupava di fornire ai giudici le necessarie coordinate per interpretare quelle clausole formulari che, per essere applicate nei casi concreti, dovevano essere declinate nel proprio esatto contenuto facendo uso dello strumentario tipico del giurista. Per saggiare 'sul campo' questa posizione teorica ripercorreremo alcuni testi letterari e soprattutto ci volgeremo allo studio di due istituti che sembrano particolarmente idonei a darne una prima dimostrazione. Per quella che abbiamo chiamato 'parte generale' si vedranno alcuni testi ciceroniani nei quali echeggia il pensiero di Q. Mucio Scevola, circa lo spirito e la *vis* dei giudizi di buona fede. Nella seconda parte del capitolo, viceversa si vedranno – pur in estrema sintesi – la compensazione e le *usurae*. In entrambi i casi vedremo come gli istituti discendessero dall'interpretazione giurisprudenziale della clausola *ex fide bona* ricorrente nelle formule dei relativi giudizi.

Per completare l'indagine si procederà anche nell'analisi di 'regole' di sapore più schiettamente processuale. In questo secondo ambito si situa il capitolo IV, che sarà dedicato all'elaborazione di regole processuali da parte della giurisprudenza, con particolare riferimento all'onere probatorio.

Anche in questo caso, lo scopo precipuo dell'analisi svolta, d'altra parte, non sarà quello di rintracciare i fili dello sviluppo della disciplina

applicabile durante il principato per quanto concerne la gestione e la valutazione dell'attività probatoria svolta dalle parti. Quanto piuttosto si intenderà approfondire è la presenza e l'eventuale profondità del pensiero giurisprudenziale in ordine a questo tema, indipendentemente dalle contingenze delle soluzioni concrete di volta in volta adottate. Si procederà pertanto ad una prima ricognizione relativa alla 'natura' della prova nell'ambito del processo romano, con specifico riferimento agli elementi che si possono desumere da alcune opere di sapore retorico.

Osserveremo come in questa elaborazione teorica sia rimarchevole una commistione che può indurre un certo sconcerto nell'interprete moderno: nelle opere ciceroniane si percepisce un intreccio tra la prova in se stessa e l'argomento retorico che da essa è possibile ricavare. In altri termini, coerentemente con la natura delle opere da cui derivano le informazioni di cui ci occuperemo, avremo modo di vedere come i retori non si limitassero a fornire al giudice un elemento su cui questi avrebbe potuto fondare il suo ulteriore ragionamento e pervenire poi al giudizio, ma senz'altro gli proponessero il percorso logico da seguire in forza della prova stessa, preconstituendo il giudizio e lo sollecitando a emanarlo.

Dunque, una volta accertata l'esistenza d'una retorica in tema di istruzione probatoria, sarà messa in evidenza l'evoluzione del fenomeno: con il rivolgimento istituzionale della fine del I secolo a.C. vedremo come si sia venuto ad esaurire uno dei filoni più rilevanti che la retorica romana aveva mutuato da quella greca, ossia la retorica politica, evidentemente inconcepibile nell'ambito del nuovo assetto politico-istituzionale della prima parte del principato. Proprio in quest'epoca, proprio nel momento in cui la retorica 'politica' sfioriva, si sarebbe avuta una sorta di accendersi dell'interesse da parte del ceto dei giuristi nei confronti della prova, che – come vedremo – l'affrontarono al loro tipico modo, ossia focalizzando la propria attenzione sull'analisi casistica.

Relativamente alla riflessione giuridica in materia, sarà interessante notare come essa possa essere stata sviluppata anche in forza dei possibili riflessi sostanziali che erano coinvolti nell'analisi casistica dell'*onus probandi*, non limitandosi quest'ultimo ad configurare un mero canone 'meccanico' di conduzione dell'attività processuale, ma rispondendo a precise necessità di ordine sostanziale e determinava precisi effetti dello stesso carattere.

Sul tema sarà necessario mostrare come la dottrina si sia divisa nel

corso dell'ultimo secolo su due posizioni assai distanti tra loro. Secondo una prima posizione teorica, il diritto romano non avrebbe conosciuto regole che guidassero il giudice nella determinazione del soggetto da gravare della prova; in secondo luogo, la mancanza della prova da parte del soggetto gravato non avrebbe generato necessariamente conseguenze negative in capo allo stesso, potendo il giudice richiedere la prova anche alla controparte. Vedremo come, secondo Kaser, l'assetto classico del regime probatorio – improntato alla pressoché completa libertà del giudice – debba essere ritenuto una conquista del periodo classico frutto dell'abbandono delle strutture del processo arcaico. Vedremo inoltre, come la dottrina risalente ritenesse di non poter scorgere alcun elemento fededegno nella ricostruzione del pensiero della giurisprudenza classica in merito alla questione della prova, a fronte della pressoché totale manomissione della documentazione in nostro possesso.

La pressoché totale sfiducia rivolta da questi autori verso le fonti giurisprudenziali confermava, in altri termini, la teorica tradizionale che imponeva di ritenere assente la giurisprudenza per quanto concerneva la fase presieduta dal *iudex privatus*. A ben guardare, tuttavia, occorrerà verificare se questa considerazione così severa delle fonti, ben oltre il solo dato testuale, fungesse da effettivo argomento a sostegno della visione tratlizia intorno alla fase *apud iudicem*, ovvero se fosse essa stessa condizionata da quello che si riteneva un criterio orientativo negli studi dedicati al processo formulare romano, vale a dire l'esclusione della giurisprudenza dall'orizzonte del giudice.

Si darà conto, dunque, dei risultati principali cui questa dottrina era pervenuta. Vedremo come l'analisi dei frammenti raccolti nel titolo terzo del libro 22 del Digesto dovesse fungere da dimostrazione di una sostanziale e massiccia alterazione dei commissari giustiniani che sarebbero intervenuti in modo tanto pervasivo sul pensiero dei classici da falsarne in modo irreparabile il contenuto originario. Gli interventi compilatori non sarebbero stati solo relativi alla generalizzazione dei principi riscontrati ed applicati casisticamente nelle opere giurisprudenziali in massime di portata generale, ma avrebbero in molti casi investito anche il tenore letterale dei testi modificandone intrinsecamente il contenuto con la conseguenza che anche il regime probatorio così ricordato non rifletterebe affatto lo stato della giurisprudenza relativo a quel torno di tempo, ma rispecchierebbe una

mutata sensibilità giuridica ed un differente assetto processuale. La falsificazione operata dalla commissione di Triboniano avrebbe, allora, agito su un doppio livello, generando un quadro di estrema incertezza sull'effettivo ed originale tenore letterale delle fonti.

Vedremo, tuttavia, come non possa essere sostenibile immaginare, come pure si è fatto, che l'opera dei commissari di Triboniano sia giunta al punto di collocare nella *sedes materiae* del titolo terzo del ventiduesimo libro delle *Pandectae*, brani che nulla avevano a che fare con il tema cui il titolo è dedicato nella loro stesura originaria. In altre parole, si mostrerà come non sia ragionevolmente sostenibile che l'interpolazione abbia investito anche il fatto stesso che nei diversi passi si affrontassero tematiche relative alla prova.

Gioverà, difatti, precisare come un'esegesi meno radicale della documentazione, seppur non certo rinunciataria sul piano della critica testuale, abbia fornito viceversa convincenti indizi per ritenere che, pur in presenza di interventi correttivi di fattura giustiniana, in notevoli casi la sostanza classica di diversi passi fosse essenzialmente salva, tale da far intravedere l'operatività di taluni principi in tema di istruzione probatoria.

Volgeremo lo sguardo più attentamente alle fonti giuridiche, pur non volendo tentare un'esegesi di tutto il titolo del Digesto dedicato alla nostra materia. Si vedrà come da alcuni testi si percepisca una stretta correlazione tra il rivestire il ruolo dell'attore e l'essere tenuto alla prova, conformemente a quella che poteva esser la portata della regola più antica. Affronteremo poi la notissima affermazione paolina di cui a Paul. 69 *ad ed.* D. 22.3.2, testo che nella sua formulazione attuale, è ritenuto genuino dalla critica recente, e che enuncia una regola cui i compilatori, tradendo il probabile intento del passo originale, hanno conferito patente di portata generale. Si darà conto anche delle differenti interpretazioni che il passo ha suggerito, ponendo in rilievo il fatto che la fonte rappresenti già un punto d'arrivo avanzato della riflessione giuridica che, a ben vedere, in esso compie il superamento della prassi meccanica indicata in precedenza.

In ogni caso, pur nella parziale sfiducia che ha contraddistinto lo studio delle fonti che ricordano l'onere probatorio sarà possibile osservare come, in generale, l'attenzione dei giuristi classici non appaia quasi mai disgiunta da una raffinata interpretazione del fenomeno sostanziale, sottostante all'individuazione del soggetto tenuto a fornire la prova

innanzi al giudice. Le regole che valgono al fine della determinazione del soggetto chiamato alla prova, e le eventuali deviazioni da canoni che si possono intuire più o meno generali, si dimostrano, come si avrà modo di sottolineare, sempre aderenti alle rispettive posizioni delle parti tanto in senso processuale quanto in senso sostanziale.

Il procedimento di individuazione della parte processuale chiamata alla prova apparirà in un passo attribuibile a Celso (Cels. 2 *Dig.* D. 22.3.17), giurista del quale si analizzeranno alcuni frammenti, che si può additare ad esempio della tecnica impiegata dalla giurisprudenza classica.

Questa strettissima connessione tra la sostanza e il processo sta a dimostrare anche l'unitarietà e la vastità dell'opera del giurista che spaziava dalla fase dell'impostazione della controversia fino alla conclusione innanzi al giudice. Ciò apparirà ancora più evidente in un ulteriore passo tolto dai *Digesta* celsini (Cels. 17. *Dig.* D. 22.3.12).

Un ulteriore gruppo di testi su cui ci intretteremo sia pur assai rapidamente reca il nome di quel Paolo, autore della celeberrima enunciazione già citata. I passi che si vedranno, derivano dai *Responsa* del giurista, ma, al di là di questo primo dato, vedremo come essi si collochino in linea di continuità con le osservazioni che andremo svolgendo, senza far registrare rilevanti mutamenti di prospettiva.

Un ultimo testo su cui indugeremo appartiene ad Ulpiano. Il brano, certamente assai rimaneggiato, come ammetteva lo stesso Pugliese, concernerebbe l'ipotesi per la quale il convenuto pur opponendo *in iure* un'eccezione non era chiamato dinnanzi al giudice alla prova, conformemente alla regola che prevedeva che il convenuto nell'opporre un'*exceptio* assumesse le vesti dell'attore, ivi compreso l'onere probatorio. Il caso riportato da Ulpiano concerneva una contestazione al contenuto dell'*interrogatio* di non pronta soluzione per il pretore che così non poteva determinarsi per la concessione ovvero per la denegazione dell'azione e concedeva una *formula* inserendovi una specifica eccezione. Il brano ulpiano, una volta accordatagli una affidabilità nel senso appena indicato, rileverà tanto per quanto attiene all'estensione delle valutazioni da parte del giudice anche di elementi che avrebbero dovuto sostenere l'operato dal magistrato, quanto per ciò che concerne il superamento cosciente e volontario delle regole elaborate dalla giurisprudenza più antica.

Per quanto, viceversa, attiene alle fonti letterarie, avremo modo di notare come gli autori maggiormente critici nei confronti dell'ipotesi

dell'elaborazione giurisprudenziale in ordine all'istruzione probatoria nel processo civile di epoca classica, abbiano creduto di poter utilizzare a sostegno dei propri asseriti un celeberrimo brano tratto dalle *Notti Attiche* di Gellio nel quale l'autore antico narra una vicenda che lo vedeva protagonista quale giudice privato in una controversia. Egli concluse la vertenza dinnanzi a sé discussa, rimettendo la causa ad altro giudice poiché, conoscendo egli le parti in causa e le loro differenti stature morali, non sapeva convincersi a decidere la causa secondo quanto provato dalle parti nonché secondo il principio di diritto correttamente individuato. La possibilità che Gellio si discostasse dalla linea di condotta dettata dall'applicazione delle norme giuridiche (anche in tema di onere probatorio) lascerebbe leggere in trasparenza l'inconsistenza e comunque la mancanza di vera e propria cogenza nei riguardi del giudice delle norme dettate in tema di gestione del giudizio, e, con ciò, anche la sostanziale libertà del giudice.

A prescindere da altri rilievi, non sarà possibile escludere che la narrazione di Gellio, ben lungi dal rappresentare un paradigma, sia da valutarsi più come un esempio che fuoriusciva dalla normalità dei casi, né sarà da escludersi che nell'episodio raccontato abbia giocato un ruolo decisivo la personalità dell'autore antico. Del resto, rimarcheremo il fatto che Gellio non pronunzi una sentenza discostandosi dalle evidenze probatorie emerse *in iudicio*, né applichi in modo difforme il principio di diritto impostogli dal pretore, bensì si limiti ad emettere una pronunzia di *non liquet*: non si darebbe il caso di un giudizio del tutto deviante, guidato non tanto dal diritto bensì dalle concezioni filosofiche e morali del giudice, bensì il solo mutamento della figura del giudicante. Nella mancata applicazione difforme delle norme sostanziali e processuali da parte di Gellio in qualche modo si percepirebbe comunque la vigenza delle norme che si pretenderebbero disattese. Alla luce di queste considerazioni apparirebbe decisamente sminuito il valore della testimonianza di Gellio nel senso indicato, mentre esso si mostra significativo argomento in opposizione al medesimo.

Svolta questa rapida panoramica sui temi che si tratteranno nel corso della nostra indagine, nonché sui limiti che le si sono attribuiti, è possibile principiare.

CAPITOLO I

‘OFFICIUM IUDICIS’ E ‘IUS CONTROVERSUM’

SOMMARIO. 1. *Ius controversum* e *responsa prudentium*. Un primo sguardo. 2. Ancora sul *ius controversum*. 3. Gaio e i *responsa prudentium*. A proposito di Gai 1.7. 4. Pomponio e *responsa prudentium*. A proposito di alcuni frammenti dell’*Enchiridion*. 5. L’*auctoritas* dei giuristi romani, dal I secolo a.C. al principato. 6. *Ius controversum*, *responsa* e *iudices* nelle testimonianze letterarie. 7. La lite narrata da Valerio Massimo (Val. Max. 8.2.2).

1. ‘*Ius controversum*’ e ‘*responsa prudentium*’. Un primo sguardo.

In un recente scritto¹³, Antonio Palma ha soffermato la propria attenzione sulla stretta correlazione intercorrente, a suo dire, tra il processo e la natura ‘controversa’ del fenomeno giuridico romano, per come esso è stato oggetto della laboriosa edificazione da parte del ceto giuridico, segnalando «il crescente interesse nella letteratura anche recente per il giudice ed il *iudicium*, in particolare ma non solo, per la fase *apud iudicem* della procedura formulare¹⁴, troppo appiattita sull’opinione

¹³ Esso è apparso da ultimo, sotto il titolo di *Lo ‘ius controversum’ quale espressione dell’artificialità del diritto romano*, in *Celso teorico del diritto*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2016, alle pp. 166 ss; il saggio era apparso anche in A. PALMA, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, Torino, 2016; citerò d’ora in poi da quest’ultima sede.

¹⁴ Come ha sottolineato assai di recente L. D’AMATI, *L’inattività del convenuto nel processo formulare: ‘indefensio’, ‘absentia’ e ‘latitatio’*, Napoli, 2016, si tratta di una denominazione generalmente impiegata, nonostante la mancanza di riscontri testuali.

tradizionale¹⁵ ad un ruolo ancillare e meramente attuativo del programma processuale incorporato nella *formula*¹⁶, ma in realtà importantissima perché luogo attuativo della logica confutatoria ... che è l'essenza dello *ius controversum*»¹⁷.

¹⁵ Notava anche G. POLARA, *Autonomia ed indipendenza del giudice nell'evoluzione storica delle forme processuali* in *Scritti in ricordo di B. Bonfiglio*, Milano 2004, 333, che «la fase *in iudicio* del processo civile dell'*ordo iudiciorum privatorum* è rimasta un po' ai margini del grande dibattito che la dottrina ha dedicato ai problemi propri della fase *in iure*, primo fra tutti la natura e l'origine della *iurisdictio*». V. anche G. BROGGINI, *L'arte forense di Cicerone*, in *Jus*, 14, 1963, 144.

¹⁶ V. G. GROSSO, *Premesse generali al corso di diritto romano*, Torino, 1946, 138 s., nt. 5: «la ragione può scorgersi soprattutto nella struttura del processo romano e nella natura e posizione del giudice secondo l'*ordo*, e d'altra parte nella posizione e nell'opera della giurisprudenza per un verso, del pretore per l'altro; l'autorità del principio applicato proviene o dall'opera dei giureconsulti che guidano tale applicazione e sono gli interpreti del *ius civile*, o dall'*imperium* del pretore che accorda il mezzo processuale». Secondo quello che ha recentemente sostenuto C. BEDUSCHI, *Il 'ius controversum' fra razionalità e giustizia*, in *Ius controversum fra tarda repubblica ed età dei Severi*, a cura di V. Marotta e E. Stolfi, Roma, 2012, 4, «è un dato di fatto che la giurisprudenza si è sviluppata fundamentalmente nello spazio interposto fra *iurisdictio* e *iudicium*, come elaborazione di direttive di giudizio suggerite dalla logica della controversia». Come, poi, ricorda L. VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano, 1976, monografia ora riproposta integralmente in EAD., *Diritto giurisprudenziale romano e scienza giuridica europea*, Torino, 2017, 47, (d'ora in poi citerò da questa seconda sede), «data la struttura del processo formulare romano, quando si arriva alla fase *in iudicio*, la controversia è già individuata nei suoi elementi di diritto; il giudice non può far altro che rapportare la situazione di fatto a quello che risulta in questo senso uno schema astratto, e condannare o assolvere a seconda che i fatti asseriti nella formula siano veri o falsi». V., ancora, a livello di trattazioni generali, L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, cit., 187, che così sintetizza i limiti dell'azione del giudice: chiusa la fase *in iure*, «adesso l'intera materia del litigio deve essere svolta soltanto davanti al *iudex*, e la situazione di fatto acclarata da lui. La sentenza, anche nel suo procedimento logico, gli è già prescritta, naturalmente secondo l'esito dell'indagine di fatto, nella *formula* e nel comando di *iudicatio*»; lo stesso autore proseguiva (L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, cit., 188, che «la questione, se è ragionevole o no di trarre dalla premessa dell'*intentio* la conseguenza della *condemnatio*, non è affare» del giudice: «sia anche una tale conseguenza assurda quanto si voglia, il *iudex*, in base allo stato di fatto che sussista, deve tirarla». Anche il già richiamato C. BEDUSCHI, *Il 'ius controversum' fra razionalità e giustizia*, cit., 5, ritiene che in relazione alle circostanze concrete del giudizio, «quelle puramente occasionali o comunque condizionate in modo troppo particolare dagli intrecci del caso in discussione, restavano demandate alla fase finale del giudizio, affidata ad un *iudex* o *arbiter*, i quali avevano solo il compito di pronunciare il verdetto finale, secondo quel che a loro pareva più attendibile, avuto riguardo alle risultanze istruttorie, quindi al di fuori di qualunque canone normativo... La loro pronuncia doveva infatti tener conto anche dei fattori più contingenti (compresa, al limite la credibilità dei testi), tali da non poter assumere rilevanza di *ius*».

¹⁷ A. PALMA, *Lo 'ius controversum'*, cit., 22 s.; nota G. POLARA, *Autonomia ed indipendenza del giudice nell'evoluzione storica delle forme processuali*, cit., 347 s., che «la

La fase *apud iudicem*, come rilevava Carlo Augusto Cannata, che condensava salacemente le posizioni della dottrina dominante, era «palestra di *exploits* avvocateschi, cioè territorio di caccia dei retori, e nei libri di retorica era piuttosto, quindi, la *sedes materiae* del processo *in iudicio*»¹⁸, poiché l'agire del giudice, chiamato all'esecuzione e all'applicazione della *formula*, specialmente sotto il profilo probatorio¹⁹, se era legato all'impostazione imposta dal pretore, appariva improntato del pari ad una notevole libertà²⁰.

Poche erano difatti le regole²¹, essendo rimessa al giudice la «polizia che regola la seduta»²²; vanno comunque seppur brevemente riassunte le 'tappe' nelle quali si articolava il giudizio. La fase *apud iudicem* si apriva con la comparizione, nel giorno fissato (*comperendinus dies*), delle parti innanzi al giudice il quale doveva concludere il giudizio entro il calar del sole del medesimo giorno²³. «Il primo atto del giudizio era la

relazione esistente fra pretore e giudice si pone in termini dialettici fra chi con lo *iussus iudicandi* (il pretore) pone il quesito cui dare una soluzione, e chi a tale quesito deve rispondere; interrogazione e risposta, quindi, piuttosto che ordine e subordinazione, rimanendo il giudice vincolato solo dal dovere di svolgere l'attività di accertamento e non già da quello di emanare una sentenza».

¹⁸ C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*. II., cit., 18; in senso analogo la testimonianza delle vicende legate ai dibattimenti non andrebbero ricercate nella letteratura giuridica 'ufficiale', bensì nell'ambito delle testimonianze papiracee: v. già, L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, cit., 289, secondo cui «chi si vuol fare un quadro di un dibattito nel suo insieme, deve oggi anzitutto essere rinvio ai papiri, che ci hanno tramandato protocolli di processi».

¹⁹ Cfr. L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, cit., 189: «*apud iudicem* bisogna provare questi fatti, sui quali allora vien pronunciata la sentenza in conformità al programma fissato *in iure*». Sulle prove ci soffermeremo nel capitolo IV.

²⁰ In questo senso, pur se nell'ambito di condivisibili osservazioni, riteneva V. SCIALOJA, *Procedura civile romana. Esercizio e difesa dei diritti*, Roma, 1936, 170, che «questa posizione del giudice di fronte alle parti e alla sentenza che egli deve emanare è quella che nella procedura classica ci dà il carattere del giudizio».

²¹ V. già, V. SCIALOJA, *Procedura civile romana. Esercizio e difesa dei diritti*, cit., 170, pur formulando osservazioni di grande interesse, riteneva del pari che la posizione del giudice, ritenuta di estrema libertà, svincolata da costringimenti esterni, «dimostra che molte norme di giudizio non ci possono essere, perché altrimenti vincolerebbero la libertà di coscienza, che il giudice deve avere».

²² L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, cit., 190.

²³ Tab. 1.6 fissa una regola che è stata seguita a lungo: *Ante meridiem causam, conscito, quam perorant ambo praesentes: post meridiem, praesenti litem addicito: si ambo praesentes, solis occasus suprema tempestas esto*. Sul precetto si è intrattenuta di recente L. D'AMATI, *L'inattività del convenuto nel processo formulare: 'indefensio', 'absentia' e 'latitatio'*, cit., *passim*; un contributo specifico della stessa autrice si ritrova in L. D'AMATI, *'Litem deserere'*, in *Il giudice privato nel processo civile romano*, II, cit., 177 ss.

causae coniectio»²⁴ che consisteva nella «esposizione sommaria della causa colla quale si doveva mettere il giudice al giorno di ciò che s'era fatto *in iure*»²⁵. Ciò esaurito, gli *oratores*, che assistevano le parti *in iudicio*, «peroravano la causa... con lunghe orazioni»²⁶. Il giudice, assunte le prove, emanava finalmente la sentenza.

L'osservazione di Palma, donde ho principiato, non è isolata nella dottrina degli ultimi anni²⁷ e coglie nel segno; essa identifica una correlazione assai stretta e proficua tra il momento processuale, nel quale si esplicava quello che è correntemente definito *officium iudicis*²⁸, il *iudex*²⁹

²⁴ V. SCIALOJA, *Procedura civile romana. Esercizio e difesa dei diritti*, cit., 171.

²⁵ V. SCIALOJA, *Procedura civile romana. Esercizio e difesa dei diritti*, cit., 171.

²⁶ V. SCIALOJA, *Procedura civile romana. Esercizio e difesa dei diritti*, cit., 171.

²⁷ Basti pensare, ad esempio, a N. PALAZZOLO, *Il 'princeps', i giuristi, l'editto*, in *'Res publica' e 'princeps'. Vicende politiche, mutamenti istituzionali e ordinamento giuridico da Cesare ad Adriano. Atti del Convegno internazionale di diritto romano (Copanello 25-27 maggio 1994)*, a cura di F. Milazzo, Napoli, 1996, 306, il quale, nell'ambito di un'analisi di Gai 1.2-7 (su alcuni di questi testi tornerò in seguito) osserva come sia utile «con riferimento al I secolo, guardare piuttosto al processo, come sistema complesso nel quale attuazione e produzione del diritto si confondono, e attraverso il quale si attua, al di là della stessa previsione edittale, una trasformazione del diritto privato che certamente non è secondaria rispetto a quella prodotta dalle fonti del diritto autoritativo». Più di recente, S. RANDAZZO, *Bipartizione del processo e attività giudicante. Un'ipotesi di lavoro*, in *Il giudice privato nel processo civile romano*, I, cit., 56, secondo il quale «la scelta del *iudex* come scelta privata non significa affatto sottoporsi ad un giudizio estemporaneo, disancorato da stringenti riferimenti giuridici e di sistema. Tutt'altro. Il *iudex* decide ma entro margini rigorosi, sul piano dell'ancoraggio ai fatti e sul piano dell'ancoraggio alle regole».

²⁸ Ricordava già V. SCIALOJA, *Procedura civile romana. Esercizio e difesa dei diritti*, cit., 170, che «la condotta che il giudice deve tenere, il complesso dei doveri a lui prescritti, costituiscono ciò che si chiama *officium iudicis*, che si riferisce tanto alla procedura, in quanto contenga le prescrizioni che il giudice deve seguire nel condurre nel processo quanto anche al diritto sostanziale, cioè a ciò che egli deve riguardare e fare per emanare una giusta sentenza». V. M. DE BERNARDI, *L'officium iudicis nell'azione arbitraria di rivendica. Appunti dalle lezioni*, Milano, 1997, 65, secondo cui «*officium iudicis* significa 'dovere', 'compito del giudice', e anche 'potere' dello stesso. Peraltro non solo non ci risulta che i giuristi abbiano scritto opere specifiche '*de officio iudicis*', ma neppure consta che essi abbiano fatto di tale *officium* l'oggetto di vere trattazioni organiche».

²⁹ V. sul punto L. MANNA, *La facoltà del giudice di 'iurare rem sibi non liquere'*, in *Il giudice privato nel processo civile romano*, cit., 600, in relazione al giuramento pronunciato dal giudice che si apprestava all'esercizio del suo *officium*, «l'oggetto del giuramento, infatti, non è il rendere una sentenza quale che sia, ma il dare una sentenza che sia la concretizzazione del *ius* siccome descritto da Celso. In questa linea di continuità tra *fides*, *iustitia*, e *ius* inteso come *ars boni et aequi* si inserisce, col suo giuramento il giudice del processo formulare che, nell'ottemperare al *iussum iudicandi* del pretore, deve avere di mira una cosa sola: il perseguimento della giustizia in senso sostanziale».

e la struttura intima del fenomeno giuridico romano, affidato alle cure della scienza giuridica³⁰. L'osservazione dell'autore è pregnante e va indagata e circostanziata in modo assai attento.

Occorre, in primo luogo, identificare chiaramente il concetto di *ius controversum* per verificarne la relazione con il fondamentale momento processuale. Come subito vedremo, sulla scorta di autorevole ed avvertita dottrina, le fonti letterarie e retoriche pongono in rilievo una nozione assai significativa di *ius controversum* che, ignorata nel proprio specifico tenore letterale dalla coeva letteratura giuridica romana, deve essere posta in stretta relazione con l'attività rispondente dei giuristi, per come essa appare in alcuni rilevanti testi tratti dal manuale veronese di Gaio e dai primi titoli delle Pandette³¹. Codesta attività, poi, apparirà ancor più

³⁰ Sul punto, ed in particolar modo per quello che attiene alla natura giurisprudenziale del sistema romano, v. L. VACCA, *Sulla rilevanza dei 'precedenti' nel diritto giurisprudenziale romano*, in *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*, a cura di U. Vincenti, Padova, 1998, ora anche in L. VACCA, *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*, Padova, 2006, 84 (cito da quest'ultima sede), secondo la quale «se in un determinato ordinamento la formazione del diritto è di tipo giurisprudenziale, nel senso che "la elaborazione e formazione complessiva del diritto può essere considerata riferibile prevalentemente alle soluzioni di un gruppo di persone che fanno professione di diritto", risulta ininfluenza che questo gruppo di persone eserciti direttamente la funzione giudicante ovvero, come avviene per i giuristi romani condizioni in modo determinante le decisioni dei giudici e dei magistrati: è al metodo scientifico che questa elaborazione che occorre comunque fare riferimento, poiché solo al suo interno può individuarsi l'eventuale rilevanza dei precedenti in senso tecnico»; la citazione interna proviene da L. VACCA, *La svolta adrianea e l'interpretazione analogica*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor F. Gallo*, Napoli, 1997, 447, nt. 15, ora anche in L. VACCA, *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*, cit., 45, nt. 15). Si veda al proposito, con particolare riferimento alla natura controversiale del sistema, M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, in *BIDR*, CIII-CIV, 2000-2001, 521, secondo il quale «nel sistema aperto del *ius controversum*, che andava allora strutturando, e nella correlata metodologia casistica dei *prudentes*, ogni caso risultava potenzialmente diverso dagli altri, non foss'altro perché – pur nella 'Verallgemeinerungsfähigkeit' dei *responsa prudentium* – è sempre presente la possibilità di nuove 'Werungen' che superino la massima di decisione precedentemente fissata. In tale scenario era, almeno in potenza, essenziale l'individuazione del caso in tutte le sue 'peristáseis' in quanto l'esistenza di un'ulteriore circostanza poteva dar luogo ad una nuova 'Werung' e far modificare la massima di decisione anteriormente assunta».

³¹ Alludo, naturalmente, ai testi che subito riporto, rimandando alle pagine successive per la loro analisi più dettagliata; v. Gai 1.7: *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi; idque rescripto divi Hadriani significatur*; Pom. *l.s. enchirid.* D. 1.2.2.5: *His legibus latis coepit (ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio*

strettamente ancorata proprio al momento processuale ed in particolare alla seconda fase del processo formulare, legata indissolubilmente alla figura del giudice: a questi le fonti chiaramente affermano fossero indirizzati i *responsa* dei *prudentium*, che importanza determinante assunsero nell'economia di quel *ius controversum* che è il vero nucleo dell'elaborazione scientifica del diritto ad opera dei *prudentes*³². Come ha

*desideraret prudentium auctoritatem) necessariam ^ necessarium^ esse disputatione ^ disputationem^ fori. haec disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut ceterae partes iuris suis nominibus designantur, datis propriis nominibus ceteris partibus, sed communi nomine appellatur ius civile; e Pomp. l.s. enchirid. D. 1.2.2.48-50: Et ita Ateio Capitoni Massurius Sabinus successit, Labeoni Nerva, qui adhuc eas dissensiones auxerunt. hic etiam Nerva Caesari familiarissimus fuit. massurius Sabinus in equestri ordine fuit et publice primus respondit: posteaque hoc coepit beneficium dari, a Tiberio caesare hoc tamen illi concessum erat. Et, ut obiter sciamus, ante tempora Augusti publice respondendi ius non a principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant: neque responsa utique signata dabant, sed plerumque iudicibus ipsi scribebant, aut testabantur qui illos consulebant. primus divus Augustus, ut maior iuris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate eius responderent: et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit. et ideo optimus princeps Hadrianus, cum ab eo viri praetorii peterent, ut sibi liceret respondere, rescripsit eis hoc non peti, sed praestari solere et ideo, si quis fiduciam sui haberet, delectari se populo ad respondendum se praepararet. Ergo Sabino concessum est a Tiberio Caesare, ut populo responderet: qui in equestri ordine iam grandis natu et fere annorum quinquaginta receptus est. huic nec amplae facultates fuerunt, sed plurimum a suis auditoribus sustentatus est. Nelle fonti letterarie, si ricava da Cicerone una notizia che pare «sminuire la rilevanza giuridica di tali pareri» (così L. KOFANOV, *Il ruolo dei 'responsa' dei giuristi nella 'disputatio forensis'*, in *Casistica e giurisprudenza*, a cura di L. Vacca, Napoli, 2014, 73), in Cic. Mur. 29: *Quapropter non solum illa gloria militaris vestris formulis atque actionibus anteposenda est verum etiam dicendi consuetudo longe et multum isti vestrae exercitationi ad honorem antecellit. Itaque mihi videntur plerique initio multo hoc maluisse, post, cum id adsequi non potuissent, istuc potissimum sunt delapsi. Ut aiunt in Graecis artificibus eos auloedos esse qui citharoedi fieri non potuerint, sic nos videmus, qui oratores evadere non potuerint, eos ad iuris studium devenire. Magnus dicendi labor, magna res, magna dignitas, summa autem gratia. Etenim a vobis salubritas quaedam, ab eis qui dicunt salus ipsa petitur. Deinde vestra responsa atque decreta et evertuntur saepe dicendo et sine defensione orationis firma esse non possunt. In qua si satis profecissem, parcius de eius laude dicerem; nunc nihil de me dico, sed de eis qui in dicendo magni sunt aut fuerunt.**

³² Circa il ruolo dei *responsa* nella dinamica che ci si accinge a studiare, v. L. VACCA, *Contributo*, cit., 98, per la quale, in relazione alla stratificazione del diritto nell'epoca che qui interessa, «l'aspetto che a noi maggiormente interessa in relazione alla progressiva stratificazione di questo, che indubbiamente è un diritto casistico, è costituito dal *respondere*, in quanto attività diretta alla soluzione giuridica delle controversie, in cui soprattutto si esprime il carattere pratico e concreto del metodo dei giuristi». V. anche L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, cit., 57, che a ragione puntualizza «dobbiamo premettere che la creatività dei giuristi si manifesta in quest'epoca in due momenti differenti, che occorre tener distinti per comprendere appieno il processo di formazione del diritto romano come diritto prevalentemente

messo in evidenza Letizia Vacca in uno dei molti contributi che la studiosa ha dedicato al metodo casistico della giurisprudenza romana, non è priva di significato la circostanza per la quale il periodo classico del diritto romano, vale a dire l'epoca in cui «si dispiega appieno la forza creativa della giurisprudenza», coincida con il periodo di pieno sviluppo del processo formulare, poiché la scienza giuridica trovava «nella duttilità degli strumenti processuali e degli schemi di azioni lo strumento tecnico in grado di permettere il passaggio dalla soluzione scientifica del singolo caso espressa nel responso del giurista alla soluzione che si esprime nella sentenza dotata di effettività e di valore normativo per le parti»³³: nonostante il fenomeno della «formazione processuale del diritto» fosse con ogni probabilità principiato nell'epoca precedente, esso ebbe «ed avrebbe continuato ad avere quale protagonista, sia pure sfumato e talvolta inavvertito, il giudice o l'organo giudicante in genere»³⁴.

In altri termini, il *ius controversum* doveva essere saldamente intessuto con la prassi, strettamente intrecciato alla sua realizzazione nella fase processuale, non meno di quanto accadeva per la fase *in iure* innanzi al magistrato. Anche innanzi al giudice privato, infatti, assumevano determinante importanza proprio i *responsa* e le *opiniones* emessi dai *iurisperiti*.

Come ha giustamente osservato Umberto Vincenti, la stretta relazione appena enunciata doveva porsi in termini di 'quasi necessità' dal momento che «se la caratteristica del diritto giurisprudenziale romano è la sua natura "controversiale", è intuitivo che la conflittualità a livello scientifico non poteva non ripercuotersi nella vita pratica dando vita a contrapposte pretese e, così, a controversie giudiziarie nelle quali le

giurisprudenziale: l'individuazione della soluzione giusta del caso singolo su cui il giurista è chiamato a dare il suo responso, e la riflessione scientifica sulle soluzioni di volta in volta evidenziate, che devono essere coordinate in un sistema razionale e inserite nell'ordinamento giuridico».

³³ Così L. VACCA, *I precedenti e i responsi dei giuristi*, in *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Profili storico-comparatistici. Seminario ARISTEC (Perugia, 25-26 giugno 1999)*, a cura di L. Vacca, Torino, 2000, 37 ss., ora anche in L. VACCA, *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*, cit., 131 (cito da quest'ultima sede). Del pari, v. già G. PUGLIESE, *Diritto e processo nell'esperienza giuridica romana*, in *Diritto e processo nell'esperienza romana. Atti del seminario (Torino, 4-5 dicembre 1991)*, Napoli, 1994, 17, il quale notava che «la nascita del processo formulare determinò il profilarsi di nuove prospettive nella dialettica diritto-processo, la prima delle quali è quella della formazione del diritto nel e per effetto del processo».

³⁴ Sono parole di G. PUGLIESE, *Diritto e processo*, cit., 17.

opiniones in concorrenza dovevano fornire i contenuti delle argomentazioni degli oratori, impegnati nell'opera di convincimento del giudice»³⁵. Questa asserzione troverà – mi riprometto – riscontro attraverso l'esame delle principali fonti relative alla stretta relazione tra *responsum* e *opinio*, *ius controversum*, interpretazione dei giuristi³⁶ e processo.

Come si accennava, assumono importanza determinante, in questa prospettiva, i responsi dei giureconsulti proprio in ragione della loro struttura e della loro funzione in quanto, sotto un punto di vista generale, per quanto è possibile inferire dalla lettura delle opere scientifiche dei giuristi, luogo privilegiato ove è dato rincorrere le tracce della «attività pratica dei giuristi»³⁷, il responso precisamente è proprio «il parere che risolve tecnicamente un quesito giuridico»³⁸. Nel responso è possibile leggere, di volta in volta, «un atto pratico», un parere rilasciato per una certa controversia approdata innanzi al pretore oppure al giudice³⁹, ovvero

³⁵ U. VINCENTI, *'Res iudicatae' e diritto giurisprudenziale romano*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto. Ricerche dedicate al Prof. F. Gallo*, II, Napoli, 1997, 5.

³⁶ Sul punto v. già L. VACCA, *Contributo*, cit., 97, secondo la quale «l'attività di interpretazione dei giureconsulti ebbe un ruolo determinante nell'evoluzione del diritto romano e proprio in relazione al metodo da essi adottato si qualifica il diritto romano come diritto giurisprudenziale».

³⁷ L. VACCA, *I precedenti e i responsi dei giuristi*, cit., 137. Osserva la studiosa che «noi non conosciamo l'attività pratica dei giuristi se non attraverso le loro opere scientifiche, anche nella letteratura problematica in cui è più immediatamente percepibile il collegamento con la trattazione dei casi reali, l'esposizione è quasi sempre ridotta – ai fini della trasmissione in forma letteraria della *ratio decidendi* utilizzata per la soluzione di un singolo caso o di più casi simili – all'astrazione di una soluzione rappresentata per casi-tipo, rapportabile quindi alla decisione di tutti i casi con elementi qualificanti simili»; dunque, continua L. VACCA, *I precedenti e i responsi dei giuristi*, cit., 138, «questo tipo di conservazione e trasmissione dell'attività pratica rispondente rende estremamente complesso ricostruire il procedimento euristico-argomentativo in relazione alla soluzione del singolo caso concreto, e quindi individuare il valore delle *rationes decidendi* precedentemente utilizzate nei casi simili in rapporto alla soluzione del nuovo caso».

³⁸ M. BREONE, *Storia del diritto romano*, Roma - Bari, 1995, 194; in senso analogo anche M. BREONE – M. TALAMANCA, *Il Diritto in Grecia e a Roma*, Roma - Bari, 2015, 125. V. anche G. BROGGINI, *L'arte forense di Cicerone*, cit., 112, per il quale i «responsi si limitavano a questioni giuridiche».

³⁹ G. BROGGINI, *L'arte forense di Cicerone*, cit., 112 s., ritenne che i responsi «presupponevano sempre il fatto esposto da parte di chi cercava consiglio (cittadino privato, magistrato, avvocato o giudice) ed erano perciò formulati sempre ipoteticamente. "Nel caso che la tua descrizione del fatto risponda alla verità allora...". "Supposto il caso che... allora...". Il *iusperitus* trova il diritto in base ad una fattispecie, che egli stesso semplifica ed astrattizza secondo un processo di continuo adattamento».

«una forma letteraria»⁴⁰, incentrata per lo più sulla casistica fittizia, ovvero su quella che, pur originata dalle concrete fattispecie, era portata ad un tale grado di astrazione che ormai si allontanava dalla prassi reale⁴¹: è stato

⁴⁰ M. BREONE, *Storia*, cit., 194. In essa il parere poteva trovare la sua «compiuta decantazione scientifica» (M. BREONE, *Storia*, cit., 201). Lo stesso autore (M. BREONE, *Storia*, cit., 198) pone in rilievo il fatto che «la dimensione fondamentale del responso» fosse all'origine «l'oralità»; benché la giurisprudenza abbia conosciuto «le sue relevantissime manifestazioni letterarie», essa viveva ed agiva, secondo lo stesso Breone, «anche in un'altra sfera». Si tratterebbe di un carattere condiviso con la letteratura e con la filosofia, nella cui elaborazione e trasmissione proprio l'oralità avrebbe giocato un ruolo fondamentale: «è consiglio solo oralmente formulato, quando non addirittura una sorta di sapienza oracolare; è trasmissione ai discepoli di un corpo di dottrine non irrigidito nella pagina scritta, conversazione, discussione, e dialogo, persino confronto competitivo o agonistico tra le opinioni in campo». Pertanto secondo M. BREONE, *Storia*, cit., 199, il responso del giurista era «un atto fondamentale orale, come il responso religioso». Nella nostra prospettiva rileva il fatto che allorché fosse sollecitato da una controversia e fosse necessario comunicarlo al giudice, «si seguivano due vie: o lo stesso giurista “scriveva” al giudice, oppure il privato interrogante si assicurava, per mezzo di testimoni, la possibilità di dimostrarne il carattere autentico. Solo in epoca imperiale», giusta la lettura del frammento dell'*Enchiridion* conservato in D. 1.2.2.49, «quando il *respondere* fu subordinato all'autorizzazione del principe, i giuristi diedero *responsa signata* cioè garantiti dal loro sigillo»; così M. BREONE, *Storia*, cit., 200; v., tuttavia M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, in *BIDR*, XLII-XLIII, 2000-2001, 506 s., secondo il quale «il *responsum signatum* era conosciuto nella prassi come forma liberamente scelta già prima delle riforme di Augusto. Dal § 49 risulta nella consapevolezza del giurista del II sec. d.C. che le forme più usate per la comunicazione/documentazione dei *responsa prudentium* fossero all'epoca di Augusto, l'*epistula* scritta dal giurista al giudice e la *testatio*, senza che – come talora si è voluto – dall'inciso *sed plerumque iudicibus ipsi scribebant aut tesabantur qui illos consulebant* del § 49 si possa ricavare la prevalenza dell'una sull'altra di queste forme»; va osservato, ancora con M. TALAMANCA, *Pom. sing. ench. D. 1.2.2.49*, cit., 5555, come sia un «*topos* che talora aleggia nella letteratura romanistica ... frutto più della nostra immaginazione che un'effettiva realtà storica» quello relativo al «parere chiesto al volo, mentre il giurista transitava per il foro». Difatti, nota ancora lo stesso studioso, «per un senatore, appartenente al ceto che monopolizzò per più di un secolo la giurisprudenza laica, sarebbe stato al limite disdicevole proporre una questione di diritto, diversa da quella che meritasse una *responsio celsina*»; al riguardo il maestro osserva ancora (M. TALAMANCA, *Pom. sing. ench. D. 1.2.2.49 e le forme dei 'responsa' dei giuristi repubblicani: una vicenda forse esemplare*, in *Fides humanitas ius. Studi in onore di L. Labruna*, Napoli, 2007, 5555, nt. 196): «non si scomodava Servio Sulpicio Rufo ma neppure Aufidio Namusa, per sapere se – non sussistendo alcuna particolare circostanza – il debitore dovesse, alla scadenza restituire il mutuo che aveva ricevuto».

⁴¹ V., infatti, L. VACCA, *I precedenti e i responsi dei giuristi*, cit., 155, secondo la quale «nella rappresentazione del metodo giurisprudenziale romano e nella successiva percezione dei suoi risultati, ha avuto un peso determinante la circostanza che le soluzioni e le *rationes decidendi* utilizzate per le decisioni concrete sono state dagli stessi giuristi trasmesse per la successiva utilizzazione non attraverso la verbalizzazione delle singole soluzioni, ma attraverso una letteratura scientifica in cui i casi concreti venivano già

efficacemente scritto che, nel responso, il giurista romano «sottoposto il caso concreto, ovvero più casi concreti simili, ad un processo di astrazione, che può essere più o meno accentuato, arrivava spesso alla formulazione di ‘regole casistiche’ che a prima vista risultano simili più alla fattispecie astratta enunciata in una norma che alla ‘verbalizzazione’ di soluzioni concrete»⁴². Il responso aveva un campo applicativo estremamente vasto poiché, come è stato acutamente osservato, orientava «i comportamenti dei privati, le scelte normative dei magistrati e le sentenze dei giudici»⁴³. Il responso era, quindi, un prodotto intellettuale, frutto consapevole dell’applicazione della scienza giuridica da parte dei giuristi, che si rivolgeva a tutto campo al mondo del diritto⁴⁴ ‘pratico’, indirizzandone i percorsi e implicandone le soluzioni.

Ciò emerge in modo assai significativo dalle fonti letterarie che, in

depurati degli elementi di fatto non rilevanti e rappresentati, sia pure a differenti livelli di semplificazione come casi tipo che come tali individuavano già ad opera dello stesso giurista le *rationes decidendi* da utilizzare per i successivi casi simili»; si legga inoltre L. VACCA, *Sulla rilevanza dei precedenti*, cit., 88 ss.

⁴² Così L. VACCA, *I precedenti e i responsi dei giuristi*, cit., 136. Circa il processo di astrazione v anche G. BROGGINI, *L’arte forense di Cicerone*, cit., 113, secondo cui l’abilità del giurista rispondente sarebbe consistita «soprattutto nel tralasciare tutte le caratteristiche accessorie del caso concreto». È esatto, peraltro, e «non fu mai messo in dubbio» che così agendo il giurista «applichi già dei criteri di valutazione e pronunci delle decisioni in diritto» (così ancora G. BROGGINI, *L’arte forense di Cicerone*, cit., 113). Non mi pare inutile richiamare in senso nettamente critico rispetto al concetto di ‘astrazione’, C. BEDUSCHI, *Il ‘ius controversum’ fra razionalità e giustizia*, cit., 7, secondo il quale, facendo impiego del suddetto termine, il procedimento di pensiero dei giuristi romani risulterebbe travisato «gravemente, perché esso si fa carico di affrontare, e non semplicemente di rimuovere le particolarità presenti nel caso considerato... Nemmeno giova parlare di analisi (nel senso tecnico di scomposizione), perché si richiede qualcosa di più, e cioè di portare in luce non brandelli di esperienza, ma al contrario assetti che abbiano senso compiuto nell’ambito entro cui la controversia si svolge. Nel lavoro del giurista l’analisi, che pur non può mancare, deve necessariamente sfociare in una sintesi, che coordini tra loro gli elementi raccolti e li ricollochi nel contesto sulla base di un assetto coerente». Lo studioso avanza, infine, la proposta di parlare di ‘individuazione’ (per gli argomenti a sostegno, che in questa sede rilevano in misura minore, rinvio a C. BEDUSCHI, *Il ‘ius controversum’ fra razionalità e giustizia*, cit. 7 s.).

⁴³ M. BRETONNE, *Storia*, cit., 194. V. anche M. BRETONNE, *Il Diritto in Grecia e a Roma*, cit., 126.

⁴⁴ V. infatti L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, cit., 53, secondo la quale «l’intervento del giurista si estendeva a tutti gli aspetti dell’applicazione del diritto: dall’attività negoziale dei privati, in relazione alla quale lo sviluppo dei rapporti richiedeva il superamento degli schemi preesistenti, al momento processuale, con l’assistenza alle parti, ai magistrati, e ai giudici per la corretta impostazione processuale e la consulenza nel merito della controversia per la formulazione della sentenza».

tale senso, appaiono addirittura esemplari, come nel prosieguo si avrà modo di vedere. Esse si riferiscono principalmente all'ultimo tormentato secolo della repubblica e sembrano attestare lo stato della giurisprudenza nell'età immediatamente antecedente all'epoca classica e soprattutto all'avvento del potere personale di Ottaviano Augusto che, come vedremo, pare essersi ingerito in modo assai significativo e peculiare nelle logiche proprie della giurisprudenza dell'epoca. La trama del *ius controversum*, inteso in senso ampio – al tempo stesso – quale prodotto e quale processo creativo che ad esso conduce, non originava unicamente dall'attività rispondente della giurisprudenza, che risolveva scientificamente casi concreti (veri o fittizi), ma trovava un necessario contraltare e completamento (come vedremo espressamente affermato in Pomponio) nella prassi del foro che completava l'attività creatrice del diritto. Dacché io credo abbia ragione Antonio Palma allorché ritiene che «da un'analisi non ideologica delle fonti, la creazione del diritto non appare ricollegabile esclusivamente al *reponsum* del singolo giurista – per quanto autorevole – ma deve essere collegata agli esiti finali elaborati nella fase *apud iudicem* delle controversie giudiziarie, instaurate in molti casi sulla base di un dato parere giurisprudenziale, ma risolte sempre con una *sententia* che, esprimendo una carica valoriale condivisa, veniva accettata e recepita dalla comunità»⁴⁵.

Come ben è stato messo in luce dallo stesso studioso, il *responsum* elaborato dal giurista, originato spesso da un caso di specie storicamente individuabile, tramutato, per opera del giurista medesimo, «il fatto in fattispecie, sfrondandone gli aspetti radicati nella realtà fattuale ed elevandolo a caso emblematico»⁴⁶, non è un prodotto destinato al puro mondo ideale «dell'accademia»⁴⁷, ma va calato sempre nell'ambito di una precisa dinamica reale e, più nello specifico, processuale, cui esso è in primo luogo indirizzato e in ragione delle cui logiche esso è perspicuamente pensato e realizzato: esso era rivolto in primo luogo al *iudex privatus* dal quale lo stesso voleva essere accolto⁴⁸. Del resto, come si

⁴⁵ A. PALMA, *Lo 'ius controversum'*, cit., 33.

⁴⁶ A. PALMA, *Lo 'ius controversum'*, cit., 33.

⁴⁷ A. PALMA, *Lo 'ius controversum'*, cit.,

⁴⁸ V. A. PALMA, *Lo 'ius controversum'*, cit., 34 secondo il quale lo stesso «giurista è ben consapevole, in realtà, che il suo *responsum* non è una elaborazione destinata per sua natura all'accademia, al circuito delle idee, ma piuttosto uno schema teorico inteso a risolvere una specifica controversia e che proprio in vista di questo scopo richiede

è autorevolmente sostenuto, se si guarda «al responso del giurista come ad un messaggio i cui destinatari privilegiati fossero stati unicamente gli altri giuristi» ci precluderemmo «la strada per comprendere il vero senso del responso e l'ambito entro il quale il giurista poteva mietere consensi e costruire la propria *auctoritas*»⁴⁹.

Infatti, l'emissione da parte del singolo giurista di un responso, pur configurando un prodotto umano pensato ed indirizzato ad una concreta contingenza, indipendente da ogni altra questione, da ogni altra vicenda, si collocava in realtà nell'ambito di una tela complessiva, quale tessera di un mosaico assai più ampio.

Nessuno ormai dubita, nella letteratura romanistica contemporanea, che l'attività rispondente della scienza giuridica, a partire dalla giurisprudenza tardo repubblicana e protoclassica (epoca sulla quale disponiamo un buon numero di fonti letterarie, ed in special modo retoriche), si dirigesse tanto ai magistrati giurisdicenti, quanto ai giudici, intesi quali interlocutori tanto mediati quanto immediati della prima⁵⁰. Il parere era rivolto al magistrato quando esso «verteva sull'*an sit actio* o sul *quae sit actio* e, non rinvenendo il giurista un'azione di *ius civile* o una editale, avesse trovato rispondente ad equità che si concedesse in via decretale un'*actio in factum* o un'*actio utilis* o *ad exemplum*»⁵¹; è ben

l'accoglimento da parte del *iudex privatus*». *Contra*, come ricorda L. KOFANOV, *Il ruolo dei 'responsa' dei giuristi nella 'disputatio forensis'*, cit., 75, «la pratica del discutere (*disputare*) sulle risposte dei giuristi, di solito, nella scienza giuridica moderna viene intesa attribuendo a questo tipo di attività un valore di discussione puramente scientifica o di scuola»; lo studioso richiama F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it., Firenze, 1968, 401 ss.

⁴⁹ Così testualmente F. BONA, *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-repubblicana*, in *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana. Atti del Convegno (Pavia, 26-27 aprile 1985)*, Padova 1987, 138.

⁵⁰ In questi termini, v. M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, cit., 161, secondo il quale «fra il diritto – che, con le sue stratificazioni e complicazioni, con la molteplicità delle sue fonti è tutt'altro che un libro aperto – e i suoi utenti ed esecutori, il giureconsulto svolge una funzione mediatrice. Egli ne sviluppa le potenzialità intrinseche ne è artefice e interprete al tempo stesso».

⁵¹ F. BONA, *La certezza*, cit., 139. Secondo M. BRUTTI, *L'indipendenza dei giuristi (dal 'ius controversum' all'autorità del principe)*, in *'Ius controversum' e 'auctoritas principis'. Giuristi, principe e diritto nel primo impero. Atti del Convegno internazionale di diritto romano (Copanello, 11-13 giugno 1998)*, a cura di F. Milazzo, Napoli, 2002, 412, il pensiero giurisprudenziale il più delle volte avrebbe riguardato proprio «il rapporto tra le azioni giudiziarie ... e i casi: vale a dire l'inquadramento concettuale di singole fattispecie, con le varianti che le definiscono»; si cita a proposito un testo di Ulpiano che, sotto la categoria del dubitare prende in considerazione una serie di ipotesi di applicazioni

evidente che in un caso consimile, per dirla con Ferdinando Bona, «l'interlocutore immediato sarà stato il consulente, ma quello mediato il pretore nella sua funzione giurisdizionale»⁵², a favore del quale il giurista

dell'*actio mandati* (Ulp. 28 ad ed. D. 13.6.5.1-11: *Si quis hac actione egerit et oblatam litis aestimationem susceperit, rem offerentis facit. Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolus an et culpa an vero et omne periculum. et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus: dolum in deposito: nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus: nisi forte et merces accessit (tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur) aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur. sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur. Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam et, si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit. Quod vero senectute contigit vel morbo, vel vi latronum ereptum est, aut quid simile accidit, dicendum est nihil eorum esse imputandum ei qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interveniat. proinde et si incendio vel ruina aliquid contigit vel aliquid damnum fatale, non tenebitur, nisi forte, cum possit res commodatas salvas facere, suas praetulit. Custodiam plane commodatae rei etiam diligentem debet praestare. Sed an etiam hominis commodati custodia praestetur, apud veteres dubitatum est. nam interdum et hominis custodia praestanda est, si vincetus commodatus est, vel eius aetatis, ut custodia indigeret: certe si hoc actum est, ut custodiam is qui rogavit praestet, dicendum erit praestare. Sed interdum et mortis damnum ad eum qui commodatum rogavit pertinet: nam si tibi equum commodavero, ut ad villam adduceres, tu ad bellum duxeris, commodati teneberis: idem erit et in homine. plane si sic commodavi, ut ad bellum duceres, meum erit periculum. nam et si servum tibi tectorem commodavero et de machina ceciderit, periculum meum esse namusa ait: sed ego ita hoc verum puto, si tibi commodavi, ut et in machina operaretur: ceterum si ut de plano opus faceret, tu eum imposuisti in machina, aut si machinae culpa factum minus diligenter non ab ipso ligatae vel funium perticarumque vetustate, dico periculum, quod culpa contigit rogantis commodatum, ipsum praestare debere: nam et mela scripsit, si servus lapidario commodatus sub machina perierit, teneri fabrum commodati, qui neglegentius machinam colligavit. Quin immo et qui alias re commodata utitur, non solum commodati, verum furti quoque tenetur, ut Iulianus libro undecimo digestorum scripsit. denique ait, si tibi codicem commodavero et in eo chirographum debitorem tuum cavere feceris egoque hoc interlevero, si quidem ad hoc tibi commodavero, ut caveretur tibi in eo, teneri me tibi contrario iudicio: si minus neque me certiorasti ibi chirographum esse scriptum, etiam teneris mihi, inquit, commodati: immo, ait, etiam furti, quoniam aliter re commodata usus es, quemadmodum qui equo, inquit, vel vestimento aliter quam commodatum est utitur, furti tenetur. Usque adeo autem diligentia in re commodata praestanda est, ut etiam in ea, quae sequitur rem commodatam, praestari debeat: ut puta equam tibi commodavi, quam pullus comitabatur: etiam pulli te custodiam praestare debere veteres responderunt. Interdum plane dolum solum in re commodata qui rogavit praestabit, ut puta si quis ita convenit: vel si sua dumtaxat causa commodavit, sponsae forte suae vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur, vel si quis ludos edens praetor scaenicis commodavit, vel ipsi praetori quis ultro commodavit. Nunc videndum, in quibus speciebus commodati actio locum habeat. et est apud veteres de huiusmodi speciebus dubitatum.*

⁵² F. BONA, *La certezza*, cit., 139.

svolgeva un'attività di orientamento «nel confezionare la veste più adatta per la lite che si sta definendo nel plasmare lo schema processuale e quindi l'attività decretale del pretore»⁵³. In casi del genere, infatti, «il dubbio» entro il quale doveva dibattersi il magistrato, «riguardante la esperibilità dell'uno o dell'altro mezzo di tutela», interveniva nel bel mezzo «della *iurisdictio* pretoria» poiché lo stesso magistrato, che doveva «decidere su quale *formula*» si sarebbe dovuta svolgere la lite tra le parti, poteva «non essere sicuro che un determinato schema di azione fosse il più indicato a far valere le ragioni di chi va in giudizio», poiché, a ben vedere, «l'incertezza deriva dalla problematicità del rapporto tra i tipi prestabiliti di *actiones* e la prassi»⁵⁴. Proprio il fugare tale fisiologica incertezza era il compito precipuo del giurista chiamato a consulto.

Ben diversa sarebbe stata la congiuntura, laddove il responso vertesse «sul *quanti ea res erit*, e connesso *restituere*, o sul *quidquid ob eam rem dare facere oportet* con o senza *ex fide bona*, cioè sul *quid venit in actionem*»⁵⁵ dal momento che, in un'ipotesi del genere, ad essere mediatamente coinvolto – permanendo presumibilmente immutato il destinatario immediato, da riconoscersi nel consulente⁵⁶ – era l'*officium iudicis*, la sua concreta esplicazione, poiché era proprio il giurista ad elaborare « il responso che la parte produrrà in giudizio»⁵⁷. Come apparirà

⁵³ P. GIUNTI, 'Iudex' e 'iurisperitus'. Alcune considerazioni sul diritto giurisprudenziale romano e la sua narrazione, in *Iura*, LXI, 2013, cit., 53.

⁵⁴ M. BRUTTI, *L'indipendenza dei giuristi*, cit., 413.

⁵⁵ F. BONA, *La certezza*, cit., 139. Ricorda l'opinione di Bona appena richiamata, anche P. STARACE, *Giudici e giuristi nel processo civile romano. Nelle pieghe di un circuito normativo*, in *Il giudice privato, nel processo civile romano*, II, cit., 42, che ritiene che i pareri elaborati in tali frangenti dai giuristi fossero «indirizzati direttamente al *iudex* nell'esercizio del suo *officium*». Su alcune di queste questioni, v. anche i capitoli II e III.

⁵⁶ Va notato che è pure possibile che i giuristi si rivolgessero direttamente ai giudici; in questo senso, v. G. PROVERA, *Il valore*, cit., 5, per il quale «spesso i giuristi suggerivano direttamente ai giudici soluzioni nuove di casi che esigevano una disciplina diversa da quella risalente ai *mores maiorum*, oppure anche aprivano al loro *officium* prospettive nuove e più ampie, giungendo, anche per questa via, alla creazione di nuove norme e nuovi istituti».

⁵⁷ P. GIUNTI, 'Iudex' e 'iurisperitus', cit., 53. V. però anche G. NEGRI, *Giudici e 'responsa prudentium'*, in 'Ius controversu' e 'auctoritas principis', cit., 411, secondo cui «molte discussioni e teorie giurisprudenziali sono state intraprese e costruite in funzione dei dibattiti *apud iudicem*, mentre, in molti altri casi, il compito del giurista è quello di verificare se la *res facti* dedotta in giudizio sotto specie di ragione fatta valere risponda o meno alle condizioni previste dall'editto. In ogni caso, tuttavia, il caso risolto dai giuristi non è mai risolto come caso reale, ma soltanto come indicazione di una *ratio decidendi*, ed il giudice ne è un destinatario meramente tendenziale». Su questa presa di posizione si

da un testo gaiano nonché da diversi passi ciceroniani, che esamineremo ampiamente tra breve, il *responsum*, indipendentemente da chi fosse stato nel concreto ad averlo richiesto al giureconsulto, «ha come interlocutore diretto e non ultimo proprio il *iudex*», sia che si ritenga che esso agisse

veda, tuttavia, la significativa, seppur pungente, critica di M. TALAMANCA, *Interventi*, in *'Ius controversum'*, cit., 418, il quale così commentava la presa di posizione di Negri: «il punto, però su cui debbo dissentire nel modo più fermo ... è quello del carattere astratto o fittizio – perché inventato dal giurista – dei *responsa*, che in linea di massima non corrisponderebbero mai ad una fattispecie concreta nella prassi. Questa ricostruzione è contraddetta – oltre che dal buon senso, soprattutto da una lunga tradizione interpretativa a cui un conservatore come me dà senz'altro un peso maggiore che alla *cupiditas rerum novarum* – delle stesse fonti romane ... Se la tradizione della giurisprudenza laica comincia con la raccolta dei responsi tanto sicuramente dati in casi concreti, che la raccolta stessa ne veniva fatta mantenendo i nomi delle parti reali (circostanze di fatto rilevanti dal punto di vista giuridico), non si vede... come nel giro di pochi decenni si sarebbe dovuto tutto sovvertire. Io non voglio negare l'importanza della casistica fittizia, che serve soprattutto allo sviluppo teorico pratico del diritto, ma da qui ad affermare che a livello per esempio di Alfeno, la casistica è tutta inventata dal giurista corre un percorso impraticabile». Altrove (M. TALAMANCA, *Il 'Corpus iuris'*, cit., 212), lo stesso Talamanca osservava che «la metodologia dei *prudentes* è essenzialmente casistica e topicamente orientata: essa aggredisce il caso concreto e lo risolve mediante la sussunzione in categorie generali, che non hanno però la rigidità di quelle elaborate dalla scienza giuridica contemporanea». A riprova del carattere tutt'altro che fittizio di una consistente porzione dei responsi, con riferimento all'epoca preclassica, v. Cic. *orat.* 2.33.142 (*In quo etiam isti nos iuris consulti impediunt a discendoque deterrent; video enim in Catonis et in Bruti libris nominatim fere referri, quid alicui de iure viro aut mulieri responderit; credo, ut putaremus in hominibus, non in re consultationis aut dubitationis causam aliquam fuisse; ut, quod homines innumerabiles essent, debilitati [a iure cognoscendo] voluntatem discendi simul cum spe perdiscendi abiceremus. Sed haec Crassus aliquando nobis expediet et exponet discripta generatim; est enim, ne forte nescias, heri nobis ille hoc, Catule, pollicitus [se] ius civile, quod nunc diffusum et dissipatum esset, in certa genera coacturum et ad artem facilem redacturum*), che non nasconde una critica, come osserva F. TAMBURI, *Il ruolo del giurista, nelle testimonianze della letteratura romana*, I, Cicerone, Napoli, 2013, 145, per la quale per Cicerone, Catone e Bruto «fissando per iscritto *responsa* in cui avevano mantenuto i nomi propri delle persone a cui erano stati forniti, avevano indotto a porre l'attenzione dei lettori più sui destinatari delle consulenze che sulla questione trattata». V. anche, sotto il profilo propriamente testuale, F. CANCELLI, *Il presunto 'ius respondendi' istituito da Augusto*, in *BIDR*, XC, 1989, 552, secondo il quale «sarebbe arduo quanto infruttuoso tentare di isolare nei brani del Digesto le decisioni dettate per casi pratici, volutamente indicate con *respondere*, da quelle venute fuori della circostanza specifica». Infatti, prosegue lo studioso, «il termine *respondere*, come tutti sanno, è prevalente e si direbbe fisso, ma in esso confluiva altro pensiero astratto, fuori dal comunque dal caso, e contribuiva pure esso a creare principi pratici». Significativo è, ancora, il fatto che il termine «si riferisse a risoluzioni di casi pratici, e non è sempre da escludere questa circostanza quando il pensiero del giurista è significato con *ait*, *inquit*, *dicere* (*negare*), *scribere*, *existimare*, *opinari*, *demonstrare*, *probare*, *placere*, *videri*, *in sententia esse*, *esse in opinione*, *pronuntiare* etc., è pur vero che sovente alla soluzione del caso si giungeva con regole e massime generali ossia teoriche».

«mirando a persuaderlo anziché a far valere il proprio carattere autoritativo», sia che si ritenga, con Talamanca, che il giudice «poteva solo applicare la soluzione prospettata nel *responsum* esibito da una delle parti»⁵⁸. Il parere giurisprudenziale si rivolgeva al *iudex* in virtù d'una sua intrinseca connotazione, in ragione della sua propria forza scientifica, della sua proprompente validità intellettuale: esso, dunque, esplicava nei confronti del *iudex* una valenza suasoria e non iussiva, non vincolando all'osservanza di una decisione, ma piuttosto mirando a convincere sulla sua intrinseca correttezza alla luce delle *rationes* che vi erano sottese»⁵⁹.

Questa riflessione consente di metterne a partito un'altra che registra, come si vedrà meglio in seguito, il passaggio tra la fase repubblicana e quella del primo principato. Il parere ricavava la propria forza in modo precipuo dalla validità scientifica che esso possedeva: prima che il parere fosse emanazione di un giurista la cui autorità era santificata una volta per tutte dalla patente imperiale⁶⁰, esso poteva convincere il giudice laddove fosse apparso contenutisticamente e scientificamente preferibile rispetto ad un altro, ovvero quando esso provenisse dalla penna di un giurista la cui fama scientifica fosse apparsa preminente. Il parere, si calava nella grande maggioranza dei casi nell'ambito di una dinamica complessa fatta di continue contrapposizioni, avendo il giudice il più delle volte la necessità di confrontarsi con molti pareri contrapposti, opera di più giureconsulti all'uopo interpellati. Difatti, è affermazione condivisibile e solidamente basata sui testi – retorici nella specie – che l'attività rispondente della giurisprudenza fosse sollecitata non solo dalle parti private ma anche dagli «stessi oratori che avrebbero agito da patroni nelle *causae*» nonché, e ciò rileva in modo particolare per la presente ricerca, dagli stessi giudici a favore dei quali i giuristi «prestavano la propria consulenza»⁶¹.

2. Ancora sul '*ius controversum*'.

Per pervenire alla verifica delle precedenti affermazioni, appare necessario, tuttavia, individuare in primo luogo quello che «è ormai *ius certum*» al fine di operare una pur sommaria «ricognizione ... sul tema

⁵⁸ Così M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, cit., 522 ss.

⁵⁹ A. PALMA, *Lo 'ius controversum'*, 36.

⁶⁰ Su questo v. §§ 3 e 4.

⁶¹ F. BONA, *La certezza*, cit., 139.

dello *ius controversum*»⁶². Come è noto, sul tema non sono mancate rilevanti indagini ad opera di alcuni tra i maggiori maestri della scienza romanistica degli ultimi decenni. È ben noto come l'espressione *ius controversum* ricorra «esclusivamente nella pratica oratoria e nella letteratura retorica ed erudita o nella storiografia con locuzioni affini come *ius varium* o *dubium* o *ambiguum*»⁶³, risultando, in somma, «locuzione» non «appartenente alla giurisprudenza romana»⁶⁴. Esso proviene quindi da un mondo in cui il diritto era riguardato nel complesso ordito delle argomentazioni retoriche che si nutrivano proprio di quell'incertezza propria della scienza giuridica romana.

Se si cercasse di precisare questa affermazione si avrebbe che il concetto di *ius controversum* «ricorre fuggevolmente in Cicerone, in Gellio, in Quintiliano, restando, in sostanza, al livello delle fonti giuridiche un concetto «periferico», pur dotato, come ha acutamente osservato Massimo Brutti, «di una singolare potenzialità euristica»⁶⁵, soprattutto sul fondamento che, pur ignoto testualmente alle testimonianze della giurisprudenza classica, per come esse ci sono pervenute in maggior parte per il tramite della compilazione giustiniana, i giuristi non ignoravano il concetto designato dalla locuzione di *ius controversum*⁶⁶.

Se, dunque, manca una definizione giurisprudenziale (in quanto tale eminentemente tecnica) di diritto controverso, cosa che di per sé non è inconsueta nell'ambito della scienza giuridica romana⁶⁷, ed era anzi

⁶² A. PALMA, *Lo 'ius controversum'*, 23.

⁶³ Così M. BREONE, *'Ius controversum'*, 763, ed adesivamente A. PALMA, *Lo 'ius controversum'*, 23; v anche M. BRUTTI, *L'indipendenza dei giuristi*, cit., 403 s. Ricordo sul punto come, nel corso del recentissimo incontro Aristec del 2017, tutto incentrato sulla *Scienza giuridica e diritto giurisprudenziale* (tenutosi a Roma il 6 ottobre del 2017), il Professor Luigi Garofalo, nell'ambito del suo denso intervento in apertura della Tavola rotonda, abbia sostenuto che la mancanza dell'espressione *ius controversum* in seno al lessico tecnico-giuridico, fosse il segno più eloquente della coesistenzialità di tale fenomeno alla totalità dell'esperienza giuridica romana.

⁶⁴ M. BREONE, *'Ius controversum' nella giurisprudenza classica*, Roma, 2008, 763, che pone in luce, inoltre, come sia «più unico che raro» l'impiego del «termine controversia per indicare un dissenso» all'interno della classe dei giuristi.

⁶⁵ M. BRUTTI, *L'indipendenza dei giuristi*, cit., 403.

⁶⁶ Cfr. M. BREONE, *'Ius controversum'*, cit., 763, che in modo del tutto condivisibile osserva che «se evita la parola, la giurisprudenza non ignora invece il fenomeno che la parola designa».

⁶⁷ Si solo tenga presente il citatissimo Iav. 11 *epist.* D. 50.17.202: *Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset.*

«estraneo»⁶⁸ alla stessa giurisprudenza, è altrettanto noto come, a seguito della pubblicazione di un notevole saggio di Schwarz, *ius controversum* sia entrato di prepotenza nella dottrina romanistica del secolo XX e come esso continui ad interessare la critica anche nei primi anni del secolo XXI, essendo a pieno diritto divenuto una «categoria generale»⁶⁹ della romanistica provvista di «funzioni descrittive che trascendono i modesti impieghi rilevabili nelle fonti»⁷⁰.

Il motivo di tale possibile trascendere gli stessi dati testuali, sui quali mi intratterò a breve, in un atteggiamento che il romanista dovrebbe riguardare con sospetto, risiede nelle intrinseche capacità del concetto di *ius controversum*, adatto a porsi quale «schema idoneo a descrivere il movimento interno della giurisprudenza, il suo nesso obbligato con la prassi, il suo costante applicarsi ai casi concreti, la necessaria ricaduta di ogni soluzione giuridica entro il processo, che è la cornice operativa in cui i giuristi sempre si muovono»⁷¹.

Nel saggio appena citato Schwarz definiva ‘controverso’ «il diritto quando all’interno di un ordinamento in vigore si contrappongono punti di vista differenti in rapporto ad un unico interrogativo»⁷²: ciò risulterebbe di particolare rilevanza nell’ambito dell’ordinamento romano in ragione del ruolo «primario» che ivi svolgeva «la giurisprudenza come scienza»⁷³, soprattutto in virtù del fatto che nell’ordinamento romano era a codesta

⁶⁸ M. BRUTTI, *L’indipendenza dei giuristi*, cit., 403.

⁶⁹ M. BRUTTI, *L’indipendenza dei giuristi*, cit., 405.

⁷⁰ M. BRUTTI, *L’indipendenza dei giuristi*, cit., 405. M. BRUTTI, ‘*Ius controversum*’, cit., 403, ricorda come il saggio di Schwarz si situasse in esito all’intervento del «settembre del 1948 al Congresso di diritto romano e di storia del diritto tenutosi a Verona».

⁷¹ M. BRUTTI, *L’indipendenza dei giuristi*, cit., 405. Con riferimento a quella che Brutti chiamava «cornice operativa» v. M. TALAMANCA, *Il ‘Corpus iuris’*, cit., 213, che, nell’ottica di un’enfaticizzazione dell’appartenenza dei giuristi agli strati più elevati della società, riteneva il processo «luogo d’elezione dove in effetti si applicava il *ius controversum*»; in quell’ambito «l’amministrazione della giustizia ed il *iura condere* erano consegnati nelle mani – sicure ed affidabili – di *prudentes* e di giudici laici che di quei ceti erano precipua espressione».

⁷² Così M. BRETONE, ‘*Ius controversum*’, cit., 763, che traduce in tal modo A. SCHWARZ, *Das strittige Recht der römischen Juristen*, in *Atti del congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto (Verona, 1948)*, II, Milano 1953, 123.

⁷³ M. BRETONE, ‘*Ius controversum*’, cit., 764, le citazioni interne sono ancora una volta una traduzione tratta da A. SCHWARZ, *Das strittige Recht*, cit., 143: «der breite Raum, den das strittige Recht in der römischen Rechtsentwicklung, ist eine Folge der überragenden rolle die darin das Juristenrecht spielt».

scienza riservata la facoltà di «individuare il *ius* con efficacia praticamente vincolante»⁷⁴ nei confronti di tutti gli operatori del diritto, tracciando le direttrici dell'evoluzione e della modificazione del sistema.

Come ha rilevato acutamente Mario Bretonne, Schwarz suddivideva questo *ius controversum* in due distinte partizioni. Un primo *ius controversum* di elaborazione rigorosamente scientifica (quindi, diremmo, giurisprudenziale) poteva ben a ragione essere detto «dottrinale»⁷⁵. Un secondo ramo del diritto controversiale romano era quello «controverso “giudiziale”»⁷⁶ proveniente dagli organi giudicanti, del quale si sarebbe conservata memoria in numerosi passi retorici (e per la verità solo in essi)⁷⁷. In questi ultimi, il diritto controverso giudiziale si compone eminentemente delle sentenze dei giudici pronunciate in esito alle controversie insorte tra i consociati, riguardate nella maggior parte dei casi quali strumenti utili all'oratore nella propria opera di convincimento del giudice. Il quesito essenziale che al riguardo si poneva Bretonne concerneva il dubbio che il secondo tipo di diritto controversiale riguardasse esclusivamente i retori e gli avvocati, chiamati a sostenere *in iudicio* le ragioni delle parti in causa, ovvero se esso riguardasse in qualche modo anche i giuristi. Lo studioso, dopo aver ricordato la risposta che

⁷⁴ D. MANTOVANI, 'Juris scientia' e 'honores'. Contributo allo studio dei fattori sociali nella formazione giurisprudenziali del diritto romano (III-I sec. a.C), in *Nozione formazione e interpretazione del diritto. Ricerche dedicate al Prof. F. Gallo*, I, Napoli, 1997, 619.

⁷⁵ M. BRETONNE, 'Ius controversum', cit., 764.

⁷⁶ M. BRETONNE, 'Ius controversum', cit., 765.

⁷⁷ Primo fra tutti, citato dallo stesso M. BRETONNE, 'Ius controversum', cit., 765, e nt. 6, *Reth. ad Her.* 2.13.19-20: *Absoluta iuridiciali constitutione utemur, cum ipsam rem, quam nos fecisse confitemur, iure factum dicemus, sine ulla adsumptione extrariae defensionis. In ea convenit quaeri, iurene sit factum. De eo causa posita dicere poterimus, si, ex quibus partibus ius constet, cognoverimus. Constat igitur ex his partibus: natura, lege, consuetudine, iudicato, aequo et bono, pacto. Natura ius est, quod cognationis aut pietatis causa observatur, quo iure parentes a liberis, et a parentibus liberi coluntur. Lege ius est id, quod populi iussu sanctum est quod genus: ut in ius eas, cum voceris. Consuetudine ius est id, quod sine lege aequae, ac si legitimum sit, usitatum est quod genus id quod argentario tuleris expensum, ab socio eius recte petere possis. Iudicatum est id, de quo sententia lata est aut decretum interpositum. Ea saepe diversa sunt, ut aliud alio iudici aut praetori aut consuli aut tr. pl. Placitum sit et fit, ut de eadem re saepe alius aliud decreverit aut iudicarit, quod genus: M. Drusus pr. urbanus, quod cum herede mandati ageretur, iudicium reddidit, Sex. Iulius non reddidit. Item: C. Caelius iudex absolvit iniuriarum eum, qui Lucilium poëtam in scaena nominatim laeserat, P. Mucius eum, qui L. Accium poëtam nominaverat, condemnavit. Ergo, quia possunt res simili de causa dissimiliter iudicatae proferri, cum id usu venerit, iudicem cum iudice, tempus cum tempore, numerum cum numero iudiciorum <con>feremus.*

generalmente la dottrina forniva circa il presente quesito, nel senso di ritenere il diritto giudiziale «rilevante solo retoricamente»⁷⁸, per parte propria, ed a mio avviso condivisibilmente, supponeva che «non solo gli oratori, ma anche i giuristi, benché (come gli oratori) di gran lunga più “autorevoli” dei giudici laici del processo civile, prestassero attenzione alle loro sentenze»; ciò si sarebbe verificato in un ben preciso turno di tempo, e principalmente «durante la Repubblica e nella prima età imperiale»⁷⁹. Non vi sono, infatti, ragioni valide per escludere che anche il secondo *ius controversum* individuato da Schwarz coinvolgesse in una posizione preminente gli scienziati del diritto, come si cercherà di vedere nelle pagine che seguono.

A ben vedere, in verità, la stessa bipartizione del *ius controversum* operata da Schwarz non appare aderente alla realtà del fenomeno che essa pretendeva di descrivere. Infatti, essa appare troppo appiattita sul mero dato letterale e linguistico (esclusiva rilevanza nei testi giurisprudenziali dei soli contrasti insorti in seno al ceto dei giuristi, senza che si rinvergano – secondo le teoriche fatte proprie da parte degli studiosi che mettono capo all’opera di Schwarz – nelle medesime opere giurisprudenziali accenni alle dinamiche del foro ed alle contrapposizioni che in quella sede venivano a configurarsi, a fronte della diametralmente opposta rilevanza cospicua assunta dalle *res iudicatae* nell’ambito della letteratura retorica⁸⁰) e non sembra scendere oltre la sua superficie.

Ha, infatti, ragione Bretone a ritenere che «non c’è dubbio che l’oratore, più precisamente l’avvocato, faccia un uso retorico delle opinioni e dei pareri giuridici, approfitti del loro contrasto e riconosca a se stesso persino la facoltà di un giudizio critico»⁸¹; ma è altrettanto vero, continua

⁷⁸ M. BREONE, *‘Ius controversum’*, cit., 765. In ambito retorico, peraltro, come è stato osservato assai autorevolmente, il diritto era visto sotto forma di sentenze dei giudici, che rientravano nelle fonti dello stesso. Sul punto si veda *infra*.

⁷⁹ M. BREONE, *‘Ius controversum’*, cit., 765.

⁸⁰ V. F. BONA, *La certezza*, cit., 146, secondo il quale di sentenze dei giudici «a buona ragione se ne occuparono – e di ciò non sembrano esistere dubbi – sia gli oratori per la forza argomentativa che le *res iudicatae* offrivano loro in ogni occasione e specialmente nelle *controversiae* che si riconducevano allo *status* o *constitutio iuridicialis absoluta* in cui, cioè, non si discuteva sul fatto, ma solo *iurene sit factum*, sia i componenti l’album di coloro che fossero stati chiamati dalle parti e dal pretore a fungere da *iudices* in controversie analoghe».

⁸¹ In questo senso v. anche G. NEGRI, *‘Ius controversum’ e incidenza dei ‘responsa prudentium’ sulle sentenze giudiziarie nel diritto romano*, in *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, a cura di F. Danovi, Torino, 2015, 7, osserva che il «dibattito *apud iudicem*»

l'autore, che «se vogliamo rappresentarci meglio le cose, dobbiamo distinguere non tanto fra un diritto controverso retorico e un diritto controverso giurisprudenziale» di matrice eminentemente scientifica, quanto piuttosto «fra due modi complementari» e soprattutto «interni al sistema giuridico»⁸² di riguardare, di valutare il medesimo fenomeno. La natura giurisprudenzialmente controversa del diritto privato romano elaborato dai giuristi non esclude la rilevanza retorica che tale controversialità poteva presentare. A riprova dell'assunto di Bretone, è possibile osservare ulteriormente che nei due testi principali relativi al *ius controversum* (ove esso non viene esplicitamente menzionato, ma dal contesto dei quali – riferimento ai *responsa* in Gaio, riferimento alla *disputatio fori* in Pomponio – è possibile desumerne la presenza in modo piuttosto sicuro) il giudice è chiamato a rivestire un ruolo tutt'altro che secondario.

Nella prospettiva che abbiamo indicato sarà evidente – credo – come il *ius controversum* sia, inoltre, fenomeno strettamente connesso con quello relativo all'*auctoritas*: con tale termine si indica, come è assai noto, l'autorevolezza che in un sistema controversiale, quale quello romano al termine della repubblica ed al principio del principato, era assolutamente necessaria ai giureconsulti perché essi potessero esercitare la propria attività, ottenendo in conseguenza l'apprezzamento e l'approvazione dei consociati. Il meccanismo dell'*auctoritas* sarebbe, secondo la dottrina prevalente⁸³, alla base dell'evoluzione storica che, al volgere della repubblica e al rivolgimento istituzionale legato all'affermazione del potere personale di Augusto⁸⁴, condusse all'introduzione dell'istituto del *ius*

dovesse essere «incentrato sull'interpretazione o sulla critica dei responsi e il giudice, quando ne avesse bisogno», avrebbe chiesto «a sua volta responsi interpretativi dei responsi o alternativi ai responsi resi alle parti».

⁸² M. BREONE, *Ius controversum*, cit., 766.

⁸³ Sul punto v. *infra*.

⁸⁴ Osserva N. PALAZZOLO, *Il 'princeps', i giuristi, l'editto*, cit., 291, che «Augusto si inserì nei meccanismi tradizionali di produzione e interpretazione del diritto sollecitando in modo indiretto i sistemi del vecchio ordinamento; solo in via subordinata si servì di strumenti *extra ordinem*, e sempre con una motivazione che giustificasse l'eccezionalità dell'intervento»; va ancora sottolineato come se ciò è noto ed evidente per l'opera di Ottaviano, «forse meno evidente è che i suoi successori fino a Traiano, pur accentuando sul piano politico le caratteristiche autoritarie del potere imperiale, per quanto riguardo invece i meccanismi di modificazione e aggiornamento del diritto privato si astennero per quanto possibile dall'intervenire, tranne che attraverso quelle forme e

*respondendi ex auctoritate principis*⁸⁵. È precisamente questo sviluppo ad essere oggetto di due testi-chiave che sembrano rappresentare una sorta di punto di partenza obbligato per l'analisi del rapporto tra giudice e giurista nell'ambito del processo formulare. In entrambi – è opportuno sottolineare immediatamente – gli autori prendono in considerazione in modo testuale ed esplicito proprio il giudice, confermando in tal modo l'assoluta rilevanza della riflessione giuridica scientifica dei giuristi non solo nei confronti dei pretori, come è oltremodo noto e pacifico in dottrina, ma anche nei confronti del giudicante privato. Nella nostra analisi è dunque essenziale vedere il *responsum* quale prodotto di una delle attività più caratteristiche dell'operare del giurista, nel cui ambito si esplicitava compiutamente l'autorevolezza scientifica dei giureconsulti, e che assume una rilevanza del tutto peculiare nell'ambito dell'indagine circa l'ipotizzato ruolo che il giurista assunse anche *apud iudicem*.

3. Gaio e 'responsa prudentium'. A proposito di Gai 1.7

I testi giurisprudenziali che esamineremo tosto, prima di volgerci alle testimonianze letterarie che rimontano ad un'epoca nettamente antecedente rispetto a quelle strettamente tecniche (esse si situano soprattutto nel I secolo a.C., ma non è possibile dimenticare le rilevanti testimonianze quintilianee che si collocano nel I secolo d.C.), si riferiscono, grossomodo, ad un medesimo torno di tempo che può essere identificato con il regno dell'imperatore Adriano ad un rescritto del quale entrambi i testi esplicitamente fanno – seppure con diverse intenzioni⁸⁶ –

quegli spazi entro i quali il potere imperiale trovava una sua legittimazione negli schemi repubblicani».

⁸⁵ Giova ricordare con G. NICOSIA, 'Iura condere', in *AUPA*, L, 2005, 233 s. come le diciture possibili per codesto istituto possano essere tanto *ius publice respondendi* (che si ricava da D. 1.2.2.49: *ante tempora Augusti publice respondendi ius non a principibus dabatur*) quanto *ius (publice) respondendi ex auctoritate principis* (che si poggia ugualmente su Pomponio in D. 1.2.2.49: *divus Augustus... constituit ut ex auctoritate eius responderent*)

⁸⁶ V. P. STARACE, *Giudici e giuristi*, cit., 53: «come in Gai 1.7, anche nel passo pomponiano viene richiamato l'intervento di Adriano; ciascuno però presenta accenti diversi, spiegabili anche alla luce delle diverse prospettive riconoscibili nei rispettivi testi». Circa il contenuto del rescritto adrianeo, richiamo B. ALBANESE, *Appunti su D.1,2,2,48-50, e sulla storia dello 'ius respondendi'*, in *AUPA*, XLIX, 6: «per rafforzare l'ipotesi, il Daube suppone che il testo dicesse *Et ideo optimus princeps Hadrianus cum <imperare coepisset et> ab eo viri praetorii peterent ...* I compilatori, poco interessati al dettaglio storico, avrebbero soppresso quel cenno. Ma si tratta di una ingegnosa ipotesi, la cui unica base, a ben guardare, è forse una (del resto, assai vaga) somiglianza tra la

riferimento, pur non essendoci testimonianze di un rapporto tra i due testi⁸⁷.

È opportuno principiare con il testo tratto dal primo libro delle *Institutiones* gaiane.

notizia su Tito in Svet. *Tit.* 8,1 e la notizia su Adriano in D. 1.2.2.49; troppo poco, davvero, almeno a mio avviso. Per mio conto, riterrei di proporre come la meno complicata ed in sé possibile, la seguente lettura del testo. L'*et ideo* iniziale, probabilmente, intese spiegare il “perché” Adriano respinse, sia pure in modo particolare (su cui ci fermeremo brevemente), la richiesta dei *virii praetorii*. L'autore del passo vuol dire che la presa di posizione di Adriano fu motivata dal fatto che era invalsa la prassi di chiedere all'imperatore come *beneficium* la concessione del *ius respondendi ex auctoritate principis*. Questa prassi è presentata in modo da lasciare intravedere un giudizio negativo, come se si intendesse sottolineare un certo meccanismo di routine. Ciò mi sembra trasparire dal tratto *et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit*, nel quale potrebbe vedersi una valutazione negativa di un fenomeno ripetitivo e, per ciò, superficiale. Vera questa premessa, l'*et ideo* si spiegherebbe bene, se lo si intendesse riferito ad una decisione adrianea di innovare rispetto ad una prassi venuta in essere da Augusto in poi (“s’era stabilita una prassi di facili concessioni di beneficia a semplice richiesta; e per questo – *et ideo* – Adriano innovò”). Una tale innovazione sembrerebbe essere consistita nel fatto che, in occasione di un caso particolarmente importante quale quello di una richiesta collettiva di più *virii praetorii*, Adriano affermò che non si doveva più seguire l'antico uso, ma occorreva che la concessione del *ius respondendi* in forza di *auctoritas* imperiale fosse spontaneamente realizzata dall'imperatore cui, quindi, sarebbe, d'ora in poi, sconsigliato di rivolgere richiesta di quel *beneficium*.

⁸⁷ Benché il rescritto adrianeo sia forse il medesimo, A. SCHIAVONE, *Immagini del 'ius' in Gaio e Pomponio*, in *'Ius controversum'*, cit., 119 s. ritiene, sulla base di una congettura che altro non sarebbe se non «un'ipotesi prudente», che «i luoghi di Gaio e di Pomponio» siano «indipendenti l'uno dall'altro». Giova, inoltre, ricordare che «non sappiamo ... se i due giuristi ebbero rapporti tra loro». Come ancora ricorda Schiavone «esiste un'unica testimonianza pomponiana, dove è citato un “*Gaius noster*”: ma noi non possiamo escludere si tratti di Gaio Cassio Longino, del resto ben noto a Pomponio»; il testo pomponiano cui si riferisce è precisamente il seguente, di cui rileva qui l'ultimo periodo, Pomp. 22 *ad Q. Muc.* D. 45.3.39: *Cum servus, in quo usum fructum habemus, proprietatis domino ex re fructuarii vel ex operis eius nominatim stipuletur, acquiritur domino proprietatis: sed qua actione fructuarius recipere possit a domino proprietatis, requirendum est. item si servus bona fide nobis serviat et id, quod nobis acquirere poterit, nominatim domino suo stipulatus fuerit, ei acquirit: sed qua actione id recipere possumus, quaeremus. et non sine ratione est, quod gaius noster dixit, condici id in utroque casu posse domino*. Ancora, giova ricordare che non vi sono «ricostruzioni affidabili circa la cronologia delle due opere – le *Institutiones* e l'*Enchiridion* – per potere immaginare con qualche fondamento un (eventuale) legame di dipendenza genealogica». Infine, Schiavone avanza la suggestiva, seppur allo stato non inequivocabilmente dimostrabile, congettura, secondo cui sarebbe possibile credere «che una prima stesura delle *Institutiones* fosse disponibile già in epoca Adrianea, e dunque press'a poco negli stessi (presumibili) anni dell'*Enchiridion*»

Gai 1.7: *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi; idque rescripto divi Hadriani significatur.*

Il brano appena riportato è stato al centro, anche in tempi piuttosto recenti, di un vivace dibattito in seno alla comunità scientifica⁸⁸. Se ne consideri in primo luogo il contenuto. Nell'ambito di un'elencazione⁸⁹, di

⁸⁸ È noto come il passo sia stato molto discusso in dottrina. Esso è stato oggetto di critica assai dura da parte di F. SCHULZ, *Storia*, cit., 207, secondo il quale il testo – da ritenersi spurio ed anzi tale da «oscurare» la stessa «storia del così detto *ius respondendi*», atteso che esso sarebbe uno dei «due testi apocrifi» dai quali dipende tale appannamento della storia medesima – sarebbe chiaro esempio di idee postclassiche dato che apparirebbe inverosimile che Adriano abbia coercitivamente imposto al giudice di seguire, attenendovisi, il responso giudiziale; secondo l'autore, infatti, «il fatto che Gaio, diversamente da Pomponio ponga i *responsa prudentium* tra le fonti è in se stesso sospetto, ma più che questo, l'intero paragrafo riflette idee postclassiche, così completamente che non può essere genuino». In senso analogo v. S. SOLAZZI, *Glosse a Gaio*, in *Studi in onore di S. Riccobono nel quarantesimo anno del suo insegnamento*, I, Palermo, 1936, 95 ss. Altri autori (F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1929, 76 s.; F. PRINGSHEIM, *The Legal Policy and Reforms of Hadrian*, in *Journal of Roman Studies*, 1934, 146 ss; F. WIEACKER, *Quellen zur Hadrianischen Justizpolitik*, in *Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen*, V, 1, 1935, 33; 81; ID., *Textufen klassischen Juristen*, Göttingen, 1960, 38, nt. 60; 157, nt. 54) hanno ritenuto che il testo sia del tutto rielaborato – da parte di autori o maestri postclassici – e non sia dunque affidante dal momento che il rescritto di Adriano non avrebbe potuto riverberare effetti generali ma si sarebbe occupato esclusivamente dell'efficacia vincolante esclusivamente per il caso concreto per il quale esso era stato reso. Sotto altro profilo, altri autori (U. VON LUBTOW, *Miscellanea*, in *Studi Arangio-Ruiz*, Napoli, 1953, II, 374 ss.; P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts*, Leipzig, 1912, 124) hanno colto una contraddizione intima tra la prima parte del passo, incentrata sul valore 'obbligatorio' del singolo responso, e la seconda che riguarda la *communis opinio*.

⁸⁹ Gai 1.2-6: *Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium. Lex est, quod populus iubet atque constituit. Plebiscitum est, quod plebs iubet atque constituit. Plebs autem a populo eo distat, quod populi appellatione universi cives significantur, connumeratis et patriciis; plebis autem appellatione sine patriciis ceteri cives significantur; unde olim patricii dicebant plebiscitis se non teneri, quia sine auctoritate eorum facta essent; sed postea lex Hortensia lata est, qua cautum est, ut plebiscita universum populum tenerent: Itaque eo modo legibus exaequata sunt. Senatus consultum est, quod senatus iubet atque constituit; idque legis vicem optinet, quamvis [de ea re] fuerit quaesitum. Constitutio principis est, quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit. Nec umquam dubitatum est, quin id legis vicem optineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat. Ius autem edicendi habent magistratus populi Romani. Sed amplissimum ius est in edictis duorum praetorum, urbani et peregrini, quorum in provinciis*

schietto sapore didascalico, propedeutica rispetto all'esposizione degli *iura populi Romani* che costituisce una «mappa esaustiva»⁹⁰ e, nelle sue linee essenziali, sostanzialmente fededegna⁹¹, nella quale il giurista del II secolo ripercorreva le fonti donde originava il diritto di Roma⁹², Gaio si sofferma,

iurisdictionem praesides earum habent; item in edictis aedilium curulium, quorum iurisdictionem in provinciis populi Romani quaestores habent; nam in provincias Caesaris omnino quaestores non mittuntur, et ob id hoc edictum in his provinciis non proponitur.

⁹⁰ Così la definisce, difatti, M. BRUTTI, *L'indipendenza dei giuristi*, cit., 446. Anche A. SCHIAVONE, *Immagini del 'ius'*, cit., 118, mette in risalto l'esaustività dell'elencazione gaiana ritenendo che si tratti di «una classificazione esaustiva, con l'andamento di una vera e propria "partitio"». Dal canto suo, L. VACCA, *Considerazioni sull'aequitas' come elemento di metodo delle giurisprudenza romana*, in EAD., *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*, cit., 18, sofferma la sua attenzione circa il fatto che la linea di pensiero risulti, nei riguardi della giurisprudenza classica nel suo complesso, alquanto «riduttiva»; altrove la stessa studiosa (L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, cit., 75), indulgiando sullo stesso brano ritiene che «la formulazione gaiana può apparire in alcuni casi troppo scolastica e semplificante, in quanto appiattisce su un unico piano fonti effettivamente operanti come fattori di produzione nell'epoca in cui egli scrive (seconda metà del II sec. d.C.) e fonti presenti nel periodo repubblicano, ma che hanno cessato nel principato di essere 'vitali', estinguendosi in connessione con lo svuotamento di potere dell'organo istituzionale da cui derivano». Circa le origini di questa partizione, o se si vuole proseguire con la metafora di Brutti, di questa «mappa», esse sono state individuate da A. SCHIAVONE, *Immagini del 'ius'*, 121, il quale chiarisce che «ci troviamo di fronte alla rielaborazione di un precedente modello sabiniano, risalente a sua volta a un paradigma presente nei *Topica* ciceroniani ed ancor prima, con qualche variante, nella *Rethorica ad Herennium*»; a proposito Schiavone cita Cic. *top.* 5.28: *Atque etiam definitiones aliae sunt partitionum aliae divisionum; partitionum, cum res ea quae proposita est quasi in membra discerpitur, ut si quis ius civile dicat id esse quod in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratuum, more, aequitate consistat. Divisionum autem definitio formas omnis complectitur quae sub eo genere sunt quod definitur hoc modo: Abalienatio est eius rei quae mancipi est aut traditio alteri nexu aut in iure cessio inter quos ea iure civili fieri possunt; e il già citato *Reth. ad Her.* 2.13.19-20, che richiamo nella sola parte che qui interessa: *Absoluta iuridicali constitutione utemur, cum ipsam rem, quam nos fecisse confitemur, iure factum dicemus, sine ulla adsumptione extrariae defensionis. In ea convenit quaeri, iurene sit factum. De eo causa posita dicere poterimus, si, ex quibus partibus ius constet, cognoverimus. Constat igitur ex his partibus: natura, lege, consuetudine, iudicato, aequo et bono, pacto.**

⁹¹ V. B. ALBANESE, *Nota su Gai 1,7 e sulla storia del 'ius respondendi'*, in AUPA, XLIX, 2004, 1: «agli inizi delle sue Istituzioni (1,2-7), quindi in un passo particolarmente famoso, Gaio espone un sintetico, e almeno in generale, assai preciso catalogo degli elementi costitutivi (a questo valore rinvia certamente la struttura verbale *constare ex*) dei *iura populi Romani*».

⁹² Ricorda B. ALBANESE, *Nota su Gai 1,7 e sulla storia del 'ius respondendi'*, cit., 1: «prima di proporre il catalogo di cui si parla, Gaio aveva spiegato – in 1,1, che è mutilo, per l'inizio, nel Veronese, ma è ricostruito con certezza sulla scorta di D.1,1,9 (Gai. 1 *inst.*) e J.2,2,1 –, per quel che qui solo ora importa notare, che egli intendeva parlare del *ius proprium* del popolo romano, ricomprendendolo qualificazione

nella chiusa del brano, sulla definizione dei *responsa prudentium*. Circa questi ultimi, che nel testo paiono rappresentare più in generale la scienza giuridica – la fonte più significativa nell’ambito dell’elencazione gaiana⁹³ –, Gaio afferma che essi erano le ‘opinioni’ e le ‘sentenze’ espresse da coloro cui questa attività fosse stata permessa. Qualora codeste opinioni fossero state concordi nel patrocinare una determinata posizione esse avrebbero avuto ‘forza di legge’ nei confronti del giudice chiamato a dirimere la controversia in seno alla quale i giuristi avevano emesso le loro opinioni ed i loro *responsa*. Ove viceversa i giuristi si fossero espressi in modo diseguale, privo della cennata uniformità di vedute, il giudice sarebbe stato nuovamente libero di scegliere la ‘sentenza’ che maggiormente gli fosse parsa adeguata al caso di specie⁹⁴. Il giurista conclude il passo ricordando come in questo senso si muovesse e prescrivesse un rescritto dell’imperatore Adriano.

Si dimostra opportuno operare una distinzione, che va da subito analizzata. Come appare evidente dal semplice sunto del contenuto del

amplissima di *ius civile*, quasi *ius proprium civitatis*». Secondo A. SCHIAVONE, *Immagini del ‘ius’*, cit., 121, Gaio «si sarebbe servito del concetto unificante di “fonte del diritto”, modellato sostanzialmente sulla nozione di *lex publica*, e assunto a paradigma cui riferire la pluralità di piani normativi affiorati nel corso del tempo – muovendosi, dunque in una prospettiva di tipo formalistico». In senso analogo, v. anche L. VACCA, *Considerazioni sull’aequitas*, cit., 18, secondo la quale «gli elementi del diritto sono per Gaio quelli riconosciuti dall’ordinamento come fonte di norme e il giurista li distingue in base al modo di produzione, ponendoli tutti sullo stesso piano; in questa elencazione l’attività dei giuristi non è considerata sotto l’aspetto generale dell’*interpretatio* nel suo complesso, o della costruzione della scienza del diritto ma solo sotto l’aspetto dei *responsa*». Ricordo come, viceversa, C.A. CANNATA, *‘Iura condere’*. *Il problema della certezza del diritto fra tradizione giurisprudenziale e ‘auctoritas principis’*, in *Ius controversum*, cit., 28, preferisca parlare di «formanti»; nello stesso senso, anche P. GIUNTI, *‘Iudex’ e ‘iurisperitus’*, cit., 215, nt., 5.

⁹³ Tale la ritiene G. NEGRI, *Giudici e ‘responsa prudentium’*, cit., 409: «la giurisprudenza è di gran lunga la fonte più importante e il fatto che sia menzionata alla fine dell’elenco lo conferma: la mnemotecnica antica, più vicina della nostra alle esigenze della trasmissione orale delle nozioni, insegna che le parti del discorso menzionate per ultime sono più facili da ricordare; e ciò è posto in modo da essere ricordato più facilmente è ciò che è più importante ricordare»

⁹⁴ G. PROVERA, *Ancora sul ‘ius respondendi’*, in *SDHI*, XXVIII, 1962, 349, richiama l’opinione assai radicale, allontanandosene, di F. Schulz secondo la quale non si dovrebbe esitare «ad attribuire all’epoca postclassica l’intero paragrafo, in particolare l’equiparazione, in esso contenuta, dell’efficacia del *responsum* a quella della *lex*». Lo stesso autore «G. PROVERA, *Ancora sul ‘ius respondendi’*, cit., 350) in forza della considerazioni dallo stesso svolte, ritenne che il brano gaiano rispecchiasse, viceversa, «fedelmente il regime classico del *ius respondendi* così com’era ancora in vigore alla fine del II secolo».

fondamentale testo, si nota immediatamente che l'attività della giurisprudenza viene presa in considerazione da Gaio sotto una duplice ottica 'restrittiva': da una parte, si limita la giurisprudenza alla sola attività rispondente di coloro cui *permissum est iura condere*, ed in secondo luogo, per quanto concerne i soggetti cui era rivolta l'attività scientifica dei *prudentes*, tale attività è posta in relazione al solo operato del giudice.

Quanto al primo aspetto, come noto, l'attività giurisprudenziale non si esauriva in una «attività meramente ricognitiva di norme esistenti», ma, piuttosto, si concretava in «un'attività più ampia ed intensa, in larga misura creativa di diritto»⁹⁵. In relazione a questa vastità del campo d'azione proprio della giurisprudenza classica, quella gaiana, come è stato osservato, rappresenta una «descrizione essenziale ... innegabilmente scheletrica»⁹⁶ che pone in luce i soli *responsa*, mentre mantiene in quello

⁹⁵ Così G. NICOSIA, *'Iura condere'*, cit., 227, secondo cui l'espressione più consona per descrivere l'attività giurisprudenziale sarebbe proprio quella impiegata da Gaio, ossia *iura condere*. Secondo questo maestro, «l'opera della *iuris prudentia* si sovrappose sempre (in varia guisa e misura) all'apporto più palesemente normativo delle fonti autoritative, integrandole e compendiandole»; la visione che i romani ebbero circa l'*interpretatio* dei *prudentes* fu, ancora a parere dello studioso, legata ad una «risalente e tenacemente persistente concezione».

⁹⁶ P. GIUNTI, *'Iudex' e 'iurisperitus'*, cit., 48. Tale appare, infatti sol che si leggano i testi chiamati a confronto dalla stessa autrice (P. GIUNTI, *'Iudex' e 'iurisperitus'*, cit., 50) tratti dall'apertura del Digesto che spiccano per l'alta intonazione cui sono informati. I testi sono Ulp. 1 *inst.* D. 1.1.1 pr. -1: *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi. Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes* e Ulp. 1 *reg.* D. 1.1.10 pr.: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*. Analogo confronto, non privo di una sottolineatura della differenza intercorrente tra il testo gaiano e i succitati testi ulpiani si ritrova in L. VACCA, *Considerazioni sull'aequitas'*, cit., 18 s.; P. FREZZA, *Corso di storia del diritto romano*, Roma, 1974, 430 nt. 97, ritiene «sommaria» l'esposizione gaiana dal momento che «in essa manca quella più dettagliata analisi del contenuto della nozione di *ius civile*» che viceversa si trova «nell'*Enchiridion* di Pomponio». Diversamente, come riporta M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli, 1984, 230, nt. 22, L. MOSSINI, *Studi Senesi*, 74, 1962, 182 ss., preferisce evitare il concetto di 'fonte del diritto' in quanto anacronistica rispetto all'epoca gaiana, apparendo viceversa solo con Papiniano, del quale lo studioso richiama Pap. 2 *def.* D. 1.1.7 pr.: *Ius autem civile est, quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit*; sulla prospettiva adottata da Papiniano, v. C.A. CANNATA, *Qualche considerazione sull'ambiente della giurisprudenza romana al tempo delle due scuole*, in *'Cunabula iuris'*, *Studi storico giuridici per G. Broggin*, Milano, 2002, 58 ss.

che potrebbe sembrare un cono d'ombra le altre, pur rilevanti, esplicazioni dell'attività della giurisprudenza classica⁹⁷.

Quanto al secondo aspetto, la circostanza assume un valore del tutto particolare perché si colloca esplicitamente nell'ambito del meccanismo processuale romano che, come ha puntualizzato Patrizia Giunti, «appare caratterizzato da una notevole complessità strutturale e, correlativamente, da una molteplicità di protagonisti: le parti ed il magistrato nella fase *in iure*; gli *oratores* ed il *iudex* nella fase *apud iudicem*»⁹⁸.

Fra tutti gli interlocutori possibili con i quali il giurista nella frastagliata dinamica processuale intesseva necessariamente relazioni, Gaio si sofferma esclusivamente sul giudice. A ben vedere, di tutta l'articolata dinamica processuale, composta da un fascio composito di relazioni, rapporti, poteri, facoltà e soggetti distinti e per certi versi antitetici, però, «il passo di Gaio scavalca ogni dettaglio e mette a fuoco un solo contatto» proprio quello «tra giurista e *iudex*»⁹⁹. Si tratta di una rappresentazione che, seppure estremamente significativa, non appare viceversa sorprendente, come invece a molti era sembrato: Gaio concentra la propria attenzione, difatti, sulla «forza normativa» posseduta dal *responsum* e più in generale della giurisprudenza, risultando l'intero incedere della sequenza dedicata alle fonti autoritative, agli «atti normativi dotati tutti di forza vincolante che si traducono in enunciati certi»¹⁰⁰. Il fulcro del passo delle *Institutiones*, insomma, mi sembra da individuarsi, sotto questo profilo, nel fondamentale inciso, riferito ai responsi conformi,

⁹⁷ Secondo V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, Napoli, 2006, 272, invece, «è opinione diffusa che il rescritto così riassunto imponesse ai giudici di ricercare, in mancanza di pareri prodotti dalle parti, le opinioni che i giuristi forniti dello *ius respondendi* avessero espresse nelle loro opere scientifiche e didattiche e di attenersi alle dottrine universalmente note. Ma una massima di questo genere sarebbe stata di difficile attuazione, per essere fondata sulla disponibilità, che ogni giudice avrebbe dovuto avere, della ricchissima letteratura giuridica». Ed è del pari vero, tuttavia, che «di questo spoglio della dottrina, che sarebbe stato necessario prima dell'emanazione di qualunque sentenza, avrebbe dovuto esser fatta menzione nelle decisioni stesse: mentre nelle sentenze a noi pervenute... nessun accenno se ne trova».

⁹⁸ P. GIUNTI, *'Iudex' e 'iurisperitus'*, cit., 53.

⁹⁹ P. GIUNTI, *'Iudex' e 'iurisperitus'*, cit., 53.

¹⁰⁰ M. BRUTTI, *L'indipendenza dei giuristi*, cit., 447. In precedenza, secondo G. PROVERA, *Ancora sul 'ius respondendi'*, cit., 348, «l'equiparazione dell'efficacia del *responsum* a quella della *lex*» sarebbe stata «enunciata nel modo più chiaro possibile» nel celeberrimo brano delle *Institutiones* di Gaio.

legis vicem optinet: la forza di legge deriverebbe ai responsi, secondo Gaio, qualora essi fossero stati orientati nel senso di indicare una medesima soluzione¹⁰¹. Codesto inciso, ed il significato ad esso sotteso, anzi, rappresenterebbero il vero filo conduttore che caratterizzerebbe il pensiero del giurista e che stringerebbe in modo indissolubile il giudice, destinatario di tale inciso, ai *responsa* dei giuristi.

L'incedere del passo gaiano rende evidente come le differenti «sfere normative»¹⁰², così come le chiama Bretone, abbiano «analogo fondamento»¹⁰³ e possano essere ricondotte al medesimo elemento unificante, essendo riconducibili tutte al popolo, alla «comunità nel suo momento comiziale»¹⁰⁴. Sarebbe la legge, intesa quale categoria generale ed astratta, ad essere assunta da Gaio quale riferimento nella propria opera classificatoria. Ancora in riferimento alla legge sarebbe necessario valutare l'efficacia, la forza delle altre fonti del diritto. Questa forza, proprio considerando i poteri che si trovavano ad interagire nel corso di un processo dell'*ordo iudiciorum privatorum*, non poteva che essere rivolta al soggetto laico investito della decisione della controversia. Con riferimento al processo, nessuna forza di legge avrebbe difatti potuto avere la giurisprudenza, nessuna efficacia vincolante avrebbe potuto esercitare, nei confronti del pretore: il pretore aveva, bensì, di norma un *consilium* entro il quale sedevano giuristi, ma le opinioni colà espresse non avevano alcuna capacità vincolante nei confronti dell'espressione del *ius edicendi* di cui era investito il magistrato medesimo¹⁰⁵. Certo, il pretore poteva essere

¹⁰¹ Va comunque puntualizzato con D. NÖRR, *Rechtskritik in der römischen Antike*, München, 1974, 16, che in forza del carattere «unstabil und überstabil» del diritto romano, non era sempre assicurata l'efficacia vincolante dei *responsa* nei confronti dei giudici.

¹⁰² M. BRETONE, *Tecniche e ideologie*, cit., 230.

¹⁰³ M. BRETONE, *Tecniche e ideologie*, cit., 230.

¹⁰⁴ Così ancora M. BRETONE, *Tecniche e ideologie*, cit., 230.

¹⁰⁵ V. P. GIUNTI, '*Iudex*' e '*iurisperitus*', cit., 49 s., nt., 5, la quale, pur ammettendo che il testo gaiano si riferisse al *ius publice respondendi*, osserva che – fermo il fulcro del passo nella vincolatività, nel *tenere*, dei diversi formanti del diritto – «lo stesso effetto del *tenere* evidentemente viene riconosciuto anche al *senatusconsultum* il quale *legis vicem optinet*, come pure alla *constitutio principis* della quale non può dubitarsi *quin legis vicem optineat*. Ma ricondurre anche l'attività della giurisprudenza allo stesso criterio ordinante necessariamente impone di riconoscere, da un lato, che il *responsum* può esplicare l'effetto del *tenere* solo nei confronti del *iudex* e, dall'altro, che il *responsum* può *tenere* il *iudex* solo in quanto sia un *responsum* rafforzato dalla *auctoritas* imperiale, non essendo in tal caso consentito al *iudex* di scegliere tra i responsi difformi – e le difformi *auctoritates* personali dei rispondenti – prodotti in giudizio: posto che i

anche assai fortemente influenzato della giurisprudenza, ma non mi consta che il pretore fosse astretto rigidamente ai pareri della giurisprudenza sotto il profilo normativo che qui interessa al giurista adrianeo. Anche quando l'editto pretorio venne codificato sotto il regno di Adriano, esso rimase sempre formalmente atto da attribuirsi all'esplicazione del *ius edicendi* del magistrato e le eventuali soluzioni proposte dai giuristi che vi fossero state accolte, erano formalmente pur sempre promanazione dell'*imperium* del magistrato, non dell'autorità scientifica dei giuristi. Sotto questo profilo, quindi, il passo di Gaio non presenta alcun salto logico pur essendo, d'altra parte in guisa del tutto conforme con il contesto entro il quale il *dictum* si situa, specialmente per quanto concerne il suo incedere marcatamente sintetico e brevilouquente¹⁰⁶, innegabilmente riduttivo. Come ha sottolineato Brutti, infatti, nel brano si percepisce «una insistenza sulla normazione, intesa rigorosamente come comando»¹⁰⁷.

Infatti, Gaio si esprime in termini di «genesi e condizioni di efficacia»¹⁰⁸ delle fonti normative, soffermando la propria attenzione sui soggetti da una parte, da cui promana la normazione, e, dall'altra, su coloro cui la normazione è destinata. Il passo gaiano, allora si giustifica, quanto a struttura, sulla base della volontà di individuazione di un unico «legame concettuale»¹⁰⁹ che sorreggesse e tenesse assieme «ciascuno dei modi di produzione del diritto»¹¹⁰ in un sistema unico ed organico. In questa ottica, allora, si collocano e giustificano le osservazioni dianzi svolte.

giudici erano, come è stato detto, tenuti a prendere in considerazione un parere prodotto – e quindi, praticamente, a conformarvisi in diritto – solo se questo proveniva da un giurista patentato».

¹⁰⁶ Cfr. G. PROVERA, *Ancora sul 'ius respondendi'*, cit., 350, secondo il quale «ben si comprende perché l'efficacia vincolante del parere del giureconsulto munito di *ius respondendi* sia stata affermata nei soli confronti del *iudex*,» essendo egli «tenuto nella applicazione della norma al caso sottoposto al suo esame, ad accertare come autentica l'interpretazione proposta attraverso il *responsum*, analogamente a quanto accadeva per il *rescriptum principis*»; v. sul punto M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, cit., 522, secondo cui occorre tenere presente che il *iudex privatus* era un laico, «il quale *en principe*, poteva solo applicare la soluzione prospettata nel *responsum* esibito da una delle parti (nei limiti in cui i fatti emersi nel processo corrispondessero a quelli deferiti alla valutazione del giurista) a meno che fosse stato esibito *ex adverso* un parere che andasse in diversa direzione».

¹⁰⁷ M. BRUTTI, *L'indipendenza dei giuristi*, cit., 447.

¹⁰⁸ M. BRUTTI, *L'indipendenza dei giuristi*, cit., 447.

¹⁰⁹ M. BRUTTI, *L'indipendenza dei giuristi*, cit., 446.

¹¹⁰ M. BRUTTI, *L'indipendenza dei giuristi*, cit., 446.

Ciò premesso, è necessario affrontare un secondo ordine di problemi che il testo pone. Occorre cercare di comprendere quale sia il contenuto della prosa gaiana in riferimento al legame forte intessuto tra i *responsa*¹¹¹ ed il correlativo ‘permesso’, conferito ai giuristi che li

¹¹¹ Circa la decifrazione del lemma ‘*responsa*’ ricorrente nel testo gaiano ed anche in quello delle giustinianee *Institutiones*, laddove poi si acceda alla proposta di G. NICOSIA, *Iura condere*, cit., 235, e si interpreti la locuzione gaiana in termini che potremmo definire endiadici – sul punto v. L. VACCA, *Contributo*, cit., 103, secondo cui «l’espressione *sententiae et opiniones* è manifestamente un’endiadi riferita a *responsa prudentium* – (il maestro siciliano osservava nel luogo appena indicato che «dalla constatazione che Gaio parla dei *responsa prudentium* quali *sententiae et opiniones* mi pare debba desumersi che egli non si riferisce ai *responsa* in senso tecnico, alle risposte date dai giuristi ad un caso loro sottoposto, per intenderci ai responsi a cui facevano riferimento [almeno nel titolo] i *libri responsorum*. E, così come, adoperando i termini *sententiae* e *opiniones* non vuole alludere a figure specifiche anche qui a quelle dei *libri sententiarum* e dei *libri opinionum*, Gaio intende indicare complessivamente ed esaustivamente ciò che i giuristi ritengono [*quod sentiunt*, si dirà poco dopo], il loro pensiero comunque espresso in qualunque occasione, in qualunque modo [in questo senso: responso sentenza opinione]») si potrebbe allora legittimamente notare come la latitudine dell’operato della giurisprudenza classica rientrasse in tutta la propria ampiezza nell’orizzonte entro il quale il giudice era tenuto a muoversi nonché, correlativamente, si avrebbe che l’intera attività giurisprudenziale poteva astrattamente essere preposta fin dall’origine a servire da supporto non solo dell’attività giurisdizionale del pretore bensì anche quella del giudice privato. Va rammentato, circa l’espressione impiegata da Gaio, v. B. ALBANESE, *Nota su Gai 1,7 e sulla storia del ‘ius respondendi’*, cit., 6: «Gai 1,7, curiosamente, definisce i *responsa* come *sententiae et opiniones*, tacendo, quindi, sulla tipica caratteristica dei *responsa* come pareri forniti, a richiesta (si parlò tecnicamente di *consulere*), o a litiganti o ad organi giudicanti. Quindi, da un lato, parla ai propri lettori d’una specifica attività di consulenza del giurista (cfr. *responsa*), e poi contestualmente parla della generale produzione di pareri giurisprudenziali (*sententiae et opiniones*). L’ambiguità non potrebbe essere più chiara». Lo stesso B. ALBANESE, *Nota su Gai 1,7 e sulla storia del ‘ius respondendi’*, cit., 6, nt. 7, richiama alcune fonti letterarie e giuridiche che tracciano una stretta relazione tra *consulere* e *responsum*: Vitruv. *arch.* 1.1.3, che collega *responsa* al *consulere* (*responsa iuris consultorum*); Quint. *inst.* 12.3.7 (... *consultorum responsis*...); Isid. 5.14 (*responsa sunt quae iurisconsulti respondere dicuntur consultis*); e soprattutto D. 1.2.2.49, ove si parla a proposito dei *responsa* in collegamento con il *consulere*, con menzione di litiganti e giudici. Richiamo, poi, l’attenzione, circa questo aspetto, su G. PROVERA, *Ancora sul ‘ius respondendi’*, cit., 349, che circa il dato testuale ricorda come S. SOLAZZI, *Glosse a Gaio*, cit., 95 ss., espungesse dal testo come glossemi le parole *et opiniones*, il che renderebbe più ristretto e forse meno onnicomprensivo l’ambito del discorso gaiano. Sulla scorta della possibile espunzione del glossema appena richiamato, che lo stesso Provera riconosceva già rilevato da Kneip, G. PROVERA, *Ancora sul ‘ius respondendi’*, cit., 350, osservava come per la comprensione esatta del passo in esame sia necessario, circa la definizione di *responsum*, tenere presente che «la definizione gaiana faccia riferimento ai soli *responsa* giudiziali e non ad una qualsiasi opinione di un giureconsulto e comunque espressa». G. NEGRI, *Ius controversum e incidenza dei ‘responsa prudentium’ sulle sentenze giudiziarie nel diritto romano*, cit., 7, osservava al riguardo: «gli stessi responsi dei giuristi sono di natura

eterogenea: ci sono quelli che i giuristi danno a se stessi, dialogando tra loro; altri che costituiscono risposte a lettere loro inviate dai magistrati, giudici, colleghi o privati; altri ancora, e sono la grande maggioranza per noi oggi documentabile, che appartengono al genere letterario nel quale vengono raccolti, come ad es. i commentati lemmatici all'editto del pretore e alle opere di diritto civile di Quinto Mucio Scevola e Masurio Sabino, ai *libri respnsorum* e ai *libri quaestionum*, nonché alle stesse opere istituzionali... Va, infine, tenuto presente che vi sono responsi proposti *in iure*, vale a dire nella prima fase del processo formulare dell'età classica ... ove la controversia viene impostata e i cui termini vengono sintetizzati nella *formula* della azione esperita dall'attore, nell'*intentio* della quale è dedotta la ragione giuridica da questi fatta valere ed eventualmente l'eccezione ...; e vi sono responsi dati *apud iudicem*, nella seconda fase del processo, davanti al giudice privato o al giudice collegiale, il quale accertata la fondatezza dell'azione e dell'eventuale eccezione, previa istruzione probatoria, emana la sentenza». Proprio in ragione di una visione più o meno omnicomprendente ed esaustiva, comunque assai rilevante, si dovrebbe desumere la pressoché totale riferibilità della giurisprudenza anche al giudice. G. PROVERA, *Ancora sul 'ius respondendi'*, cit., 344 ss., sulla scorta della periodizzazione di Schulz, ricorda come il romanista tedesco dividesse i *responsa*, presenti fin dall'epoca più antica, individuando pareri «cautelari e giudiziali» ciascuno dei quali risultava «caratterizzato da una marcata impronta di autoritarità»; in particolare, i *responsa* giudiziali, nell'età che Schulz chiama 'ellenistica' (che egli faceva decorrere dalla fine della seconda guerra punica agli inizi dell'impero) «(*responsa* in senso stretto) vengono chiesti a ritmo sempre più frequente per eliminare i dubbi derivanti dall'applicazione della norma al caso concreto in occasione di una lite potenziale od attuale». Secondo F. SCHULZ, *Storia*, cit., 101, «i *responsa* in senso più stretto, cioè del tipo che abbiamo chiamato giudiziale, conservarono la loro importanza» dato che essi «richiesti spesso e volentieri dal pubblico, venivano dati prontamente dai giuristi»; infatti «su una stessa questione di diritto privato si potevano ottenere i responsi di numerosi giuristi». Lo stesso autore, poi, specifica (F. SCHULZ, *Storia*, cit., 102 s.): «non meno importanti dei loro pareri ai clienti privati erano i consigli dati dai giuristi ai *iudices* laici e ai magistrati che amministravano il diritto privato ... tosto che il diritto ebbe cominciato a perdere la sua primitiva semplicità, difficilmente un *iudex* poteva fare a meno del parere del giureconsulto a meno che non fosse egli stesso un giurista». Esistono peraltro, secondo lo stesso autore, «sicure testimonianze, che ai tempi di Cicerone i *iudices* assumevano normalmente giuristi nei loro *consilia*», benché sia «più importante di ciò ... la collaborazione ufficiosa dei giuristi alla composizione degli editti»; l'autore cita Cic. *top.* 17.65-66: *Privata enim iudicia maximarum quidem rerum in iuris consultorum mihi videntur esse prudentia. Nam et adsunt multum et adhibentur in consilia et patronis diligentibus ad eorum prudentiam confugientibus hastas ministrant. Nam et adsunt multum et adhibentur in consilia et patronis diligentibus ad eorum prudentiam confugientibus hastas ministrant. In omnibus igitur eis iudiciis, in quibus ex fide bona est additum, ubi vero etiam ut inter bonos bene agere oportet, in primisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est quod eius aequius melius, parati eis esse debent. Illi dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi quid socium socio, quid eum qui negotia aliena curasset ei cuius ea negotia fuissent, quid eum qui mandasset, eumve cui mandatum esset, alterum alteri praestare oporteret, quid virum uxori, quid uxorem viro tradiderunt. Licebit igitur diligenter argumentorum cognitio locis non modo oratoribus et philosophis, sed iuris etiam peritis copiose de consultationibus suis disputare*; sul testo v. oltre.

emettevano, di *iura condere*. Come è facilmente intuibile, il problema¹¹² attorno a cui ruota l'intero discorso risiede proprio nel sintagma *permissum est*, locuzione contenente un verbo non infrequente in Gaio¹¹³, in relazione al quale lo stesso giurista pare voler definire la natura del *responsum* medesimo. Un primo nodo da sciogliere consiste nel determinare se, racchiuso in quel sintagma, sia serbato ricordo del *ius respondendi ex auctoritate principis*, pur formalmente non esplicitamente ricordato dalle parole del giurista.

Diversi autori si sono espressi a favore della tesi affermativa, che può dirsi ormai *communis opinio*¹¹⁴, ovvero, come è stato detto con

¹¹² Che secondo L. VACCA, *Contributo*, cit., 106, non dovrebbe neppure sussistere vista la caratura «chiaramente univoca» dell'espressione *quibus permissum est iura condere*.

¹¹³ Si tratta di una notazione di A. SCHIAVONE, *Immagini del 'ius'*, cit., 123, secondo cui, anzi il verbo *permittere* ricorrerebbe «abbastanza spesso in Gaio»; a sostegno si citano, tratti da vari luoghi dei *commentarii* e relativi a diverse materie, Gai 1.23: *Non tamen illis permittit lex Iunia vel ipsis testamentum facere vel ex testamento alieno capere vel tutores testamento dari*; 1.38: *Item eadem lege minori XX annorum domino non aliter manumittere permittitur, quam si [vindicta] apud consilium iusta causa manumissionis adprobata fuerit*; 1.67-68: *Item si civis Romanus Latinam aut peregrinam uxorem duxerit per ignorantiam, cum eam civem Romanam esse crederet, et filium procreaverit, hic non est in potestate eius, quia ne quidem civis Romanus est, sed aut Latinus aut peregrinus, id est eius condicionis, cuius et mater fuerit, quia non aliter quisque ad patris condicionem accedit, quam si inter patrem et matrem eius conubium sit: Sed ex senatus consulto permittitur causam erroris probare, et ita uxor quoque et filius ad civitatem Romanam perveniunt, et ex eo tempore incipit filius in potestate patris esse. Idem iuris est, si eam per ignorantiam uxorem duxerit, quae dediticiorum numero est, nisi quod uxor non fit civis Romana. 68. Item si civis Romana per errorem nupta sit peregrino tamquam civi Romano, permittitur ei causam erroris probare, et ita filius quoque eius et maritus ad civitatem Romanam perveniunt, et aequae simul incipit filius in potestate patris esse. Idem iuris est, si peregrino tamquam Latino ex lege Aelia Sentia nupta sit; nam et de hoc specialiter senatus consulto cavetur. Idem iuris est aliquatenus, si ei, qui dediticiorum numero est, tamquam civi Romano aut Latino e lege Aelia Sentia nupta sit; nisi quod scilicet qui dediticiorum numero est, in sua condizione permanet, et ideo filius, quamvis fiat civis Romanus, in potestatem patris non redigitur*; 2.111-112: *Caelibes quoque, qui lege Iulia hereditates legatae capere uetantur, item orbi, id est qui liberos non habent, quos lex [.] fol. deperd., vv. 21 exceptis frustulis paucis legi nequeunt] ex auctoritate diui Hadriani senatus consultum factum est, quo permissum est *****s feminis etiam sine coemptione testamentum facere, si modo non minores essent annorum XII; scilicet ut quae tutela liberatae non essent, tutore auctore testari deberent.*

¹¹⁴ In tali termini si è espresso G. NICOSIA, *'Iura condere'*, cit., 231, nt. 2, secondo il quale «l'orientamento dottrinario, che intende il testo di Gaio come se in esso si facesse riferimento al *ius respondendi* appare unanimemente condiviso, e ritenuto indubitabile sia dagli autori del diciannovesimo secolo che da quelli del ventesimo, sia nelle trattazioni generali (comprese quelle dedicate alla storia delle fonti e della giurisprudenza), sia nei contributi specifici, sia ancora in qualunque richiamo (anche occasionale) al testo».

un'intonazione assai più sprezzante, «un altro dei tanti luoghi comuni della romanistica»¹¹⁵. Tra costoro¹¹⁶, anche la Giunti che di recente ha nuovamente affermato convintamente di leggere «in questo preambolo gaiano una netta allusione dello *ius respondendi*»¹¹⁷. Ancora in questa schiera si colloca Aldo Schiavone secondo il quale «dietro il “*permissum*” si svela» quale volto nascosto «nient'altro se non la figura del principe», dal momento che il volto del soggetto «insieme rivelato e nascosto nella scrittura delle *Institutiones*» sarebbe nessun altro se non lo stesso potere imperiale¹¹⁸.

Tale potere sarebbe proprio riflesso nel *ius publice respondendi*, letto in guisa di maglia dell'autorità imperiale che avvolgeva una giurisprudenza «certo ancora ben viva e attiva, ma la cui funzione più importante non poteva che svolgersi all'ombra del principe», poiché attorno, al di fuori di essa, «sembrava non esservi più spazio»¹¹⁹. Anche Letizia Vacca, rileggendo il testo che ora ci occupa, ha ritenuto senza dubbio riecheggiato in Gaio il *ius respondendi* ed anzi lo collegava storicamente «alla caratteristica politica di Augusto, che tende a sovrapporsi alle istituzioni repubblicane, apparentemente al fine di rivitalizzarle, legittimandole con la sua personale *auctoritas*, ma nella sostanza svuotandole di ogni indipendenza e autonomia, e riproponendole come emanazione del suo potere personale»¹²⁰.

Tra quanti¹²¹, invece, si sono mostrati assai critici nei confronti

¹¹⁵ N. PALAZZOLO, *Il 'princeps', i giuristi, l'editto*, cit., 321.

¹¹⁶ L. VACCA, *Contributo*, cit., 104 ss.

¹¹⁷ P. GIUNTI, *'Iudex' e 'iurisperitus'*, cit., 48.

¹¹⁸ A. SCHIAVONE, *Immagine del 'ius'*, cit., 123 s.

¹¹⁹ A. SCHIAVONE, *Immagine del 'ius'*, cit., 124. Secondo G. PROVERA, *Il valore normativo della sentenza e il ruolo del giudice nel diritto romano*, in *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, VII, 1982, (cito da *Ledonline, Collana della Rivista di Diritto Romano – Giuseppe Provera, Scritti giuridici*) 6, gli esiti della concessione del *ius publice respondendi* avrebbero avuto ricadute drammatiche. Infatti, l'introduzione della patente imperiale «determinò, a non lunga scadenza di tempo, la fine della giurisprudenza libera, essendo fatale che i giuristi muniti dello *ius respondendi* dal Principe finissero per prevalere sugli altri sino a determinarne progressivamente la scomparsa, anche perché si venne affermando il principio che il parere dei giuristi muniti dello *ius respondendi* – di essi e non di altri – aveva forza di legge».

¹²⁰ L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, cit., 83; L. VACCA, *Contributo*, cit., 104 s.

¹²¹ Fra questi v. anche F. GALLO, *La recezione 'moribus' nell'esperienza romana: una prospettiva da recuperare*, in *Iura*, LV, 2004-2005, 1 ss; B. ALBANESE, *Nota su Gai 1,7 e sulla storia del 'ius respondendi'*, cit., 3 ss. che in particolare osservava che «una

della posizione dominante, Giovanni Nicosia ha riaffermato, anche in tempi abbastanza recenti, la propria ben nota posizione in base alla quale nel testo non sarebbe dato riscontrare alcun riferimento¹²² al *ius respondendi*, ma in esso si farebbe un «indeterminato cenno ai giuristi cui *permissum erat iura condere*», significativo della volontà dell'autore antico di alludere alla «attività creativa propria dei giuristi di dar vita al diritto attraverso la loro *interpretatio*»¹²³. Si tratta di una posizione di estremo interesse, che credo condivisibile e che merita di essere qui rapidamente ripresa, anche se ai nostri fini non mi sembra muti di molto il filo del ragionamento relativo al rapporto tra giudice e giurisperito in termini di proficua presenza ed assistenza del secondo a beneficio del primo. Lo studioso siciliano, muoveva da una fruttuosa comparazione tra il testo delle *Institutiones* gaiane e l'omologo contenuto in quelle giustinianee, rilevando come la dottrina, in luogo di interpretare il passo gaiano quale antecedente del testo giustiniano partendo dal primo per scorgere la linea evolutiva che approda al testo della compilazione, «ha tranquillamente seguito il procedimento inverso: è partita dal testo giustiniano per interpretare sulla falsariga delle affermazioni ivi contenute il brano gaiano»¹²⁴. Sarebbe solo in relazione all'esegesi del testo delle *Institutiones* imperiali¹²⁵ che sarebbe possibile leggere nel testo del giurista del II

relazione privilegiata tra giurista e *princeps* non è certo affatto esclusa per Gaio, anche se egli non ne parla esplicitamente»; F. CANCELLI, *Sul presunto 'ius respondendi'*, cit., 545 ss., nega l'esistenza dello stesso *ius respondendi*; sulla tesi di questo autore v. B. ALBANESE, *Nota su Gai 1,7 e sulla storia del 'ius respondendi'*, cit., 5, nt. 6, che osservava, tenendo a mente la possibilità che il testo gaiano abbia subito un'alterazione, «al punto che il Cancelli, riprendendo e sviluppando a torto spunti già presenti nella dottrina precedente, ha sostenuto che un '*ius respondendi*' come concessione imperiale, a partire da Augusto, non è mai esistito: si tratterebbe di un'inserzione giustiniana o postclassica comunque. E ciò, malgrado J. 1.2.8 e D. 1.2.2.48-50. Lo scritto del Cancelli è accurato, ricco di citazioni utili; ma questa tesi non mi sembra da accettare».

¹²² V. B. ALBANESE, *Nota su Gai 1,7 e sulla storia del 'ius respondendi'*, cit., 5: «tanto più sorprende, in Gai 1.7, una imbarazzante vaghezza, dato che non vi è esplicita menzione del *ius respondendi ex auctoritate principis*, ma un indeterminato cenno a giuristi cui *permissum est iura condere*».

¹²³ Così suona la sintesi del pensiero di Nicosia proposta da A. PALMA, *Lo 'ius controversum'*, cit., 68.

¹²⁴ G. NICOSIA, '*Iura condere*', in *AUPA*, 231.

¹²⁵ Riproduco, dunque, il testo delle *Institutiones* imperiali I. 1.2.8: *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum quibus permissum erat iura condere. nam antiquitus institutum erat ut essent qui iura publice interpretarentur, quibus a Caesare ius respondendi datum est, qui iurisconsulti appellabantur. quorum omnium sententiae et opiniones eam auctoritatem tenebant ut iudici recedere a responso eorum non liceret, ut est*

secolo, in modo «infedele»¹²⁶, il riferimento al *ius respondendi* che da questo è viceversa del tutto assente. Il nodo centrale, allora, va individuato nell'inciso fondamentale dal quale si desumerebbe, implicitamente, la ricorrenza nel brano del *ius publice respondendi*.

Sul sintagma '*permissum est*' credo si possa sovolgere un'altra considerazione. Nel periodare delle *Institutiones*, il verbo *permittere* è

constitutum (anche questo testo si colloca in una sequenza assai più ampia, che per molti versi ricorda quella gaiana; ne riproduco parimenti il testo: *Scriptum ius est lex, plebiscita, senatusconsulta, principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentium. Lex est quod populus Romanus senatorio magistratu interrogante, veluti consule, constituebat. plebiscitum est, quod plebs plebeio magistratu interrogante, veluti tribuno, constituebat. plebs autem a populo eo differt quo species a genere: nam appellatione populi universi cives significantur, connumeratis etiam patriciis et senatoribus: plebis autem appellatione sine patriciis et senatoribus ceteri cives significantur. sed et plebiscita, lege Hortensia lata, non minus valere quam leges coeperunt. Senatusconsultum est quod senatus iubet atque constituit. nam cum auctus est populus Romanus in eum modum ut difficile sit in unum eum convocari legis sancienda causa, aequum visum est senatum vice populi consuli. Sed et quod principi placuit legis habet vigorem, cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem concessit. quodcumque igitur imperator per epistulam constituit vel cognoscens decrevit vel edicto praecepit, legem esse constat: hae sunt quae constitutiones appellantur. plane ex his quaedam sunt personales, quae nec ad exemplum trabuntur, quoniam non hoc princeps vult: nam quod alicui ob merita indulset, vel si cui poenam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egreditur. aliae autem, cum generales sunt, omnes procul dubio tenent. Praetorum quoque edicta non modicam iuris optinent auctoritatem. haec etiam ius honorarium solemus appellare, quod qui honorem gerunt, id est magistratus, auctoritatem huic iuri dederunt. proponebant et aediles curules edictum de quibusdam casibus, quod edictum iuris honorarii portio est). Dello stesso avviso, sostanzialmente, anche F. GALLO, *La recezione 'moribus' nell'esperienza romana*, cit., 1 ss., secondo il quale sarebbe una sorta di preconcetto degli interpreti di Gaio (ed in particolare dei primi ad essersi cimentati con il testo) quello per cui nel brano si faccia riferimento al *ius publice respondendi*, che il testo non menziona minimamente. Ciò potrebbe derivare dal fatto che il testo delle *Institutiones* «richiama espressamente» il brano gaiano (così A. PALMA, *Lo 'ius controversum'*, cit., 68).*

¹²⁶ V., al riguardo, B. ALBANESE, *Nota su Gai 1,7 e sulla storia del 'ius respondendi'*, cit., 3: «una tale interpretazione è confermata, del resto, dalla versione (per vero abbastanza infedele) di Gai 1.7 che si trova in J. 1.2.8, che riporta il discorso gaiano con la precisazione che si tratta di responsa di coloro che avevano (ovviamente il discorso giustiniano è ormai riferito al passato) il *ius respondendi a Caesare datum*, e accenna al fatto che quell'istituto imperiale era stato motivato dalla volontà che vi fossero giuristi qui *iura publice interpretarentur*». V. poi, ancora B. ALBANESE, *Nota su Gai 1,7 e sulla storia del 'ius respondendi'*, cit., 4: «J. 1.2.8 si stacca gravemente da Gaio per altri profili più particolari: vanno menzionati almeno i seguenti fatti già notati. J. 1.2.8 menziona il *ius respondendi a Caesare datum*, di cui Gai 1.7 non parla; tenta una spiegazione storica sommaria di quel *ius* (*ut essent qui iura publice interpretarentur*); inoltre, goffamente, afferma che i giuristi con il privilegio imperiale in questione *iurisconsulti appellabantur*, mentre è certissimo che la qualifica di *iuris consultus* spettò ad ogni giurista; infine, ed è forse più importante, riferisce senza menzionarne l'autore la costituzione adrianea di cui parla Gai 1,7, in modo da falsificarne alquanto la più probabile portata».

coniugato alla diatesi passiva, ma non viene indicato in alcun modo il soggetto agente, né esso – a mente anche delle considerazioni persuasive di Nicosia circa la portata semantica del verbo *significare* – può essere naturalmente identificato nell'imperatore Adriano del periodo successivo. Il contenuto del terzo periodo del brano non contiene alcun riferimento alla patente imperiale e non si riallaccia, quanto a 'fonte', al *permissum* con cui principia il testo, bensì quest'ultimo è il presupposto per l'intervento imperiale. Non si specifica, allora, da chi promanasse il permesso accordato ai giuristi, il che, immaginando un apposito intervento autoritativo imperiale può far insorgere qualche dubbio ovvero margine di stranezza, dal momento che in casi del genere apparirebbe naturale riconnettere una autorizzazione di questo calibro al principe dal quale essa promana (anche in virtù dell'esplicita menzione successiva dell'intervento di Adriano). In realtà il verbo è espresso in forma impersonale il che giustifica l'assenza del complemento d'agente. Mi sembra allora che in quel *permissum*, escluso il significato di autorizzazione proveniente dal potere imperiale, si faccia riferimento alla *auctoritas*, al consenso sociale ed al riconoscimento del ruolo della giurisprudenza nell'ambito dell'ordinamento romano. Sotto il profilo testuale si adopera la formula *iura condere* che non è infrequente anche in ambiti non tecnici¹²⁷, ma che viene impiegato anche in riferimento ai giuristi *qui condiderunt ius civile*, senza che vi sia alcun permesso da parte di chicchessia nei confronti di questi autori (i *veteres*)¹²⁸.

¹²⁷ Secondo G. NICOSIA, 'Iura condere', cit., 231 ss., «inoltre va tenuto presente che l'espressione *iura condere*, pur essendo espressione tecnico-giuridica, che indicava incisivamente l'apporto determinante dell'opera della giurisprudenza, doveva essere tanto nota da venire 'presa in prestito' e utilizzata, già da molto tempo prima di Gaio, anche da scrittori non giuristi».

¹²⁸ 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*. V. G. NICOSIA, 'Iura condere', cit. 231 ss.: «indicando con il termine *veteres* (così come in numerosi altri luoghi delle *Institutiones*) gli antichi giuristi, e dicendo che essi *iura condiderunt*, Gaio si esprime negli stessi termini in cui si esprime quando, con riferimento ai suoi tempi, dice che ai giuristi era riconosciuta la facoltà di *iura condere*. Ora, dato che per questi antichi giuristi un collegamento al *ius publice respondendi* non potrebbe neppure immaginarsi, e dato che in entrambi i testi Gaio adopera la medesima espressione, mi pare che anche da questa constatazione risulta evidente che egli si riferiva (in coerenza all'impostazione emergente anche in altri punti della sua esposizione) al risalente e persistente riconoscimento ai *prudentes* della facoltà di *iura condere*; il parallelismo, sotto il profilo portato dall'espressione *iura condere* è rilevato anche da V. B. ALBANESE, *Nota su Gai 1,7 e sulla storia del 'ius respondendi'*, cit.,

Circa il verbo *significare*, Nicosia, avendone ricordato etimologia e significato¹²⁹, evidenziava un'usanza propria del giureconsulto adrianeo di impiegare questo verbo laddove, con riferimento precipuo a costituzioni imperiali, egli intendesse «indicare non l'introduzione autoritativa di un'innovazione, bensì l'autorevole e chiarificante intervento imperiale volto a mostrare, a far conoscere e comprendere, quale era il principio di diritto esistente»¹³⁰.

Dunque, in questa prospettiva, mediante l'impiego di quello specifico verbo, Gaio non avrebbe affatto designato un intervento innovatore da parte del principe, bensì avrebbe voluto significare la presenza del 'suggello' imperiale rispetto ad una consuetudine già ampiamente invalsa nella prassi e già sentita in qualche misura come cogente, vincolante¹³¹. Nel «nostro fondamentale testo il giurista, dopo

5: «di giuristi capaci di *iura condere* Gaio parla in altro celebre passo delle *Istituzioni*. In Gai 4,30, a proposito della progressiva decadenza dell'applicazione delle *legis actiones* (*in odium venerunt*), si deplora la *nimia subtilitas dei veteres* (il termine è tecnico per indicare i giuristi) *qui tunc iura condiderunt*. Certo, in questo caso, non si può immaginare un "permesso" di *iura condere* per i vecchi giuristi repubblicani, nel senso di esplicita concessione ad essi di qualche privilegio *ad personam*. La genericità della locuzione *permissum est iura condere* ed il silenzio sulla concessione imperiale hanno fatto pensare in passato ad una alterazione del testo gaiano; ma francamente non si vede né il perché eventuale d'una alterazione d'un passo che doveva essere celebre proprio perché collocato nella parte iniziale e sistematicamente fondamentale delle *Istituzioni* gaiane, né chi mai avrebbe avuto modo e motivo per manomettere il dettato gaiano»; v. anche F.P. CASAVOLA, *Interventi in Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. Atti del Convegno internazionale di diritto romano (Copanello 5-8 giugno 1996)*, Napoli, 1999, 495, secondo cui «i *veteres, qui tunc iura condiderunt*, non possono essere che omologhi ai *prudentes*, che ai suoi studenti Gaio [1.7] aveva presentato come coloro *quibus permissum est iura condere*».

¹²⁹ G. NICOSIA, '*Iura condere*', cit., 238: il verbo «indica precisamente un'attività diretta, con variegata gamma di sfumature, a far vedere, far conoscere, far comprendere, mostrare, indicare, chiarire».

¹³⁰ G. NICOSIA, '*Iura condere*', cit., 239. È l'opinione anche di W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Graz - Wien - Köln, 1967, 282 s., nt. 597; B. ALBANESE, *Premesse allo studio del diritto privato romano*, Palermo, 1978, 102, nt. 69; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1993, 35.

¹³¹ In senso che appare differente, L. VACCA, *Contributo*, cit., 106, osservava che «l'introduzione dei responsi fra le fonti del diritto è da ricollegarsi direttamente al *ius respondendi*». V., in una prosettiva non del tutto assimilabile, B. ALBANESE, *Nota su Gai 1,7 e sulla storia del 'ius respondendi'*, cit., 7: «a me pare che Adriano possa avere effettivamente enunciato il criterio riferito in Gai 1.7, ma in esplicita relazione ai *responsa* (non già alle *sententiae et opiniones* in generale) specificamente adottati dai litiganti o acquisiti comunque dall'organo giudicante; e però, sempre specificamente, ai *responsa* di giuristi forniti del *ius respondendi*. Innanzi tutto, come ho notato, è solo in relazione ad un piccolo numero di giuristi che il criterio rappresentato in Gai 1.7 può avere senso. Poi,

aver spiegato che i *responsa prudentium* solo se unanimemente concordanti *legis vicem optinet*, e non *si vero dissentiunt*,¹³² richiama infine a confronto l'intervento adrianeo, in quanto ciò (*idque*) era stato chiaramente indicato, e in pratica confermato, anche da un rescritto di Adriano»¹³³, che si sarebbe dimostrato «attento al problema»¹³⁴. Questa conclusione¹³⁵ sarebbe coerente con l'intero andamento del brano di Gaio (tanto rispetto a quanto immediatamente precede, quanto in relazione all'intera sequenza¹³⁶) e si potrebbe anzi desumere che fosse «un principio tralaticio, di creazione (essa stessa) eminentemente giurisprudenziale» e non «un'innovazione introdotta autoritativamente da Adriano»¹³⁷. Questa

in D. 1.2.2.49 si ha notizia di un intervento adrianeo sul *ius respondendi*. Da questi dati, sembra doversi dedurre quanto ho ora detto a proposito del più probabile riferimento originario del rescritto adrianeo citato in Gai 1,7.».

¹³² G. PROVERA, *Ancora sul 'ius respondendi'*, cit., 349, rammentava come il già richiamato S. SOLAZZI, *Glosse a Gaio*, cit., 95 ss. individuasse un glossema proprio nel fondamentale inciso *si vero ... sequi*. Lo stesso Solazzi riteneva che l'equiparazione alla *lex*, così come portata dal testo nella sua veste attuale fosse priva di senso, in quanto «accertare se esista una norma che *legis vicem optinet* giova anche al magistrato e a qualunque cittadino».

¹³³ G. NICOSIA, *'Iura condere'*, cit., 240.

¹³⁴ B. ALBANESE, *Appunti su D.1,2,2,48-50, e sulla storia dello 'ius respondendi'*, cit., 8. V. anche, con una sfumatura assai differente rispetto a V. B. ALBANESE, *Nota su Gai 1,7 e sulla storia del 'ius respondendi'*, cit., *passim*, più avanti nello stesso luogo indicato: «a noi interessa solo rilevare come un intervento del tipo di quello da noi supposto sulla base di D. 1.2.2.49 (stabilire per la concessione del *ius respondendi* l'eliminazione delle postulazioni da parte dei giuristi interessati, e riservare al principe l'iniziativa della concessione) lascia scorgere un concreto interessamento al funzionamento pratico dell'attività dei giuristi *quibus permissum est iura condere* (come dice Gai 1.7)».

¹³⁵ V. B. ALBANESE, *Nota su Gai 1,7 e sulla storia del 'ius respondendi'*, cit., 6: «comunque, anche nel riferire il rescritto adrianeo Gaio, come aveva fatto in ordine al "permesso" di *iura condere*, non accenna ad una relazione con il privilegio imperiale concesso ad alcuni giuristi e richiamato invece in I.1.2.8 e soprattutto in D. 1.2.248-50».

¹³⁶ G. NICOSIA, *'Iura condere'*, cit., 240.

¹³⁷ G. NICOSIA, *'Iura condere'*, cit., 240. V. anche G. NICOSIA, *'Iura condere'*, cit., 241, secondo cui «anche a voler intendere il discorso di Gaio, contrariamente alla sua chiara lettera, come riferito ai soli giuristi forniti di *ius publice respondendi*, e a voler intendere il richiamo al rescritto adrianeo nel senso, incompatibile con il contesto... di un intervento innovativo di Adriano, resterebbe ugualmente enigmatico (per non dire impossibile) il raccordo logico, e cronologico, tra la pretesa innovazione con il supposto riferimento agli *ius publice respondendi*; se c'è un punto fuori discussione pur tra le tante cui ho dato luogo quest'istituto, è che esso debba risalire ai tempi di Augusto o di Tiberio, quindi a circa un secolo prima di Adriano». Circa gli approdi relativi al *ius publice respondendi*, v. G. NICOSIA, *'Iura condere'*, cit., 241, nt. 17, che richiama significativamente J. PARICIO, *El 'ius publice respondendi ex auctoritate principis'*, in *Poder político y derecho en la Roma clásica*, Madrid, 1996, 105, secondo cui, non senza una

precisazione, poi, mi pare assai rilevante, dal momento che essa lascia intravedere una diretta forza cogente della giurisprudenza operante per virtù propria, nell'evenienza in cui i *responsa* – ampiamente intesi – concorressero all'unanimità di una certa posizione, nei confronti del giudice che dunque ne sarebbe stato vincolato anche in assenza di un intervento imperiale esplicito in tal senso. Il testo lascia intendere, accettando questa interpretazione, che la stessa giurisprudenza, sul punto, avesse formulato se non una *regula*, quantomeno una consapevolezza, una direttiva di comportamento, frutto evidente di una riflessione su se stessa (volta evidentemente alla prassi) e sul suo rapporto con il giudice. È anzi suggestiva, con riferimento al rescritto di Adriano, la lettura *a contrario* proposta da Antonio Palma, secondo il quale l'intervento imperiale avrebbe potuto essere derivato da una richiesta di un *iudex* «circondato da *responsa*» che avrebbe chiesto lumi al Principe riguardo la possibilità di «appellarsi ad indirizzi consolidati», nell'ambito della discussione giurisprudenziale, «che consentissero di superare le contrastanti tesi prodotte in lite»¹³⁸. Come nota lo stesso autore che la propone, questa

punta di amarezza, «aunque en los distintos puntos tratados he expuesto siempre la solución que me parecía más probable, no debo ocultar que existen aspectos sobre los que sigo albergando serias dudas. En realidad, y así termino, después de tantas discusiones (después de siglos de discusiones), quizá debemos resignarnos a reconocer que muchos de los interrogantes que presenta el *ius publice respondendi* es imposible desvelarlos con un mínimo de seguridad con las fuentes de que disponemos».

¹³⁸ A. PALMA, *Lo 'ius controversum'*, cit., 69; G. NICOSIA, *Iura condere'*, cit., 131; si veda anche, in senso analogo, G. NEGRI, *Ius controversum' e incidenza dei 'responsa prudentium' sulle sentenze giudiziarie nel diritto romano*, cit., 8, che osserva come «sia verosimile che il rescritto di Adriano (data la natura di questo tipo di costituzione imperiale) risolvesse uno specifico problema di contraddittorietà fra responsi resi *apud iudicem* in un processo concreto (sempre che Gaio si riferisca al giudice formulare), problema sottoposto dal giudice all'attenzione dell'imperatore. L'importanza del rescritto di Adriano non sta tuttavia nel fatto che l'imperatore abbia sancito l'efficacia vincolante del responso per il giudice in generale: nel quadro dell'efficacia dei rescritti i giuristi hanno forse inteso l'intervento imperiale come un'indicazione autorevole che nessun giudice avrebbe osato disattendere, il che spiegherebbe come mai il rescritto adrianeo emerga con tanta evidenza in una trattazione istituzionale nel luogo ove la giurisprudenza è menzionata, come "fonte del diritto", una "fonte" che aveva già da tempo la propria storia»; a sostegno di ciò valga la lettura anche di M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, cit., 522, nt. 154, secondo il quale, nel riassunto fattone da G. GUIDA, *Ius dicere' e iudicare'. Iurisdictio' del magistrato e poteri del giudice*, in *Il giudice privato nel processo civile romano*, III, cit., 2015, 57, «il vincolo derivante dalla necessità di applicare la soluzione elaborata dal giurista è meno stringente nel caso in cui fosse esibito *ex adverso* un parere che andasse in diversa direzione: in questo caso, com'è noto, lo *iudex* poteva discrezionalmente scegliere quale *responsum* applicare. Ciò che,

visione, fuori da qualsiasi lettura volta ad estendere la portata del dato (nello specifico il presumibile tenore del rescritto adrianeo), colloca il brano immergendolo «nelle dinamiche proprie del giudizio», dimostrando al contempo, ma è una notazione marginale per le sorti della presente ricerca, «come la tradizione scientifica e dottrinale stesse diventando un riferimento normativo attraverso il quale attuare il controllo della e sulla giurisdizione»¹³⁹. In altri termini, mutuando le efficaci parole di Albanese, «Gaio non volle affatto informare sul *ius respondendi ex auctoritate principis*, bensì volle, prima di tutto, alludere in generale all'attività creativa di *ius civile* realizzata da tutti i giuristi, mediante la *interpretatio*, cioè al fenomeno descritto in modo netto (malgrado le imprecisioni tipiche di questa preziosa, ma per più versi poco pregevole, fonte) in D.1.2.2.5 e 12 (Pomp. *l. sing. ench.*): l'*interpretatio prudentium* e la *disputatio fori* fecero e fanno nascere un *ius civile sine scripto*, almeno a partire dalle XII Tavole»¹⁴⁰.

Tornando, invece, a coloro che leggono nel passo un indizio che rivelerebbe il *ius publice respondendi*, occorre notare che il sintagma pone un ulteriore problema: occorre determinare se il passo esclude o meno dall'orizzonte del giudice coloro che risultavano privi della patente imperiale. Non è mancato chi, come Brutti, in una prospettiva restrittiva, ha inteso leggere il riferimento portato dal sintagma latino appena ricordato nel senso di escludere dall'orizzonte entro il quale il giudice avrebbe dovuto operare, tutti i responsi che non fossero «rafforzati»¹⁴¹ dall'espressione del potere imperiale e che dunque risultassero sguarniti, «privi del suggello rappresentato dall'*auctoritas principis*»¹⁴². È un'affermazione che va approfondita.

Avendo riguardo all'intonazione dell'intera sequenza contenuta in

però, preme evidenziare è che il giudice non poteva autonomamente individuare la soluzione da applicare alla controversia, ma poteva esclusivamente 'scegliere' tra le diverse soluzioni prospettate dalla giurisprudenza, fossero esse *responsa* dettati per il caso oggetto della controversia o *sententiae* estratte dalla letteratura giuridica».

¹³⁹ G. NICOSIA, *'Iura condere'*, cit., 132.

¹⁴⁰ B. ALBANESE, *Nota su Gai 1,7 e sulla storia del 'ius respondendi'*, cit. 5.

¹⁴¹ M. BRUTTI, *L'indipendenza dei giuristi*, cit., 448.

¹⁴² M. BRUTTI, *L'indipendenza dei giuristi*, cit., 448. Aderisce al taglio normativo individuato da Massimo Brutti anche P. GIUNTI, *'Iudex' e 'iurisperitus'*, cit., 48 (richiamato alla nt. 3), secondo la quale la sequenza gaiana «fotografa una realtà normativizzata, ricostruita attraverso una narrazione che fa perno sui valori di stabilità e certezza e sull'idea di comando».

Gai 1.2-7, che – ricordo – fa perno principalmente sulla vincolatività delle fonti di produzione del *ius*, sarebbe allora possibile ritenere coerente con questa l'esclusione dal novero delle fonti dei pareri non provenienti da giuristi investiti dell'*auctoritas respondendi ex auctoritate principis* poiché non dotati di forza vincolante e, in quanto tali, esterni all'ambito dei «fattori di produzione normativa»¹⁴³ dell'ordinamento. Se questa era la ragione dell'esclusione dei *responsa non signata* dall'orizzonte fatto proprio da Gaio, come verranno definiti nel passo¹⁴⁴ dell'*Enchiridion* pomponiano su cui mi intratterò oltre, non vi sono tuttavia elementi per ritenere che nel *permissum est* gaiano vi fosse implicito un divieto¹⁴⁵ nei confronti di coloro che non rientravano nel novero di *ii quibus permissum est iura condere*. Il testo di Gaio non autorizza a pensare che a coloro che fossero sprovvisti del riconoscimento imperiale fosse proibita l'attività rispondente¹⁴⁶. Costoro, seguendo ancora il filo del ragionamento articolato da Brutti, accompagnato da altra parte – rilevante – della dottrina¹⁴⁷, avrebbero certamente potuto emettere responsi ma si trattava

¹⁴³ M. BRUTTI, *L'indipendenza dei giuristi*, cit., 448.

¹⁴⁴ Su cui v. in genere M. BRETONNE, *Storia*, cit., 200.

¹⁴⁵ G. PROVERA, *Ancora sul 'ius respondendi'*, cit., 347, sottolinea, leggendo in senso entusiasticamente adesivo l'opera sulla storia della giurisprudenza romana di Schulz, alcuni corollari derivanti dall'accoglimento dell'interpretazione del romanista tedesco: «1) l'attività rispondente continuò ad essere libera, anche se la discriminazione attuata da Augusto finì ovviamente per esautorare i giureconsulti non muniti di *ius respondendi*; 2) il *ius respondendi* fu attribuito a singoli giureconsulti attraverso una specifica autorizzazione dell'imperatore a dare responsi in virtù della stessa *auctoritas* da lui posseduta; 3) la riforma di Augusto riguardò i soli responsi giudiziali».

¹⁴⁶ *Contra* L. VACCA, *Contributo*, cit., 106, «solo qualora non vi fosse stata la consultazione diretta dei giuristi patentati il giudice poteva valutare liberamente la causa, ricorrendo in caso di necessità, anche alla letteratura giuridica, che non aveva in nessun caso valore vincolante»; va richiamato, peraltro, come del resto fa la stessa autrice (L. VACCA, *Contributo*, cit., 106, nt. 21, della quale richiamo il sunto del pensiero dell'autore precedente) il pensiero di Arangio-Ruiz, il quale riteneva che «il giudice non dovesse ricusare, in mancanza di responsi diretti il parere di giureconsulti esposto in opere scientifiche o didattiche, o magari in collezioni di responsi già pubblicati» (V. ARANGIO-RUIZ, *Storia*, cit., 272).

¹⁴⁷ Penso in particolare a L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, cit., 84, secondo la quale «una lettura dei paragrafi gaiani, che tenga conto di tutto il contesto, e non solo delle singole espressioni, isolandole l'una dall'altra, evidenzia che Gaio menziona i responsi dei giuristi ponendoli sullo stesso piano di tutte le altre fonti 'normative' che compongono la sua definizione, e che in questa elencazione il termine responsi indica esclusivamente i pareri espressi dai giuristi muniti di *ius respondendi*, in quanto il loro carattere 'normativo' per il caso per il quale sono stati rilasciati deriva dall'autorizzazione del principe a 'formulare il diritto', che li rende vincolanti»; già in precedenza la stessa studiosa (L. VACCA, *Contributo*, cit., 106)

di un'attività di consulenza «che non crea immediatamente diritto e che non è definibile come *iura condere*»¹⁴⁸. Il baricentro del discorso del giurista del II secolo, allora si incentra sul concetto stesso di *iura condere* che Cannata individuava nella possibilità assegnata al giurista di formulare un «responso che è a priori vincolante e quindi destinato ad essere seguito dal giudice»¹⁴⁹; precisamente, «con *iura condere* Gaio allude all'attività del giurista, quando questi rilascia un *responsum* destinato ad essere seguito dal giudice che decida una lite»¹⁵⁰. La speciale qualifica rivestita in virtù della 'patente imperiale' costituita dal *ius publice respondendi* riverberava i propri effetti vincolanti (ove, come si ricorderà, i pareri di giuristi analogamente forniti della medesima 'patente' fossero conformi nell'indicare una certa direzione), dunque, sul giudice indirizzandone le decisioni. In forza della loro vincolatività questi *responsa* potevano essere validamente qualificati come 'fonte' e potevano trovare efficace collocazione nell'architettura sistematica gaiana.

Comunque si intenda il brano, in ogni caso, non è dubbio che il giudice si ponesse quale destinatario di un'opinione tecnico-giuridica confezionata all'uopo dal giurista, volta a risolvere la controversia pendente dinnanzi al giudice destinatario, qualificata dalla peculiare personalità scientifica di colui che aveva emesso il responso. Difatti, la circostanza che si possa dibattere in merito alla sussistenza o meno del riferimento all'intervento imperiale, non toglie il fatto che quello che non muta risiede nella qualifica scientifica e tecnica del soggetto chiamato a risolvere la questione giuridica insorta davanti al giudice. In ogni caso è il giurista che formula la fonte normativa a cui il giudice è tenuto ad

osservava che «in realtà un'attenta lettura del testo di Gaio porta a condividere l'interpretazione restrittiva, accettata per ultimo dal Cannata. La prima fase del §7 (*responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere*) va evidentemente collegata al §2 in cui si menzionano i *responsa prudentium* tra le fonti dei *iura populi Romani*. Dal confronto fra i due testi si ricava anzi che l'introduzione dei *responsa* dei giuristi fra le fonti del diritto è da ricollegarsi direttamente» alla patente imperiale; «d'altra parte appare sostenibile l'ipotesi per cui questa frase potrebbe contenere il riferimento al parere dei giureconsulti comunque espresso».

¹⁴⁸ M. BRUTTI, *L'indipendenza dei giuristi*, cit., 448.

¹⁴⁹ Così M. BRUTTI, *L'indipendenza dei giuristi*, cit., 449, che a sua volta richiama C.A. Cannata, in riferimento alla relazione tenuta in seno al medesimo Convegno di Copanello del 1998 di cui il contributo donde cito costituisce parte integrante delle relazioni ivi tenutesi.

¹⁵⁰ C.A. CANNATA, *Iura condere*, cit., 29.

uniformarsi¹⁵¹: se si accoglie l'impostazione del problema fornita da Niosia, mi pare che il testo ponga in luce il concetto di *auctoritas*, al quale, come si accennava all'inizio, non è estranea la dialettica del foro.

Mi sembra, allora, che questo testo gaiano, per ciò che esso può esprimere, pur nella sua formulazione così stringata, restituisca un primo argomento di notevole rilevanza onde individuare come interlocutore privilegiato del giurista proprio il giudice. Questo già deporrebbe in modo eloquente, a mio credere, nella direzione di escludere l'irrilevanza, sotto il profilo giuridico, dello svolgimento della fase *apud iudicem*, poiché se fosse vero che in essa avrebbero trovato luogo esclusivamente schermaglie avvocatistiche prive di sostrato giuridico¹⁵², non si spiegherebbe il richiamo nettissimo ed incontrovertibile al giudice privato, quale unico soggetto chiamato ad instaurare un rapporto dialettico con il giurista (per lo meno in relazione ad un *responsum*). Il che, naturalmente, non intacca minimamente la pur ovvia considerazione che la fase *apud iudicem* fosse meno rigorosamente strutturata, lasciata al potere direttivo dello stesso giudice. Ma ciò confligge, viceversa in modo alquanto stridente, con la posizione di quanti hanno sempre escluso dall'orizzonte dell'attività scientifica della giurisprudenza l'epilogo della procedura formulare.

Ed è evidente che anche il richiamo al celebre passo tratto dai ciceroniani *Topica*¹⁵³ nel quale l'oratore avoca a sé il compito di destreggiarsi nel corso del *iudicium*, lasciando da parte la scienza giuridica, deve essere letto sotto il profilo dell'accertamento dei fatti, del libero convincimento del giudice¹⁵⁴ e soprattutto delle strategie da attuare perché tale convincimento risultasse a sé favorevole, e non già nel senso di una

¹⁵¹ *Contra*, invece, V. SCIALOJA, *Procedura civile romana. Esercizio e difesa dei diritti*, cit., 170, secondo cui, pur ipotizzando la presenza di giuristi accanto al giudice in ragione della difficoltà della materia, comunque ignota al giudice, «anche di fronte al *consilium* il giudice è in posizione di perfetta libertà, perché può ascoltarne le opinioni, ma può benissimo non seguirle, se non lo persuadono».

¹⁵² Tale la ritenne G. BROGGINI, *L'arte forense di Cicerone*, cit., 144, per cui nella fase *apud iudicem* «l'avvocato formato nella retorica si trova come a casa sua».

¹⁵³ Ne riporto il testo. Cic. *top.* 50-51: *Sed locus hic magis ad coniecturales causas, quae versantur in iudiciis, valet, cum quaeritur quid aut sit aut evenerit aut futurum sit aut quid omnino fieri possit. Ac loci quidem ipsius forma talis est. Admonet autem hic locus, ut quaeratur quid ante rem, quid cum re, quid post rem evenerit. "Nihil hoc ad ius; ad Ciceronem", inquit Gallus noster, si quis ad eum quid tale rettulerat, ut de facto quaereretur. Tu tamen patiere nullum a me artis institutae locum praeteriri; ne, si nihil nisi quod ad te pertineat scribendum putabis, nimium te amare videare.*

¹⁵⁴ A.M. GIOMARO, 'Cautiones iudiciales' e 'officium iudicis', Milano, 1982, 30.

sostanziale ed indiscriminata indifferenza serbata dal giudice nei confronti del diritto. È possibile allora ritenere, quale ipotesi di lavoro, che non tutta l'opera del giurista, a meno di voler vuotare di contenuto il passo gaiano (operazione che, tuttavia, non pare lecito condurre in considerazione del tenore affine, seppur nettamente distinto, del frammento dell'*Enchiridion* che analogamente e significativamente richiama il giudice, confermando quanto si ricava dalle *Institutiones* veronesi) si esaurisse durante la fase *in iure* innanzi al magistrato giudicante: Gaio ponendo in relazione il giurista con il giudice sembra porre in relazione la giurisprudenza con quanto accadeva nella fase processuale diretta dal *iudex privatus*. Si potrebbe allora inferire che il giurista fosse, come è stato del resto detto molto efficacemente, una sorta di «convitato di pietra»¹⁵⁵, presente in entrambi i momenti della macchina processuale romana.

In una certa misura, forse – ma non necessariamente – minore rispetto a quanto le fonti restituiscono in ordine alla fase *in iure*, era necessario che la giurisprudenza assistesse con il proprio operato anche il giudice, talvolta giungendo a vincolare le sue stesse determinazioni. Il richiamo all'efficacia vincolante dei *responsa*, d'altra parte, non esclude, ed anzi forse lascia legittimamente presagire, che il giudice fosse normalmente attorniato e avvolto dalla scienza giuridica in modo addirittura massiccio se apparve necessario ed opportuno agli occhi del principe, come risulta dai testi pomponiani, individuare un criterio discretivo utile ad orientare il giudicante nella ricerca della soluzione che, per virtù propria, apparisse dotata di maggiore autorevolezza. Che si trattasse di un'indicazione operativa si può dedurre da quanto, con osservazioni «conclusive»¹⁵⁶, affermava al riguardo Mario Talamanca: il grande maestro, intervenendo nel dibattito relativo al *permissum est* gaiano osservava che «sulla base della propria posizione sociale e della conseguente *auctoritas*... e/o del proprio sapere tecnico... i *prudentes*, ancorché non muniti del *ius respondendi* potevano comunque, in periodo imperiale, fornire *responsa* che si collocavano ad un livello inferiore a quello dei *responsa* dei giuristi muniti di *ius respondendi*, ma in mancanza di questi ultimi vincolavano egualmente il giudice»¹⁵⁷.

¹⁵⁵ P. GIUNTI, '*Iudex*' e '*iurisperitus*', cit., 53.

¹⁵⁶ Tali le ritiene, ad esempio, P. GIUNTI, '*Iudex*' e '*iurisperitus*', cit., 60, nt. 41.

¹⁵⁷ M. TALAMANCA, *Interventi* in '*Ius controversum*' e '*auctoritas principis*', cit.,

Quanto alla natura dei responsi credo si debba brevemente riflettere. Se è vero che il *proprium* della giurisprudenza romana, nella propria attività rispondente, si sostanziava nella formulazione, in seno ad un responso, di una *ratio decidendi* da applicare ad un caso concreto e a quest'ultimo sottesa e fors'anco implicita, è altrettanto vero che tale *ratio* veniva fatta emergere dalle vicende di una certa fattispecie concreta ma altrettanto certamente non si limitava ad una mera valutazione dei fatti. Essa si sostanziava nell'*interpretatio* di quei fatti e nella determinazione della loro rilevanza in relazione alla *formula* che li conteneva.

Allora, è evidente che il responso fatto valere innanzi al giudice dovesse necessariamente vertere sulla interpretazione della *formula* in base alla quale il laico giudice era chiamato a svolgere il proprio *officium*.

Ed è proprio questo che il passo gaiano mostra «con una evidenza quasi visiva»¹⁵⁸, ossia una «dialettica forte tra *respondere* e *iudicare*», tratteggiando al contempo la figura di «un *iudex* il quale, ben lungi dall'appiattirsi sulla *datio iudicii*, si pone viceversa quale autentico interlocutore del giurista»¹⁵⁹.

Come ha messo in risalto Talamanca, questo ruolo discendeva dall'intima struttura del processo formulare: «in Roma, per il nesso di continuità che lega all'antica giurisprudenza pontificale la giurisprudenza laica sorta nel II secolo a.C., ed in virtù della circostanza che nel processo civile i giudici erano dei privati cittadini, giudici laici quindi e non togati, l'istanza ultimativa su quello che fosse il diritto vigente era rappresentato dai *prudentes*»¹⁶⁰. A costoro il giudice si rivolgeva per conoscere quale fosse la norma giuridica da applicare nel caso concreto. Senz'altro rispondente al vero mi sembra un'ulteriore, convincente, osservazione di Patrizia Giunti, secondo la quale «il passo gaiano ... chiude il *responsum* ed il *iudicare* in una sorta di corto circuito e nel momento in cui fa della spendibilità processuale la finalità ontologica del parere reso dal giurista fa anche del *iudex* l'immediato e diretto destinatario del *responsum*

¹⁵⁸ P. GIUNTI, '*Iudex*' e '*iurisperitus*', cit., 54.

¹⁵⁹ P. GIUNTI, '*Iudex*' e '*iurisperitus*', cit., 54. Anche secondo P. STARACE, *Giudici e giuristi*, cit., 33 doveva essere «strettissimo... il nesso tra *responsum* e *iudicatum*». V. anche M. BRETONE, *Storia*, cit., 194, per cui «il nesso tra il responso e il giudizio, fra il *respondere* e il *iudicare* è nell'area tardo-repubblicana non meno significativo che nell'età arcaica».

¹⁶⁰ M. TALAMANCA, *Il 'Corpus iuris'*, cit., 209.

giurisprudenziale»¹⁶¹.

Per di più occorre rilevare come il passo gaiano metta in luce un elemento ulteriore per inferire la vincolatività della giurisprudenza nei confronti del giudice, che è stato ben posto in luce da Cannata: qualora i pareri espressi dai giuristi risultassero tra loro discordi, la libertà di azione della quale godeva il giudice riguardava esclusivamente la scelta tra i responsi – confliggenti – che erano stati sottoposti alla sua cognizione. In quello specifico ambito operava la discrezionalità del giudice nella scelta. Non è dunque da ritenersi, come «spessissimo i romanisti intendono», che «il giudice è libero di decidere come vuole, bensì che egli può seguire il parere che vuole scegliendo fra quelli in gioco»¹⁶².

Il ragionamento condotto da Cannata pone opportunamente in luce un aspetto essenziale della dinamica processuale che vedeva costantemente presente il giurista anche laddove i *responsa* non avessero *vicem legis* (per utilizzare ancora una volta il lessico gaiano). Infatti, la negazione, corretta sulla scorta dell'esegesi esatta di Gai 1.7¹⁶³, della completa libertà del giudice qualora egli si ritrovasse nelle circostanze di dover sciogliere questioni di diritto (eventualità sulle quali tornerò nei prossimi capitoli, confidando di poterne fornire alcuni esempi), induce a negare, parimenti, allo stesso giudice la qualifica di *conditor iuris*: «se il *ius* risultante dai pareri risulta(va) *controversum*, e dunque nessuno di essi *legis vicem optniebat*, lo spazio normativo, pur se non definito è occupato, ed il giudice non potrà muoversi che nel suo ambito»¹⁶⁴. Ad occupare quello spazio non ancora definito, a ben guardare, non poteva che essere, in definitiva, il giurista, o meglio i giuristi espressi in riferimento di quella specifica questione.

Dal testo di Gaio, in definitiva, si desume come appaia suffragata la nostra prima ipotesi di lavoro, già adombrata in precedenza, ossia che nell'intero arco del processo formulare si esplicasse in modo pregnante l'operato della giurisprudenza classica. La conferma maggiormente rilevante deriva proprio dalla provenienza giurisprudenziale dell'informazione contenuta nel brano tratto dalle *Institutiones*. Gaio

¹⁶¹ P. GIUNTI, 'Iudex' e 'iurisperitus', cit., 55; v. anche P. STARACE, *Giudici e giuristi*, cit., 37.

¹⁶² C.A. CANNATA, 'Iura condere', cit., 33.

¹⁶³ C.A. CANNATA, 'Iura condere', cit., 33, ricorda come la sua interpretazione sia «richiesta dalla grammatica, ma la logica giuridica è nello stesso senso».

¹⁶⁴ C.A. CANNATA, 'Iura condere', cit., 33.

nominando il giudice lo pone quale interlocutore necessario e naturale del giurista.

4. Pomponio e 'responsa prudentium'. A proposito di alcuni frammenti dell'Enchiridion'.

Possiamo ora passare a considerare il secondo «testo-chiave»¹⁶⁵ del quale annunciavo l'analisi nelle pagine precedenti. Si tratta di un passaggio proveniente dal lungo estratto dell'Enchiridion pomponiano¹⁶⁶, in merito al quale, per dirla con Cannata, a differenza che nell'analogo testo gaiano appena scrutinato, «naturalmente nessuno dubita che esso parli del *ius respondendi*»¹⁶⁷, riconoscendo, anzi, che si tratta dell'«unica»¹⁶⁸ testimonianza in cui si ritrova espressamente menzionato l'istituto in esame, pur se designato con «locuzioni alquanto vaghe»¹⁶⁹.

Se ne legga anzitutto il testo.

Pomp. *l.s. enchir.* D.1.2.2.48-50: *Et ita Ateio Capitoni Massurius Sabinus successit, Labeoni Nerva, qui adhuc eas dissensiones auxerunt. hic etiam nerva caesari familiarissimus fuit. massurius sabinus in equestri ordine fuit et publice primus respondit: posteaque hoc coepit beneficium dari, a tiberio caesare hoc tamen illi concessum erat. Et, ut obiter sciamus, ante tempora Augusti publice respondendi ius non a principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant: neque responsa utique signata dabant, sed plerumque iudicibus ipsi scribebant, aut testabantur qui illos consulebant. primus divus Augustus, ut maior iuris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate eius responderent: et ex illo*

¹⁶⁵ Così M. BRUTTI, *L'indipendenza dei giuristi*, cit., 443.

¹⁶⁶ Assai scettico si dimostra D. NÖRR, *Pomponio o della intelligenza storica dei giuristi romani*, trad. it., in *RDR.*, II, 2002, 51, circa la possibile comprensione dei testi pomponiani anche in relazione alla loro difficoltosa tradizione: «il cattivo stato di conservazione dei testi impedisce di classificare con relativa sicurezza proprio Pomponio storico. Tuttavia anche se si ammettesse utopistico perfetto stato delle fonti sarebbe incerto in quale senso poter parlare di una comprensione della personalità di Pomponio».

¹⁶⁷ C.A. CANNATA, *Tura condere*, cit., 34.

¹⁶⁸ Così B. ALBANESE, *Appunti su D.1,2,2,48-50, e sulla storia dello 'ius respondendi'*, cit., 2: «L'unica testimonianza alquanto dettagliata sull'istituto dello *ius respondendi ex auctoritate principis*».

¹⁶⁹ Così B. ALBANESE, *Appunti su D.1,2,2,48-50, e sulla storia dello 'ius respondendi'*, cit., 3; già prima, nello stesso scritto B. ALBANESE, *Appunti su D.1,2,2,48-50, e sulla storia dello 'ius respondendi'*, cit., 2, ricordava: «in D. 1.2.2.48-50, salvo che in una occasione, peraltro importantissima, al *ius respondendi ex auctoritate principis*... si allude sempre con locuzioni che sembrano poco precise».

tempore peti hoc pro beneficio coepit. et ideo optimus princeps Hadrianus, cum ab eo viri praetorii peterent, ut sibi liceret respondere, rescripsit eis hoc non peti, sed praestari solere et ideo, si quis fiduciam sui haberet, delectari se populo ad respondendum se praepararet. Ergo Sabino concessum est a Tiberio Caesare, ut populo responderet: qui in equestri ordine iam grandis natu et fere annorum quinquaginta receptus est. huic nec amplae facultates fuerunt, sed plurimum a suis auditoribus sustentatus est.

Il testo ripropone «uno squarcio notissimo e tormentato»¹⁷⁰ e non è andato esente da sospetti di rimaneggiamenti¹⁷¹ che hanno dato luogo, nell'ambito di numerosi tentativi di aggiustamento, spesso giunti dappresso a riletture che hanno travisato il reale contenuto del brano, ad una gran copia di supposizioni. Sicché credo che colga appieno nel segno l'osservazione di Cannata, secondo il quale l'unico modo ragionevole – intendo dire metodologicamente – di trattare il testo di Pomponio consiste nel «depurarlo delle mende attribuibili a semplici errori della tradizione manoscritta, e poi di ragionare su quanto così ne risulta»¹⁷².

Anzitutto mi pare opportuno vederne brevemente il contenuto, in particolare per quello che riguarda il frammento 49. Pomponio ricordava che, prima dell'epoca augustea, il diritto di emettere pubblicamente, ossia in pubblico, i propri responsi non veniva concesso dai principi

¹⁷⁰ Così lo definisce significativamente M. BRETONE, *Tecniche e ideologie*, cit., 242. In adesione a Bretone (e in particolare alla correzione al testo ricordata in M. BRETONE, *Tecniche e ideologie*, cit., 241 ss.), anche A. SCHIAVONE, *Immagini del 'ius'*, cit., 128, ritiene «opportuno inserire “consultorum” dopo “iuris” nella prima frase» (in generale, nella stessa pagina Schiavone ritiene di dover sostenere che gli aspetti dell'esegesi di Bretone siano «tutti sostanzialmente da accogliere»). Del pari tormentato è apparso il passo a M. TALAMANCA, *Pom. sing. ench. D. 1.2.2.49*, cit., 5500.

¹⁷¹ A proposito v. B. ALBANESE, *Appunti su D.1,2,2,48-50, e sulla storia dello 'ius respondendi'*, cit., 2: «sono tre paragrafi che appartengono alla parte di D. 1.2 meno gravemente viziata, pur se non certo immune, dalle gravi carenze formali e imprecisioni sostanziali che si rivelano altrove».

¹⁷² C.A. CANNATA, *'Iura condere'*, cit., 36. Cannata, accogliendo la rilettura mommseniana pone in luce il fatto che la sola correzione davvero importante deve essere ravvisata nella sostituzione del *posteaque* con un *posteaquam*. La rilevanza della correzione risiede nel fatto che così com'è il testo lascia supporre che qualcosa sia caduto o che vi sia un'interpolazione, mentre con la sostituzione proposta da Mommsen si evita questa difficoltà. Come osserva C.A. CANNATA, *'Iura condere'*, cit., 37, lo scambio *posteaque/posteaquam* potrebbe derivare «da un errore materiale, e precisamente dallo scorretto scioglimento di un'abbreviazione. Infatti, nei manoscritti in onciale, che i compilatori usavano, tanto il *-que = et* quanto il *quam* finale sono spesso abbreviati in q, o con varianti diverse attorno a questa lettera».

(affermazione che, sia consentito dirlo, suona un tantino ovvia sol che si rammenti il fatto che prima di Ottaviano Augusto non v'era alcun principe in Roma¹⁷³), ma coloro che riscuotevano una chiara fama e godevano d'un evidente prestigio presso la collettività in relazione alle proprie competenze tecniche¹⁷⁴, rispondevano a quanti chiedevano loro un consulto; non si emettevano responsi sigillati¹⁷⁵ ma la maggior parte dei casi i giuristi scrivevano essi stessi ai giudici oppure agli stessi si forniva *testatio* in merito a quanto era stato oggetto dei loro responsi. Con Augusto si sarebbe dunque avuta un'innovazione, della quale non è possibile precisare le conseguenze pratiche¹⁷⁶, nel senso di introdurre, per l'appunto, il *ius respondendi* in virtù dell'autorizzazione del principe¹⁷⁷.

¹⁷³ Già B. ALBANESE, *Appunti su D.1,2,2,48-50, e sulla storia dello 'ius respondendi'*, cit., 2, evidenziava «una certa goffaggine espressiva», così spiegando la propria posizione (nt. 3): «il rilievo si riferisce al fatto che qui si dice che il *ius* in questione *ante tempora Augusti... non a principibus dabatur*, come se prima di Augusto fossero esistiti altri soggetti con il titolo di *princeps* con lo stesso valore tecnico».

¹⁷⁴ V. al riguardo B. ALBANESE, *Appunti su D.1,2,2,48-50, e sulla storia dello 'ius respondendi'*, cit., 3 nt. 6: «nel testo attuale un soggetto immediatamente connesso a *responderent* manca; bisognerebbe risalire a coloro *qui fiduciam studiorum suorum habebant*, cui si collegano *respondebant, dabant, scribebant*. Da qui, la possibilità formale della correzione, proposta dal Ferrini, *ut maior iuris <consultorum> auctoritas haberetur*».

¹⁷⁵ Erano cioè i responsi muniti della «garanzia rappresentata dal sigillo personale del rispondente, così M. BRUTTI, *L'indipendenza dei giuristi*, cit., 438.

¹⁷⁶ V., infatti, L. VACCA, *Contributo*, cit., 103, secondo la quale sulla scorta della sola lettura del passo pomponiano sarebbe «impossibile precisare quale sia stato il risultato pratico dell'introduzione del *ius respondendi*, e soprattutto spiegare perché, se l'innovazione fu introdotta da Augusto, la prima concessione di questo beneficio a Sabino venga attribuito a Tiberio». E prosegue l'autrice (L. VACCA, *Contributo*, cit., 104) «l'introduzione del *ius respondendi* ha sin dal momento iniziale un significato politico, che si risolve nell'esigenza di subordinare al potere imperiale la fonte del diritto costituita dall'interpretazione giurisprudenziale, senza alterarne il metodo casistico: quella che prima era solo un'autorità di fatto, riconosciuta dalla prassi, ora diventa un'autorità legale, riconosciuta e legittimata dall'autorità stessa dell'imperatore».

¹⁷⁷ Il passo prosegue, nella traduzione di B. ALBANESE, *Appunti su D.1,2,2,48-50, e sulla storia dello 'ius respondendi'*, cit., 5: «e per questo (et *ideo*) ora l'imperatore Adriano (che si parli di Adriano come imperatore vivente è provato dall'aggettivo *optimus*) ... in un rescritto ha detto che il *licere respondere* (è certo che vada sottinteso *ex auctoritate* dell'imperatore; notammo già la sommaria informazione del frammento anche a questo proposito) si suole concedere (spontaneamente, è da ritenere), non richiedere ...». Circa la contraddizione che denoterebbe il passo v. B. ALBANESE, *Appunti su D.1,2,2,48-50, e sulla storia dello 'ius respondendi'*, cit., 5 ss. Poi, osserva L. VACCA, *Contributo*, cit., 101: «il significato dell'introduzione del *ius respondendi ex auctoritate principis* va ricercato nell'esigenza che si pone in uno Stato centralizzato di controllare le fonti del diritto. E questo problema, nei confronti dei giuristi, che tradizionalmente costituivano un ceto autonomo, con una forte autorità di fatto, non poteva essere risolto

Al pari di quello gaiano, anche questo testo appare, come diremo subito, di assoluto interesse per la nostra ricerca dal momento che «qui non si discute in astratto di *ius*, né del sapere che lo interpreta e può crearlo, ma della concreta influenza che determinati giuristi sono in grado di esercitare sui giudici»¹⁷⁸, dato che in questo testo il giurista registra in modo chiarissimo «un rapporto diretto tra giureconsulti e *iudices*»¹⁷⁹. Come è stato messo ben in luce da Talamanca in un denso scritto comparso negli *Studi in onore di Luigi Labruna*¹⁸⁰, il testo di Pomponio mostra come in epoca repubblicana, prima della patente augustea, nella maggior parte dei casi (*plerumque*) fossero gli stessi giuristi mediante *epistula* a comunicare il proprio *responsum* al *iudex*¹⁸¹; poteva anche accedere – giusta la natura «mediale» del verbo *testari*¹⁸² – che la pur necessaria trasmissione al *iudex* avvenisse mediante una *testatio* del parere reso *domi*¹⁸³ dal giureconsulto «circondato dagli allievi ed *auditores*»¹⁸⁴, ossia mediante un atto di testimonianza «alla quale apponevano il sigillo non persone qualsiasi, se non addirittura raccoglitricce (ciò che, nel detto contesto sarebbe risultato ancora una volta ed in sommo grado disdicevole), bensì qualche amico, se del caso del richiedente stesso e sicuramente soggetti che appartenevano all’entourage del giurista, allievi ed *auditores*, se non, almeno qualche volta, il giurista stesso, il quale,

se non con il riferire la loro autorità ad una autorizzazione concessa dal principe stesso»; v. anche C.A. CANNATA, *Giurisprudenza romana*, cit., 41 ss.

¹⁷⁸ M. BRUTTI, *L’indipendenza dei giuristi*, cit., 440.

¹⁷⁹ A. PALMA, *Lo ‘ius controversum’*, cit., 65. V. anche in termini pressoché identici (forse un po’ più sfumati), U. VINCENTI, *‘Res iudicatae’*, cit., 11, secondo cui «è attestata, sempre nel *liber* pomponiano, l’esistenza di un rapporto, anche diretto, tra giureconsulti e *iudices*».

¹⁸⁰ Si tratta del già indicato M. TALAMANCA, *Pom. sing. ench. D. 1.2.2.49*, cit., 5499 ss.

¹⁸¹ M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, cit., 505, osservava che «l’*epistula* direttamente inviata dai *prudentes* ai giudici è sicuramente una forma nata nella giurisprudenza laica e rimasta, con tutta probabilità, di rilievo marginale»; difatti, nel contesto ove si situa, «non è agevole rendersi conto del modo in cui si sia affermato l’uso di comunicare i pareri con un’*epistula* inviata dal giurista ai giudici». Secondo lo stesso maestro, in analogia con la dinamica «*rescripta/subscriptions* imperiali» si potrebbe immaginare «che ciò fosse, in genere, dipeso dal fatto che il giudice privato si fosse rivolto al giurista mediante un’*epistula*».

¹⁸² M. TALAMANCA, *Pom. sing. ench. D. 1.2.2.49*, cit., *passim*.

¹⁸³ V. sul punto L. KOFANOV, *Il ruolo dei ‘responsa’ dei giuristi nella ‘disputatio forensis’*, cit., 73.

¹⁸⁴ M. TALAMANCA, *Pom. sing. ench. D. 1.2.2.49*, cit., 5556; in quella sede il giurista «avrebbe preso adeguata contezza del problema che poneva la *consultatio*».

presente, controllava che il suo parere fosse stato versato in modo corretto nella *testatio*»¹⁸⁵.

Anche nel *dictum* pomponiano si avverte «l'esigenza, a cui è ispirata la trattazione gaiana, di ridurre in unità dal punto di vista dogmatico le componenti del *ius civile* (nel suo senso più ampio), l'esigenza di riportare ognuna di quelle componenti alle sue radici»¹⁸⁶. Ciò che lo distanzia da Gaio, indipendentemente dalla ormai classica operazione di allineamento dei due testi¹⁸⁷, sta piuttosto nella differente valorizzazione della 'storia' e dell'evoluzione di ciascuna sfera normativa che permea il testo pomponiano, a differenza di quello più asciutto di Gaio: ogni sfera è, infatti, posta in relazione non con l'organo donde originava, bensì con la propria evoluzione nel tempo, dando luogo a «formazioni storiche distinte, in ciascuna delle quali si è cristallizzato un momento della vita della *civitas*»¹⁸⁸.

Il *ius* che si sostanziava nei *responsa* di cui parla qui Pomponio, o forse meglio la sua origine¹⁸⁹, va ricercato in un precedente passaggio dell'*Enchiridion* che risulta centrale nella sistematica del trattatello del giurista, ove si enucleano l'origine e i tratti distintivi della storia della giurisprudenza. Si tratta di quello che va considerato propriamente *ius civile*; ne parla il celeberrimo

¹⁸⁵ M. TALAMANCA, *Pom. sing. ench. D. 1.2.2.49*, cit., 5556.

¹⁸⁶ M. BREONE, *Tecniche e ideologie*, cit., 231 s.

¹⁸⁷ M. BREONE, *Tecniche e ideologie*, cit., 230. Ha ragione M. BREONE, *Tecniche e ideologie*, cit., 231, a ritenere significativo il contrasto tra le intonazioni dei due testi che, al di là delle similitudini immediate, divergono profondamente. Secondo lo studioso la comparazione tra i due testi consente di riscontrare un «tratto interessante della riflessione giuridica del II secolo dell'Impero». Da una parte, Gaio punta, come del resto in altri e celeberrimi luoghi (penso alla bipartizione delle fonti d'obbligazione), alla unificazione dogmatica svolta sulla base dei tratti comuni delle figure trattate (nel nostro caso l'individuazione dell'autorità da cui si dipana ciascuna fonte del diritto); dall'altro Pomponio pare volere restituire ognuna delle sfere normative delle quali tratta alla propria origine storica ed alla propria specificità. V. anche B. ALBANESE, *Appunti su D.1,2,2,48-50, e sulla storia dello 'ius respondendi'*, cit., 3, che ritiene rispetto alla lettera pomponiana, «più soddisfacente... nella sua estrema brevità, il cenno in Gai 1.7».

¹⁸⁸ M. BREONE, *Tecniche e ideologie*, cit., 231.

¹⁸⁹ V. infatti, F. GALLO, *Interpretazione e formazione*, cit., 26, secondo il quale assume rilievo il fatto che entrambe le enunciazioni (D. 1.1.2 5 e D. 1.2.2.12) delle quali l'autore si occupa, ricorrono nella prima parte dell'*Enchiridion* nella quale si tratta dell'*origo atque processus iuris*.

Pomp. *l.s. enchir.* D. 1.2.2.5: *His legibus latis coepit (ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem) necessariam ^ necessarium^ esse disputatione ^ disputationem^ fori. haec disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut ceterae partes iuris suis nominibus designantur, datis propriis nominibus ceteris partibus, sed communi nomine appellatur ius civile.*

Circa il contenuto del testo, già Kaser aveva messo in rilievo la stretta relazione intercorrente tra la *disputatio fori* e l'*auctoritas prudentium*¹⁹⁰. Questa relazione si individua sulla scorta del riferimento operato nel testo alla necessità della *disputatio fori* una volta adottata la legge delle Dodici Tavole, nonché sulla base dell'ulteriore accostamento, assai significativo, che subito dopo Pomponio compie tra la *disputatio fori* e il *ius quod sine scripto venit compositum a prudentibus*, vale a dire il vero e proprio *ius civile*. Pomponio è chiarissimo nell'indicare nella *disputatio fori* «un fattore che concorre alla formazione dello *ius civile*»¹⁹¹, seppure

¹⁹⁰ V. M. KASER, *Das Urteil als Rechtsquelle im römischen Recht*, in *Festschrift Fritz Schwind zum 65. Geburtstag*, Wien, 1978, 57, nt. 51, nonostante il grande romanista ritenga che «*disputatio fori* ist als technische Einrichtung sicher anachronistisch» (la citazione si ritrova nel luogo appena richiamato); v. U. VINCENTI, '*Res iudicatae*', cit., 10, secondo cui nel luogo citato, Kaser non rinnegherebbe «il nucleo di verità che è possibile cogliere dal brano pomponiano, in cui è attestata la diretta relazione tra la *prudentium auctoritas* e la *disputatio fori*»; v. anche A. PALMA, *Lo 'ius controversum'*, cit., 65 nt. 161, che, pur citando adesivamente lo stesso luogo dell'opera di Kaser e richiamando anche U. VINCENTI, '*Res iudicatae*', cit., 10 nt. 19, afferma col secondo che l'affermazione di quest'ultimo non implichi in modo immediato e necessario la natura istituzionale del riferimento alla *disputatio fori* contenuto nel testo pomponiano. Circa la rilevanza della *disputatio fori*, richiamo ancora U. VINCENTI, '*Res iudicatae*', cit., 10, nt. 19, in critica a M. CAMPOLUNGI, *Potere imperiale e giurisprudenza in Pomponio e in Giustiniano*, I, Roma, 1983, 141 ss., nt. 98, che ritiene, condivisibilmente, non accettabile la posizione della stessa Campolunghi, secondo cui «col trascorrere del tempo» essa «finisca con l'essere assorbita rispetto all'attività creatrice dei giuristi».

¹⁹¹ A. PALMA, *Lo 'ius controversum'*, cit., 65. È evidente che qui *ius civile* valga quale «insieme di opinioni, di dottrine e di massime che si sono venute formando proprio attraverso una tradizione giuridica controllata da esperti». V. anche G. PROVERA, *Il valore*, cit., 3, secondo cui «fino all'avvento del Principato fonte primaria per non dire esclusiva di formazione del diritto fu l'*interpretatio prudentium* ... Il diritto scaturiva dunque da questa *interpretatio* che non riguardava tanto il testo di leggi scritte, che erano pochissime, quanto piuttosto i dati offerti dalla quotidiana esperienza, alla continua ricerca della soluzione idonea a comporre secondo giustizia e quindi alla luce di una norma un conflitto di interessi vero oppure creato artificialmente dal giurista al solo scopo di trovare questa soluzione. La norma scaturiva pertanto da una risposta al caso

non esclusivo¹⁹², ed anzi nel designare il «rifluire della *interpretatio prudentium* nella *disputatio fori*»¹⁹³. Come ha efficacemente riassunto Pia Starace, nel passo anzi richiamato, «Pomponio ripercorre il progressivo accrescersi e consolidarsi del *ius civile* a partire dalla emanazione delle XII Tavole, secondo uno svolgimento ininterrotto, senza cesure, attraversato da un filo rosso»¹⁹⁴. Secondo l'autrice, assai significativamente, il rapporto

concreto: si parla perciò comunemente con riguardo a questa esperienza di diritto giurisprudenziale, intendendosi per giurisprudenza non già, come oggi avviene, l'insieme dei giudici, bensì quello dei giuristi e dei loro pareri».

¹⁹² Lo osserva acutamente F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, Torino, 1993, 27, per il quale «Pomponio... non intese certo dire che *ius* derivò esclusivamente dall'*interpretatio prudentium*». Osterebbero a questa constatazione diversi rilievi, primo fra tutti «il fatto che la relativa *compositio* appare collegata tramite la *disputatio fori* alle XII Tavole» ed in secondo luogo «l'esplicita affermazione che esso *fluere coepit* dalle medesime» (così F. GALLO, *Interpretazione e formazione*, cit., 27 s.). V. ancora F. GALLO, *Interpretazione e formazione*, cit., 28, secondo il quale il verbo *componere*, che Pomponio impiega nel proprio passo, non sia idoneo completamente «ad esprimere il concetto di creazione»; ciò si desumerebbe da un serrato confronto con un passo dello stesso Pomponio nel quale lo stesso verbo è impiegato fuori da qualsiasi riferimento ad un'attività creatrice; si legga Pomp. *l.s. enchir. D. 1.2.2.2: Postea aucta ad aliquem modum civitate ipsum Romulum traditur populum in triginta partes divisisse, quas partes curias appellavit propterea quod tunc reipublicae curam per sententias partium earum expediebat. et ita leges quasdam et ipse curiatis ad populum tulit: tulerunt et sequentes reges. quae omnes conscriptae exstant in libro Sexti Papirii, qui fuit illis temporibus, quibus superbus demarati corinthii filius, ex principalibus viris. is liber, ut diximus, appellatur ius civile Papirianum, non quia Papirius de suo quicquam ibi adiecit, sed quod leges sine ordine latas in unum composuit*; fuori dal contesto pomponiano v. in senso analogo, Gai 4.11: *Actiones, quas in usu ueteres habuerunt, legis actiones appellabantur uel ideo, quod legibus proditae erant, quippe tunc edicta praetoris, quibus complures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur, uel ideo, quia ipsarum legum uerbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges obseruabantur. unde eum, qui de uitibus succis ita egisset, ut in actione uites nominaret, responsum est rem perdidisse, quia debuisset arbores nominare, eo quod lex XII tabularum, ex qua de uitibus succis actio competeret, generaliter de arboribus succis loqueretur*.

¹⁹³ Così P. STARACE, *Giudici e giuristi*, cit., 28. V. anche A. PALMA, *Lo 'ius controversum'*, cit., 65, per cui «l'*interpretatio prudentium* rifluisce nella *disputatio fori* costituendo così il *ius civile* ed alimentandolo nella loro costante interazione». Circa l'*interpretatio* dei *prudentes* v. L. VACCA, *La giurisprudenza*, cit., 57, per la quale essa «è qualcosa di più e di diverso della mera 'interpretazione' del diritto vigente, nell'accezione in cui il moderno giurista continentale è abituato a considerare questo termine. Il carattere 'creativo' di questa giurisprudenza è peraltro quasi un luogo comune della letteratura romanistica, ed altrettanto si può dire per l'affermazione che il metodo utilizzato dai giuristi è un metodo casistico».

¹⁹⁴ P. STARACE, *Giudici e giuristi*, cit., 29; v. anche L. VACCA, *Contributo*, cit., 98, che mette in rilievo il fatto che «è vero che la codificazione delle XII Tavole, all'inizio dell'età repubblicana, rappresenta la creazione di una base 'certa' di diritto, che, come altre, almeno in un primo momento, limita necessariamente il fenomeno della creazione

tra giurisprudenza (ed in particolare tra «l'attività interpretativa dei giuristi») e giudici si sarebbe configurato quale vero e proprio «scambio osmotico» che rimase quale «punto fermo lungo la repubblica e per tutto il corso del principato» sia pure con «connotazioni differenti»¹⁹⁵. Del resto, a conferma della validità della posizione appena ricordata, va osservato che nel testo è evidente la stretta vicinanza dei concetti, resa esplicita anche dalla contiguità dei diversi termini che sembrano assumere una certa armonica unità.

Credo abbiano ragione coloro¹⁹⁶ che hanno letto un'endiadi nella pregnante formula *haec disputatio et hoc ius*, volta a designare nel suo complesso «una componente rilevante del *ius civile*»¹⁹⁷. Affermare che la *disputatio fori* e l'*interpretatio prudentium* si compenetrano in un'endiadi, espressione della giurisprudenza più matura¹⁹⁸, significa, a mio giudizio,

fattuale del *ius*, per cui il magistrato ed i giureconsulti sono chiamati a tener conto di un complesso normativo determinato, che condiziona la loro attività; ma come abbiamo visto, questo fenomeno, da un lato, non comporta il venir meno del carattere discrezionale dell'attività giurisprudenziale, e, dall'altro, non impedisce l'apporto dell'*interpretatio* giurisprudenziale, che, pur presentando un carattere formalistico, appare tutt'altro che sterile»; v. anche, citati dalla stessa autrice, F. SCHULZ, *Storia*, cit., 53 ss.; C.A. CANNATA, *La giurisprudenza romana*, Torino, 1974, 16 s.

¹⁹⁵ P. STARACE, *Giudici e giuristi*, cit., 29.

¹⁹⁶ V. M. BRUTTI, *L'indipendenza dei giuristi*, cit., 422, nt. 36, che, tenendo conto che D. 1.2.2.5 prosegue il discorso relativo alle XII Tavole, puntualizza che «l'endiadi *haec disputatio et hoc ius* riassume i caratteri (legame con il processo, attività intellettuale che crea diritto) propri di una giurisprudenza più matura»; P. STARACE, *Giudici e giuristi*, cit., 29; v. anche S. TONDO, *Aspetti del principato e dell'ordinamento in Roma. Lezioni*, Milano, 1991, 213, secondo cui «a preferenza di ogni altro, proprio questo *ius* della disputazione forense che veniva a crescere in una coerente accumulazione di regole giurisprudenziali, ebbe ad attestarsi, sino a condividerne in funzione antonomastica il nome comune, a *pars* dello stesso *ius civile*». V., inoltre, con una differente sfumatura, G. PUGLIESE, *Diritto e processo*, cit., 18, secondo cui «Pomponio, con l'ottica del giurista vede essenzialmente l'*interpretatio* giurisprudenziale, ma incidentalmente menziona pure la *disputatio fori*». Circa la *disputatio fori* si è intrattenuto anche L. KOFANOV, *Il ruolo dei 'responsa' dei giuristi nella 'disputatio forensis'*, cit., 76, in riferimento a D. 1.2.2.5: «la *disputatio fori* qui sembrerebbe intesa da Pomponio come una tipologia di diritto non scritto, formatosi grazie all'interpretazione di norme della Legge delle XII Tavole da parte di autorevoli giuristi, i quali, senza dubbio, sono stati anche pontefici, e la cui attività nel campo del diritto privato, nel corso di 100 anni dopo la pubblicazione di tali leggi, viene descritta da Pomponio subito dopo il testo citato».

¹⁹⁷ P. STARACE, *Giudici e giuristi*, cit., 29, con la significativa specificazione per la quale «la locuzione *ius civile* viene qui adoperata con un'accezione diversa da quella che la identifica con l'ordinamento cittadino nella sua dimensione privatistica»; qui *ius civile* altro non intende se non «l'insieme di opinioni, di dottrine e di massime che si sono venute formando proprio attraverso una traduzione giuridica controllata da esperti».

¹⁹⁸ In questi termini v. M. BRUTTI, *L'indipendenza dei giuristi*, cit., 422, nt. 33.

cogliere un aspetto di tutta rilevanza nell'ambito del quadro che stiamo componendo in quanto essa avvicina due polarità che, come già molte volte ho ricordato, parrebbero doversi ritenere incompatibili. È stato scritto in riferimento alla grande importanza che ebbero in Roma le opinioni di quegli insigni giureconsulti, che «in questo mirabile insinuarsi della scienza giuridica nella pratica giudiziaria dobbiamo certamente vedere una delle ragioni fondamentali che condussero alla costruzione del più maestoso fra i sistemi giuridici, per opera di quei giureconsulti immortali, la cui voce risuona ancora autorevole in tutto il mondo civile»¹⁹⁹. La *disputatio fori*, intesa quale prassi giudiziale, per come appare dallo studio dei non moltissimi testi retorici, appare del tutto differente rispetto allo scenario che tradizionalmente ad essa si associa, in quanto (come vedremo a breve) essa in realtà pare assai bene accostarsi a quanto, viceversa copiosamente, è noto relativamente all'*interpretatio prudentium*. L'elemento comune, che consente la compenetrazione dei due momenti non può che essere individuato in quel *ius civile*, inteso nel senso di specifico «'formante' giurisprudenziale»²⁰⁰ degli *iura populi Romani* – a voler utilizzare un'espressione gaiana – caratterizzato, a ben guardare da un «continuo vaglio nei giudizi» nel corso dei quali i giudici «potevano trovarsi nella difficoltà di scegliere fra indirizzi contrastanti»²⁰¹.

Come, con grande suggestione, ha scritto la Starace in tempi recenti, «l'intreccio tra *interpretatio prudentium* e *disputatio fori* nel dare vita e linfa alla tradizione civilistica, è indiscutibile, al punto che per Pomponio il *ius civile communi nomine* le include e si identifica in quelle stesse»²⁰². Nell'esprimere la mia adesione a questa impostazione, non mi pare inutile ricordare come, nelle proprie linee essenziali, essa metta capo alla riflessione condotta suo tempo da Salvatore Tondo che non esitava a discorrere di un «*ius* della disputazione forense che veniva a concretere in una coerente accumulazione di regole giurisprudenziali»²⁰³ fino ad assurgere, come la lettera dell'*Enchiridion* conferma al di là dei dubbi, a *pars* dello stesso *ius civile*, nella propria accezione più stretta e tecnicistica.

¹⁹⁹ Così, non privo di una certa enfasi, A. CHECCHINI, *I 'consilarii' nella storia della procedura*, in ID., *Scritti giuridici e storico-giuridici*, II, Padova, 1958, 8.

²⁰⁰ Così lo definisce, specificando che oggi esso sarebbe denominato «dottrinale», D. MANTOVANI, *'Iuris scientia' e 'honores'*, cit., 619.

²⁰¹ P. STARACE, *Giudici e giuristi*, cit., 29 s.

²⁰² P. STARACE, *Giudici e giuristi*, cit., 30.

²⁰³ S. TONDO, *Aspetti del principato*, cit., 213.

Ora è evidente che, per interagire in tale guisa, il *ius* proveniente dalla *disputatio fori* necessariamente doveva presentare, almeno in parte, analoga natura rispetto a quello discendente dalla *interpretatio prudentium*. Io credo che, qualora la *disputatio fori* avesse generato *ius* esso sgorgasse nella e dalla prassi sotto lo sguardo attento e vigile della giurisprudenza, pena, in assenza di simile vaglio, un'incomunicabilità netta – e, si potrebbe dire, ontologica – tra il prodotto di una scienza raffinata (e certamente era, nell'epoca vissuta da Pomponio, raffinatissima) ed il risultato di un'attività laica e, per giunta, il più delle volte occasionale, svolta dal giudice privato.

In riferimento alle differenze che tale rapporto evidenziò lungo il torno di tempo che abbiamo indicato con le parole della Starace nei paragrafi che precedono, secondo Schiavone, Pomponio disegnerebbe qui una vera e propria «storia dell'attività rispondente dei giuristi caratterizzata da discontinuità profonde»²⁰⁴ il cui filo conduttore andrebbe individuato nella locuzione latina ricorrente nel brano, *fiducia sui* e nella sua alterna «fortuna»²⁰⁵ quale fondamento dell'attività rispondente della giurisprudenza.

La caratura tecnica dei giuristi in epoca repubblicana era di per se stessa sufficiente a costituire fondamento per il *respondere* della giurisprudenza che si poneva con i propri interlocutori (pretori, avvocati, ma soprattutto – ai nostri fini – giudici) in un «rapporto diretto ed immediato»²⁰⁶. Il fondamento della fiducia nei confronti dei giureconsulti – *fiducia sui* – «si dilegua»²⁰⁷ con l'introduzione del *ius publice respondendi*: nel rapporto tra gli interlocutori 'istituzionali' del giurista e lo stesso giureconsulto si frappone «la volontà imperiale, in una discrezionalità che sovrasta ogni altra valutazione»²⁰⁸. Infine, con Adriano si sarebbe avuto una sorta ritorno al passato²⁰⁹ in cui la patente imperiale

²⁰⁴ A. SCHIAVONE, *Immagini del 'ius'*, cit., 129.

²⁰⁵ A. SCHIAVONE, *Immagini del 'ius'*, cit., 129.

²⁰⁶ A. SCHIAVONE, *Immagini del 'ius'*, cit., 129.

²⁰⁷ A. SCHIAVONE, *Immagini del 'ius'*, cit., 129.

²⁰⁸ A. SCHIAVONE, *Immagini del 'ius'*, cit., 129.

²⁰⁹ Forse con una possibile forzatura, A. SCHIAVONE, *Immagini del 'ius'*, cit., 129, definisce la svolta adrianea quale «una specie di restaurazione repubblicana». *Contra*, infatti, v. N. PALAZZOLO, *Il 'princeps', i giuristi, l'editto*, cit., 290 s., che ha parlato di «burocratizzazione della giurisprudenza» con notevole contrasto rispetto alla pretesa restaurazione repubblicana; secondo l'autore «il periodo storico che si apre con l'avvento al principato di Adriano è caratterizzato, infatti, da una politica centralizzatrice, che è il

avrebbe assunto la funzione di «riconoscere una condizione che il giurista deve essersi già guadagnata»²¹⁰.

Non è inutile ricordare come le *partes iuris*, che Pomponio aveva descritto nella loro articolazione storica, siano poi dallo stesso giurista «raccolte in sistema»²¹¹ in un ulteriore frammento dell'*Enchiridion*, parimenti conservato dai compilatori nel medesimo titolo del Digesto.

Pomp. *l.s. enchir.* D. 1.2.2.12: *Ita in civitate nostra aut iure, id est lege, constituitur, aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit, aut sunt legis actiones, quae formam agendi continent, aut plebi scitum, quod sine auctoritate patrum est constitutum, aut est magistratum edictum, unde ius honorarium nascitur, aut senatus consultum, quod solum senatu constituyente inducitur sine lege, aut est principalis constitutio, id est ut quod ipse princeps constituit pro lege servetur.*

Nel testo, il giurista non si limita, secondo Bretone, a riassumere il contenuto dei passaggi precedenti, «ma in qualche modo attualizza, presentandole in un quadro organico, le distinte *partes iuris*»²¹². Appare evidente fin dalla semplice lettura del primo passo pomponiano richiamato, come il portato immediato di quanto narrato dal giurista riguardi il momento processuale, ossia la capacità di influenzare direttamente i giudici²¹³. In realtà, il passo pomponiano pone in evidenza un concetto necessario alla comprensione del meccanismo con il quale i giuristi influenzavano i giudicanti. Si tratta, come è noto e già anticipato, del concetto di *auctoritas* che appare un pilastro essenziale attorno al quale il giurista costruisce la propria architettura del *ius civile*, inteso quale

riflesso di una concezione radicalmente nuova del potere imperiale della stessa struttura dello Stato, e che ha i suoi cardini, da un lato, nelle forme di manifestazione dell'attività imperiale, e strettamente connessa con questa, nella riorganizzazione della cancelleria imperiale e nella fine repentina dell'attività edicente dei pretori»; in conclusione il principato di Adriano avrebbe segnato la «fine della giurisprudenza libera, del ruolo autonomo del giurista».

²¹⁰ A. SCHIAVONE, *Immagini del 'ius'*, cit., 129.

²¹¹ M. BREONE, *Motivi ideologici dell'Enchiridion di Pomponio*, in *Labeo*, XI, 1965, 12 s.

²¹² M. BREONE, *Motivi ideologici dell'Enchiridion*, cit., 13.

²¹³ Come nota A. PALMA, *Lo 'ius controversum'*, cit., 67, «il *responsum* poteva condizionare il *iudex* ed il *iudicatum* da questi reso, unicamente grazie alla *iuris auctoritas* del *prudens*». V. anche, quasi testualmente, U. VINCENTI, *Res iudicatae*, cit., 11.

diritto non scritto che procede dall'interpretazione scientifica della giurisprudenza.

Come ha osservato Massimo Brutti, in questa cornice si colloca l'autorità imperiale che indirettamente agisce sulla dinamica processuale operando in via diretta sull'autorità dei giuristi, accrescendo quella di taluni di loro, i cui pareri sarebbero stati d'allora in avanti vincolanti per i soggetti istituzionalmente chiamati ad essere parte del processo *per formulas*. Precisamente, «il *princeps* conferiva un peso preponderante, sia nel rapporto con i magistrati giudicanti sia in ultima analisi nel momento finale del processo, alle scelte normative degli autori dal lui selezionati, che avevano la sua stima e la sua protezione»²¹⁴.

Ma diversissimo appare il testo pomponiano rispetto a quello tratto dalle gaiane *Institutiones*, il loro «contrasto non potrebbe essere più violento»²¹⁵: se in Gaio è sicuramente il sovrano, da cui promana il permesso concesso ai giuristi (*permissum est*, indipendentemente), in Pomponio sembra quasi di assistere ad una «rigenerazione del diritto giurisprudenziale, pienamente legittimato da un potere imperiale che sceglie, dopo qualche oscillazione, di confinarsi sullo sfondo»²¹⁶.

5. L'«*auctoritas*» dei giuristi romani, dal primo secolo a.C. al principato.

A ben vedere il testo di Pomponio consente di operare un confronto di notevole rilevanza proprio tra il periodo immediatamente precedente la riforma augustea del *ius publice respondendi* e quello successivo, del quale la dottrina ritiene riferisca anche il testo gaiano. Il confronto attiene a un elemento che appare centrale nel primo periodo di tempo del quale si diceva e del quale è possibile rincorrere le tracce anche per ciò che attiene alla trasformazione cui lo sottopose il principe. Tale elemento è l'*auctoritas* che viene designata nel testo pomponiano mediante una perifrasi contenente l'evidente riferimento alla *fiducia studiorum*. Nell'*auctoritas*, in altri termini, si troverebbero quelle che Mantovani denominava «le ragioni che conferivano alle opinioni dei giuristi la

²¹⁴ M. BRUTTI, *L'indipendenza dei giuristi*, cit., 440.

²¹⁵ A. SCHIAVONE, *Immagini del 'ius'*, cit., 129.

²¹⁶ A. SCHIAVONE, *Immagini del 'ius'*, cit., 129. Vale rimarcare anche il fatto che, secondo L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, 5 ss., il testo di Pomponio sarebbe uno di quelli nel cui ambito si percepisce in modo più chiaro la sussistenza di una chiara coscienza del *ius* come prodotto dell'*interpretatio*, il che equivale ad una sorta di 'autocoscienza' della stessa giurisprudenza.

capacità di imporsi, nell'immediato e nel lungo periodo, ai loro destinatari, vale a dire le ragioni che garantivano a esse quell'elevato grado di probabilità di orientare i comportamenti dei *cives*, in cui consiste l'effettività del diritto giurisprudenziale»²¹⁷. Infatti, prima dell'introduzione del *ius publice respondendi*, «il *responsum* poteva condizionare il *iudex*... unicamente in grazia della *iuris auctoritas* del rispondente»²¹⁸. Questo confronto non attiene, come potrebbe sembrare, esclusivamente a questioni e problemi di teoria generale, ma si gioca, a mio credere, sul terreno processuale, ed in modo particolare sul terreno della fase *apud iudicem*.

Come è noto, il giurista repubblicano, lo dice lo stesso giurista dell'*Enchiridion*, non otteneva la propria posizione di giureconsulto – di *conditor iuris*, si potrebbe dire mutuando il lessico di Gai 1.7 – se non in relazione alla propria accertata capacità tecnica. Il che, tuttavia, può sembrare dappresso una formula vuota laddove ci si limiti a considerare un'attività intellettuale sprovvista di qualsivoglia risvolto pratico. Come è stato detto, e come anch'io ho ripetuto provandomi di farne tesoro nelle pagine precedenti spese a commento del testo gaiano, il prodotto della giurisprudenza non è, o almeno non lo è in modo esclusivo, destinato al circuito delle pure idee, della pura accademia²¹⁹. Per ciò che riguarda i responsi, che erano certamente una parte assai consistente nell'attività del giurista della tarda repubblica, se si vuole cercare di riempire di significato il concetto di *auctoritas*, intesa nel senso di comprovata capacità tecnica del giurista che garantiva una fiducia nei confronti dello stesso da parte del corpo sociale, è evidente che, essendo il diritto una scienza pratica, l'autorevolezza di ciascun giureconsulto trovava il proprio privilegiato terreno di affermazione proprio nell'agone processuale, tanto nella fase *in*

²¹⁷ D. MANTOVANI, '*Iuris scientia*' e '*honores*', cit., 619. Proseguendo con il limpido ragionamento di Mantovani si tratta di «stabilire quali ragioni spingessero le parti private a conformare alle opinioni dei giuristi i propri comportamenti nella sfera del diritto, i magistrati ad esercitare in conformità a esse la funzione giurisdizionale, *iudices* a tradurle in sentenze vincolanti per le parti processuali, i giuristi contemporanei e successivi a farle proprie»

²¹⁸ Così U. VINCENTI, '*Res iudicatae*', cit., 11.

²¹⁹ Si tratta di un'illuminante riflessione di V. A. PALMA, *Lo 'ius controversum'*, 34, che richiamo nuovamente, secondo la quale lo stesso «giurista è ben consapevole, in realtà, che il suo *responsum* non è una elaborazione destinata per sua natura all'accademia, al circuito delle idee, ma piuttosto uno schema teorico inteso a risolvere una specifica controversia e che proprio in vista di questo scopo richiede l'accoglimento da parte del *iudex privatus*».

iure, quanto in quella *apud iudicem*.

Sotto questo profilo, Salvatore Tondo ha osservato come i giuristi, quali «portatori di un alto sapere tecnico ... risultavano dotati, anche di fronte ai giudici, d'un prestigio incomparabilmente superiore»²²⁰, dovuto in larga parte, come è stato autorevolmente sostenuto, a «preminenza di ingegno» nonché a «bontà ed equità di soluzioni»²²¹. Certo, non è possibile dimenticare come il ceto sociale²²² possa aver giocato un ruolo rilevante nella costruzione dell'autorevolezza dei giuristi dell'epoca²²³: «il

²²⁰ S. TONDO, *Aspetti del principato*, cit., 212; secondo questo autore tale prestigio sarebbe precisamente l'*auctoritas* di cui godevano i *prudentes*. Circa l'estrazione del giudice, v. A. BURDESE, *Sulla responsabilità del 'iudex privatus' nel processo formulare*, in *Diritto e processo nella esperienza romana*, cit., 185, discorreva di classi sociali simili, e quindi di «normale appartenenza del giudice ad elevati ceti sociali»; v. anche P. COLLINET, *Le rôle des juges dans la formation du droit romain classique*, in *Recueil Gényn*, I, Paris, 1934, 25: «mais, qu'il soit choisi au gré des parties ou qu'il soit pris sur sur l'*album iudicum*, le *iudex unus* normalement ne rena pas un homme quelconque. Au premier cas les parties ne s'en remettraient pas à un homme sans connaissance juridique ou au moins sans l'expérience des affaires ou sans culture, pas plus quel es plaideurs d'aujourd'hui ne prendraient pour arbitre le premier venu. Au second cas, les jurés de l'*album* sont pas leurs titres même, des personnages qualifiés et ayant, comme les Romains bien nés, étudié le droit ou au moins la rhétorique». Lo stesso P. COLLINET, *Le rôle des juges dans la formation du droit romain classique*, cit., 30, nt. 7, metteva a partito una lista di giudici che si ritrova O.E. HARTMANN, *Der 'ordo iudiciorum' und die 'iudicia extraordinaria' der Römer*, hrsg. von Ubbelohde, Göttingen, 1886, 557 ss., ed osservava come nella lista stessa figurassero nomi quali Marco Porcio Catone, Caio Aquilio Gallo, Marco Tullio Cicerone, Aulo Gellio, facendo emergere «uno scenario di personaggi di altissimo ordine e di primo profilo: uomini di legge, colti famosi, potenti. Questo sembrerebbe confermare in pieno l'ipotesi di giudici civili contraddistinti sempre da alto status sociale e da competenza giuridica» (così L. GAGLIARDI, *La figura del giudice privato nel processo civile romano. Per un'analisi storico-sociologica sulla base delle fonti letterarie [da Plauto a Macrobio]*, in *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, a cura di E. Cantarella e L. Gagliardi, Milano, 2007, 201).

²²¹ Così F. CANCELLI, *Sul presunto 'ius respondendi'*, cit., 554, che così compiutamente si esprime: «insomma, la giurisprudenza ... si imponeva per preminenza di ingegno, e per bontà ed equità di soluzioni, per il caso concreto ed era poi in generale consolidata dall'assenso di altri giuristi e convalidata dall'uso e dalla accettazione che se ne faceva dai cittadini»; v. sul punto, anche V. SCIALOJA, *Procedura civile romana. Esercizio e difesa dei diritti*, cit., 170.

²²² V. G. BROGGINI, *L'arte forense di Cicerone*, cit., 112, che ricorda come se «fin dai suoi inizi pontificali, la scienza giuridica romana è riservata ad una rispettata corporazione di nobili» e parimenti «anche dopo la sua laicizzazione, essa rimane pur sempre segreta e legata alla condizione dei giuristi ... compito del *peritus*, del sapiente è soprattutto quello di impartire consigli che si impongono tanto per la personale *auctoritas* del distinto e stimato nobile, quanto per la forza del loro contenuto».

²²³ Cfr. L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, cit., 23, secondo cui il *iudex* era «chiamato a giudicare... dalla fiducia dei suoi concittadini impegnati nel litigio». Sostengono che il giudice fosse appartenente normalmente ad elevati ceti sociali, P.

patrimonio relazionale, come la discendenza da famiglie prestigiose, l'aver rivestito cariche pubbliche»²²⁴ saranno stati fattori idonei a facilitare l'attività del giurista classico, ma io credo abbiano ragione quanti in dottrina hanno ritenuto come il suggello definitivo dell'*auctoritas* del giurista non potesse che provenire dalla prassi. In altri termini, non sarebbe «realistico»²²⁵ ritenere che fosse esclusivamente la pur fondamentale preparazione tecnica ed astratta ad attribuire al giurista il proprio *status*, allo stesso modo in cui non appare probabile che fosse esclusivamente il ceto a garantire la sua credibilità innanzi al corpo sociale che lo interrogava.

Credo anch'io che una componente «essenziale» concorrente a formare l'*auctoritas* del giurista fosse «il riscontro della bontà e dell'efficacia del *responsum* formulato»²²⁶, ossia, il successo della linea argomentativa proposta nell'agone processuale. Come ha osservato Vincenti, in uno studio comparso in una collezione di ricerche dedicate a Filippo Gallo, non sarebbe inverosimile ritenere che i giuristi avessero

COLLINET, *Le rôle des juges dans la formation du droit romain classique*, cit., 25 s.; B.W. FRIER, *The rise of the Roman jurists. Studies in Cicero's 'pro Caecina'*, Princeton, 1985, 199; A. BURDESE, *Sulla responsabilità del 'iudex privatus' nel processo formulare*, cit., 185. Propone di recente un'indagine ben differente sui caratteri del giudice privato romano, L. GAGLIARDI, *La figura del giudice privato nel processo civile romano*, cit., 199 ss., secondo il quale «vi sono fonti letterarie, le quali – ovviamente in modo non sempre tecnico – rischiarano alcuni aspetti del processo civile romano e consentono di ricavare molte ulteriori informazioni sul giudice, permettendo di aggiungere qualche altro nome o qualche altra figura di giudicante in calce alla lista di Collinet» (è la lista di Hartmann richiamata da P. COLLINET, *Le rôle des juges dans la formation du droit romain classique*, cit., 30, nt. 7). Secondo L. GAGLIARDI, *La figura del giudice privato nel processo civile romano*, cit., 201, queste fonti (v. ad es. Plaut. *Merc.* 278-280; *Rud.* 35 ss.; 127; Ter. *Heaut.* 498-502; Cic. *Verr.* 2.3.11.28; 2.3.21.54; Mart. 6.19) «presentano indizi che lasciano sospettare l'esistenza di un mondo di giudici parallelo a quello che emerge dalla tradizione letteraria colta: un mondo che possiamo chiamare il 'mondo sommerso' dei giudici». Tale mondo sommerso costituirebbe un vero e proprio «sottobosco», che si sarebbe contrapposto alla presenza dei giudici di differente rango: si avrebbero «da un lato, attestazioni di profonda stima, fiducia, integrità morale, dall'altro immagini descrittive e concrete di giudici reali, che perdono quell'aura di perfezione morale e si rivelano se non di bassi costumi, almeno capaci di comportamenti non incensurabili»; onde, chiosa lo studioso, occorrerebbe ritenere che «la vera figura del giudice non sia la sintesi da ricavarsi dai due estremi, ma anzi che i due estremi fossero entrambi reali. Insomma, i giudici romani dovevano essere eterogenei, potevano appartenere a ciascuna delle classi sociali, potevano essere ricchi o poveri, colti o incolti, urbani o rustici».

²²⁴ A. PALMA, *Lo 'ius controversum'*, cit., 67.

²²⁵ A. PALMA, *Lo 'ius controversum'*, cit., 67.

²²⁶ A. PALMA, *Lo 'ius controversum'*, cit., 67.

«sollecitato o, anche, cercato di costruire in qualche modo il *consensus* dei giudici»²²⁷; secondo Vincenti, in una linea di pensiero forse sul punto meno condivisibile, per i giuristi «il foro avrebbe rappresentato una via attraverso la quale poteva avvenire il passaggio dallo *ius controversum* allo *ius receptum*»²²⁸, o comunque il luogo, mi sentirei di aggiungere, nel quale si manifestava in modo persino plastico la vera natura del *ius controversum* di per se stesso. Infatti, tenendo a mente le penetranti osservazioni di Talamanca secondo il quale «nel *ius controversum* tutti i “pareri” dei giuristi erano diritto»²²⁹ pur quando non si fosse giunti all’individuazione di una ‘opinione condivisa’, è possibile pensare che proprio la prassi giudiziaria (e proprio le *res iudicatae*), con i suoi esiti incerti, non scontati e non formali²³⁰, contribuì a scernere le posizioni sulle quali si era concentrato il maggior consenso (relativo) da quelle che, pur prospettate dalla giurisprudenza, non avevano trovato un riscontro sufficiente nel foro²³¹. Di talché si potrebbe arrivare a sostenere che «quella che passò alla

²²⁷ U. VINCENTI, *Res iudicatae*, cit., 12; secondo S. TONDO, *Aspetti del principato*, cit., 213, l’autorevolezza del giurista sarebbe derivata al medesimo in considerazione non di ogni attività svolta dallo stesso, bensì in ragione del successo riscontrato in sede processuale.

²²⁸ U. VINCENTI, *Res iudicatae*, cit., 12. In senso analogo M. MARRONE, *Contributo allo studio della motivazione della sentenza nel diritto romano*, in *Mélanges en l’honneur de C.A. Cannata*, Genève, 1999, 64 s., per il quale la prassi di motivare le sentenze, assunto del quale l’autore fornisce notevoli argomenti nel contributo appena indicato, «dovette stimolare i giuristi a prospettare questioni e problematiche nuove, quanto meno – come sembra emergere dalla maggior parte dei testi ... – a proposito di autorità del giudicato e di *exceptio rei iudicatae*». Con il passaggio al *ius receptum* vi sarebbe stato una sorta di obbligo, che viene riportato dalle fonti di età ciceroniana, per il giudice di conformarsi a ciò che era *ius receptum*. V. Cic. *orat.* 1.57.241 e *Caec.* 25.72. Secondo F. GALLO, *La recezione ‘moribus’*, cit., 5, il fenomeno della recezione consisterebbe «in un modo di produzione del diritto operante in Roma nell’epoca repubblicana e primo imperiale. Era caratterizzata dal concorso della *interpretatio* dei giuristi che elaboravano e indicavano la regola da seguire, la *formula* da pronunciare, l’atto da compiere e la relativa accettazione col comportamento concreto (*rebus ipsis et factis*) da parte dei consociati».

²²⁹ M. TALAMANCA, *Il ‘Corpus iuris’*, cit., 211, secondo il quale, tra l’altro, tali erano «in quanto astrattamente applicabili senza che nessuno potesse imputare al giudice, che avesse scelto o l’uno o l’altro, di aver deciso *contra ius*». Sulla responsabilità del giudice v. R. SCEVOLA, *La responsabilità del ‘iudex provatus’*, Milano, 2004.

²³⁰ V. G. PUGLIESE, *Diritto e processo*, cit., 18, e *infra* in questo paragrafo.

²³¹ Seguo il ragionamento di U. VINCENTI, *Res iudicatae*, cit., 12, secondo cui rispetto al consolidarsi di una opinione destinata a diventare *ius receptum*, «ove però il contrasto fosse persistito, si potrebbe anche pensare che le *res iudicatae* svolgessero la funzione di selezionare, tra le opinioni in concorso, quelle non isolate o di scarsa autorità,

storia come *interpretatio prudentium* è da ritenersi soltanto quella che riuscì a superare il filtro dei giudici»²³²: ben differente sarebbe stata, allora, la fisionomia dei giudici, i quali «adottando ogni tanto concordemente la soluzione di una scuola piuttosto che quella dell'altra o anche, in ipotesi, una terza soluzione, furono in grado, certo in non pochi casi, di restringere l'ambito del *ius controversum* e di divenire direttamente fonti del diritto»²³³.

Una testimonianza in merito, tratta da Gellio e riferibile alla prima fase del principato, sembra confermare che i giudicati fossero oggetto di attenzione da parte dei giuristi. Il brano dimostra come Masurio Sabino si rivolgesse alle sentenze dei giudici, non soltanto alle opinioni dei giuristi precedenti.

Gell. 11.18.12-14: *Furti concepti, item oblati, tripli poena est. Sed quod sit "oblatum", quod "conceptum" et pleraque alia ad eam rein ex egregiis veterum moribus accepta neque inutilia cognitu neque iniucunda, qui legere volet, inveniet Sabini librum, cui titulus est de furtis. In quo id quoque scriptum est, quod volgo inopinatum est, non hominum tantum neque rerum moventium, quae auferri occulte et subripi possunt, sed fundi quoque et aedium fieri furtum; condemnatum quoque furti colonum, qui fundo, quem conduxerat, vendito possessione eius dominum intervertisset. Atque id etiam, quod magis inopinabile est, Sabinus dicit furem esse hominis iudicatum, qui, cum fugitivus praeter oculos forte domini iret, obtentu togae tamquam se amiciens, ne videretur a domino, obstitisset*²³⁴.

Accanto alla testimonianza letteraria, secondo Bona, a porre in dubbio il fatto che «i giuristi non si interessassero dei giudicati»²³⁵ sarebbero sufficienti gli elementi di prova, seppure «scarsi se valutati in senso quantitativo, ma qualitativamente significativi se pensiamo ai nomi

le quali si sarebbero poste quale effettivo punto di riferimento, per quanto alternativo dei giudici, integrando comunque *ius* seppur *controversum*».

²³² Sono le parole significative di G. PUGLIESE, *Diritto e processo*, cit., 18.

²³³ G. PUGLIESE, *Diritto e processo*, cit., 19.

²³⁴ A comparazione, nel senso del diverso modo di esprimere la propria opinione giuridica, F. BONA, *La certezza*, cit., 144, richiama Gell. 11.18.24: *Quocirca ne id quidem Sabinus dubitare se ait, quin dominus furti sit condemnandus, qui servo suo, uti furtum faceret, imperavit.*

²³⁵ F. BONA, *La certezza*, cit., 144.

dei giuristi che non disdegnarono di riportare sentenze giudiziarie nelle loro opere: M. Giunio Bruto, Labeone, Sabino»²³⁶.

In conclusione, credo siano estremamente indovinate, oltre che suggestive le seguenti parole tratte da un saggio dedicato al nostro tema: «il momento conclusivo dello svolgimento della controversia risultava il banco di prova del parere giurisprudenziale che, nel contrasto fra le posizioni dei contendenti sostenute dai difensori attraverso il richiamo ad argomenti di provenienza autorevole, prendendo forma e sostanza nella decisione del giudice, assumeva forza e vincolatività per le parti, oltre che evidenza e rilievo per i giuristi successivi e per gli stessi giuristi, il cui lavoro interpretativo non poteva dunque sottrarsi a un'attenta considerazione degli esiti dei giudizi»²³⁷. D'altra parte, nota ancora Vincenti, «non è da escludere che, dopo l'iniziale contrasto, gli esiti delle controversie giudiziarie potessero indurre i giuristi ad accettare l'opinione vittoriosa, che il *consensus* dei *prudentes* avrebbe dovuto rendere indiscutibile»²³⁸.

Non si discute che il ceto abbia giocato un ruolo decisivo; perché taluno potesse essere ritenuto non soltanto un giureconsulto a tutti gli effetti, ma anche per consolidare la propria posizione, e con essa e proprie opinioni, una delle strade maestre sarebbe stata quella di immettersi proficuamente nella *disputatio fori* introducendovi le proprie idee affinché la propria opinione ottenesse «la trasformazione in vera e propria "massima" di decisione comunemente applicata dai giudici»²³⁹. Sembra, allora, di potersi concludere che l'*auctoritas* riguardasse nella propria globalità la figura del giurista, ne investisse «complessivamente la fisionomia»: egli era un soggetto nel quale si riassumeva un insieme di capacità e di competenze, essendo «dotato di particolare talento e preparazione scientifica, la cui azione in ambito sociale e cittadino è riconosciuta come utile ed efficace»²⁴⁰. Ma credo sia da approvare la linea di pensiero che da Giuseppe Provera si articola fino al recente contributo della Starace, che ritiene che rilevinò in particolare gli elementi che si

²³⁶ F. BONA, *La certezza*, cit., 144; si legga anche alle p. 144 s. la nt. 96 per un'ampia discussione in merito a quanto si è ricordato nel corpo del testo.

²³⁷ Così P. STARACE, *Giudici e giuristi*, cit., 34.

²³⁸ V., ancora, U. VINCENTI, '*Res iudicatae*', cit., 12.

²³⁹ U. VINCENTI, '*Res iudicatae*', cit., 20.

²⁴⁰ P. STARACE, *Giudici e giuristi*, cit., 44.

assommano al censo ed al prestigio sociale²⁴¹, dal momento che essi non potevano essere i soli e determinanti fattori idonei a costituire o consolidare la posizione, di per sé così rilevante eppure così sfuggente, del giurista nell'ambito della comunità cittadina. Pur accettando che in una società quale quella romana – ove gli *honores* erano certamente posti in una posizione di preminenza – ciò rivestisse un ruolo di primo piano, «un'altra fondamentale componente concorre a dare corpo a questo concetto ed è data dal riscontro della bontà ed efficacia delle opinioni proprio nell'ambito del processo. Cioè, il loro accoglimento da parte dei giudici a fondamento delle sentenze, veicolato dalla maestria di convincenti argomentazioni retoriche ... costituisce la riprova della competenza tecnica del giureconsulto da cui proviene il parere ed è senz'altro un elemento di notevole rilevanza del riconoscimento di una *maxima* o *praecipua auctoritas* agli occhi della comunità cittadina; ciò giustifica la particolare attenzione che gli stessi giuristi rivolgevano poi alle sentenze»²⁴².

²⁴¹ P. STARACE, *Giudici e giuristi*, cit., 44, richiama, specificando il concetto, «la discendenza da famiglie prestigiose, l'aver rivestito cariche pubbliche e l'aver dimostrato di possedere *virtus*».

²⁴² P. STARACE, *Giudici e giuristi*, cit., 44. Si tratta, a ben vedere, di una linea di pensiero che trova sostegno anche in alcune considerazioni di F. BONA, *La certezza*, cit., 146, che credo valga la pena riportare; secondo lo studioso, infatti, «il ripetersi di giudicati conformi, espressione di consenso, era esso stesso veicolo di consenso per l'una o per l'altra delle opinioni giurisprudenziali concorrenti, non all'interno di un generico ambiente sociale», concetto questo che risulterebbe di ben poca rilevanza giuridica, quanto «all'interno di quegli ambienti – oratori e giuridici – che contribuivano a 'fare' l'opinione pubblica». Valga riportare quale esempio, tratto dalle fonti giuridiche, e precisamente dalle *Institutiones* gaiane, quello indicato da P. STARACE, *Giudici e giuristi*, cit., 46, relativo alla definizione di *furtum manifestum*, secondo alcuni individuabile solo nel caso di «piena flagranza», mentre secondo altri doveva trattarsi di «presenza sul luogo del delitto» o ancora se il ladro «fosse stato scoperto prima di riuscire a portare la cosa rubata alla destinazione prefissata»; v. Gai 3.184: *Manifestum furtum quidam id esse dixerunt, quod dum fit, deprehenditur. alii uero ulterius, quod eo loco deprehenditur, ubi fit, uelut si in oliueto oliuarum, in uineto uuarum furtum factum est, quamdiu in eo oliueto aut uineto fur sit; aut si in domo furtum factum sit, quamdiu in ea domo fur sit. alii adhuc ulterius eo usque **** manifestum furtum esse dixerunt, donec perferret eo, quo perferre fur destinasset. alii adhuc ulterius, quandoque eam rem fur tenens uisus fuerit; quae sententia non optinuit. sed et illorum sententia, qui existimauerunt, donec perferret eo, quo fur destinasset, deprehensum furtum manifestum esse, ideo non uidetur probari, quia magnam recipit dubitationem, utrum unius diei an etiam plurium dierum spatio id terminandum sit; quod eo pertinet, quia saepe in aliis ciuitatibus surreptas res in alias ciuitates uel in alias prouincias destinant fures perferre. ex duabus itaque superioribus opinionibus alterutra adprobatur; magis tamen plerique posteriorem probant.*

Non mi sembra inutile richiamare le parole spese in tema da Provera, che ben mi paiono riassumere il complesso intrecciarsi delle relazioni tra giurisprudenza e giudici che determinava la *receptio moribus*. Scriveva al riguardo Provera: quando i giudici «con le loro sentenze si rifacevano ad una di tali opinioni contribuivano alla formazione del *ius*, nel senso che contribuivano a quel fenomeno di recezione che operò per molto tempo come fattore determinante a quel fine. Allorché i giuristi parlano di *ius moribus receptum* fanno puntuale riferimento ad un meccanismo in virtù del quale i *responsa prudentium* creavano diritto se e nella misura in cui le loro proposte venivano ricevute nella vita concreta di ogni giorno, nel senso che la comunità dei *cives* vi adeguava i propri comportamenti. Ogni parere costituiva pertanto il primo anello di una catena suscettibile di saldarsi con la recezione *moribus*. Ora, nella produzione di questo fenomeno, contribuivano massicciamente le sentenze dei giudici privati. In questo senso si può attribuire ad esse valore normativo, in quanto concorrevano con i *responsa prudentium* alla formazione ed alla consolidazione del diritto consuetudinario»²⁴³. In un saggio contenuto nella raccolta degli *Atti* del Seminario dedicato alla memoria dello stesso Provera, Pugliese ha dedicato brevi ma incisive notazioni sulla recezione da parte dei giudici delle opinioni dei giureconsulti ponendo in rilievo il fatto che codesta recezione «non fosse scontata e meramente formale»; viceversa «essa doveva avere invece valore sostanziale», al punto da condurre il maestro a ritenere, come ho già ricordato, che «quella che passò alla storia come *interpretatio prudentium* è da ritenersi soltanto quella che riuscì a superare il filtro dei giudici»²⁴⁴.

Il che non implica, a mio avviso, dover riconoscere necessariamente la natura di formante del diritto alle sentenze del giudice, che troppi motivi inducono ad escludere²⁴⁵. Quanto si può invece ravvisare nella frequentazione del foro da parte dei giuristi è un fattore di sviluppo concomitante del *ius civile* – inteso quale lo intendeva Pomponio – che tuttavia rientrava sempre e comunque nell’ambito dell’attività giurisprudenziale. I due termini dell’endiadi costituita dalla *interpretatio prudentium* e dalla *disputatio fori* devono essere rivisti, a mio giudizio,

²⁴³ G. PROVERA, *Il valore*, cit., 4.

²⁴⁴ G. PUGLIESE, *Diritto e processo nell’esperienza giuridica romana*, cit., 18.

²⁴⁵ Così di recente G. GUIDA, *Giudicato e fonti del diritto*, in ‘*Res iudicata*’, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2015, 355 ss.

nella sola prospettiva possibile, che è quella della giurisprudenza. È sempre la giurisprudenza ad essere il fattore scientifico di sviluppo del sistema giuridico romano, non la *disputatio fori*, cui la *interpretatio* è intrecciata, le regole provengono generalmente dalla giurisprudenza, e solo raramente dalla prassi, dai giudicati. I giudicati, ammesso che non contenessero la motivazione²⁴⁶ – e si tratta di un dato, a mente delle osservazioni di Matteo Marrone, non è così indiscutibile²⁴⁷, quanto meno

²⁴⁶ È l'opinione che viene comunemente accettata secondo M. MARRONE, *Contributo allo studio della motivazione*, cit., 53, per il quale «gli autori che hanno scritto sulla motivazione della sentenza nel diritto romano – non molti, per vero – sono concordi nell'affermare che un obbligo dei giudici di dar conto della ragioni delle decisioni adottate non sia mai esistito; e sono pure concordi nel rilevare come, nelle fonti, non vi sia alcuna traccia di sentenze motivate in maniera esauriente e adeguata (con riferimenti, cioè alle argomentazioni delle parti, all'esito delle prove, alle norme giuridiche applicate, a quelle non ritenute pertinenti), quali si è soliti esigere dai giudici di oggi». Si veda ad es. M. KASER, *Das Urteil*, cit., 127, «Die Argumente der Juristen dagegen sind den Laien entweder unbekannt oder geistig nur begrenzt zugänglich». Come ha ricordato anche L. VACCA, *I precedenti e i responsi dei giuristi*, cit., 132, «la tradizionale dottrina romanistica ritiene peraltro che la sentenza del giudice romano a conclusione della fase *apud iudicem* del processo formulare non abbia bisogno di motivazione perché sul piano del diritto è già tutto risolto nel momento in cui il magistrato nella fase *in iure* ha ritenuto che determinati fatti esposti dall'attore (o eccepiti dal convenuto), se accertati come veri, devono necessariamente comportare la condanna (o l'assoluzione del convenuto)».

²⁴⁷ Secondo M. MARRONE, *Contributo allo studio della motivazione*, cit., 65, è possibile chiedersi se «quella di motivare le sentenze deve essere definita soltanto una prassi? Non si trattò piuttosto, almeno da un certo momento di un vero e proprio obbligo giuridicamente qualificato (anche se come pare privo di sanzione)? La domanda è suscettibile di risposte diverse a seconda dell'idea del diritto che ognuno condivide: talché la risposta negativa per chi ha una concezione rigorosamente normativa del diritto, positiva per chi ha del diritto un'idea diversa, fattuale». In appoggio alla sua posizione, Marrone pone in sequenza un certo numero di testi; richiamo qui, perché particolarmente notevoli per quanto si andrà dicendo nel prosieguo in tema di compensazione, Ulp. 10 *ad ed. D. 3.5.7.2*: *Si quocumque modo ratio compensationis habita non est a iudice, potest contrario iudicio agi: quod si post examinationem reprobatae fuerint pensationes, verius est quasi re iudicata amplius agi contrario iudicio non posse, quia exceptio rei iudicatae opponenda est*; Ulp. 28 *ad ed. D. 16.2.7.1*: *Si rationem compensationis iudex non habuerit, salva manet petitio: nec enim rei iudicatae exceptio obici potest. aliud dicam, si reprobavit pensationem quasi non existente debito: tunc enim rei iudicatae mihi nocebit exceptio*; Ulp. 36 *ad ed. D. 27.4.1.4*: *Praeterea si tutelae iudicio quis convenietur, reputare potest id quod in rem pupilli impendit: sic erit arbitrii eius, utrum compensare an petere velit ^ veli^ sumptus. quid ergo, si iudex compensationis eius rationem non habuit, an contrario iudicio experiri possit? et utique potest: sed si reprobata est haec reputatio et adquevit, non debet iudex contrario iudicio id sarcire*. Secondo M. MARRONE, *Contributo allo studio della motivazione*, cit., 62, «nei tre testi ora citati se Ulpiano ... non parlò del giudice che *dicit, pronuntiat, iudicat*, si deve credere ugualmente che egli pensò a sentenze motivate».

al livello della prassi²⁴⁸ – non fissavano nuove regole, ma agivano sul piano dell'autorevolezza, della riconoscibilità, del prestigio del giurista, confermandoli e rafforzandoli. Come è stato autorevolmente sostenuto in

²⁴⁸ Cfr. M. MARRONE, *Contributo allo studio della motivazione*, cit., 53, per cui «non si esclude però che i giudici rimani, pur in assenza di un obbligo al riguardo, esprimessero motivazioni sommarie, certamente insufficienti dal punto di vista del giurista moderno, ma atte a indicare, quanto meno, le premesse essenziali della decisioni che si andava ad adottare. V'è chi dice che ciò accadeva "talvolta", chi è dell'avviso che accadesse "usualmente" e chi, d'accordo i generale sull'usualità della motivazione, la esclude per le sentenze della *legis actio sacramenti* e per quelle degli organi collegiali». Circa la prassi di collezionare le sentenze dei giudici si veda quanto osservato da F. BONA, *La certezza*, cit., 145, «i giuristi si occuparono delle sentenze giudiziarie non certo né per gusto antiquario come sembra fare Aulo Gellio né per spirito moralistico come avvertiamo in Valerio Massimo, né per generica curiosità, ma sia, forse per misurare il divario tra il passato ed il presente, sia per sottolineare il momento di emersione di una nuova prassi giudiziaria che potesse formare oggetto di riflessione giurisprudenziale». È tuttavia certo che sotto il profilo retorico le sentenze rilevassero in modo notevole, rientrando le stesse nel novero delle fonti del diritto. Sul punto si legga anche G. PROVERA, *Il valore*, cit., 4, per il quale «non deve stupire il fatto che nelle fonti retoriche risalenti alla fine della Repubblica le sentenze dei giudici siano considerate tra le fonti del diritto. A questa tesi è stato obiettato: 1) che i giuristi non includono mai i giudicati tra le fonti del *ius*; 2) che i retori, in particolare Cicerone, non si esprimono spesso in termini rigorosamente giuridici. A queste due obiezioni si può rispondere: 1) gli elenchi delle fonti di cui abbiamo conoscenza appartengono ai giuristi del periodo del Principato, quando cioè il fenomeno della recezione *moribus* era in via di rapida estinzione; 2) il fatto che i retori non appartengano alla categoria dei giuristi non significa che essi fossero digiuni di diritto a tal punto da non conoscere in quali modi e forme esso veniva producendosi sotto i loro occhi». Non è inutile richiamare una delle fonti antiche che lo stesso Provera richiama, ossia Cic. *top.* 5.28: *Atque etiam definitiones aliae sunt partitionum aliae divisionum; partitionum, cum res ea quae proposita est quasi in membra discerpitur, ut si quis ius civile dicat id esse quod in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratuum, more, aequitate consistat*; ancora con riferimento a Cicerone rileva Cic. *off.* 3.16.66 (*Ut, cum in arce augurium augures acturi essent iussissentque Ti. Claudium Centumalum, qui aedes in Caelio monte habebat, demoliri ea, quorum altitudo officeret auspiciis, Claudius proscrispsit insulam [vendidit], emit P. Calpurnius Lanarius. Huic ab auguribus illud idem denuntiatum est. Itaque Calpurnius cum demolitus esset cognossetque Claudium aedes postea proscrispsisse, quam esset ab auguribus demoliri iussus, arbitrum illum adegit QUICQUID SIBI DARE FACERE OPORTERET EX FIDE BONA. M. Cato sententiam dixit, huius nostri Catonis pater (ut enim ceteri ex patribus, sic hic, qui illud lumen progenuit, ex filio est nominandus)is igitur iudex ita pronuntiavit, cum in vendendo rem eam scisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere*), in cui, come ricorda L. VACCA, *I precedenti e i responsi dei giuristi*, cit., 133, si parla «della motivazione del giudice, che aveva espressamente giustificato la sua decisione con riferimento al principio secondo il quale la buona fede implica anche il dovere di non tacere dei vizi della cosa di cui è a conoscenza. Il punto è che anche questa motivazione esprime sicuramente una interpretazione elaborata non nell'ambito dell'attività giudiziale ma nell'ambito delle soluzioni giurisprudenziali»; sul punto v. anche M. TALAMANCA, voce *Vendita (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 440 ss.

passato, «il consenso» promanante dalla prassi «era il tramite per l'affermarsi o il consolidarsi dell'*auctoritas* di quel giurista, la cui opinione, concorrente con quella di altri giuristi fosse risultata vincente nella prassi dei tribunali»²⁴⁹. Sul piano normativo, tuttavia, quanto davvero contava, ciò che davvero «completava l'opera»²⁵⁰ era ancora una volta l'intervento scientifico, «il suggello»²⁵¹ dell'elaborazione giurisprudenziale. In altre parole, il giudice non poteva fare diritto, ossia crearlo: ciò concorrerebbe a ridimensionare il valore di formante dell'ordinamento attribuito ai precedenti giudiziari²⁵². Mi pare, viceversa di non poter negare un ruolo, magari anche ancillare, alla prassi nella selezione delle opinioni predisposte dalla scienza giuridica, qualora queste – giusta la lettura di Gai 1.7 – non risultassero conformi. Si sarebbe trattato di un ruolo, svolto dalla prassi mediante un'azione che si svolgeva in via mediata, agendo sulla personalità del giurista e non sull'anonimo giudice che, per ipotesi, accoglieva l'opinione del giureconsulto: il valore normativo derivava comunque dalla scienza giuridica e dalla consuetudine²⁵³.

²⁴⁹ F. BONA, *La certezza*, cit., 146. In senso analogo, assai significative appaiono le parole di G. PROVERA, *Il valore*, cit., 5, per cui «sino all'epoca del Principato, i giudici contribuivano con le loro sentenze in modo decisivo alla recezione *moribus* e quindi alla creazione del diritto, fornendo oltretutto ai giuristi, che ne erano gli inventori, la misura in cui le loro invenzioni trovavano accoglimento nella prassi dei tribunali, senza di che queste invenzioni sarebbero rimaste del tutto infruttuose. Spesso i giuristi suggerivano direttamente ai giudici soluzioni nuove di casi che esigevano una disciplina diversa da quella risalente ai *mores maiorum* oppure anche aprivano al loro *officium* prospettive nuove e più ampie, giungendo, anche per questa via, alla creazione di nuove norme e nuovi istituti».

²⁵⁰ F. BONA, *La certezza*, cit., 146.

²⁵¹ F. BONA, *La certezza*, cit., 146.

²⁵² G. GUIDA, *Giudicato e fonti del diritto*, cit., 358: «si può, dunque, rilevare come, pur se si ritenesse valida la tesi richiamata all'inizio di questo paragrafo, ovvero che una serie di decisioni giudiziali possa aver influenzato nella prevalenza di un'opinione giurisprudenziale su quella contrastante, ci si muoverebbe su un piano differente rispetto a quello dell'elaborazione scientifica del diritto, che avviene per mezzo delle soluzioni giurisprudenziali. Questa prevalenza, infatti, viene ad operare sul piano della prassi giudiziaria, "al cui interno può effettivamente avere un peso il ruolo delle *res iudicatae* come esempi autorevoli"; la citazione interna è di L. VACCA, *I precedenti*, cit., 41.

²⁵³ È la conclusione, prudenziale e critica rispetto alla tesi di Bona, di G. GUIDA, *Giudicato e fonti del diritto*, cit., 359 s. (che richiama anzitutto M. TALAMANCA, *Diritto e prassi nel mondo antico*, cit., 170), secondo cui «il giudice, soggetto laico tratto dall'*album iudicum*, che si riteneva inidoneo a valutare sul piano del diritto i *responsa* dei giuristi, era chiamato allora a giudicare secondo coscienza e capacità, scegliendo, fra le diverse opinioni giuridiche "quella che gli appariva più conveniente anche – o soprattutto? – in base a referenti metagiuridici, senza che alcuno gli potesse imputare di essersi comportato in modo da violare i doveri del suo *officium*". Le parole di Talamanca mi sembrano quelle

Come ricordano alcuni passi retorici²⁵⁴, i precedenti dei giudici privati venivano annoverati dai teorici della retorica antica nella schiera delle prove *inartificiales* che potevano essere addotte innanzi al giudice per ottenerne il consenso, il che lascerebbe intendere che, quantomeno al livello dell'oratoria, i precedenti venissero in qualche modo ricordati, magari con un pur minimo apparato motivazionale, idoneo a porre in essere la comparazione al fine di convincere il giudice.

Appare utile, vista l'importanza che assume il nostro concetto e in vista di un ampliamento della prospettiva storica entro cui collocarlo, ripercorrere in questo frangente un'importante pagina di Mario Bretone in cui lo studioso ripercorre il concetto di *auctoritas* in seno all'*Enchiridion*,

che meglio colgono l'essenza dell'*officium iudicis* e che permettono di capire perché alla sentenza del giudice privato romano non possa assolutamente essere riconosciuta efficacia normativa. Ciò, come visto, però, non esclude che le *res iudicatae*, possano aver concorso in modo, che si potrebbe definire indiretto, in concorso ad altri elementi, alla progressiva evoluzione dell'ordinamento romano. In questo senso appare chiarissima la testimonianza ciceroniana di *top.* 5.28, che mi sembra fornire la lettura che meglio coglie il ruolo del giudicato all'interno del sistema giuridico romano. Non 'precedente', ma neppure mero '*exemplum*' avente efficacia persuasiva del giudice quale qualsivoglia altra prova inartificiale, la *res iudicata* può concorrere alla determinazione di un nuovo principio giuridico, la cui efficacia normativa discende, però, come visto, dalla consuetudine».

²⁵⁴ *Reth. ad Her.* 2.12: *In causa ratiocinali primum quaeretur, ecquid in rebus maioribus aut minoribus aut similibus similiter scriptum aut iudicatum sit; deinde utrum ea res similis sit ei rei qua de agitur an dissimilis; Reth. ad Her.* 2.13: *Absoluta iuridicali constitutione utemur cum ipsam rem quam nos fecisse confitemur iure factam dicemus, sine ulla adsumptione extrariae defensionis. In ea convenit quaeri iurene sit factum. De eo causa posita dicere poterimus si ex quibus partibus ius constet cognoverimus. Constat igitur ex his partibus : natura, lege, consuetudine, iudicato, aequo et bono, pacto. [...] iudicatum est id de quo sententia lata est aut decretum interpositum. Ea saepe diversa sunt, ut aliud alio iudici aut praetori aut consuli aut tribuno plebis placitum sit ; et fit ut de eadem re saepe alius aliud decreverit aut iudicarit, quod genus: M. Drusus, praetor urbanus, quod cum herede mandati ageretur iudicium reddidit, Sex. lulius non reddidit. Item: C. Caelius iudex absolvit iniuriarum eum qui Lucilium poetam in scaena nominatim laeserat, P. Mucius eum qui L. Accium poetam nominaverat condemnavit. Ergo, quia possunt res simili de causa dissimiliter iudicatae proferri, cum id usu venerit, iudicem cum iudice, tempus cum tempore, numerum cum numero iudiciorum conferemus; Reth. ad Her.* 2.29: [...] *Res iudicata vitiose proferetur si aut dissimili de re proferetur, aut de ea re qua de controversia non est, aut improba, aut eiusmodi ut aut plures aut magis idoneae res iudicatae ab adversariis proferri possint; Cic. orat.* 2.27.116: *Ad probandum autem duplex est oratori subiecta materies: una rerum earum, quae non excogitantur ab oratore, sed in re positae ratione tractantur, ut tabulae, testimonia, pacta conventa, quaestiones, leges, senatus consulta, res iudicatae, decreta, responsa, reliqua, si quae sunt, quae non reperiuntur ab oratore, sed ad oratorem a causa [atque a re] deferuntur; altera est, quae tota in disputatione et in argumentatione oratoris conlocata est.*

prendendo a riferimento alcune osservazioni di Richard Heinze secondo le quali non è sempre possibile stabilire con certezza nel sintagma *ex auctoritate eius* si riscontri «l'intervento dell'*auctor* in un caso singolo» oppure «una durevole qualità inerente all'*auctor*»²⁵⁵. Un maestro come Bretone, infatti, dichiarava, egli stesso, di essere «dubbioso»²⁵⁶ circa la scelta d'uno dei due significati. Lo studioso individuava con acume un elemento chiarificatore: «se l'*auctoritas* del principe rende *maior* ... l'*auctoritas* dei giureconsulti, essa non può valere come “autorizzazione” o “consenso”, perché così intesa indicherebbe solo una condizione posta all'esplicarsi dell'attività consultiva»; dunque nell'alternativa mutuata da Heinze, si deve propendere per il significato indicante «una durevole qualità dell'*auctor*, inerente alla sua persona»²⁵⁷. Onde, credo si possa sicuramente consentire con quanto concluso dallo stesso Bretone in merito ad un'accezione senz'altro 'forte' di *auctoritas* che non varrebbe esclusivamente quale 'prestigio', bensì più significativamente quale sorta di 'garanzia': *auctoritas* indica, infatti, «un'assunzione di responsabilità» implicante, cioè, «che il principe si fa(ccia) garante dei responsi emessi dai giuristi insigniti del *ius respondendi*»²⁵⁸.

6. *Ius controversum*, 'responsa' e 'iudices' nelle testimonianze letterarie.

Il testo pomponiano, ci consente di operare un notevole ampliamento della prospettiva dell'indagine al periodo di introduzione e di sviluppo iniziale del processo *per formulas* al principio del primo secolo a.C. Relativamente a questo torno di tempo, infatti è possibile seguire, attraverso l'analisi di alcune fonti letterarie, individuate e scrutinate con acume in uno studio dei primi anni del nostro secolo da parte di Alessandro Corbino, il percorso di ascesa della giurisprudenza lungo lo

²⁵⁵ M. BRETONE, *Tecniche e ideologie*, cit., 246 e nt. 17, ove si richiama R. HEINZE, *Hermes*, 60, 1925, 353 s. (corrispondente a ID., *Vom Geist des Römertums*, Stuttgart, 1960, 47 s.). Mi pare utile richiamare, con le parole del Bretone (alla citata nt. 17) che «nel porre l'alternativa indicata nel testo, Heinze prende le mosse da un'applicazione particolare di *auctoritas*, in cui il termine vale come “paternità” (“Urheberschaft”) di una dottrina, di una notizia e simili”. Ma perché anche “l'autore” (“Urheber”) di una notizia ‘autorizza’ (‘ermächtigt’) quasi, come uno che sa, l'altro a prestarvi fede”, l'alternativa cui si accennava occupa, in realtà, uno spazio più ampio, e assilla l'interprete ogni volta che *auctoritas* gli si presenta immediatamente come “autorizzazione” (“Ermächtigung”)».

²⁵⁶ M. BRETONE, *Tecniche e ideologie*, cit., 246.

²⁵⁷ M. BRETONE, *Tecniche e ideologie*, cit., 246.

²⁵⁸ M. BRETONE, *Tecniche e ideologie*, cit., 246.

scorcio della repubblica proprio sotto il profilo dell'*auctoritas*. A me pare che quale termine di svolta del percorso individuato da Corbino si collochi proprio il meccanismo dello *ius publice respondendi* letto quale lo intende proprio Bretone, con quell'emendazione al testo dell'*Enchiridion* secondo la quale l'introduzione del *beneficium* augusteo avrebbe concorso a rinsaldare e 'garantire' – proprio come vuole Bretone – l'autorità di quei giureconsulti la cui *auctoritas* aveva subito con l'andare degli anni – ed il percorso è seguibile passo passo, si potrebbe dire, nelle opere ciceroniane – un detrimento di notevole rilievo. I passi scelti dallo studioso, inoltre, si riferiscono precipuamente ad episodi riguardanti il rapporto tra l'*officium iudicis* e la giurisprudenza tardo-repubblicana, il che rende per la presente analisi di cospicua rilevanza lo studio di Corbino.

Dai testi esaminati dall'autore, alcuni dei quali prenderemo anche in questa sede in esame per ribadire taluni risultati rilevanti, emerge che «nel tempo di cui ci stiamo occupando» – vale a dire i primi del I secolo a.C. – «il giudice non solo non era libero di decidere al di fuori di ogni giustificazione di diritto, ma non è libero nemmeno di decidere secondo una valutazione di diritto puramente soggettiva»²⁵⁹. Secondo l'illustre autore nel corso dell'ultimo secolo della repubblica si sarebbe prodotta una duplice trasformazione legata all'introduzione del processo formulare (o meglio in relazione alla sua definitiva affermazione, culminata, come noto, con l'emanazione della legislazione processuale augustea). Al principio del primo secolo a.C., emancipatasi saldamente la scienza giuridica dal monopolio pontificale, il formalismo proprio dell'antico rito *per concepta verba*, faceva sì che, impostatasi la controversia innanzi al pretore mediante la pronunzia del formulario opportuno, il giudice non avrebbe ricevuto dal magistrato giudicante alcuna ulteriore indicazione circa le direttive alle quali informare la propria azione. Le pur necessarie direttive non potevano che provenire dal ceto giuridico, unico riferimento possibile per lo svolgimento del compito del giudice. Il processo formulare, che proprio nel corso di quel secolo si venne arricchendo di importanti strumenti (penso ad esempio all'*actio de dolo*, che deve essere

²⁵⁹ A. CORBINO, 'Iudicia', 'ius varium' e giudici tra tarda repubblica e primo principato, in *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile. Atti del convegno Internazionale della Società Italiana di storia del diritto (Napoli, 18-20 ottobre 2001)*, Napoli, 2003, 164.

stata introdotta nei primi decenni del I secolo²⁶⁰). I testi, infatti, raccontano – sia pure su un piano non eminentemente tecnico – di un intreccio assai stretto tra giudice e scienza giuridica, nel senso di un fisiologico apporto della seconda a favore dell'*officium* del primo il quale non poteva mai «fare diritto»²⁶¹, ma anzi, come significativamente afferma Corbino, non poteva «giudicare secondo un criterio di valutazione che non fosse già stato oggetto di precedente valutazione giurisprudenziale»²⁶², ancorché essa si rivelasse ‘controversa’. In altri termini, l'*officium* del giudice, per come esso appare dalle fonti, non si mostra – o, per lo meno, non solo – terreno privilegiato per sole schermaglie avvocatistiche inerenti al solo fatto, ma anche campo di applicazione di principi giuridici elaborati ed indagati dalla scienza giuridica²⁶³. Ciò vale in primo luogo

²⁶⁰ Secondo P. LAMBRINI, *'Actio de dolo malo' e accordi privi di tutela contrattuale*, in *Seminarios Complutenses*, XXII, 2009 (ora anche in EAD., *Dolo generale e regole di correttezza*, Padova, 2010, nonché in *Scambio e Gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011 donde cito) «considerando che Aquilio nasce nel 110 a. C., si può supporre che l'azione sia stata inserita nell'editto tra il 90 e l'80 a.C.». Questa conclusione si scontra con la diversa tesi «tradizionale» (tale la definisce P. LAMBRINI, *'Actio de dolo malo'*, cit., 221) secondo la quale la *formula de dolo* sarebbe stata introdotta nell'anno in cui Aquilio Gallo fu pretore, ossia il 66 a.C. Tuttavia, essendo stato in quell'anno il nostro giurista pretore con il solo compito di presidente della *quaestio de ambitu*, seguendo la notazione di O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901, 1069 ss., secondo cui la peculiarità che Cicerone (in *Cic. nat. deor.* 3.30.74: *everriculum malitiarum omnium, iudicium de dolo malo, quod C. Aquilius familiaris noster protulit*) utilizzi il verbo *proferre*, lascerebbe intendere che Aquilio Gallo avesse suggerito il rimedio in veste di giurista piuttosto che una introduzione diretta nell'editto pretorio per opera dello stesso. Il limite cronologico inferiore, dando corso alla «suggestiva considerazione prospettata da Federico d'Ippolito» (tale la definisce P. LAMBRINI, *'Actio de dolo malo'*, cit., 222; essa si ritrova espressa in F. D'IPPOLITO, *Questioni Decemvirali*, Napoli, 1993, 175 s.; v. anche ID. *Sulla data dell'actio de dolo'*, in *Labeo*, XLI, 1995, 247 ss., ora anche in *'Fraterna munera'. Studi in onore di L. Amirante*, Salerno, 1998, 161 ss.) non potrebbe che essere collocato nell'anno in cui si inscena lo svolgimento del dialogo ciceroniano donde originano le informazioni circa l'introduzione dello strumento pretorio in esame, ossia nel 77 o nel 76 a.C.

²⁶¹ A. CORBINO, *'Iudicia', 'ius varium' e giudici tra tarda repubblica e primo principato*, cit., 164.

²⁶² A. CORBINO, *'Iudicia', 'ius varium' e giudici tra tarda repubblica e primo principato*, cit., 164 s.

²⁶³ Così mi sembra, invece, qualificarlo G. BROGGINI, *L'arte forense di Cicerone*, cit., 114, secondo il quale «poiché l'intera questione giuridica si risolve fondamentalmente nella compilazione della *formula* e questo compito è svolto da "iurisconsulti" datori di consiglio, la seconda fase del processo, il procedimento "apud iudicem" rimane in principio riservato all'accertamento del fatto. Qui l'influsso della giurisprudenza, sin dalla penetrazione al tempo dei Gracchi delle nuove classi sociali

proprio per quel *ius controversum* sotto il cui segno ho principiato il capitolo²⁶⁴.

Ciò emerge con ‘quotidiana’ vivezza, mi sembra, da un testo desunto dall’epistolario ciceroniano, nel quale Cicerone si rivolgeva all’amico giurista Trebazio Testa, chiedendo a quest’ultimo di «esprimere ufficialmente una certa opinione ... per venire incontro alle esigenze di un suo cliente, la cui posizione era compromessa dalla diversa opinione espressa sulla questione che lo riguardava da Servio e da Ofilio»²⁶⁵.

Cic. *fam.* 7.21: *Scr. in Tusculano mense Maio aut Iunio a.u.c. 710. CICERO TREBATIO SAL. Siliii causam te docui: is postea fuit apud me. Cum ei dicerem tibi videri sponsonem illam nos sine periculo facere posse, SI BONORUM TVRPILIAE POSSESSIONEM Q. CAEPIO PRAETOR EX EDICTO SVO MIHI DEDIT, negare aiebat Servium tabulas testamenti esse eas, quas instituisset is, qui factionem testamenti non habuerit; hoc idem Offilium dicere; tecum se locutum negabat meque rogavit, ut se et causam suam tibi commendarem. Nec vir melior, mi Testa, nec mihi amicior P. Silio quisquam est, te tamen excepto: gratissimum mihi igitur feceris, si ad eum ultro veneris eique pollicitus eris, sed, si me amas, quam primum: hoc te vehementer etiam and etiam rogo.*

Dal testo emerge, da parte di Cicerone, la necessità, a fini chiaramente retorici, che nell’ambito della comunità dei giuristi circolasse una certa posizione perché essa potesse essere presa in considerazione, e potesse diventare quindi, in altri termini, in qualche modo vincolare, dal retore innanzi al giudice, pur essendo difforme rispetto alle opinioni, tra

nelle liste dei giudici e dalla contemporanea formazione di Corti di Giustizia numericamente maggiori (quale per esempio il tribunale dei *centumviri* per le cause ereditarie e i tribunali delle *quaestiones* per i processi penali pubblici) è privo di ogni importanza». Anzi, «qui l’avvocato formato nella retorica si trova come a casa sua».

²⁶⁴ Cfr. F. BONA, *La certezza*, cit., 139: «mi riesce particolarmente ostico immaginarmi un giurista della tarda repubblica tanto consapevole di dare un responso giudiziario difforme dalla *communis opinio* o diverso da quello che sapeva dato da altri giuristi magari sulla stessa questione ed altrettanto indifferente all’esito che avrebbe avuto il suo responso o presso il pretore o presso il giudice». Bona richiama, alla nt. 82 della p. 139, il passo di Cic. *fam.* 7.21 (che riporto nel testo) osservando come il fatto che un giurista si inserisse scientemente in modo critico e difforme nel coevo dibattito scientifico fosse «ipotesi tutt’altro che di fantasia» (v, infatti F. BONA, *La certezza*, cit., 139, nt. 82).

²⁶⁵ A. CORBINO, *Iudicia*, ‘*ius varium*’ e giudici tra tarda repubblica e primo principato, cit., 168, nt. 46.

loro conformi espresse da Servio ed Ofilio²⁶⁶. Ciò sembra, oltre al resto, una conferma indiretta dell'opinione espressa a più riprese da Talamanca secondo il quale «tutti i pareri dei giuristi erano diritto in quanto astrattamente applicabili senza che nessuno potesse imputare al giudice che avesse scelto o l'uno o l'altro, di aver deciso *contra ius*»²⁶⁷: l'emissione di un certo parere, vivamente richiesto dallo stesso Cicerone avrebbe dato modo al giudice investito della questione di poter decidere in quel dato modo.

Non è inutile, a questo punto, ripercorrere anche gli altri rilevanti testi presi in considerazione da Corbino nella propria disamina. Si prenda innanzitutto in considerazione un testo dal ciceroniano *De oratore* nel quale si afferma che il giudice non può certamente giudicare al di fuori da ciò che si deve ritenere *ius receptum*:²⁶⁸

Cic. *orat.* 1.57.241: *Ac tamen, quae causae sunt eius modi, ut de earum iure dubium esse non possit, omnino in iudicium vocari non solent. Num quis eo testamento, quod paterfamilias ante fecit quam ei filius natus esset, hereditatem petit? Nemo; quia constat agnascendo rumpi testamentum; ergo in hoc genere iuris iudicia nulla sunt: licet igitur impune oratori omnem hanc partem iuris non controversi ignorare, quae pars sine dubio multo maxima est*

Il principio del resto è affermato²⁶⁹, in età posteriore tanto da un testo letterario (si tratta di Gell. 12.13: *Tum illi ego ita respondi: "Si aut de uetere" inquam 'iure et recepto aut controuerso et ambiguo aut nouo et*

²⁶⁶ F. BONA, *La certezza*, cit., 139, nt. 82.

²⁶⁷ M. TALAMANCA, *Interventi*, cit., 419.

²⁶⁸ Sarebbe questo un primo e fondamentale vincolo di carattere sostanziale che si somma a quelli di ordine procedurale, sui quali nessuno peraltro dubita (v. A. CORBINO, *'Iudicia', 'ius varium' e giudici tra tarda repubblica e primo principato*, cit., 168); si legga, inoltre, pur se tratto da un contesto assai problematico, il passo riportato alla nota successiva.

²⁶⁹ Sulla stessa linea cfr. anche Cic. *Caec.* 25.72: *Illud enim potest dici iudici ab aliquo non tam verecundo homine quam gratioso: "iudica hoc factum esse aut numquam esse factum; crede huic testi, has comproba tabulas"; hoc non potest: "statue cui filius agnatus sit, eius testamentum non esse ruptum; iudica quod mulier sine tutore auctore promiserit, deberi". Non est aditus ad huiusce modi res neque potentiae cuiusquam neque gratiae; denique, quo maius hoc sanctiusque videatur, ne pretio quidem corrumpi iudex in eius modi causa potest.*

*constituendo descendum esset, issem plane sciscitatum ad istos, quos dicis*²⁷⁰) che da un testo del giurista Paolo, secondo Corbino raffrontabile, quanto a contenuto, alle fonti appena richiamate (Paul. 4 *ad Plaut.* D. 1.3.23: *Minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt*). Dunque, nessun giudice, ove egli si fosse trovato innanzi ad una questione di diritto, avrebbe potuto evitare di porre alla base della propria sentenza un'opinione giurisprudenziale, un'opinione di diritto discussa da parte della comunità scientifica. Ciò valeva anche quando il giudice si ritrovasse innanzi allo scontro tra diverse opinioni, ossia dinnanzi al *ius controversum*: il giudice infatti, «deve osservare anche i vincoli che gli vengono dal più complesso intreccio di relazioni che si definiscono tra giudice e giurisprudenza nelle materie di *ius controversum*»²⁷¹.

²⁷⁰ Il celebre capitolo delle *Notti attiche* tratta della vicenda della quale è protagonista lo stesso Gellio al quale venne ordinato di emettere la propria sentenza *intra Kalendas*; riporto l'incipit del capitolo: "*Intra Kalendas*" cum dicitur, quid significet, utrum "ante Kalendas" an "Kalendis" an utrumque; atque inibi, quid sit in oratione M. Tulli "intra oceanum" et "intra montem Taurum" et in quadam epistula "intra modum".

²⁷¹ V. A. CORBINO, 'Iudicia', 'ius varium' e giudici tra tarda repubblica e primo principato, cit., 169. Sono rimarchevoli alcuni passaggi tratti dalla *Pro Caecina*, dalla lettura dei quali si comprende assai bene come essi vadano oltre le «enunciazioni di principio» (come le chiama lo stesso A. CORBINO, 'Iudicia', 'ius varium' e giudici tra tarda repubblica e primo principato, cit., 169) che si incontrano in *Caec.* 24.68: *Nam hoc qui disputant, si id dicunt non recte aliquid statuere eos qui consulantur, non hoc debent dicere iuris consultis, sed hominibus stultis obtemperari non oportere; sin illos recte respondere concedunt et aliter iudicari dicunt oportere, male iudicari oportere dicunt; neque enim fieri potest ut aliud iudicari de iure, aliud responderi oporteat, nec ut quisquam iuris numeretur peritus qui id statuatur esse ius quod non oporteat iudicari. "At est aliquando contra iudicatum"*. Difatti nell'orazione ciceroniana si comprende come, ricordando che i giudici cui l'oratore si rivolgeva Cicerone erano i *recuperatores*, fosse necessario fornire, da parte dell'oratore, «un fondamento giurisprudenziale favorevole al suo cliente, anche nell'ottica del criterio rigorosamente formale di interpretazione che egli sta combattendo» (v. ancora A. CORBINO, 'Iudicia', 'ius varium' e giudici tra tarda repubblica e primo principato, cit., 169); ciò emerge in modo chiaro da *Caec.* 28.79-80: *Qua re permagnam initis a nobis gratiam, cum eum auctorem defensionis nostrae esse dicitis. Illud autem miror, quem vos aliquid contra me sentire dicatis, cur eum auctorem vos pro me appelletis, nostrum nominetis. Verum tamen quid ait vester iste auctor? "Quibus quidque verbis actum pronuntiatumque sit". Conveni ego ex isto genere consultorum non neminem, ut opinor, istum ipsum quo vos auctorem rem istam agere et defensionem causae constituere vos dicitis. Qui cum istam disputationem mecum ingressus esset, non posse probari quemquam esse delectum nisi ex eo loco in quo fuisset, rem et sententiam interdicti mecum facere fatebatur, verbo me excludi dicebat, a verbo autem posse recedi non arbitrabatur. Cum exemplis uterer multis ex omni memoria antiquitatis a verbo et ab scripto plurimis saepe in rebus ius et aequi bonique rationem esse seiunctam, semperque id valuisse plurimum quod in se auctoritatis habuisset aequitatisque plurimum, consolatus est me et ostendit in hac ipsa causa nihil esse quod laborarem; nam verba ipsa sponsonis facere mecum, si vellem*

Tra gli altri testi ciceroniani è necessario menzionarne almeno altri due passi. Precisamente sono:

Cic. *orat.* 1.58.250: *Ac si iam sit causa aliqua ad nos delata obscurior, difficile, credo, sit, cum hoc Scaevola communicare; quamquam ipsi omnia, quorum negotium est, consulta ad nos et exquisita deferunt.*

e

Cic. *Top.* 17.65-66: *Privata enim iudicia maximarum quidem rerum in iuris consultorum mihi videntur esse prudentia. Nam et adsunt multum et adhibentur in consilia et patronis diligentibus ad eorum prudentiam confugientibus hastas ministrant. Nam et adsunt multum et adhibentur in consilia et patronis diligentibus ad eorum prudentiam confugientibus hastas ministrant. In omnibus igitur eis iudiciis, in quibus ex fide bona est additum, ubi vero etiam ut inter bonos bene agere oportet, in primisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est quod eius aequius melius, parati eis esse debent. Illi dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi quid socium socio, quid eum qui negotia aliena curasset ei cuius ea negotia fuissent, quid eum qui mandasset, eumve cui mandatum esset, alterum alteri praestare oporteret, quid virum uxori, quid uxorem viro tradiderunt. Licebit igitur diligenter argumentorum cognitio locis non modo oratoribus et philosophis, sed iuris etiam peritis copiose de consultationibus suis disputare.*

I due testi testimoniano in modo chiaro il fatto che gli oratori ricorrevano ai giuristi perché costoro fornissero la direttiva giuridica da impiegare dinnanzi ai giudici. «Erano le *interpretationes* dei giureconsulti a costituire il fondamento delle sentenze giudiziarie (*privata iudicia*), specie di maggior rilievo, presumibilmente su casi nuovi o comunque discussi»²⁷². Il primo passo, presenta un «vivido quadro»²⁷³ delle relazioni

diligenter attendere. "Quonam" inquam, "modo?" "Quia certe", inquit, "deiectus est Caecina vi hominibus armatis aliquo ex loco; si non ex eo loco quem in locum venire voluit, at ex eo certe unde fugit". "Quid tum?" "Praetor", inquit, "interdixit ut, unde deiectus esset, eo restitueretur, hoc est, quicumque is locus esset unde deiectus esset. Aebutius autem qui fatetur aliquo ex loco deiectum esse Caecinam, is quoniam se restituisse dixit, necesse est male fecerit sponsonem".

²⁷² U. VINCENTI, 'Res iudicatae', cit., 6.

intercorrenti tra il patrono retore, il suo cliente parte in un processo, ed il giurista che, in veste di «consulente legale»²⁷⁴, veniva interpretato. I punti di contatto tra la retorica forense e la scienza giuridica si collocavano, seguendo il contenuto del passo – estratto, non è inutile ricordarlo da un’opera nella quale, da parte delle diverse voci che compongono l’intreccio del dialogo, non si lesinano critiche al ceto dei *prudentes*²⁷⁵ – laddove il retore avesse sentito la necessità di una consulenza giuridica relativa alla questione che era chiamato a trattare.

Del tutto diversa l’intonazione che si percepisce nel secondo testo, tolto dai *Topica*. Secondo Cicerone era da attribuirsi ai giuristi «l’indirizzo al *ius* che si pratica nei tribunali»²⁷⁶.

Tale indirizzo deriverebbe dalla presenza dei giurisperiti, che si suppone assidua²⁷⁷ – se non continuativa – e comunque assodata per le cause di maggior rilievo, presso i tribunali²⁷⁸: «a loro ci si rivolge per un *consilium*, essi mettono le aste – laddove l’*hasta* rappresenta il simbolo della loro stessa *auctoritas*²⁷⁹ – al servizio dei patroni coscienziosi che si affidano alle loro conoscenze»²⁸⁰. Quello che emerge in modo impressionante dal testo ciceroniano è la profondità e la capillarità dell’intervento dei giuristi a fianco dei retori. I giureconsulti assumevano «una fondamentale funzione nella preparazione dei processi e nella consulenza giuridica»²⁸¹.

Trovo di considerevole interesse quanto a proposito del testo ha scritto la Tamburi, enfatizzando l’indispensabilità della scienza giuridica nei riguardi del retore quale sorta di guida nel mondo del diritto: «l’oratore ha bisogno del giurista per essere guidato all’interno del *ius civile*, ed è proprio il *iuris consultus*, e non l’*orator*, a sovrintendere

²⁷³ F. TAMBURI, *Il ruolo del giurista nelle testimonianze della letteratura romana*, I, Cicerone, Napoli, 2013, 143.

²⁷⁴ F. TAMBURI, *Il ruolo del giurista*, cit., 143.

²⁷⁵ Rimando a F. TAMBURI, *Il ruolo del giurista*, cit., 148 ss.

²⁷⁶ F. TAMBURI, *Il ruolo del giurista*, cit., 299.

²⁷⁷ V. U. VINCENTI, ‘*Res iudicatae*’, cit., 7.

²⁷⁸ F. TAMBURI, *Il ruolo del giurista*, cit., 299.

²⁷⁹ Sulla stessa linea già U. VINCENTI, ‘*Res iudicatae*’, cit., 7, secondo cui le *bastae* erano la rappresentazione metaforica dei «mezzi di argomentazione... sul piano logico-giuridico».

²⁸⁰ F. TAMBURI, *Il ruolo del giurista*, cit., 300.

²⁸¹ F. TAMBURI, *Il ruolo del giurista*, cit., 300.

all'andamento della causa nella sua articolazione sostanziale»²⁸². In tal modo, insomma, il giurista torna ad essere «l'anima del processo»²⁸³.

Si legga, al riguardo, questo ulteriore passaggio estratto dal *De oratore*, nel quale, viene designato l'ambito nel quale l'oratore è invitato a ricercare gli argomenti – di carattere giuridico, s'intende – utili ad allestire un'efficace linea difensiva²⁸⁴. Come ha significativamente parafrasato la Starace, «l'oratore facilmente troverà, fra quelle questioni che sono maggiormente discusse fra i giureconsulti, l'appoggio di qualche giurista autorevole da cui trarre giavellotti da scagliare con i suoi forti muscoli, cioè argomenti incisivi da usare sapientemente contro l'avversario»²⁸⁵.

Cic. orat. 1.57.242: In eo autem iure, quod ambigitur inter peritissimos, non est difficile oratori eius partis, quamcumque defendet, auctorem aliquem invenire; a quo cum amentatas hastas acceperit, ipse eas oratoris lacertis viribusque torquebit. Nisi vero - bona venia huius optimi viri dixerim - Scaevolae tu libellis aut praeceptis soceri tui causam M. Curi defendisti, non adripuisti patrocinium aequitatis et defensionem testamentorum ac voluntatis mortuorum.

A conferma di quanto affermava Cicerone nel I sec. a.C., è bene ricordare, pur rapidamente, come si rinvengano importanti passaggi anche nell'opera di Quintiliano. Si leggano a mero titolo esemplificativo:

Quint. inst. 12.3.3-4: Potest autem satis diligenter accipere quae tum audiet cum dicenda sunt, aut fortiter adfirmare aut ingenue pro suis dicere? Possit in actionibus: quid fiet in altercatione, ubi occurrendum continuo nec libera ad discendum mora est? Quid si forte peritus iuris ille non aderit? Quid si quis non satis in ea re doctus falsum aliquid subiecerit? Hoc enim est maximum ignorantiae malum, quod credit eum scire qui moneat. Neque ego sum nostri moris ignarus oblitusve eorum qui velut ad arculas sedent et tela agentibus subministrant, neque idem Graecos quoque nescio factitasse, unde nomen his pragmaticorum datum est: sed loquor de oratore, qui non

²⁸² F. TAMBURI, *Il ruolo del giurista*, cit., 300.

²⁸³ F. TAMBURI, *Il ruolo del giurista*, cit., 300.

²⁸⁴ V. P. STARACE, *Giudici e giuristi*, cit., 44, nt. 27, per la quale nel passo si trova testimonianza del fatto che «anche gli oratori chiedevano consigli per apprestare la difesa nelle causa».

²⁸⁵ P. STARACE, *Giudici e giuristi*, cit., 34.

clamorem modo suum causis, sed omnia quae profutura sunt debet.

e

Quint. *inst.* 12.3.8: *Nos porro et bonum virum et prudentem in primis oratorem putamus, qui, cum se ad id quod est optimum natura derexerit, non magnopere commovebitur si quis ab eo consultus dissentiet, cum ipsis illis diversas inter se opiniones tueri concessum sit. Sed etiam si nosse quid quisque senserit volet, lectionis opus est, qua nihil est in studiis minus laboriosum.*

7. La lite narrata da Valerio Massimo (Val. Max. 8.2.2).

Ciò emerge ancora ulteriormente da un testo assai noto ed analizzato finemente da parte di Corbino in uno studio apparso nella collettanea di studi in onore di Mario Talamanca²⁸⁶. Si tratta di un testo che sotto numerosi aspetti è rilevante. Dirò subito che il testo mi appare di grande importanza per il fatto che esso testimonia di un caso in cui la decisione del privato investito dell'*officium iudicis* non riguardava una sola questione di fatto ma si sorreggeva su di un raffinato ragionamento giuridico. Anche in questo caso si legge in primo luogo il testo²⁸⁷:

Val. Max. 8.2.2: *Notum suis temporibus iudicium commemoravi, sed ne quod relatu<ru>s quidem sum oblitteratum silentio. C. Visellius Varro graui morbo correptus trecenta milia nummum ab Otacilia Laterensis, cum qua commercium libidinis habuerat, expensa ferri sibi passus est eo consilio, ut, si decessisset, ab heredibus eam summam peteret, quam legati genus esse uoluit, libidinosam liberalitatem debiti nomine colorando. euasit deinde ex illa tempestate aduersus uota Otaciliae. quae offensa, quod spem praedae suae morte non maturasset, ex amica obsequenti subito destrictam feneratoricem agere coepit, nummos petendo, quos ut fronte inuerecunda, ita inani stipulatione captauerat. de qua re C. Aquilius uir magnae auctoritatis*

²⁸⁶ Alludo, naturalmente a A. CORBINO, *Il caso di Visellio Varrone o Otacilia Laterense (Val. Max. 8.2.2)*, in 'Turis vincula'. Studi in onore di Mario Talamanca, II, Napoli, 2001, 253 ss.

²⁸⁷ Non è, peraltro, inutile ricordare come il testo si trovi sotto la rubrica *de privatis iudiciis insignibus* che principia la sezione 8.2 dell'opera *Facta et dicta memorabilia: Publicis iudiciis adiciam priuata, quorum magis aequitas quaestionum delectare quam immoderata turba offendere lectorem poterit*

et scientia iuris ciuilibus excellens iudex adductus adhibitis in consilium principibus ciuitatis prudentia et religione sua mulierem reppulit. quod si eadem formula Varro et damnari et <ab> aduersaria absolui potuisset, eius quoque non dubito quin turpem et inconcessum errorem libenter castigaturus fuerit: nunc priuatae actionis calumniam ipse conpescuit, adulterii crimen publicae quaestioni uindicandum reliquit.

Il brano riguarda la vicenda di Otacilia Laterense che intentava un processo contro il proprio ex amante Visellio Varrone, attorno al 70 a.C.²⁸⁸ innanzi ad un giudice illustre quale il giurista Aquilio Gallo. Questa la vicenda: Visellio Varrone credendo ormai prossima la propria morte, intendendo beneficiare Otacilia Laterense – che era una donna sposata – con un lascito, congegnò «un'operazione che potesse realizzare il risultato senza comprometterne la reputazione»²⁸⁹. Egli quindi registrò quale *nomen transcripticium* nei propri libri domestici una promessa in forma di *stipulatio* a favore della propria amante di modo che ella potesse chiedere

²⁸⁸ Questa sarebbe l'opinione generale secondo A. CORBINO, *Il caso*, cit., 253, che la accoglie, pur dissentendo sugli argomenti che la maggior parte della critica aveva nel corso del tempo addotto, fra i quali il più rilevante mi sembra essere la data della pretura di Aquilio Gallo alla quale veniva, peraltro, collegata l'introduzione delle *formulae de dolo*, che, come si è visto alla nt. 248, non può tuttavia ragionevolmente porsi in correlazione decisiva con la data di assunzione della magistratura giudicante da parte di Aquilio Gallo stesso; seguendo la dottrina qui criticata la lite sarebbe stata antecedente altrimenti nella formula si sarebbe trovato accenno all'*exceptio doli* e quindi essa rimonderebbe alla data indicata. Viceversa, caduto quest'argomento, si può presumibilmente ritenere che «le ragioni per le quali la data tradizionale può continuare ad accogliersi, come in linea di massima non troppo lontana dalla realtà, sono solo il fatto che Visellio Varrone risulta tribuno militare in Asia nel 79 e il fatto che egli sia poi morto nel 58» (così . CORBINO, *Il caso*, cit., 253; nelle fonti v. Cic. *Verr.* 2.1.28.7: *Nunc cum ipse causam illius tumultus neque veram dicere neque falsam confingere audeat, homo autem ordinis sui frugalissimus, qui tum accensus C. Nerone fuit, P. Tettius, haec eadem se Lampsaci cognosse dixerit, vir omnibus rebus ornatissimus, C. Varro, qui tum in Asia militum tribunus fuit, haec eadem ipse se ex Philodamo audisse dicat, potestis dubitare quin istum fortuna non tam ex illo periculo eripere voluerit quam ad vestrum iudicium reservare?*; e Cic. *Brut.* 76.264: *Erat etiam vir doctus in primis C. Visellius Varro consobrinus meus, qui fuit cum Sicinio aetate coniunctus. is cum post curulem aedilitatem iudex quaestionis esset, est mortuus; in quo fateor volgi iudicium a iudicio meo dissensisse. nam populo non erat satis vendibilis: praiceps quaedam et cum idcirco obscura, quia peracuta, tum rapida et celeritate caecata oratio; sed neque verbis aptiorem cito alium dixerim neque sententis crebriorem. praeterea perfectus in litteris iurisque civilis iam a patre Aculeone traditam tenuit disciplinam).*

²⁸⁹ A. CORBINO, 'Iudicia', 'ius varium' e giudici tra tarda repubblica e primo principato, cit., 156.

l'adempimento della promessa solenne agli eredi dell'uomo. Costui poco dopo si riprese, tuttavia, dalla malattia che egli pensava l'avrebbe condotto alla morte, e rifiutava di adempiere l'obbligazione derivante dalla *stipulatio* non ritenendosi più obbligato.

Sotto il profilo tecnico, Corbino ritenne che l'azione intentata dalla donna che si era vista negare l'adempimento della promessa, rivestisse le forme di «un'*actio* (formulare) *certae creditae pecuniae* nascente da *transcriptio a re* (nella specie una *stipulatio*) *in personam*»²⁹⁰. Non risulta, ed è dato importante che va sottolineato al fine di valutare la condotta tenuta dal giudice sotto il profilo del ragionamento giuridico condotto onde pervenire all'adeguata decisione della controversia, che nella *formula* fosse stata inserita alcuna *exceptio*²⁹¹. La decisione cui pervenne Aquilio

²⁹⁰ A. CORBINO, *'Iudicia', 'ius varium' e giudici tra tarda repubblica e primo principato*, cit., 156. V. anche A. CORBINO, *Il caso*, cit., 254, per il quale l'utilizzo della procedura formulare appare «più che probabile» soprattutto in relazione all'utilizzo nel testo, che si suppone tecnico e specifico, dell'impiego della dicitura *eadem formula*; sulle eventuali perplessità – che si rifanno all'opinione di M. BRUTTI, *La problematica*, cit., I, 128, nt. 1 – v. ancora A. CORBINO, *Il caso*, cit., 254, nt. 23.

²⁹¹ Come osserva A. CORBINO, *'Iudicia', 'ius varium' e giudici tra tarda repubblica e primo principato*, cit., 156 s., nt. 7, «se la *formula* avesse ... contenuto un'*exceptio* la decisione di Aquilio Gallo avrebbe perduto ogni carattere di memorabilità e non se ne giustificerebbe perciò l'attenzione di Valerio Massimo». È l'opinione anche di A. BURDESE, *L'eccezione di dolo generale da Aquilio a Labeone*, in *Diritto@storia*, 2006, § 3: «siffatta decisione avrebbe fatto scalpore proprio perché non presa in applicazione di apposita *exceptio* contenuta nella *formula*, sicché si può ipotizzare che all'epoca, peraltro di incerta determinazione forse tra il 70 ed il 60 a.C., non esistesse una editale *exceptio doli*, della quale pare difficile poter già dal testo presupporre l'esistenza sempre a meno che essa fosse riconosciuta come atta soltanto a respingere pretese fondate su impegni estorti con raggiro o comunque non considerate dolose solo in quanto reclamate in giudizio. Resta in ogni caso confermata la propensione di Aquilio Gallo a far valere ragioni equitative, in particolare a favore del convenuto, persino in veste di giudice privato e *a fortiori* in qualità di giurista consulente del pretore se non anche di pretore egli stesso»; v. pure M. BRUTTI, *La problematica*, cit., I, 221, che enfatizza la peculiarità, nel caso raccontato nella fonte in commento, dell'assenza dell'*exceptio doli*. Non va sottaciuto, tuttavia, come l'ipotesi della presenza dell'*exceptio* nella *formula* dell'*actio* utilizzata abbia ottenuto rilevanti consensi in dottrina, soprattutto in quella meno recente. Parte della dottrina ritenne inserita nella *formula* un'*exceptio doli mali* oppure una *exceptio legis Cinciae*; anzi l'assenza di una menzione espressa nel testo all'*exceptio doli* non sarebbe altro che un segnale della mancanza di affidabilità di un testo quale quello di Valerio Massimo sotto il profilo tecnico-giuridico: v. M. KASER, *Römische Privatrecht*, I, München, 1989, 251, nt. 62; come ha notato M. BRUTTI, *La problematica*, cit., I, 221 s., «a sostegno di questa interpretazione, si possono soltanto richiamare delle testimonianze che rinviano a fasi più avanzate dell'esperienza giuridica romana rispetto all'epoca di Aquilio: fasi in cui appaiono ormai di uso comune mezzi processuali come il *iudicium de dolo* e l'*exceptio*, entrambi introdotti probabilmente dallo stesso Aquilio, ma in un momento

Gallo, per l'occasione assistito da un *consilium* fitto di personalità scientifiche eminenti, apparve «sorprendente»²⁹² alla maggior parte della critica in quanto il giudice «avrebbe giudicato liberamente» essendo egli andato «oltre i termini fissati dalla *formula*»²⁹³ o addirittura «oltre i poteri concessigli»²⁹⁴.

Sotto il profilo fattuale, dal testo emerge chiaro il fatto che non vi fosse alcuna contestazione di sorta circa la sussistenza del titolo e non si contestasse in alcun modo, da ambo le parti, le circostanze fattuali per come esse sono narrate nel passo²⁹⁵. Il giudice, dunque, non dovette

successivo alla controversia tra Varro e Otacilia di cui era stato giudice».

²⁹² Così A. CORBINO, *Il caso*, cit., 250, che richiama a sua volta richiama B.W. FRIER, *The Rise of the Roman Jurists*, cit., 147, che ritenne il processo raccontato da Valerio Massimo un «poorly understood trial».

²⁹³ M. BRUTTI, *La problematica*, cit., I, 223; prosegue lo stesso autore che «proprio questa libertà di valutazione che egli aveva ritenuto di poter esercitare abbia reso celebre il caso giudiziario in esame, tanto da farlo comprendere negli *exempla*, da cui verosimilmente lo ha tratto Valerio Massimo».

²⁹⁴ G. SACCONI, *Ricerche sulla 'stipulatio'*, Napoli, 1989, 125.

²⁹⁵ Seguo il limpido discorso di A. CORBINO, *Il caso*, cit., 72, che così disegna la dinamica processuale desumendola dal passo. «Visellio ha autorizzato (*passus est*) Otacilia alla *expensilatio* di un credito *ex stipulatu* da lui vantato nei suoi confronti. Forse quella stipulatio non era mai davvero intervenuta, ma l'autorizzazione a trascriverla ne costituisce confessione e rende perciò impossibile a Viselio affermarne ora l'inesistenza (può solo perciò definirla *inanis*). Essa è, in fatto, un punto fermo». A questo punto, così prosegue A. CORBINO, *Il caso*, cit., 272 s., al fine di contrastare l'azione attorea, «alla domanda di Otacilia ... Viselio oppone il collegamento di essa alla *mortis causa*: è vero, dice, avevo promesso, ma lo avevo fatto temendo la mia prossima morte, che non è invece intervenuta. Le circostanze dovevano esserci tutte a favore: malattia, intima relazione con lui, contestualità ad esso dell'operazione giuridica realizzata, risultavano fatti provati (Valerio Massimo, descrivere la vicenda non le attribuisce ad una dichiarazione di Visellio ma ne presuppone l'oggettiva conformità al vero). La difesa doveva apparire perciò astrattamente ammissibile: e, in effetti, abbiamo notizie dell'esistenza della *donatio mortis causa* già in età antecedente a Fulcino, che ne presuppone l'esistenza e ne discute solo i limiti di ammissibilità tra i coniugi, sicché è verisimile immaginare che essa appartenesse già senz'altro la pratica giuridica del tempo nella nostra lite». V. anche, A. BURDESE, *L'eccezione di dolo generale da Aquilio a Labeone*, cit., §3: «d'altra parte è riferita nei *Memorabilia* di Valerio Massimo (8.2.2), come celebre caso giudiziario degno di essere ricordato, la sentenza con cui Aquilio Gallo, in qualità di *iudex addictus*, aveva respinto la pretesa avanzata sulla base di *expensilatio* di denaro quale annotazione in conto di credito, o forse di *stipulatio* seguita da trascrizione a scopo probatorio, effettuata da una donna nei confronti di un suo amante che, gravemente ammalato, vi aveva accondisceso (*expensa sibi passus est*) con l'intento che la somma dovuta sarebbe stata richiesta ai proprii eredi in caso di sua morte quasi si trattasse di una sorta di legato, facendo passare come debito quella che era una *libidinosa liberalitas*. Ma poi, superato dall'uomo il pericolo di morte, la donna, rimastane delusa, non aveva posto tempo nel dimostrare la sua avidità di denaro agendo in giudizio. Aquilio, chiamato a giudicare nella veste di

assumere la propria determinazione sulla base dell'accertamento di fatti dubbi o incerti sui quali fosse necessario condurre accurati accertamenti di fatto (in ogni caso ciò non appare nel testo). Il fondamento della decisione di Aquilio Gallo è eminentemente giuridico²⁹⁶. Il che è già di per sé un argomento di grande importanza, poiché se assumessimo per vera la tesi, tradizionale ancorché assai semplicistica nel proprio schematismo, per cui la *quaestio iuris* doveva essere risolta una volta per tutte *in iure*, il nodo giuridico avrebbe dovuto essere sciolto già al termine della fase *in iure*, dal pretore. Come osserva Corbino, il nostro giudice si trovava «dinanzi ad un caso nel quale era patente la impudenza della domanda avanzata da Otacilia ... ma era, nel contempo, altrettanto patente il fatto che essa era fondata su ragioni che nessun giudice avrebbe potuto aver scrupolo ad accogliere in diritto»²⁹⁷.

Proprio la presenza di ragioni giuridiche che, *prima fronte*, apparivano degne di ascolto doveva aver indotto il pretore a concedere il *iudicium*, immaginando – ma questo è esercizio di fantasia – una possibile e piana soluzione, pur percependo la sostanziale ingiustizia dell'azione dell'attrice. Il dibattito *in iudicio* s'incentrò su questioni sottili di diritto e ciò non può essere posto in dubbio dal momento che Aquilio Gallo, «da eccellente giurista qual era, non poteva decidere senza un fondamento in diritto, senza il conforto di un'opinione giurisprudenziale conforme» e, dunque, non è neppure «pensabile che la sua decisione ... sia intervenuta senza una rigorosa valutazione giuridica delle circostanze che potevano giustificarla»²⁹⁸. Il giudice, in altri termini, non poteva creare il diritto,

iudex unus, appare aver respinto la pretesa attorea col ritenerla coprire una donazione considerata illecita e tacitamente condizionata alla morte del donante, dando comunque rilevanza, al di là delle forme negoziali, alla contrarietà ai *boni mores* dell'atto di liberalità oltretutto alla volontà del promittente e pervenendo così a reprimere la mala fede insita nell'intentare l'azione (*privatae auctiois calumniam ipse compescuit*)».

²⁹⁶ V. A. CORBINO, *Iudicia*, 'ius varium' e giudici tra tarda repubblica e primo principato, cit., 157, secondo cui «la questione era tutta di diritto».

²⁹⁷ A. CORBINO, *Il caso*, cit., 270 s., che ricorda inoltre le parole testuali del passo di Valerio Massimo per indicare l'impudente condotta dell'attrice, ossia *inveteranda fronte*; nel testo ho riportato le riflessioni di Corbino volgendo, per ragioni di *consecutio*, il periodare dall'originale tempo presente, al passato.

²⁹⁸ A. CORBINO, *Il caso*, cit., 272. *Contra*, F. SCHULZ, *Storia*, cit., 103: «non meno importanti dei loro pareri ai clienti privati erano i consigli dati dai giuristi ai *iudices* laici e ai magistrati che amministravano il diritto privato ... tosto che il diritto ebbe cominciato a perdere la sua primitiva semplicità, difficilmente un *iudex* poteva fare a meno del parere del giureconsulto a meno che non fosse egli stesso un giurista».

nemmeno qualora egli fosse stato un celebrato giurista.

La ragione che Viselio Varrone a sostegno della propria posizione adduceva, *in iudicio*, innanzi al giudice Gallo, era la seguente: la *stipulatio* conclusa con Otacilia integrava una *donatio mortis causa* che doveva essere ritenuta inefficace in quanto il donante era scampato al pericolo ed era, anzi, ancora in vita. Allo stato del diritto all'epoca del processo raccontato da Valerio Massimo la difesa di Viselio Varrone non poteva sembrare ammissibile in quanto il solo modo per dare ingresso ad un argomento di questo tipo era la «via dell'*exceptio*»²⁹⁹, che «ancora Labeone e Giuliano avrebbero dato come unica possibilità per il giudice»³⁰⁰, dal momento che, ancora al tempo di Labeone, non era ammessa la sussistenza di una *condicio* tacita per la *donatio mortis causa* (nel senso di subordinare l'efficacia della donazione all'effettiva morte del donante)³⁰¹. Aquilio Gallo, invece, forse dando corso ad una difesa non «suggerita dal convenuto, ma immaginata direttamente dal giudice»³⁰², ritenne nulla la *stipulatio*, pur trovandosi in presenza di un titolo avente natura formale ed astratta. Questa conclusione, affermata ancora una volta da Corbino³⁰³, derivava da un attento esame della turpitudine (la *turpitudine*) che sorreggeva l'intera operazione³⁰⁴, una volta messa in luce la natura

²⁹⁹ A. CORBINO, *Il caso*, cit., 275; osserva peraltro A. CORBINO, 'Iudicia', 'ius varium' e giudici tra tarda repubblica e primo principato, cit., 158, che «argomentare per l'inefficacia della *stipulatio* per intervenuta convalescenza del donante avrebbe implicato il riconoscimento della validità *iure civili* di un condizionamento *mortis causa* della *stipulatio* operante anche tacitamente».

³⁰⁰ A. CORBINO, *Il caso*, cit., 274 s.

³⁰¹ Sarebbe stata necessaria, all'uopo l'inserzione di una *exceptio doli* volta al presente (ossia una *exceptio doli generalis*); così si esprime Ulp. 76 *ad ed.* D. 44.4.4.1: *Iulianus scripsit, si quis, cum aeger esset, centum aureos uxoris suae consobrino spondisset, volens scilicet eam pecuniam ad mulierem pervenire, deinde convaluerit, an exceptione uti possit, si conveniatur. et refert Labeoni placuisse doli mali uti eum posse.* Da un passo tratto dal terzo commentario paolino all'editto si desume, per altre circostanze differenti, la validità di altre condizioni tacite; v. Paul. 3 *ad ed.* D. 2.14.4.2: *Huius rei argumentum etiam stipulatio dotis causa facta est: nam ante nuptias male petitur, quasi si hoc expressum fuisset, et nuptiis non secutis ipso iure evanescit stipulatio. idem Iuliano placet.*

³⁰² A. CORBINO, *Il caso*, cit., 275.

³⁰³ A. CORBINO, 'Iudicia', 'ius varium' e giudici tra tarda repubblica e primo principato, cit., 157.

³⁰⁴ Val Max. 8.2.2: *Quod si eadem formula Varro et damnari et <ab> aduersaria absolui potuisset, eius quoque non dubito quin turpem et inconcessum errorem libenter castigaturus fuerit: nunc priuatae actionis calumniam ipse conpescuit, adulterii crimen publicae quaestioni vindicandum reliquit.*

essenzialmente liberale della *stipulatio*. Il disvelamento di questa, infatti, avrebbe consentito la valutazione e l'indagine dei motivi sottostanti che avrebbero potuto portare alla nullità della *stipulatio*. Come si nota assai facilmente, il percorso argomentativo seguito dal giudice privato appare improntato ad una notevole raffinatezza poiché esso procedette dall'individuazione della natura sostanziale dell'operazione, indipendentemente dalla veste formale soprastante e giunse, in ragione della corretta individuazione di questa, all'applicazione della disciplina necessaria ed opportuna.

La decisione del giudice, che a questo punto si porrebbe al di fuori dell'ambito delle difese delle parti, apparirebbe incomprensibile e dimostrerebbe la sua completa libertà nell'espletare il proprio *officium* se non si rinvenisse un principio di diritto del quale il giudice avesse potuto tenere conto. Appare probabile che una giustificazione giuridica, patrimonio del *ius controversum*, vi fosse. In vero, a me pare assai convincente la proposta di Corbino, che ricorda come fosse opinione «difesa già al tempo di Sabino che le *stipulationes turpes* dovessero ritenersi *nullius momenti*»³⁰⁵, come del resto sembra potersi desumere anche dall'analisi di alcuni altri testi³⁰⁶. Da questi, in particolare, per talune delle peculiarità della scrittura, sembrerebbe che il principio, forse attribuibile a Sabino, non fosse del tutto estraneo anche all'epoca precedente al giurista. Non sarebbe, dunque, «privo di giustificazioni»³⁰⁷

³⁰⁵ A. CORBINO, *Il caso*, cit., 275; in senso analogo anche A. CORBINO, *'Iudicia', 'ius varium' e giudici tra tarda repubblica e primo principato*, cit., 158; M. BRUTTI, *La problematica*, cit., I, 223 s., osservava come «la soluzione di Aquilio, anteriore alla creazione delle *formulae de dolo*, ha dunque una carattere di eccezionalità: essa indica il manifestarsi, in epoca tardorepubblicana, di una tendenza alla considerazione equitativa dei rapporti e delle volontà sottostanti alle obbligazioni formali e ai loro modi di costituzione: tendenza che troverà più sicura espressione, come si è già visto e come si avrà modo ancora di osservare, nell'impiego dell'*exceptio doli* volta al presente».

³⁰⁶ V., in particolare, Ulp. 42 *ad Sab.* D. 45.1.26: *Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti*; che va posto in relazione con i successivi Pomp. 22 *ad Sab.* D. 45.1.27pr.: *Veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat. sed et officio quoque praetoris continetur ex huiusmodi obligationibus actionem denegari*; Pomp. 22 *ad Sab.* D. 45.1.27.1: *Si stipulatus hoc modo fuero: "si intra biennium capitolium non ascenderis, dari?"*, non nisi praeterito biennio recte petam; A. CORBINO, *Il caso*, cit., 275, nt. 96, ritiene che il testo abbia «tutta l'aria di riaffermare un principio già noto all'antico giurista commentato».

³⁰⁷ A. CORBINO, *Il caso*, cit., 276.

ritenere che, in termini *ius controversum*³⁰⁸, «la nullità *ipso iure* delle *stipulationes contra bonos mores*, cominciasse ad appartenere già, al tempo del nostro processo, all'insieme delle soluzioni alle quali un giudice romano era autorizzato dal pensiero giurisprudenziale al quale doveva fare riferimento»³⁰⁹.

Ciò considerato sull'episodio raccontato da Valerio Massimo, si possono trarre alcune considerazioni assai importanti. A lato dell'ovvia rilevanza rivestita nel passo dall'eccezionalità della vicenda, che naturalmente assume un preciso valore, il brano si presta a rappresentare bene un argomento per il nostro assunto. Esso mostra in modo assai vivido il nodo che stringeva il giudice alla dottrina. In primo luogo ci mostra come l'applicazione della *formula, in iudicio*, potesse dar luogo a complesse questioni giuridiche che necessitavano di un notevole apporto da parte della giurisprudenza. A me sembra che il percorso argomentativo svolto dal giudice non avrebbe potuto certamente essere condotto autonomamente da un laico che certamente non avrebbe potuto scendere così a fondo della questione di diritto. La posizione personale di Aquilio Gallo nelle vesti di giudice non sposta la questione perché egli non si sentì libero di 'fare diritto' in virtù della propria transitoria condizione, ma egli si riferì ad un principio di diritto già discusso nella giurisprudenza dell'epoca. Il fatto che Aquilio Gallo non abbia preso una decisione 'disinvolta' ma che l'abbia fondata su un sostrato giuridico controverso, (anche qualora il giudice fosse un giurista illustre), depone nel senso di un cospicuo e necessario flusso di informazioni e di indicazioni provenienti dai giuristi e destinati ai privati incaricati di svolgere la funzione di giudice.

Dalle considerazioni che abbiamo svolto appare in modo chiaro, anche se gli elementi di prova che abbiamo addotto vanno ritagliati in un contesto nel quale essi non abbondano certamente, come la seconda fase del processo formulare abbia riguardato in modo assai stringente gli stessi giuristi, impegnati in una costante opera di interpretazione delle formule che venivano approvate al termine della fase *in iure* con la *litis contestatio*.

³⁰⁸ Seguo A. CORBINO, *Il caso*, cit., 268, secondo cui sarebbe da escludere la natura incontrovertibile della posizione fatta propria da Aquilio Gallo dato che in tal caso l'apporto del giudice non avrebbe avuto personale rilevanza ed il giudizio non avrebbe meritato un particolare ricordo in un'opera non certamente tecnica.

³⁰⁹ A. CORBINO, *Il caso*, cit., 276.

Questa interpretazione va colta, credo, in tutti quei passaggi ove al giudice fossero rimesse valutazioni e l'interpretazione in ordine a talune clausole formulari 'aperte' che per essere concretamente utilizzate nella contingenza dei processi necessitavano di essere opportunamente declinate. Come ha osservato Corbino, «siamo di fronte, con evidenza, a regole che sono intese se non a definire almeno a sollecitare ambiti più o meno larghi di uniformità (dunque “doveri”, dunque “vincoli” per l'*officium iudicis*) che coniughino la naturale libertà del sistema controversiale (nel quale come stato esattamente prima osservato e poi anche ribadito dal prof. Talamanca “tutti i pareri dei giuristi erano diritto, in quanto astrattamente applicabili senza che nessuno potesse imputare il giudice che avesse scelto l'uno e l'altro di aver deciso contra *ius*”) con l'esigenza – politicamente non meno rilevante – di costringere l'interpretazione e l'applicazione giudiziale del diritto dentro parametri ancorati ai valori storicamente correnti, onde assicurare una qualche prevedibilità e certezza delle decisioni alle quali il giudizio può esporre»³¹⁰.

Su questi aspetti tornerò nelle pagine che seguono. Qui conviene, intanto, fare riferimento, seppur brevemente ad un altro fenomeno che è stato osservato con acume da alcuni studiosi e che riguarda la possibile graduale individuazione di regole, che diremmo di diritto sostanziale, nate in seno alla pratica giudiziale³¹¹. Come è noto, e sarà sufficiente darne qui conto solo per sommi capi seguendo il pensiero degli autori che se ne sono occupati, l'ambito nel quale questo fenomeno si è manifestato in modo più intenso attiene al diritto ereditario. In particolare il contributo di maggior rilievo nell'ambito della regolamentazione di aspetti non presi in considerazione delle fonti normative venne, per quanto si può desumere dalla nostra documentazione, dalla giurisprudenza del tribunale dei *centumviri*. Come han notato, in una fondamentale ricerca in tema degli anni '70 del novecento, Letizia Vacca, deve essere stato «nella prassi di questo tribunale ... che si operò il progressivo restringimento del

³¹⁰ A. CORBINO, *'Iudicia', 'ius varium' e giudici tra tarda repubblica e primo principato*, cit., 171; la citazione interna è di M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo del processo privato*, in *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. 'Princeps' e procedure dalle leggi giulie ad Adriano. Atti del convegno internazionale di diritto romano (Copanello 5-8 giugno 1996)*, Napoli, 1999, 419.

³¹¹ G. PUGLIESE, *Diritto e processo*, cit., 18 s., ricorda come sia «sostanzialmente pacifica ... la creazione giudiziaria della *querela inofficiosi testamenti*, che si considera di solito opera del tribunale dei *centumviri*».

principio decemvirale sulla assoluta libertà del testatore», la cui chiara formulazione ricorre in un passo di Pomponio conservato dai compilatori, che secondo parte della letteratura meno recente sarebbe stato da questi massicciamente intaccato³¹², in D. 50.16.120:

Pomp. 5 ad Q. Muc. D. 50.16.120: *Verbis legis duodecim tabularum his "uti legasset suae rei, ita ius esto" latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi. sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate iura constituentium.*

Il passo, come sottolineava ancora Vacca ³¹³, venne convincentemente difeso da Di Lella, che, come riassume la studiosa, «vi vede la testimonianza di progressive limitazioni introdotte o per la legge, o per via di interpretazione, dagli stessi giuristi»³¹⁴. La limitazione della capacità di testare, nella specie escludendo dalla successione taluni soggetti, diede luogo alla formazione di una regola casistica, che, a differenza di quanto di norma accadeva – quando cioè la regola era da «imputarsi all'attività dei giureconsulti»³¹⁵ – venne determinandosi soprattutto in forza delle soluzioni equitative del tribunale centumvirale. Sarebbe questo il senso delle informazioni che ricaviamo da due testi letterari importanti che trattano dell'ipotesi di preterizione di un figlio *miles*. L'interpretazione proposta si fonda essenzialmente sul fatto che essi ricavano il proprio senso alla luce della considerazione, proposta da Di Lella³¹⁶ per la quale la regola per la quale sui *heredes aut instituendi sunt aut exeredandi* non doveva ancora essersi consolidata sul finire della repubblica³¹⁷. Il primo, richiamato dalla stessa studiosa, è ciceroniano:

³¹² V. soprattutto, S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, I, Napoli, 1932, 38 ss.

³¹³ L. VACCA, *Contributo*, cit., 44.

³¹⁴ L. VACCA, *Contributo*, cit., 44.

³¹⁵ L. VACCA, *Contributo*, cit., 44 s.

³¹⁶ L. DI LELLA, *'Querela inofficiosi testamenti': contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli, 1972, 79 ss., seguito da L. VACCA, *Contributo*, cit., 41.

³¹⁷ Ricorda L. VACCA, *Contributo*, cit., 44, nt. 6, si tratta di una regola «che troviamo enunciata per la prima volta in Gai 2.123, ma che doveva essere già fissata all'epoca di Sabino e Cassio, ma non ancora nell'epoca dei giudizi centumvirali ricordati da Cic. *orat.* 1.38.175 e Val. Max 7.7.1»

Cic. orat. 1.38.175: *Quid? Si ne parvae quidem causae sunt, sed saepe maximae, in quibus certatur de iure civili, quod tandem os est eius patroni, qui ad eas causas sine ulla scientia iuris audet accedere? Quae potuit igitur esse causa maior, quam illius militis? De cuius morte cum domum falsus ab exercitu nuntius venisset et pater eius re credita testamentum mutasset et, quem ei visum esset, fecisset heredem essetque ipse mortuus, res delata est ad centumviros, cum miles domum revenisset egissetque lege in hereditatem paternam testamento exheres filius. [Nempe] in ea causa quaesitum est de iure civili, possetne paternorum bonorum exheres esse filius, quem pater testamento neque heredem neque exheredem scripsisset nominatim.*

L'altro proviene invece da Valerio Massimo

Val. Max. 7.7.1: *Militantis cuiusdam pater, cum de morte filii falsum e castris nuntium accepisset, [qui erat falsus,] aliis heredibus scriptis decessit. peractis deinde stipendiis adulescens domum petiit: errore patris, impudentia alienorum [domum] sibi clausam repperit: quid enim illis inuerecundius? florem iuventae pro re publica absumpserat, maximos labores ac plurima pericula tolerauerat, aduerso corpore exceptas ostendebat cicatrices, et postulabant ut auitos eius lares otiosa ipsi urbi onera possiderent. itaque depositis armis coactus est in foro togatam ingredi militiam: acerbe: cum inprobissimis enim heredibus de paternis bonis apud centumuiros contendit: omnibusque non solum consiliis sed etiam sententiis superior discessit.*

Esso appare interessante dal momento che ci informa di come il giudizio centumvirale fosse improntato «esclusivamente»³¹⁸ ad equità e che

³¹⁸ Così L. VACCA, *Contributo*, cit., 45. Ricorda la studiosa (L. VACCA, *Contributo*, cit., 46) come il criterio ispiratore che guidava il tribunale centumvirale si desuma anche da altri luoghi dell'opera di Valerio Massimo; tra i più significativi ella cita 7.7.2: *Item M. Annei Carseolani splendidissimi equitis Romani filius, a Sufenate auunculo suo adoptatus testamentum naturalis patris, quo praeteritus erat, apud centumuiros rescidit, cum in eo Tullianus Pompei Magni familiaris ipso quidem Pompeio signatore heres scriptus esset. itaque illi in iudicio plus cum excellentissimi uiri gratia quam cum parentis cineribus negotii fuit. ceterum quamuis utraque haec aduersus nitebantur, tamen paterna bona optinuit: nam L. quidem Sextilius et P. Popilius, quos M. Anneius sanguine sibi coniunctos eadem ex parte qua Tullianum heredes fecerat, sacramento cum adolescentulo contendere ausi non sunt, tametsi praecipuis eo tempore Magni uiribus ad defendendas tabulas testamenti inuitari poterant, et aliquantum adiuuabat heredes quod M. Anneius in Sufenatis*

il preterito fosse tenuto ad intentare tanti giudizi quanti erano gli istituiti dal testatore nel testamento dal quale l'attore lamentava l'esclusione. Mettendo a partito un ulteriore testo che si ritrova nel *Codex* giustiniano, Letizia Vacca ricavava una testimonianza del fatto «che la regola *'sui heredes...'*» non potesse «essere sorta in epoca antecedente alla istituzione del tribunale centumvirale», ma anzi essa sia «strettamente derivata dai principi in esso affermatisi»³¹⁹, di talché sarebbe necessario «ritenere che proprio nella prassi centumvirale abbia acquistato rilevanza la possibilità di impugnare la preterizione, là dove questa risultasse contraria al normale officium familiare, a quei doveri reciproci, cioè, che la valutazione sociale impone»³²⁰, né questa sarebbe la sola regola che in materia ereditaria sarebbe discesa direttamente dalle decisioni di questo prestigioso collegio³²¹.

Come è noto, innanzi al tribunale centumvirale venne anche discusso un processo di notevole importanza, anche per l'eco che determinò nei contemporanei e nei posteri, ossia la celeberrima *causa*

familiam ac sacra transierat. sed artissimum inter homines procreationis uinculum patris simul uoluntatem et principis auctoritatem superauit; 7.8.2: Vita Tuditani demens, Aebutiae autem, quae L. Meneni Agrippae uxor fuerat, tabulae testamenti plenae furoris: nam cum haberet duas simillimae probitatis filias ~ Pletoniam et Afroniam, animi sui potius inclinatione prouecta quam ullis alterius iniuriis aut officiis conmotata, Pletoniam tantum modo heredem instituit: filiis etiam Afroniae ex admodum amplo patrimonio xx nummum legauit. Afronia tamen cum sorore sacramento contendere noluit testamentumque matris patientia honorare quam iudicio conuellere satius esse duxit, eo se ipsa indigniorem iniuria ostendens quo eam aequiore animo sustinebat; 7.8.4: Item Pompeius Reginus uir transalpiniae regionis, cum testamento fratris praeteritus esset et ad coarguendam iniquitatem eius binas tabulas testamentorum suorum in comitio incisas habita utriusque ordinis maxima frequentia recitasset, in quibus magna ex parte heres frater erat scriptus, praelegabaturque ei centies et quinquagies sestertium, multum ac diu inter adsentientes indignationi suae amicos questus, quod ad hastae iudicium adtinuit, cineres fratris quietos esse passus est. et erant ab eo instituti heredes neque sanguine Regino pares neque proximi, sed alieni et humiles, ut non solum flagitiosum silentium, sed etiam praelatio contumeliosa uideri posset.

³¹⁹ L. VACCA, *Contributo*, cit., 46.

³²⁰ L. VACCA, *Contributo*, cit., 46; a conferma v. C. 6.28.4.2: (*Imperator Justinianus*): *Nam haec corrigentes et maiorum nostrorum sequimur vestigia, qui eandem observationem colere manifestissimi sunt. scimus etenim antea simili modo et filium et alios omnes inter ceteros exheredatos scribere esse concessum, cum etiam centumviri aliam differentiam introduxerunt.*

³²¹ Cfr. L. VACCA, *Contributo*, cit., 46, nt. 9, che, ricordando S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, I, cit., 222 ss., approvato da L. DI LELLA, *'Querela'*, cit., 105 ss., rammenta come debba essere ricondotta alla prassi del tribunale dei *centumviri* anche la scaturigine del *ius adcrendi in partem* «a favore della figlia preterita».

curiana. L'origine della vasta risonanza che ebbe questo processo risiede, in definitiva nel fatto, messo in evidenza da Corbino che lo associava al caso di Viselio Varrone di cui ci siamo occupati brevemente nelle pagine precedenti³²², che, pur trattandosi di un procedimento giudiziario originato in relazione a negozi «rigorosamente formali»³²³, la conclusione della causa diede modo di prevalere «al punto di vista di chi si opponeva alle ragioni di una interpretazione rigorosamente letterale»³²⁴, contro chi patrocinava una posizione di stretta aderenza ai *verba*.

Ricordo brevemente come la vicenda riguardasse, nell'ambito di un processo *per legis actiones*, Manlio Curio, designato erede da Marco Coponio qualora il figlio postumo istituito fosse morto ancora pupillo; il figlio postumo non nasceva e gli agnati chiedevano innanzi ai *centumviri* l'eredità contro Curio. Entrambe le parti erano sostenute da giuristi di chiara fama quali L. Licinio Crasso, che difendeva Curio, mentre Q. Mucio Scevola sosteneva le difese avversarie. Ebbene la tesi rigoristica di Scevola ebbe la peggio, ma la discussione che si ebbe innanzi al collegio giudicante era tutta di *ius civile*³²⁵, fitta di richiami continui alle opinioni giurisprudenziali, da parte di entrambi i contendenti. Come si comprende

³²² Il parallelo è tracciato, infatti, da A. CORBINO, *'Iudicia', 'ius varium' e giudici tra tarda repubblica e primo principato*, cit., 159.

³²³ A. CORBINO, *'Iudicia', 'ius varium' e giudici tra tarda repubblica e primo principato*, cit., 159; i negozi in parola sarebbero formali a mente di Cic. *orat.* 2.141: *nihil ad copiam argumentorum neque ad causae vim ac naturam nomen Coponi aut Curi pertinuit; in genere erat universo rei negotique, non in tempore ac nominibus, omnis quaestio: cum scriptum ita sit SI MIHI FILIVS GENITVR, ISQVE PRIVS MORITVR, et cetera, TVM MIHI ILLE SIT HERES, si natus filius non sit videaturne is, qui filio mortuo institutus heres sit, heres esse: perpetui iuris et universi generis quaestio non hominum nomina, sed rationem dicendi et argumentorum fontis desiderat*; e, con qualche lieve differenza di Cic. *invent.* 2.122: *Ex scripto et sententia controversia consistit, cum alter verbis ipsis, quae scripta sunt, utitur, alter ad id, quod scriptorem sensisse dicet, omnem adiungit dictionem. scriptoris autem sententia ab eo, qui sententia se defendet, tum semper ad idem spectare et idem velle demonstrabitur; tum ex facto aut ex eventu aliquo ad tempus id, quod instituit, accommodabitur. semper ad idem spectare, hoc modo: paterfamilias cum liberorum haberet nihil, uxorem autem haberet, in testamento ita scripsit: si mihi filius genitur unus pluresve, is mihi heres esto. deinde quae assolent. postea: si filius ante moritur, quam in tutelam suam venerit, tum mihi, * dicet, heres esto. filius natus non est. ambigunt adgnati cum eo, qui est heres, si filius ante, quam in tutelam veniat, mortuus sit. in hoc genere non potest hoc dici, ad tempus et ad eventum aliquem sententiam scriptoris oportere accommodari, propterea quod ea sola esse demonstratur, qua fretus ille, qui contra scriptum dicit, suam esse hereditatem defendit.*

³²⁴ A. CORBINO, *'Iudicia', 'ius varium' e giudici tra tarda repubblica e primo principato*, cit., 159 (si precisa che nell'originale il tempo verbale è al presente).

³²⁵ Cic. *orat.* 2.141.

da alcuni testi ciceroniani³²⁶, ricordando che l'autore utilizzò questo precedente nella propria orazione a favore di Cecina³²⁷, al fine di «difendere l'interpretazione dell'interdetto *de vi hominibus armatis*, contro l'applicazione cavillosa del testo»³²⁸, si tratta di una questione che si colloca in una tematica di maggiore respiro concernente la tensione, nell'ambito delle regole ermeneutiche degli atti negoziali, tra le posizioni di quanti le volevano dominate «dal rigoroso rispetto delle forme»³²⁹ e coloro che invece si concentravano su «una più attenta considerazione dell'effettivo intento racchiuso dai *verba*»³³⁰. Ciò si desume chiaramente da:

³²⁶ Alludo a Cic. *orat.* 1.180: *Quid vero? Clarissima M. Curi causa Marcique Coponi nuper apud centumviros quo concursu hominum, qua exspectatione defensa est? Cum Q. Scaevola, aequalis et conlega meus, Homo omnium et disciplina iuris civilis eruditissimus et ingenio prudentiaque acutissimus et oratione maxime limatus atque subtilis atque, ut ego soleo dicere, iuris peritorum eloquentissimus, eloquentium iuris peritissimus, ex scripto testamentorum iura defenderet negaretque, nisi postumus et natus et, ante quam in suam tutelam veniret, mortuus esset, heredem eum esse posse, qui esset secundum postumum et natum et mortuum heres institutus; ego autem defenderem eum hac tum mente fuisse, qui testamentum fecisset, ut, si filius non esset, qui in suam tutelam veniret, M. Curius esset heres, num destitit uterque nostrum in ea causa in auctoritatibus, in exemplis, in testamentorum formulis, hoc est, in medio iure civili versari?*

³²⁷ Cic. *Caec.* 67: *Et hoc loco Scaevolam dixisti causam apud viros non tenuisse; quem ego antea commemoravi, cum idem faceret quod tu nunc—tametsi ille in aliqua causa faciebat, tu in nulla facis—tamen probasse nemini quod defendebat, quia verbis oppugnare aequitatem videbatur. Cum id miror, te hoc in hac re alieno tempore et contra quam ista causa postulasset defendisse, tum illud volgo in iudiciis et non numquam ab ingeniosis hominibus defendi mihi mirum videri solet, nec iuris consultis concedi nec ius civile in causis semper valere oportere.*

³²⁸ L. VACCA, *Contributo*, cit., 42.

³²⁹ A. CORBINO, *'Iudicia', 'ius varium' e giudici tra tarda repubblica e primo principato*, cit., 160.

³³⁰ A. CORBINO, *'Iudicia', 'ius varium' e giudici tra tarda repubblica e primo principato*, cit., 160; è lo stesso Cicerone che mette in luce che i *verba* non dovevano risultare di ostacolo all'interpretazione della volontà in essa trasfusi ma dovevano essere un veicolo della stessa; v., infatti, Cic. *Caec. Sermo hercule familiaris et cotidianus non cobaerebit, si verba inter nos aucupabimur; denique imperium domesticum nullum erit, si servolis hoc nostris concesserimus ut ad verba nobis oboediant, non ad id quod ex verbis intellegi possit obtemperent. Exemplis nunc uti videlicet mihi necesse est harum rerum omnium; non occurrit uni cuique vestrum aliud alii in omni genere exemplum quod testimonio sit non ex verbis aptum pendere ius; sed verba servire hominum consiliis et auctoritatibus. Ornate et copiose L. Crassus, homo longe eloquentissimus, paulo ante quam nos in forum venimus, iudicio cvirali hanc sententiam defendit et facile, cum contra eum prudentissimus homo, Q. Mucius, diceret, probavit omnibus, M. Curium, qui heres institutus esset ita: 'mortuo postumo filio', cum filius non modo non mortuus sed ne natus quidem esset, heredem esse oportere. Quid? verbis hoc satis erat cautum? Minime. Quae res*

Cic. Caec. 24.69: *Primum utrum recte, an perperam? Si recte, id fuit ius quod iudicatum est; sin aliter, non dubium est utrum iudices an iuris consulti vituperandi sint. Deinde, si de iure vario quippiam iudicatum est, <non> potius contra iuris consultos statuunt, si aliter pronuntiatum est ac Mucio placuit, quam ex eorum auctoritate, si, ut Manilius statuebat, sic est iudicatum. Etenim ipse Crassus non ita causam apud viros egit ut contra iuris consultos diceret, sed ut hoc doceret, illud quod Scaevola defendebat, non esse iuris, et in eam rem non solum rationes adferret, sed etiam Q. Mucio, socero suo, multisque peritissimis hominibus auctoribus uteretur.*

Secondo Vacca, inoltre, un analogo percorso dovrebbe essersi svolto per quanto attiene altri istituti che sarebbero sorti «attraverso le decisioni del *iudex* ... con un meccanismo analogo al processo che ha portato a determinare il regime del testamento inofficioso nella prassi del tribunale centumvirale»³³¹. Su alcuni di questi istituti ci soffermeremo nelle pagine seguenti. Qui sarà sufficiente ricordare come essi rientrino in modo peculiare nell'ambito dei *iudicia bonae fidei* entro la cui sfera il giudice poteva con maggiore ampiezza operare, pur dovendo attenersi alle indicazioni giurisprudenziali³³². Verranno in rilievo, in particolare, le usure e la compensazione, due istituti nei quali si riscontra in modo chiaro l'intreccio tra giudice e giurisprudenza e che erano in tal senso già indicati da Pasquale Voci quali esempi del diritto giudiziale³³³, caratteristico «come quello consuetudinario... delle comunità molto antiche»³³⁴.

igitur valuit? Voluntas, quae si tacitis nobis intellegi posset, verbis omnino non uteremur; quia non potest, verba reperta sunt, non quae impedirent sed quae indicarent voluntatem.

³³¹ L. VACCA, *Contributo*, cit., 46.

³³² V. L. VACCA, *I precedenti e i responsi dei giuristi*, cit. 132, per la quale «è indubbio che la individuazione casistica del contenuto della buona fede ha avuto nel periodo classico implicazioni di enorme rilievo nella progressiva delimitazione dell'ambito di applicazione delle relative azioni e nella definizione delle obbligazioni reciproche delle parti, nonché dei casi di responsabilità contrattuale, e che quindi le singole soluzioni in questa materia hanno avuto particolare rilevanza come elementi di riferimento per le soluzioni successive su casi simili».

³³³ P. VOCI, *Manuale di diritto romano*, I, *Parte generale*, Milano, 1998, 111 ss.; ricorda Voci che per diritto giudiziale deve intendersi «quello creato dai giudici con le loro sentenze, negli ordinamenti che danno ad essi il potere non solo di applicare il diritto vigente, ma di produrne di nuovo. Una sentenza creatrice di diritto ha effetti immediati e scessivi. Immediatamente, essa risolve il caso proposto al giudice: una sentenza non può avere altra estensione. Ma la soluzione può servire da esempio per altre, future, e questo esempio può essere persuasivo o vincolante ... Il diritto giudiziale e il diritto magistratuale, pur essendo diversi, hanno la qualità comune di essere collegati col

Al termine di questa iniziale analisi del fenomeno che stiamo osservando è possibile formulare una prima conclusione, parziale ed ancora bisognosa di una conferma da condurre sui testi giurisprudenziali. Si tratta di un'ipotesi di lavoro. I giuristi intesevano continue relazioni con i giudici quando costoro avessero necessità di sciogliere i nodi problematici che le formule potevano porre; agli stessi giudici i giuristi rivolgevano i propri responsi e le proprie opinioni, indirizzavano loro i risultati della attività. Nei capitoli che seguono cercheremo di dare un contenuto alle indicazioni generali che abbiamo svolto in questa prima parte della ricerca, cercando di fornire esempi ritagliati attingendo dai frammenti conservati nel Digesto provenienti dalla globalità delle opere giurisprudenziali.

processo. Ma il diritto magistratuale sorge da un atto che sta all'inizio del processo, mentre il diritto giudiziale sorge dall'atto che chiude il processo, cioè da una sentenza». Sull'istituto della compensazione ci intratteremo brevemente nel terzo capitolo nell'ambito del quale sarà dedicata maggior attenzione alle *usurae*.

³³⁴ P. VOCI, *Manuale*, cit., 111 s., ricorda come pur non essendovi testimonianze dirette del diritto giudiziale nell'ordinamento, «si può supporre che non sia stato diverso da tanti altri. La funzione del giudice più antico è insieme creativa e ricognitiva. Ricognitiva, in quanto egli divide con i concittadini la stessa cultura e ne fa proprie le esigenze; creativa, perché è opera sua la versione dell'esigenza culturale in norma giuridica. Nella regola da lui posta, certa e precisa, la comunità si riconosce senza averla creata. Sentenza ben detta è quella che la comunità approva, come approva l'atto privato che apre il cammino della consuetudine».

CAPITOLO II

‘RESTITUERE’, ‘CAUTIONES’, ‘ARBITRIUM’ E ‘OFFICIUM IUDICIS’

SOMMARIO: 1. Una premessa. 2. La clausola restitutiva. L'*officium iudicis*. 3. *Arbitrium iudicis*. 4. La nozione di *arbitrium iudicis*. 5. La teoria di Levy e la sua critica recente. 6. Le *cautiones iudiciales*. 7. Il fondamento formulare della possibilità accordata al giudice di imporre una *cautio*. 8. Brevi cenni conclusivi.

1. Una premessa.

Abbiamo concluso il capitolo precedente con la formulazione di una ipotesi di lavoro consistente nell'immaginare che, sulla scorta delle fonti esaminate tanto in ambito giurisprudenziale quanto in ambito letterario, la giurisprudenza con la propria azione, la propria opera di elaborazione abbia condotto i giudici e gli avvocati, durante la seconda fase del processo formulare, mentre costoro espletavano il proprio ufficio. Il riconoscimento di questa ipotesi, che dovrà ora essere verificata sulla base dei testi concernenti alcuni esempi particolarmente significativi di campi nel cui ambito la giurisprudenza possa aver esercitato il proprio magistero, impone di considerare che il giudice fosse titolare di un dovere di interpretazione della *formula*, non soltanto per quanto riguardava il fatto, ma anche per ciò che concerneva i termini strettamente giuridici nei quali il giudizio era formulato. Come la lettura del testo di Valerio Massimo ha mostrato, il giudice poteva essere chiamato ad espletare la

propria funzione non soltanto con riferimento all'accertamento dei fatti schematizzati nella *formula*, ma poteva essere tenuto ad operare raffinate scelte di carattere tecnico-scientifico per le quali la preparazione tecnica dell'uomo medio chiamato al ruolo di giudicante doveva risultare nella maggior parte dei casi insufficiente³³⁵. Tanto considerato, è necessario ora tentare di riempire di contenuto le linee generali del nostro discorso per come esse sono apparse nel capitolo precedente. Riassumendo si è giunti alla conclusione, provvisoria di riconoscere un ruolo attivo e particolarmente significativo svolto dalla scienza giuridica anche durante la fase *apud iudicem*. Gli esempi che si potrebbero fornire relativamente alla prova della presenza dei giuristi accanto ai soggetti che intervenivano nella fase conclusiva del processo formulare sarebbero certamente molti. È evidente che in questa sede sarà possibile soltanto una ricognizione molto limitata, incentrata su quegli istituti nei quali la strutturazione della *formula* contenesse necessariamente concetti o criteri che dovevano essere specificati innanzi al giudice privato. È noto, infatti, che le *formulae* del processo romano classico, contenevano espressi in modo breviloquente, concetti normativi ampi la cui applicazione al caso concreto necessitava, nella prassi quotidiana del foro, di un'attenta opera ermeneutica.

A tal proposito, proprio volendo circoscrivere e dare una unità organica al discorso che andremo svolgendo, sovengono due importanti spunti, in parte già indicati nelle pagine che precedono. Mi riferisco in particolare allo spunto testuale ricavabile dai *topica* di Cicerone nel quale l'autore antico affermava che i giuristi erano chiamati a condurre quasi per mano pratici del foro negli ampi meandri del *ius civile*, al fine di poter fornire loro il maggiore e più corretto sostegno alle proprie argomentazioni innanzi al giudice.

Cic. *Top.* 17.65-66: *Privata enim iudicia maximarum quidem rerum in iuris consultorum mihi videntur esse prudentia. Nam et adsunt multum et adhibentur in consilia et patronis diligentibus ad eorum prudentiam confugientibus hastas ministrant. Nam et adsunt multum et adhibentur in*

³³⁵ Era già l'opinione autorevolmente espressa da V. SCIALOJA, *Procedura civile romana. Esercizio e difesa dei diritti*, cit., 170, che osservava come «trattandosi di materie giuridiche, le quali spesse volte, anche oltre alla loro intrinseca difficoltà, erano ignote all'*iudex*, questi cercava di illuminare la propria mente coll'aiuto di persone esperte che costituivano il *consilium*».

consilia et patronis diligentibus ad eorum prudentiam confugientibus hastas ministrant. In omnibus igitur eis iudiciis, in quibus ex fide bona est additum, ubi vero etiam ut inter bonos bene agier oportet, in primisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est quod eius aequius melius, parati eis esse debent. Illi dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi quid socium socio, quid eum qui negotia aliena curasset ei cuius ea negotia fuissent, quid eum qui mandasset, eumve cui mandatum esset, alterum alteri praestare oporteret, quid virum uxori, quid uxorem viro tradiderunt. Licebit igitur diligenter argumentorum cognitis locis non modo oratoribus et philosophis, sed iuris etiam peritis copiose de consultationibus suis disputare.

Come si ricorderà, Cicerone cita a proposito i giudizi di buona fede nei quali la clausola formulare necessitava, per essere applicata ai casi concreti, dell'opera e del magistero interpretativo della giurisprudenza rispondente. L'estrinsecazione della portata concettuale potenzialmente vastissima insita nella clausola di buona fede pare essere stata rimessa alla giurisprudenza la quale si è variamente interrogata circa il suo contenuto e la sua estensione³³⁶. Nell'ambito di simili giudizi, sarà ulteriormente necessario circoscrivere il campo di indagine, specificando che non sarà nostra intenzione allacciare i fili della disciplina relativa a ciascun istituto, bensì fornire esempi relativi all'opera svolta dai giuristi a favore tecnici nell'elaborazione dei concetti che questi ultimi erano chiamati a ad applicare patrocinando una causa. In questo senso appare di notevole interesse la disciplina relativa alle usure e alla compensazione.

Sotto un altro profilo, relativo ai giudizi di stretto diritto, appare illuminante un'osservazione dottrinale, anch'essa già richiamata nelle pagine precedenti. Si tratta di alcune righe di Ferdinando Bona³³⁷, nelle

³³⁶ Secondo L. VACCA, *I precedenti e i responsi dei giuristi*, cit. 132, «la dottrina più recente ha tuttavia posto in luce come, in realtà, un elemento di grande elasticità nell'evoluzione del diritto classico sia rappresentato dalla particolare struttura degli *iudicia bonae fidei* che affidano all'*officium iudicis* la determinazione discrezionale sia dell'*an* sia del *quantum* della condanna, attraverso la valutazione concreta delle implicazioni del principio che nei rapporti tutelati da questo tipo di *iudicium* il contegno delle parti contrattuali deve essere conforme alla buona fede».

³³⁷ Che, pur riportate nelle pagine precedenti, richiamo qui per brevità; secondo l'autore rispetto al caso in cui il responso avesse avuto riguardo alla scelta degli strumenti edittali (in quel caso «il parere verteva sull'*an sit actio* o sul *quae sit actio* e non rinvenendo il giurista un'azione di *ius civile* o una edittale avesse trovato rispondente ad equità che si concedesse in via decretale un'*actio in factum* o un'*actio utilis* o ad

quali l'autore ricordata come l'attività rispondente della giurisprudenza fosse indirizzata mediatamente al pretore, qualora il parere vertesse sulla corretta individuazione dello strumento processuale più adatto al caso concreto, mentre il destinatario doveva riconoscersi nel giudice qualora il parere si fosse incentrato sull'interpretazione di clausole formulari aperte. Lo stesso Bona ricorda, come noto, i giudizi di buona fede, ma richiama anche il concetto di restituzione contenuto in quei particolari giudizi che presenta il cosiddetto la cosiddetta clausola arbitraria. Premettendo anche in questo caso che non è nostra intenzione procedere alla ricostruzione dettagliata del regime della clausola arbitraria né all'approfondimento dei profili palinogenetici che essa presenta, questioni tutte su cui la dottrina ha lungamente dibattuto e con altezza di risultati, appare opportuno procedere allo studio di quei casi nei quali la clausola restitutoria presentava profili interpretativi rilevanti e problematici per i quali è con fondamento ipotizzabile la necessaria opera della giurisprudenza. Si procederà dunque, fatte queste premesse, proprio con l'analisi della clausola restitutoria nelle pagine che seguono.

2. La clausola restitutoria. L' *'officium iudicis'*.

Come apparirà dalle pagine che seguiranno, il nostro studio relativo alla clausola restitutoria ci porterà accanto ad un fenomeno collaterale che appare ugualmente interessante ai fini della presente indagine, ossia l'esistenza e l'imposizione da parte dei giudici di *cautiones* che, come vedremo in alcuni passi significativi, si accompagnava e specificava il concetto di restituzione.

Principiamo con l'*arbitratus de restituendo*. Il tema, come noto, è vastissimo³³⁸, ragion per cui può non risultare superfluo preliminarmente ricordare alcuni dati che sono noti alla romanistica contemporanea,

exemplum... l'interlocutore immediato sarà stato il consulente, ma quello mediato il pretore nella sua funzione giurisdizionale» [F. BONA, *La certezza*, cit., 139]) ben diversa sarebbe stata la congiuntura laddove il responso vertesse «sul *quanti ea res erit*, e connesso *restituere* o sul *quidquid ob eam rem dare facere oportet* con o senza *ex fide bona*, cioè sul *quid venit in actionem*»: in un'ipotesi del genere, ad essere mediatamente coinvolto – permanendo il destinatario immediato, da riconoscersi nel consulente – era l'*officium iudicis*, la sua concreta esplicazione, dal momento che è proprio il giurista che «elabora il responso che la parte produrrà in giudizio» (così F. BONA, *La certezza*, cit., 139).

³³⁸ Per una panoramica dei problemi che esso pone v. M. DE BERNARDI, *L'officium iudicis*, cit., 45 ss.

indispensabili anche per la prospettiva prescelta nel condurre la presente indagine. La clausola arbitraria³³⁹ è quella *pars formulae*, che sta tra la *intentio* e la *condemnatio*³⁴⁰ in forza della quale il giudice avrebbe dovuto condannare il convenuto qualora questi, una volta riconosciuta la meritevolezza della pretesa attorea – enucleata proprio nell'*intentio* – mediante una specifica delibazione (che evidentemente riguardava il giudizio di merito relativo alla questione centrale del processo), non avesse ottemperato al *iussum iudicis*³⁴¹ relativo alla *restitutio*³⁴² (e vedremo poi in

³³⁹ M. TALAMANCA, voce *Processo civile (diritto romano)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, 1987, 66, così sintetizza i termini della questione: nelle *actiones arbitrarie*, «di seguito all'*intentio*, è inserita un'ulteriore clausola che subordina la condanna del convenuto – oltre che alla verifica dell'*intentio* stessa – alla mancata restituzione della cosa oggetto della controversia o, più in generale, alla mancata soddisfazione dell'interesse dell'attore. In base a questa struttura formulare l'*officium iudicis* si articola, in codeste azioni in modo abbastanza complesso: egli deve, anzitutto, pronunziarsi sulla sussistenza del diritto dell'attore e procedere, quindi, all'emanazione del *iussum de restituendo* ... se, infine, il *iudex* accerta che il *iussum de restituendo* stesso non è stato correttamente adempiuto, egli procede alla condanna del convenuto». Già B. BIONDI, *Studi sulle 'actiones arbitrarie' e l'arbitrium iudicis'*, Palermo, 1913, 5 s., procedeva ad un primo scrutinio delle fonti, in modo particolare pre-giustinianee, nelle quali ricorreva il ricordo dell'*actio arbitraria*.

³⁴⁰ M. DE BERNARDI, *L'officium iudicis'*, cit., 81.

³⁴¹ Circa la natura del *iussum* del *iudex*, denominato *iussum de restituendo* si vedano le fonti della nt. successiva. La dottrina è divisa circa l'interpretazione da assegnare a codesto *iussum* nonché al 'potere' in forza del quale il giudice poteva procedere all'emissione del *iussum* medesimo. M. TALAMANCA, voce *Processo civile*, cit., 66, ritenne che si potesse parlare di un vero e proprio «ordine di restituzione» contenente «i termini esatti in cui il convenuto deve soddisfare l'interesse dell'attore, sottraendosi così alla *litis aestimatio* e alla condanna»; analogamente M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, Roma, 1973, riteneva che in forza della clausola restitutoria il giudice fosse «tenuto ad emettere un ordine di restituzione»; prima di questo studioso v. E. BETTI, *Diritto romano*, I, cit., 541 ss.; L. WENGER, *Istituzioni*, cit., 142, secondo il quale «il *iudex* è incaricato nella formula anzitutto di esaminare la questione della proprietà, e se viene accertata la giustezza della affermazione della proprietà elevata dall'attore, di stabilire quale sia l'oggetto della restituzione – la cosa stessa, eventualmente i frutti che vi si debbono aggiungere i danni per la privazione dei frutti, il deterioramento della cosa, ecc., – e d'intimare, prima di emettere la sentenza, al convenuto di restituire la *res*. Se il convenuto cede a questa ingiunzione, egli è da assolvere, perché allora il desiderio dell'attore di riottenere la cosa è adempiuto»; secondo altri autori si trattava più che altro di un mero invito rivolto dal giudice al convenuto; tra costoro, M. MARRONE, *Sulla c.d. 'pronuntiatio' del giudice delle azioni reali nel diritto romano*, in *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offert à W. Wolodkiewicz*, I, Varsovie, 2000, 737, per il quale «si deve precisare che quello del giudice delle azioni di cui si tratta era più che altro un semplice invito»; come ha ricordato S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo' nelle formule del processo privato romano*, Napoli, 2012, 191, «altra parte ancora, infine, ha osservato che il *iudex* non emetteva né l'uno né l'altro» dal momento che il giudice si limitava, come scriveva A. GUARINO,

che senso il termine debba essere inteso). Seguendo le indicazioni che appaiono ormai preferibili³⁴³, il testo della clausola restitutoria, o *arbitratus de restituendo*, sarebbe stato il seguente:

*neque ea res A° A° arbitrio iudicis restitueretur*³⁴⁴.

Circa il tenore della clausola e gli aspetti che maggiormente interessano ai fini della nostra ricerca, secondo Silvia Viaro, che ha dedicato un recente studio all'*arbitratus de restituendo* nelle formule del processo romano di epoca classica, le fonti principali entro le quali ricorre

Diritto privato romano, cit., 193, a «far precedere alla condanna un esplicito avvertimento (*pronuntiatio*) con il quale rendeva note alle parti le conclusioni cui era pervenuto e poneva in particolare il convenuto nella condizione di scegliere tra il subire la condanna pecuniaria o il ripristinare (*restituere*) spontaneamente lo stato giuridico da lui alterato (e quindi, eventualmente, il rendere all'attore la cosa controversa)».

³⁴² Esso è volto, come sottolinea S. VIARO, *Note sul 'iussum de restituendo'*, in *Il giudice privato nel processo civile romano*, III, cit., 68, «a far conseguire all'attore la disponibilità del bene conteso ovvero la rimessione in pristino nella situazione giuridica vantata». La stessa autrice ricorda le seguenti fonti, ricordando (p. 68 s., nt. 2) che «si tratta di un gruppo di passi relativamente cospicuo, che annoverano anche svariati utilizzi del predicato *iubere*». Con riguardo all'*actio quod metus causa*, sia Ulp. 11 *ad ed. D.* 4.2.14.5 (*Pedius quoque libro octavo scribit arbitrium iudicis in restituenda re tale esse, ut eum quidem qui vim admisit iubeat restituere ...*) che I. 4.6.27 (*Item actio de eo, quod metus causa factum sit, a ceteris, de quibus simul locuti sumus, eo differt, quod eius natura tacite continetur, ut, qui iudicis iussu ipsam rem actori restituat, absolvatur*); relativaente alla *rei vindicatio*, Ulp. 51 *ad ed. D.* 6.1.68 (*Qui restituere iussus iudici non paret contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio iudicis ab eo possessio transfertur ...*); Ulp. 76 *ad ed. D.* 44.4.4.7 (*Labeo ait, si de homine petitio secundum actorem fuerit iudicatum et iussu iudicis satisdatum sit ...*); Pomp. 6 *ad Sab. D.* 47.2.9.1 (*Sed potest dici officio iudicis, qui de proprietate cognoscit, contineri, ut non aliter iubeat restitui, quam si conditionem petitor remitteret ...*); I. 4.17.2 (*Et si in rem actum sit, sive contra petitozem iudicavit, absolvere debet possessorem, sive contra possessorem, iubere eum debet ut rem ipsam restituat cum fructibus*); rispetto all'*actio ad exhibendum*, cfr. Ulp. 24 *ad ed. D.* 10.4.3.13 (*Ibidem subiungit iudicem per arbitrium sibi ex hac actione commissum etiam exceptiones aestimare, quas possessor obicit, et si qua tam evidens sit, ut facile repellat agentem, debere possessorem absolvi, si obscurior vel quae habeat altiorez quaestionem, differendam in directum iudicium re exhiberi iussa*); rispetto all'*actio aquae pluviae arcendae*, Ulp. 53 *dig. D.* 39.3.4 *pr.* (... *et si iussu iudicis compulsus opus restituerit, non esse sepulchri violati actionem*) e Ulp. 53 *ad ed. D.* 39.3.6.6 (*Officium autem iudicis hoc erit, ut, si quidem a vicino opus factum sit, eum iubeat restituere damnumque sarcire, si quid post litem contestatam contigit...*).

³⁴³ V. S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 105, ma anche 31 ss.; v. inoltre M. DE BERNARDI, *L'officium iudicis*, cit., 47 ss.

³⁴⁴ S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 150, 'aggiorna' come segue la formula, prevedendo e tenendo in debito conto la lezione che appare più antica, «*neque ea res A° A° arbitrio (arbitratu) iudicis restitueretur*».

la c.d. clausola restitutiva – sotto la forma che appare preferibile di *arbitrio iudicis*³⁴⁵ – sembrano «sempre richiamare congiuntamente a una ‘restituzione’ da operarsi a vantaggio dell’attore prima dell’emissione della sentenza, una valutazione discrezionale, una scelta, una decisione che il giudice è chiamato a compiere»³⁴⁶. Effettivamente, la clausola arbitraria si caratterizzava, oltre che per la necessità della *restitutio*, che condizionava negativamente³⁴⁷ la condanna del convenuto, come emerge soprattutto «da molteplici dati testuali»³⁴⁸, per la presenza «di un particolare potere di

³⁴⁵ S. VIARO, *L’arbitratus de restituendo*, cit., 144; in senso analogo anche M. DE BERNARDI, *L’officium iudicis*, cit., 63, secondo cui «la clausola restitutiva delle azioni che qualifichiamo come *arbitrarie* doveva contenere le parole *arbitrio iudicis*. Che poi l’editto riportando il testo delle singole formule, ne riportasse ovviamente anche la clausola restitutiva con relativa menzione dell’*arbitrium iudicis* è un altro discorso. Nella clausola edittale, l’indicazione della possibilità di *restituere arbitrio iudicis* non avrebbe avuto alcun senso».

³⁴⁶ S. VIARO *L’arbitratus de restituendo*, cit., 105 s.

³⁴⁷ Come ricorda M. DE SIMONE, *‘Litis aestimatio’ e ‘actio pigneraticia in rem’*. A proposito di D. 20.1.21.3, in *AUPA*, LI, 2006, 63, «è noto che a caratterizzare la formula delle *actiones arbitrarie* è la presenza di una clausola, anch’essa comunemente detta arbitraria, nella quale è fatto riferimento ad una *restituto* da operarsi *arbitrio iudicis* come condizione negativa della *condemnatio*».

³⁴⁸ V. S. VIARO, *L’arbitratus de restituendo*, cit., 106. Si veda, ad esempio, per quanto concerne la rivendica Ulp. 51 ad ed. D. 6.1.68: *Qui restituere iussus iudici non paret contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio iudicis ab eo possessio transfertur et fructuum dumtaxat omnisque causae nomine condemnatio fit. si vero non potest restituere, si quidem dolo fecit quo minus possit, is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit, damnandus est. si vero nec potest restituere nec dolo fecit quo minus possit, non plus quam quanti res est, id est quanti adversarii interfuit, condemnandus est. haec sententia generalis est et ad omnia, sive interdicta, sive actiones in rem sive in personam sunt, ex quibus arbitrato iudicis quid restituitur, locum habet; soprattutto Paul. 21 ad ed. D. 6.1.35.1: *Ubi autem alienum fundum petii et iudex sententia declaravit meum esse, debet etiam de fructibus possessorem condemnare: eodem enim errore et de fructibus condemnaturum: non debere enim lucro possessoris cedere fructus, cum victus sit: alioquin, ut mauricianus ait, nec rem arbitrabitur iudex mihi restitui, et quare habeat quod non esset habiturus possessor, si statim possessionem restituisset?; in tema di *actio doli*, Paul. 11 ad ed. D. 4.3.18 pr.-1: *Arbitrio iudicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur: et nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio quanti ea res est. ideo autem et hic et in metus causa actione certa quantitas non adicitur, ut possit per contumaciam suam tanti reus condemnari, quanti actor in litem iuraverit: sed officio iudicis debet in utraque actione taxatione iusiurandum refrenari. Non tamen semper in hoc iudicio arbitrio iudicis dandum est: quid enim si manifestum sit restitui non posse (veluti si servus dolo malo traditus defunctus sit) ideoque protinus condemnari debeat in id quod intersit actoris?; v. anche Ulp. 11 ad ed. D. 4.2.9.7: *Ex hoc edicto restitutio talis facienda est, id est in integrum, officio iudicis, ut, si per vim res tradita est, retradatur et de dolo sicut dictum est repromittatur, ne forte deterior res sit facta. et si acceptilatione liberatio intervenit, restituenda erit in pristinum statum obligatio, usque adeo, ut Iulianus scribat libro quarto digestorum, si pecunia debita fuit, quae accepta per vim facta est, nisi vel solvatur vel****

‘giudizio’ attribuito al *iudex*»³⁴⁹. Circa codesto potere, seppure la sua esistenza sia ormai comunemente accettata in letteratura, occorre notare come la sua portata sia tuttora oggetto di vivaci discussioni³⁵⁰.

È stato anzitutto opportunamente notato, in dottrina, che la *restitutio* doveva avvenire *apud iudicem* nell’ambito di una precisa articolazione della sequenza processuale, connotata dalla presenza di ben precisi poteri conferiti al *iudex privato*³⁵¹, una volta emessa la *pronuntiatio*

restituta obligatione iudicium accipiatur, quadruplo eum condemnandum. sed et si per vim stipulanti promisero, stipulatio accepto facienda erit. sed et si usus fructus vel servitutes amissae sunt, restituendae erunt; per l’actio quod metus causa Ulp. 24 ad ed. D. 10.4.3.13: Ibidem subiungit iudicem per arbitrium sibi ex hac actione commissum etiam exceptiones aestimare, quas possessor obicit, et si qua tam evidens sit, ut facile repellat agentem, debere possessorem absolvi, si obscurior vel quae habeat altiore quaestionem, differendam in directum iudicium re exhiberi iussa: de quibusdam tamen exceptionibus omnimodo ipsum debere disceptare, qui ad exhibendum actione iudicat, veluti pacti conventi, doli mali, iurisiurandi reique iudicatae; in tema di actio ad exhibendum; Ulp. 1 ad ed. aedil. curul. D. 21.1.29.3: Si quid tamen damni sensit vel si quid pro servo impendit, consequetur arbitrio iudicis, sic tamen, non ut ei horum nomine venditor condemnetur, ut ait Iulianus, sed ne alias compellatur hominem venditori restituere, quam si eum indemnem praestet; Ulp. 1 ad ed. aedil. curul. D. 21.1.31.9: Pomponius ait, si unus ex heredibus vel familia eius vel procurator culpa vel dolo fecerit rem deteriore, aequum esse in solidum eum teneri arbitrio iudicis: hoc autem expeditius esse, si omnes heredes unum procuratorem ad agendum dederunt. tunc et si quo deterior servus culpa unius heredum factus est et hoc solutum est, ceteri familiae heriscundae iudicium adversus eum habent, quia propter ipsum damnnum sentiunt impediunturque redhibere; per l’actio redibitoria Ulp. 44 ad ed. D. 38.5.1.12: Si quis in fraudem patronorum rem vendiderit vel locaverit vel permutaverit, quale sit arbitrium iudicis, videamus. et in re quidem distracta deferri condicio debet emptori, utrum malit rem emptam habere iusto pretio an vero a re discedere pretio recepto: neque omnimodo rescindere debemus venditionem, quasi libertus ius vendendi non habuerit, nec fraudem pretio emptorem, maxime cum de dolo eius non disputetur, sed de dolo liberti.

³⁴⁹ V. S. VIARO, *L’arbitratus de restituendo*, cit., 106.

³⁵⁰ Ricorda M. DE BERNARDI, *L’officium iudicis*, cit., 68: «tutte le formule investivano il giudice di un *iussum iudicandi*, ma il modo stesso in cui ciascuna di esse veniva concepita poteva lasciare all’*officium iudicis* uno spazio più o meno ampio, entro il quale il giudice poteva muoversi secondo una propria discrezionalità. Talvolta, cioè, il compito del giudice, rigorosamente determinato, consisteva soltanto nell’applicazione al fatto di norme e regole giuridiche precise e nella valutazione oggettiva di quanto eventualmente dovuto all’attore la cui pretesa fosse risultata fondata, mentre altre azioni lasciavano invece al giudice un margine di discrezionalità più o meno vasto, e la sua discrezionalità, come noto, era particolarmente estesa quando la formula faceva riferimento al parametro della *fides bona*».

³⁵¹ V. M. DE SIMONE, *‘Litis aestimatio’ e ‘actio pigneraticia in rem’*, cit., 63, «il tenore della clausola induce a credere che *apud iudicem* tale *restitutio* dovesse essere il risultato di una specifica fase dell’*iter* processuale, che chiameremo *arbitrium de restituendo*, funzionalmente autonoma per i particolari poteri riconosciuti al giudice (il c.d. *arbitrium iudicis*) e per lo scopo cui è volta (l’emanazione del *iussum restituendi*), ma strutturalmente legata alla fase precedente, quella della c.d. “*pronuntiatio*” e a quella

che riconosceva il diritto dell'attore³⁵². Ciò conferma l'importanza dell'istituto nell'ambito della ricerca in corso, soprattutto per il notevole apporto giurisprudenziale ad esso dedicato, che è possibile ricostruire dalla lettura delle fonti. Precisamente l'individuazione del contenuto del potere del giudice nell'ambito di questa fase processuale e la sua definizione da parte della giurisprudenza è quanto qui precipuamente interessa.

Dall'esame di alcuni passi, tratti non solo dalla letteratura problematica (*disputationes, libri responsorum* ecc., come vedremo anche per quanto concerne la dottrina elaborata dai giuristi per le prove) ma anche da opere di carattere sistematico, emerge anzitutto la vasta portata, l'ampia latitudine propria dell'*arbitrium* del giudice.

Tuttavia, prima di addentrarci nell'esame dei testi, occorre collocare l'*arbitratus de restituendo* nel proprio contesto storico-giuridico principiando con una fonte, che avremo modo di incontrare anche nel prosieguo dell'indagine, e che ora, al principio della stessa, rileva per l'indicazione generale che da essa è possibile ricavare e che risulta di particolare pregnanza contenutistica. Si tratta di un passo di Pomponio³⁵³, conservato dai compilatori nell'ultimo libro del Digesto.

Pomp. 16 *epist.* D. 50.16.246.1: *Restituit non tantum, qui solum corpus, sed etiam qui omnem rem condicionemque reddita causa praestet: et tota restitutio iuris est interpretatio.*

Non mi attardo nell'esegesi del passo. Mi limito a sottolineare come in esso appaia in modo addirittura prepotente la rilevanza che

successiva, eventuale, della *litis aestimatio* e della conseguente *condemnatio*».

³⁵² V. M. DE BERNARDI, *L'officium iudicis*, cit., 82; ricorda M. DE SIMONE, '*Litis aestimatio*' e '*actio pigneraticia in rem*', cit., 63, «emanata una *pronuntiatio* favorevole all'attore, verificata, cioè, la titolarità del diritto assoluto oggetto della pretesa dell'attore, quale era espressa nell'*intentio* della *formula*, il giudice apriva la fase dell'*arbitrium de restituendo*. Accertata la violazione del diritto da parte del convenuto, egli era chiamato a determinare il contenuto della *restitutio*, alla quale il convenuto era tenuto per il fatto di aver violato il diritto assoluto dell'attore. Da tale violazione nasceva, infatti, potremmo dire, un rapporto di tipo personale che legava il titolare del diritto assoluto e il "violatore", rapporto per cui quest'ultimo era tenuto a *restituere rem*».

³⁵³ A differenza di altri passi conservati nel titolo *De verborum significatione*, come osserva M. MARRONE, *Nuove osservazioni su D. 50.16 'de verborum significatione'*, in *Seminarios complutenses de derecho romano*, VII, 1995, 182, del brano pomponiano non è possibile ricostruire l'ambito della provenienza originaria.

assunse l'interpretazione creativa della giurisprudenza nell'individuazione dell'ampiezza del concetto della *restitutio*, se è vero che un giurista come Pomponio, portato come è noto – basti pensare all'*Enchiridion* – alla prospettiva diacronica dell'esperienza giuridica, attribuisce alla sola forza propulsiva della scienza giuridica l'identificazione del contenuto di un istituto che, diversamente, avrebbe forse rischiato di rimanere 'formula vuota'. Il testo di Pomponio, dunque, sembra consegnare nelle mani dell'interprete la chiave ermeneutica con la quale sondare le vicende che hanno portato alla configurazione che la *restitutio* assunse a far data, almeno, dall'epoca di Giuliano. Qui, in misura preponderante, è stata la sola giurisprudenza, senza particolari interventi pretori, ad erigere un complesso sistema di norme ad uso del giudice chiamato ad emettere una sentenza all'esito di una lite strutturata sulla base di una *formula* contenente la clausola arbitraria.

Precisato, grazie alla fonte pomponiana, il perimetro entro il quale si deve svolgere la ricerca, va riconosciuto come – lo si rammentava poco fa – la *restitutio* sia stata oggetto di una gran copia di indagini. Nel novero di queste, a me pare che la storia dell'interpretazione giurisprudenziale della clausola restitutoria sia stata lumeggiata in modo assai felice da Chiazzese, il quale, criticando quello che a sua parere era un «errore di ordine storico»³⁵⁴ nel quale prima di lui era incorso Levy, come si vedrà in seguito, ha mostrato di ritenere che il concetto unitario della *restitutio* quale lo intendeva quest'ultimo autore, fosse «esatto in realtà solo per la tarda epoca classica», rappresentando piuttosto «il punto di arrivo di un graduale sviluppo iniziato dalla giurisprudenza repubblicana e compiuto dalla classica»³⁵⁵ all'esito di un percorso assai frastagliato. In virtù della ricerca che si sta articolando, nella quale rilevano soprattutto i percorsi battuti dalla giurisprudenza ed il ruolo di supporto ed assistenza che essa ebbe nei riguardi del giudice, non credo sia inutile seguire le piste di questo percorso indicato da Chiazzese.

Secondo lo studioso, originariamente *restituere* avrebbe assunto un significato del tutto analogo a quello di *reddere*, ossia avrebbe indicato precipuamente e limitatamente la «riconsegna della cosa stessa che costitutiva l'oggetto della lite»³⁵⁶. Proprio su questo concetto primigenio

³⁵⁴ L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, Milano, 1958, 34.

³⁵⁵ L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, cit., 34.

³⁵⁶ L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, cit., 35.

del *restituere* quale *reddere* si sarebbe appuntata l'interpretazione giurisprudenziale.

Il percorso che determinò l'ampliamento della portata del *restituere* fino alla configurazione che esso assunse nella matura età classica si coglierebbe in relazione agli sviluppi dell'azione a tutela del *dominium*³⁵⁷. Come è noto, nell'ambito della *legis actio sacramenti in rem* non poteva trovare luogo l'idea del ripristino di una situazione antecedente, dirigendosi l'azione esclusivamente contro una cosa specifica certa e determinata: tale carattere 'esclusivo' si sarebbe mantenuto per tutta la vigenza della *legis actio sacramenti in rem*. Analogamente è possibile sostenere che questa idea di totale 'rimessione in pristino' fosse assente nell'ambito della stessa *intentio* formulare della rivendica e delle azioni modellate sulla prima, al momento in cui sorse la stessa clausola restitutoria. Come sottolinea lo stesso Chiazzese, quest'ultima derivava «dalla stipulazione *pro praede litis et vindiciarum* della procedura *per sponsionem*, la quale stipulazione riproduce, a sua volta, l'analoga obbligazione che, nella *legis actio sacramenti in rem*, assumevano, per la restituzione della cosa e dei frutti, appunto i *praedes litis et vindiciarum*»³⁵⁸. Rispetto all'*agere in rem per sponsionem*, la *formula petitoria*, in ciò concretandosi un notevole progresso, incorporò in un unico processo le due liti separate dell'*agere in rem per sponsionem*, quella relativa alla proprietà – azionata *ex sponsione* – e l'altra relativa alla

³⁵⁷ M. TALAMANCA, voce *Processo civile*, cit., 66, nt. 468, prendendola quale esempio paradigmatico di *formula* con clausola arbitraria, osserva che in essa «l'impiego della clausola arbitraria è stato, senz'altro, originario e risalente: *si paret rem de qua agitur A. Agerii esse ex iure Quiritium, neque ea res arbitrio tuo A. Agerio a N. Negidio restituatur, quanti ea res erit, tantam pecuniam N. Negidium A. Agerio condemna, si non paret, absolve*».

³⁵⁸ L. CHIAZZESE, '*Jusiurandum in litem*', cit., 36. Sembra accogliere, pur dubitativamente, la posizione lo stesso M. TALAMANCA, voce *Processo civile*, cit., 67, secondo cui «è dubbia l'origine della clausola arbitraria: da una parte, la sua connessione, marcatamente attestata, con le *actiones in rem* del *ius civile* potrebbe far pensare, come al suo contesto originario, a quello della fusione nella *formula petitoria* di quelli che, nella procedura *per sacramentum* e *per sponsionem*, erano procedimenti nettamente differenziati, e cioè l'accertamento del diritto dell'attore e la *litis aestimatio* nel caso di mancata restituzione della cosa da parte del possessore soccombente. Dall'altra, potrebbe pesare il fatto, non decisivo del resto né inequivoco, che la *formula* arbitraria per eccellenza sembra essere stata quella susseguente agli interdetti esibitori e restitutori». Sarebbe invece da escludere «come luogo d'emersione di questa struttura formulare, quello delle poche – e piuttosto disparate – *actiones in personam* nelle quali risulta applicata» (M. TALAMANCA, voce *Processo civile*, cit., 67).

restituzione della cosa e dei frutti – azionata mediante l'azione derivante dalla *stipulatio pro praede litis et vindiciarum*. «Quest'ultima ed accessoria lite è innestata nel processo principale mediante la clausola restitutoria»³⁵⁹. Secondo Chiazzese tale percorso non sarebbe stato influente sulla stessa natura dell'*arbitratus de restituendo*: l'origine storica della clausola restitutoria avrebbe condotto alla sua peculiare caratterizzazione e si sarebbe anzi riflessa in essa, dal momento che originariamente il contenuto della clausola restitutoria sarebbe stato equivalente a quello della *stipulatio* relativa ai *praedes litis et vindiciarum* e, dunque, da identificarsi nella sola restituzione della cosa e dei frutti della stessa relativamente al lasso di tempo necessario allo svolgersi e al concludersi della lite³⁶⁰. Circa questi interessi, va notato, ancora col Chiazzese, «che la prestazione dei frutti non è già conseguenza di un concetto dogmatico della *restitutio* nel senso adombrato da Levy, ma dipende esclusivamente dal fatto che la prestazione dei frutti del periodo processuale era espressamente dedotta nella ricordata *stipulatio pro praede litis et vindiciarum* dell'*agere per sponsionem*, non meno che nella garanzia assunta dai *praedes* nella *legis actio sacramento in rem*»³⁶¹. In altri termini, la restituzione dei frutti non procedeva in forza della configurazione dogmatica della *restitutio*, della sua peculiare qualificazione giuridica, quale rimessione in uno stato pristino (come si configurerà nel progredire del proprio sviluppo), bensì derivava da un autonomo titolo negoziale, portato dalla *stipulatio* che si associava alla prima, restandone tuttavia separato.

Proprio in relazione a questa concezione degli interessi si sarebbe operato il primo allargamento della *restitutio*, determinato anzitutto da una necessità di tipo logico e non ancora di un bisogno di ordine dogmatico: sarebbe risultato illogico, infatti, che con la *formula petitoria* si accordasse all'attore una tutela inferiore rispetto a quella possibile con l'*agere in rem per sponsionem*. Tale era, dunque, la ragione per la quale si sarebbe avuto questo primo ampliamento, che restò a lungo, tuttavia,

³⁵⁹ L. CHIAZZESE, 'Jusiurandum in litem', cit., 36.

³⁶⁰ V. L. CHIAZZESE, 'Jusiurandum in litem', cit., 36: «ciò delimita nel tempo stesso il contenuto della *restitutio* che, in forza della clausola restitutoria, doveva compiersi, nel processo petitorio, ad opera del giudice: esso coincide, e non può non coincidere, con l'oggetto stesso della stipulazione *pro praede litis et vindiciarum*, come quest'ultima stipulazione coincideva col contenuto della garanzia assunta dai *praedes* nella *legis actio sacramento in rem*».

³⁶¹ L. CHIAZZESE, 'Jusiurandum in litem', cit., 36.

circoscritto in un ambito ancora angusto, in quanto il vincolo cui era sottoposto il giudice, risultava ancora «strettissimo»³⁶² ed imponeva al medesimo «di ordinare la restituzione della cosa stessa e dei frutti»³⁶³ negli stessi termini in cui ciò era possibile con la stipulazione accessoria all'*agere in rem per sponsionem*. Non gli era concessa, in altri termini, alcuna libertà di apprezzamento, così come nella pregressa forma processuale nessuna «libertà di apprezzamento era consentita al giudice che decideva in base alla *satis datio pro praede litis et vindiciarum*»³⁶⁴.

Chiazzese, peraltro, ravvisava un altro elemento contrario all'attribuzione al giudice di poteri diversi rispetto al mero ordine di restituzione della cosa, nel fatto che essa era volta principalmente a far conseguire all'attore la cosa in natura, dal momento che la rivendica, come si diceva poco fa, «si rivolgeva contro la cosa»³⁶⁵. Dunque, in tale fase il soddisfacimento dell'attore «non poteva da prima essere inteso se non nel senso di riconsegna (*reddere*) della cosa stessa che costituiva l'oggetto della lite»³⁶⁶.

Che questa fosse la primigenia funzione della clausola restitutoria sarebbe confermato dal portato di alcuni «testi insospettabili»³⁶⁷, primo fra i quali egli ricorda:

Gai 4.89: *Igitur si verbi gratia in rem tecum agam, satis mihi dare debes; aequum enim visum est te ideo, quod interea tibi rem, quae an ad te pertineat dubium est, possidere conceditur, cum satisfactione mihi cavere, ut si victus sis nec rem ipsam restituas nec litis aestimationem sufferas, sit mihi potestas aut tecum agendi aut cum sponsoribus tuis.*

Secondo lo stesso Chiazzese, il medesimo concetto si ritroverebbe confermato anche in altri testi (fra cui un passo delle *Institutiones imperiales*³⁶⁸ che nelle parole in questione non sarebbe affetto da dubbi di

³⁶² L. CHIAZZESE, 'Jusiurandum in litem', cit., 36.

³⁶³ L. CHIAZZESE, 'Jusiurandum in litem', cit., 36.

³⁶⁴ L. CHIAZZESE, 'Jusiurandum in litem', cit., 36.

³⁶⁵ L. CHIAZZESE, 'Jusiurandum in litem', cit., 37.

³⁶⁶ L. CHIAZZESE, 'Jusiurandum in litem', cit., 37.

³⁶⁷ L. CHIAZZESE, 'Jusiurandum in litem', cit., 37.

³⁶⁸ V., infatti, I. 4.17.2: *Et si in rem actum sit, sive contra petitorem iudicavit, absolvere debet possessorem, sive contra possessorem, iubere eum debet ut rem ipsam restituat cum fructibus. sed si in praesenti neget se possessor restituere posse et sine frustratione videbitur tempus restituendi causa petere, indulgendum est ei, ut tamen de litis*

interpolazione³⁶⁹) e confermerebbe il fatto che «quando i giureconsulti parlano di *restituere fructus, causam, possessionem* e così via il *restituere* ha l'indubbio significato di *reddere* e quelle particolari prestazioni sono prospettate non solo come accessorie rispetto alla consegna della cosa che costituisce l'oggetto della lite, ma come immediata conseguenza della restituzione della cosa stessa»³⁷⁰. Il fulcro centrale della *restitutio*, in ogni caso sarebbe rimasta la riconsegna della cosa dovuta nella propria individualità, il *reddere rem*³⁷¹.

Altri e numerosi testi concorrerebbero, a parere di questo autore, a consolidare l'opinione in forza della quale la giurisprudenza avesse principiato la propria opera creatrice proprio dall'equivalenza instaurata tra il *reddere* ed il *restituere* nell'ambito delle azioni munite di clausola restitutoria o esibitoria ed in modo particolare nella rivendica, in grazia del

aestimatione caveat cum fideiussore, si intra tempus quod ei datum est non restituisset. et si hereditas petita sit, eadem circa fructus interveniunt quae diximus intervenire in singularum rerum petitione. illorum autem fructuum quos culpa sua possessor non perceperit, in utraque actione eadem ratio paene habetur, si praedo fuerit. si vero bona fide possessor fuerit, non habetur ratio consumptorum neque non perceptorum: post inchoatam autem petitionem etiam illorum ratio habetur qui culpa possessoris percepti non sunt vel percepti consumpti sunt. Nello specifico qui interessa precipuamente il primo periodo.

³⁶⁹ L. CHIAZZESE, 'Jusiurandum in litem', cit., 37.

³⁷⁰ L. CHIAZZESE, 'Jusiurandum in litem', cit., 37.

³⁷¹ V. Gai. 4 *ad ed. provinc.* D. 50.16.22: *Plus est in restitutione, quam in exhibitione: nam "exhibere" est praesentiam corporis praebere, "restituere" est etiam possessorem facere fructusque reddere: pleraque praeterea restitutionis verbo continentur;* Gai. 7 *ad ed. provinc.* D. 6.1.20: *Praeterea restituere debet possessor et quae post acceptum iudicium per eum non ex re sua adquisivit: in quo hereditates quoque legatae, quae per eum servum obvenerunt, continentur. nec enim sufficit corpus ipsum restitui, sed opus est, ut et causa rei restituatur, id est ut omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore, quo iudicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset. itaque partus ancillae restitui debet, quamvis postea editus sit, quam matrem eius, post acceptum scilicet iudicium, possessor usuceperit: quo casu etiam de partu, sicut de matre, et traditio et cautio de dolo necessaria est;* Paul. 21 *ad ed.* D. 6.1.10: *Si res mobilis petita sit, ubi restitui debeat, scilicet si praesens non sit? et non malum est, si bonae fidei possessor sit is cum quo agitur, aut ibi restitui ubi res sit: aut ubi agitur: sed sumptibus petitoris, qui extra cibaria in iter vel navigationem faciendi sunt;* I. 4.17.3: *Si ad exhibendum actum fuerit, non sufficit si exhibeat rem is cum quo actum est, sed opus est ut etiam causam rei debeat exhibere, id est ut eam causam habeat actor quam habiturus esset si cum primum ad exhibendum egisset exhibita res fuisset: ideoque si inter moras usucapta sit res a possessore, nihilo minus condemnabitur. praeterea fructuum medii temporis, id est eius quod post acceptum ad exhibendum iudicium ante rem iudicatam intercessit, rationem habere debet iudex. quod si neget is cum quo ad exhibendum actum est in praesenti exhibere se posse et tempus exhibendi causa petat idque sine frustratione postulare videatur, dari et debet, ut tamen caveat, se restitutum: quod si neque statim iussu iudicis rem exhibeat neque postea exhibiturum se caveat, condemnandus est in id quod actoris intererat ab initio rem exhibitam esse.*

progressivo includere nell'ambito del *restituere* ulteriori prescrizioni e prestazioni accessorie «profilate dai giureconsulti come integrazioni della riconsegna della cosa stessa»³⁷².

Ciò verrebbe ulteriormente confermato dalla «formula stereotipa»³⁷³ con la quale in diversi testi veniva identificato il contenuto della *restitutio* quale «*non solum corpus... sed et*»³⁷⁴ che suffragherebbe ulteriormente l'idea per la quale il nucleo centrale della *restitutio* dovesse essere visto sempre nel *reddere rem* cui andavano aggiungendosi, in forza della continua opera interpretativa dei giureconsulti, ulteriori prestazioni accessorie. Ciò parimenti dimostrerebbe che gli stessi giureconsulti hanno piena consapevolezza del modo in cui si è formato quel concetto ampio del *restituere* che comprende la *causa rei*³⁷⁵. Il testo di Pomponio, che si è richiamato inizialmente, combinato con gli altri testi che vedremo nel prosieguo, mostra, per l'appunto, un'eccezionale consapevolezza della giurisprudenza che ragiona su se stessa, proprio in relazione ad un concetto che, dalla stessa elaborato ed indagato, doveva essere applicato dal giudice.

Questo punto di partenza consente di porre sotto una luce distinta e molto significativa il *dictum* pomponiano conservato nel cinquantesimo libro del Digesto giustiniano disvelando, dall'esame dei testi che si pongono quale momento di abbrivio di quella *interpretatio* della quale i giuristi diedero prova, una sorta di unico filo conduttore. Allora, infatti, «la giurisprudenza non concepiva la *restitutio* nel senso ampio e comprensivo di ripristino di una situazione anteriore». Secondo l'autore del quale ho richiamato sino ad ora il pensiero, questi risultati giurisprudenziali, in modo particolare l'estensione onnicomprensiva del concetto di *restituere*, avrebbero richiesto l'impiego di un armamentario concettuale assai rifinito e complesso disponibile solo ad una scienza giuridica giunta al suo massimo grado³⁷⁶.

Precisamente il *dictum* pomponiano verrebbe posto sotto una luce ancora diversa e per certi più forte, più cruda, se è vero ciò che ha mostrato di ritenere Chiazzese, seguito pur con sfumature talvolta meno

³⁷² L. CHIAZZESE, 'Jusiurandum in litem', cit., 38.

³⁷³ L. CHIAZZESE, 'Jusiurandum in litem', cit., 38.

³⁷⁴ L. CHIAZZESE, 'Jusiurandum in litem', cit., 38; la *formula* ricorre in D. 6.1.13; D. 6.1.20; D. 50.16.22; D. 50.16.35.

³⁷⁵ L. CHIAZZESE, 'Jusiurandum in litem', cit., 38.

³⁷⁶ L. CHIAZZESE, 'Jusiurandum in litem', cit., 39.

radicali da autorevole parte della dottrina³⁷⁷: nell'affermare che la *restitutio* è tutta nell'*interpretatio*, il giurista del II secolo avrebbe inteso ribadire che in essa non trovava alcun luogo una supposta potestà normativa del giudice, in quanto egli «applica i principi che i giuristi elaborano, ne è vincolato e non può sciogliersi in nessun modo»³⁷⁸. Risulterebbe incomprensibile la forza creatrice della giurisprudenza, resterebbe indefinito il senso della sua elaborazione scientifica in questo campo, qualora essa dovesse essere sottoposta al ventaglio assai vasto di poteri del giudice che non era un tecnico e che avrebbe arbitrariamente potuto agire *in iudicio* e qualora costui non fosse stato tenuto ad applicare il frutto dell'analisi della scienza giuridica: «non vi sarebbe stato nulla da interpretare, ma solo da riconoscere che quello della *restitutio* era un dominio riservato al libero apprezzamento del giudice»³⁷⁹. I testi giurisprudenziali mostrano che così non era.

È estremamente suggestivo notare in conclusione di questa pur breve ma fondamentale carrellata storica, come la giurisprudenza abbia costruito la dommatica dell'*arbitratus de restituendo* interpretato i termini della *formula* poiché essa innovava via via «ampliando sempre più l'originario concetto della *restitutio*, dilatandolo man mano, in modo da farvi rientrare sempre nuovi elementi o prestazioni accessorie»³⁸⁰. I testi³⁸¹

³⁷⁷ V. ad es. M. MARRONE, voce *Rivendicazione (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLI, 1989, 21, secondo il quale stabilire quale fosse la latitudine della restituzione «era compito del giudice in via di interpretazione del *restituere* della clausola restitutoria della formula «*neque ea res... restituetur*). In questa interpretazione il giudice avrebbe seguito le indicazioni della giurisprudenza: ciò è espresso nella nota massima di legge in D. 50.16.246.1».

³⁷⁸ L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, cit., 39.

³⁷⁹ L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, cit., 39.

³⁸⁰ L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, cit., 39.

³⁸¹ Ne richiamo alcuni rapidamente Paul. 50 *ad ed.* D. 50.16.75: "*Restituere*" *is videtur, qui id restituit, quod habiturus esset actor, si controversia ei facta non esset*; Ulp. 16 *ad ed.* D. 6.1.13: *Non solum autem rem restitui, verum et si deterior res sit facta, rationem iudex habere debet: finge enim debilitatum hominem vel verberatum vel vulneratum restitui: utique ratio per iudicem habebitur, quanto deterior sit factus. quamquam et legis Aquiliae actione conveniri possessor possit: unde quaeritur an non alias iudex aestimare damnum debeat, quam si remittatur actio legis Aquiliae. et Labeo putat cavere petitorem oportere lege Aquilia non acturum, quae sententia vera est*; Paul. 20 *ad ed.* D. 5.3.40 pr.: *Illud quoque quod in oratione divi Hadriani est, ut post acceptum iudicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore quo petit restituta esset hereditas, interdum durum est. quid enim, si post litem contestatam mancipia aut iumenta aut pecora deperierint? damnari debet secundum verba orationis, quia potuit petitor restituta hereditate distraxisse ea. et hoc iustum esse in specialibus petitionibus Proculo placet: cassius*

domostrano in modo chiaro come si sia trattato di progressi sempre e solo di carattere eminentemente giurisprudenziale, conquista del magistero dei giureconsulti. Come ha sostenuto Chiazzese, sono costoro «che discutono se nella *restitutio* rientrino o non i danneggiamenti recati alla cosa», allo stesso modo in cui sono sempre i giuristi a controvertere se «in particolari casi, nella *restitutio* siano da comprendere cauzioni³⁸² a favore dell'attore o del convenuto», giungendo dappresso ad individuare anche veri e propri principi normativi. Si è trattato, infatti, da parte della giurisprudenza di un attivissimo e «mirabile lavoro»³⁸³, innanzi al quale, per usare ancora la prosa di Chiazzese «la posizione del giudice è passiva», in quanto egli «è tenuto a determinare il contenuto della *restitutio* in base alle norme fissate dalla giurisprudenza»³⁸⁴. Dunque, nella prassi giudiziale, e forse anche grazie alla continua proposizione di nuove fattispecie alla cognizione dei giudici privati, si sarebbero avvicinate le opinioni dei giuristi le quali avrebbero trovato luogo precipuo di attuazione proprio nelle discussioni *apud iudicem*, allorché il giudice, certo nella propria posizione passiva, ma caratterizzata da un continuo ascolto, era chiamato a stabilire concretamente cosa dovesse essere restituito, dando corso all'applicazione dei risultati del lavoro scientifico, assolutamente necessario ed indefettibile, dei giuristi.

Sicché il Chiazzese giungeva ad ammettere che, in tema di *restitutio*, la clausola formulare non si sarebbe mai posta quale formula vuota, se per tale si deve intendere una clausola che lascia al giudice vasti poteri discrezionali e quasi normativi, bensì si sarebbe trattato di una clausola costantemente e proficuamente 'riempita' di contenuto e definita in grazia dell'attività interpretativa della giurisprudenza³⁸⁵

contra sensu. in praedonis persona Proculus recte existimat, in bonae fidei possessoribus cassius. nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum huius periculi temere indefensum ius suum relinquere; Gai. 7 ad ed. provinc. D. 6.1.20: Praeterea restituere debet possessor et quae post acceptum iudicium per eum non ex re sua adquisivit: in quo hereditates quoque legatae, quae per eum servum obvenerunt, continentur. nec enim sufficit corpus ipsum restitui, sed opus est, ut et causa rei restituatur, id est ut omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore, quo iudicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset. itaque partus ancillae restitui debet, quamvis postea editus sit, quam matrem eius, post acceptum scilicet iudicium, possessor usuceperit: quo casu etiam de partu, sicut de matre, et traditio et cautio de dolo necessaria est.

³⁸² Su cui v. infra § 6 e § 7.

³⁸³ L. CHIAZZESE, 'Jusiurandum in litem', cit., 40.

³⁸⁴ L. CHIAZZESE, 'Jusiurandum in litem', cit., 40

³⁸⁵ L. CHIAZZESE, 'Jusiurandum in litem', cit., 41.

Basti pensare, con riferimento ad esempio all'*actio quod metus causa*, come si possa arrivare a sostenere che il giudice fosse tenuto a ricomprendere nell'esplicazione del proprio *officium*, la riparazione della situazione sostanziale nella sua globalità, l'interezza dell'interesse dell'attore. Questa apertura, consentita dalla giurisprudenza, della cognizione del giudice chiamato a valutare, nell'ambito della generale portata semantica del termine *restitutio*, la globalità dell'interesse attoreo, derivava appunto dall'*officium* di cui egli era investito in forza del *iussum* del magistrato giusdicente in forza della specifica clausola formulare, dalla globalità della formula e dalla interpretazione che ne avevano data i giuristi. L'analisi delle fonti giurisprudenziali in tema, peraltro, mostra quanto ampio fosse il ventaglio di possibilità che venivano fatte ricadere dalla giurisprudenza nella sfera dell'*arbitratus de restituendo*.

La mia impressione, conviene esplicitarla immediatamente, si pone nel senso di riconoscere – come sembra elementare – il rango di questione giuridica, da affidare alla cura dei giuristi, a tutti gli interrogativi concreti che sgorgavano dalla necessità di applicare la clausola restitutoria, rientrando la sua interpretazione nell'ambito di quell'ermeneutica giuridica che era rimessa ai giureconsulti. I frammenti tratti dalle opere di costoro mostrano chiaramente un interesse spiccato rispetto alla *restitutio* che era rimessa alle cure del giudice. Tale interesse, pare di capire (in modo analogo – sembra – a quanto si verrà dicendo per l'addossamento dell'onere probatorio nel corso del IV capitolo), si è concentrato, anche – se non precipuamente – proprio sui casi nei quali la *restitutio* non poteva ridursi alla mera attività materiale del restituire, bensì richiedeva, per ragioni che talvolta travalicavano i confini anche della stessa lite, una complessiva e soprattutto approfondita valutazione della posizione sostanziale e processuale della vicenda in esito alla quale era sorta la controversia.

Sotto questo profilo, mi sembra che i casi più interessanti riguardino le peculiari declinazioni della clausola arbitraria, oltre alle ipotesi in cui vi fosse una sola '*restitutio*', ove essa comprendeva anche – se non soprattutto – l'imposizione da parte del giudice – ferma la delibazione in merito alla fondatezza della pretesa attorea – di comportamenti ulteriori rispetto alla semplice restituzione o di *stipulationes*, sotto la forma di *cautiones*, a carico dell'attore; la prestazione della *stipulatio* in forma *cautio* avrebbe condizionato la condanna, nel senso che la mancata prestazione

della stessa avrebbe portato alla soccombenza di colui che aveva intentato l'azione (con le conseguenze ben note in tema di consumazione dell'azione).

3. *'Arbitrium iudicis'*.

Ancora una precisazione prima di addentrarci nell'analisi di alcune delle fonti relative a questo tema affascinante: occorre infatti indagare – sulla scorta della più recente dottrina, nella quale mi pare che spicchi la monografia di Silvia Viaro – cosa si intendesse con il sintagma *'arbitrio iudicis'*. Come l'autrice ha sottolineato, la più cospicua parte della dottrina ritiene che l'espressione in parola implicasse la circostanza per la quale la restituzione o l'esibizione dovessero aver luogo secondo le modalità fissate, nell'esercizio della sua valutazione discrezionale, dal giudice³⁸⁶. Tuttavia, assai più articolate appaiono le posizioni dottrinali riguardanti i tentativi rivolti a dare una maggiore specificazione a questa che, posta in tali termini, potrebbe sembrare una già paventata 'formula vuota'. Non è possibile non richiamare coloro che hanno ritenuto, addivenendo – o comunque tracciando le piste destinate ad una conclusione in tal senso – ad un ripensamento anche dei giudizi di stretto diritto entro i quali la clausola arbitraria era inserita, che la presenza di questa portasse ad una sostanziale parificazione dei poteri del *iudex* in siffatti giudizi a quelli del giudice nei giudizi *iudicia bonae fidei*³⁸⁷. Altri, contro questa

³⁸⁶ S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 151, che richiama U. VINCENTI, *Categorie del diritto romano. Corso di istituzioni*, Napoli, 2009, 194, per il quale la restituzione doveva avvenire «secondo le modalità discrezionalmente fissate dal giudice». V. M. DE BERNARDI, *L'officium iudicis*, cit., 80, secondo cui la parola *arbitrium* andrebbe tradotta con «valutazione arbitraria o valutazione discrezionale». V. ancora M. DE BERNARDI, *L'officium iudicis*, cit., 103 ss., che indica quali poteri discrezionali del giudice, la determinazione del *locus restitutionis* e del termine entro il quale doveva avvenire la *restitutio*; in entrambi i casi v. anche i testi giuridici che egli chiama a testimonianza.

³⁸⁷ Come sottolinea L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, cit., 20 ss., essa era una interpretazione propria degli autori della Glossa e dei successivi commentatori, che si basavano essenzialmente su I. 4.6.31: *Praeterea quasdam actiones arbitrarias, id est ex arbitrio iudicis pendentes, appellamus, in quibus nisi iudicis is cum quo agitur actori satisfaciatur, veluti rem restituatur vel exhibeat vel solvat vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat. sed istae actiones tam in rem quam in personam inveniuntur. in rem veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur: in personam veluti quibus de eo agitur quod aut metus causa aut dolo malo factum est, item qua id quod certo loco promissum est, petitur. ad exhibendum quoque actio ex arbitrio iudicis pendet. in his enim actionibus et ceteris similibus permittitur iudici ex bono et aequo,*

equiparazione, messa in luce la natura rigorosa dei giudizi arbitrari³⁸⁸, osservavano come «il giudice, una volta accertata l'esistenza dei presupposti della condanna, – nel quale accertamento è rigorosamente vincolato dalla formola –» non avesse «alcun mezzo per sottrarsi alla pronuncia del *iussum de restituendo*», dal momento che «questa pronuncia» costituiva «ormai una inderogabile “*necessitas iuris*”»³⁸⁹: sarebbe, dunque, mancata qualsiasi manifestazione di quella discrezionalità che si riteneva essere connaturata ai *iudicia bonae fidei*.

secundum cuiusque rei de qua actum est naturam, aestimare quemadmodum actori satisfieri oporteat. Tuttavia, come è stato conclusivamente dimostrato da Riccobono, si devono ritenere di origine spuria i «tratti che configurano l'*arbitrium iudicis* della clausola restitutoria come una facoltà di libero apprezzamento “*ex bono et aequo*” analoga a quella di cui era investito il giudice nei *iudicia bonae fidei*» (queste le parole di L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, cit., 27 s., che adesivamente richiama il pensiero di Riccobono il risultato delle cui ricerche «si può dire comunemente accolto»). Che il testo non mostri lo stato del diritto dell'epoca classica si può desumere anche da Pap. 2 *quaest.* D. 22.1.1 pr.: *Cum iudicio bonae fidei disceptatur, arbitrio iudicis usurarum modus ex more regionis ubi contractum est constituitur, ita tamen, ut legi non offendat* che ugualmente riflette idee postclassiche (sul punto v. S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 152, nt. 131)

³⁸⁸ Sulla scorta del lavoro di Pernice, soprattutto, si ritenne che i giudizi in esame fossero rigorosi fino al momento della *pronuntiatio*, ossia fino al momento in cui il giudice aveva la possibilità di accertare nel merito la fondatezza della pretesa dell'attore: difatti, secondo l'autore (A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im Jahrhundert der Kaiserzeit*, II.1², Halle, 1895, 288) «die Arbiträrklagen sind insofern *stricta iudicia*, als der Richter bis zur Pronuntiation an den Wortlaut der Formel streng gebunden war». Pertanto la discrezionalità del giudice si sarebbe esplicitata esclusivamente nella fase relativa alla restituzione; dunque, come riassumeva L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, cit., 26, egli «poté ricollegare le azioni con clausola restitutoria ai *iudicia stricti iuris*, e sostenere anzi che, sino alla *pronuntiatio*, quei giudizi sono rigorosi al pari di questi, il giudice essendo tenuto a valutare strettamente i presupposti della condanna e non avendo quindi, per questo riguardo, nessuna ampiezza di poteri».

³⁸⁹ L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, cit., 29. *Contra*, invece v. S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 157, secondo cui sarebbe la stessa formulazione della clausola a rimettere al giudice una scelta, una decisione, un giudizio da prendere. Proprio la presenza della clausola determinerebbe la possibilità per il giudice di operare siffatta scelta, dal momento che in sua assenza allora sì il giudice sarebbe stato tenuto ad ordinare la restituzione; ciò, sempre secondo la studiosa, avrebbe determinato un comodo eccessivo in capo al convenuto il quale avrebbe potuto in ogni caso fare affidamento sull'ineluttabile ordine che, riconosciuta la pretesa dell'attore come degna di accoglimento, il giudice sarebbe stato obbligato dalla *conceptio verborum* ad ordinare la restituzione avrebbe in ogni caso finito con l'evitargli la condanna: egli avrebbe potuto disporre «di un comodo espediente per ravvedersi solo una volta aver saputo di aver torto, quando già vi era insomma la certezza che una sentenza sfavorevole sarebbe stata pronunciata qualora egli non avesse tenuto un atteggiamento collaborativo» (così S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 157)

Quello che viceversa sarebbe stato possibile determinare secondo la discrezionalità del giudice era il ‘come’ della restituzione³⁹⁰, le modalità della stessa, non essendo possibile «viceversa incidere sull’oggetto della *restitutio*, se non negli stretti limiti in cui si teneva conto dei frutti e degli eventuali deterioramenti subiti dalla *res*»³⁹¹. Infine, come ricorda ancora Viaro, che aderisce all’interpretazione di questo autore, lo studioso «che più di ogni altro ha approfondito il tema», lo stesso Chiazzese, è giunto alla conclusione, che mi pare del tutto condivisibile, per la quale si deve ritenere «che la frase ‘*arbitrio iudicis*’ non avesse per nulla, nella clausola restitutoria, la funzione di attribuire al giudice ampi poteri in ordine alla *restitutio* e che sia da intendere in modo assai diverso»³⁹². Infatti, il giudice risultava, viceversa, strettamente vincolato «ora dal tenore della clausola restitutoria ... ora dall’interpretazione prudenziale diretta a individuare le regole per effettuare la *restitutio*»³⁹³.

Tenendo conto di come Chiazzese, aderendo parzialmente alla posizione di Ernst Levy, propendesse per ritenere che nel concetto del *restituere* fosse annidato il nocciolo della peculiarità dei giudizi di cui ci stiamo occupando, escludendo dalle diverse formule relative alle c.d. azioni arbitrarie, la menzione all’*arbitrium iudicis*, è rilevante notare come sia comunque da condividere l’idea per la quale «il giudice sarebbe stato tenuto ad applicare le regole elaborate dai giuristi per disciplinare una completa restaurazione della situazione antecedente alla violazione commessa»³⁹⁴. Infatti – giusta la peculiare attenzione che lo studioso poneva sull’idea della restituzione – al momento della nascita della clausola restitutoria in seno alle formule petitorie questa non sarebbe stata concepita dalla scienza giuridica, come si è sopra accennato, se non in un senso restrittivo; l’estensione del concetto del *restituere*, che dalle fonti emerge assai chiaramente fino a comprendervi, in senso ampio, la rimessione in pristino di una situazione precedente, presuppone, per

³⁹⁰ V. M. KASER - K. HACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, 331, nt. 19, secondo cui vi sarebbe stata la libertà del giudice di determinare «das Wie der Befriedigung».

³⁹¹ S. VIARO, *L’arbitratus de restituendo*, cit., 153.

³⁹² L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, cit., 31.

³⁹³ Così S. VIARO, *L’arbitratus de restituendo*, cit., 155, riassume e specifica l’opinione di Chiazzese.

³⁹⁴ La riportata sintesi del pensiero di Chiazzese è ancora una volta di S. VIARO, *L’arbitratus de restituendo*, cit., 156.

essere compiuta, «un'arte costruttiva assai affinata ed evoluta», rappresentando, pertanto «una conquista abbastanza tarda, che non si maturò certamente prima di Giuliano»³⁹⁵.

Se si tengono a mente gli obiettivi della presente ricerca, si comprende bene come le osservazioni dello studioso rivestano cospicuo interesse ponendosi nel solco di una linea interpretativa che mira a riconoscere la rilevanza della voce giurisprudenziale nella fase *apud iudicem*: difatti, pur aderendo alla posizione secondo la quale sarebbe da ricondurre al complesso della *formula* in cui ricorre il dittico *arbitrium iudicis* l'ampiezza dell'*officium iudicis* nei giudizi in esame, è evidente come il ruolo cardine, se si cerca di spiegare la struttura delle testimonianze antiche ove al convenuto vengono richiesti 'comportamenti aggiuntivi' rispetto al semplice atto della restituzione, non possa che essere stato rivestito dalla giurisprudenza, sia che essa abbia interpretato le parole *arbitrio iudicis* sia che l'analisi abbia riguardato la parola *restituere*, ovvero tutto il sintagma nella sua interezza. Infatti, esclusa la sussistenza di poteri analoghi a quelli dei *bonae fidei iudicia*, che comunque – come si vedrà nel III capitolo – vanno ancorati strettamente alla formula ed alla sua interpretazione giurisprudenziale, permanendo identica la posizione del giudice, è chiaro come l'interpretazione delle parole edittali dovesse essere ispirata analogamente ad una approfondita e complessiva analisi della vicenda sostanziale e processuale, e come tale analisi fosse condotta sulla scorta dell'esigenza di rimettere l'attore nella situazione pristina rispetto alla violazione in esito alla quale si aveva il giudizio. Che i giuristi, dunque, abbiano interpretato estensivamente le formule contenenti la clausola restitutoria è indubbio. Mi sembra assai probabile che tale interpretazione abbia guidato il giudice allorché costui fosse stato chiamato all'applicazione della clausola restitutoria e, in conseguenza di ciò, si ponessero spinosi interrogativi e complessi corollari che si dipanavano dalla medesima. Le opere dei giuristi confermano una loro analisi in tal senso e, pertanto, – direi implicitamente – dimostrano la loro assistenza al giudice che ad essi era chiamato a far riferimento.

³⁹⁵ Così testualmente L. CHIAZZESE, '*Jusiurandum in litem*', cit., 39, che mette a partito il testo ulpiano conservato in Ulp. 1 *ad ed. aedil. curul.* D. 21.1.23.7: *Iulianus ait iudicium redhibitoriae actionis utrumque, id est venditorem et emptorem quodammodo in integrum restituere debere.*

Come abbiamo visto – e si tratta di spunto che vale la pena richiamare ancora –, Chiazzese, il cui pensiero sul punto credo non possa che suscitare adesione ha scritto: «il giudice non ebbe mai nessuna libertà nel determinare i criteri in base ai quali dovesse stabilirsi l'oggetto della *restitutio*», poiché «codesta fu opera dell'attività della giurisprudenza, non del giudice» che sarebbe stato chiamato ad «applicare i principi che i giuristi» elaboravano risultandone «vincolato» ed essendogli impedito «sciogliersene in alcun modo»³⁹⁶. Ebbene se ciò è vero e se deve mantenersi nei testi edittali il riferimento all'*arbitrium iudicis*, a me pare che esso debba essere inteso come espressione della possibilità che il giudice, quasi come un *bonus vir*, operasse un giudizio di opportunità, in termini di fatto, circa la restituzione. Coglie nel segno l'osservazione per la quale sarebbe scorretto «prefigurare degli schemi troppo rigidi in cui il giudice formulare si sarebbe inevitabilmente trovato imbrigliato pur dovendo affrontare in concreto i casi più diversi»³⁹⁷; si sarebbe trattato, difatti, di casi che «talora, essendo più lievi, avrebbero magari reso preferibile una restituzione in natura piuttosto che una condanna in denaro presumibilmente assai onerosa o che, viceversa, essendo di maggior gravità, avrebbero suggerito di negare al convenuto una via troppo agevole per scansare la soccombenza»³⁹⁸.

Vista l'importanza delle conclusioni cui è pervenuta la dottrina della quale si sono sunteggiate le posizioni salienti, appare necessario condurre una pur breve verifica sulla base dei testi giuridici antichi onde saggiare la validità degli argomenti posti in campo.

³⁹⁶ L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, cit., 39.

³⁹⁷ S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 161.

³⁹⁸ S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 161.

4. La nozione di 'arbitrium iudicis'.

Principiamo con un caso in cui la clausola arbitraria veniva interpretata dando luogo ad esiti ben diversi rispetto alla semplice restituzione. Dal brano si ricava inoltre un importante argomento a sostegno dell'idea per la quale nell'*arbitrium* del *iudex* si debba ravvisare un tratto di discrezionalità, della quale egli era investito, in ordine al se della restituzione. Dall'analisi del passo sarà possibile verificare la nozione di *arbitrium*, non tanto quale fonte dell'ampliamento della sfera della *restitutio*, quanto piuttosto, quale decisione discrezionale relativa agli aspetti fattuali della vicenda, adottata dal privato chiamato a giudicare la controversia. Conviene dunque prestare attenzione peculiare al tratto ulpiano, che riguarda il caso di una *exhibitio* e non di una *restitutio*. Del caso in esame si conserva memoria in

Ulp. 57 *ad ed.* D. 47.10.17.4: *Cum servus iniuriam facit, maleficium eum admittere palam est: merito igitur sicuti ex ceteris delictis, ita et ex hoc iniuriarum noxalis actio datur. sed in arbitrio domini est, an velit eum verberandum exhibere, ut ita satisfiat ei qui iniuriam passus est: neque erit necesse domino utique eum verberandum praestare, sed dabitur ei facultas praestare ei servum verberandum aut, si de eo verberibus satis non fiat, noxae dedendum vel litis aestimationem sufferendam.* 5. *Ait praetor "arbitratu iudicis": utique quasi viri boni, ut ille modum verberum imponat.* 6. *Si ante iudicem dominus verberandum servum exhibuerit, ut satis verberibus ei fieret, et erit factum arbitratu alicuius, postea actor agere iniuriarum perseverat, non est audiendus: qui enim accepit satisfactionem, iniuriam suam remisit. nam et si nuda voluntate iniuriam remisit, indubitate dicendum est extinguere iniuriarum actionem non minus, quam si tempore abolita fuerit iniuria.*

Nel brano, del quale si è sospettato fortemente il tratto formale, che molti, infatti, concordano nel ritenere «quasi certamente rimaneggiato»³⁹⁹ e non privo di «imperfezioni stilistiche e sintattiche»⁴⁰⁰ si

³⁹⁹ S. VIARO, *L'arbitratu de restituendo*, cit., 126. Come ricorda T. SPAGNUOLO VIGORITA, 'Actio iniuriarum noxalis', in *Labeo*, XV, 1969, 36, nel paragrafo 4 il passaggio principiante con *neque erit* fino a *sufferendam* (definita addirittura da Biondi «insulsa parafrasi di quanto precede» che ne proponeva una totale eliminazione, ritenuta da T. SPAGNUOLO VIGORITA, 'Actio iniuriarum noxalis', cit., 41, «quanto meno affrettata») e

conserva il ricordo di una possibile peculiare manifestazione dell'*arbitrium iudicis*, della quale può ragionevolmente ritenersi assodata la classicità⁴⁰¹, in forza del quale si sarebbe fatto ricorso alla *verberatio* del *servus*⁴⁰². È bene ripercorrere rapidamente il contenuto del brano in questione. Qualora uno schiavo avesse commesso una *iniuria*, da questo delitto si sarebbe originata un'azione nossale, «come per ogni altro delitto di un servo»⁴⁰³, contro il *dominus* il quale *apud iudicem*⁴⁰⁴ avrebbe potuto liberarsi, tuttavia, dall'obbligo alternativo di pagare la pena o di consegnare lo schiavo, acconsentendo alla bastonatura del servo stesso, la quale doveva essere determinata dal giudice, *quasi vir bonus*. Un primo aspetto essenziale riguarda la collocazione temporale della *verberatio* del

«in misura minima» il paragrafo 6 non appaiono formalmente impeccabili, «ma da questo non si è autorizzati a cancellare anche il resto del brano». In particolare la *verberatio* compare anche nel principio del paragrafo 4 in un passaggio che quanto a forma non appare sospettabile, non presentando alcun segno di interpolazione. La frase *sed in arbitrio... passus est* è stata eliminata da coloro che sostennero l'interpolazione giustiniana della *verberatio*, fra i quali Naber e Biondi, pur se «quanto alla forma nessuna critica è stata mai avanzata né da Biondi né da Naber» (cfr. T. SPAGNUOLO VIGORITA, '*Actio iniuriarum noxalis*', cit., 37); quanto al paragrafo 5, come dirà anche in seguito, in esso si fa menzione dell'*arbitratus iudicis*: esso è stato espunto dal Naber, mentre Biondi ha proposto che nel testo originale questo riferimento all'*arbitrium* non si riferisse alla *verberatio*, bensì «esprimesse il principio generale della libertà di valutazione del giudice nell'*actio iniuriarum* e fosse collocato dopo il par. 2», tuttavia, come nota ancora T. SPAGNUOLO VIGORITA, '*Actio iniuriarum noxalis*', cit., 36, dal quale ho testé riportato il sunto del pensiero di Biondi, «nel par. 2 Ulpiano aveva appunto appena ricordato che l'*actio iniuriarum* è data *in quantum ob eam rem aequum iudici videbitur*, per cui nessun motivo avrebbe avuto per ripetere di nuovo il principio».

⁴⁰⁰ T. SPAGNUOLO VIGORITA, '*Actio iniuriarum noxalis*', cit., 41.

⁴⁰¹ T. SPAGNUOLO VIGORITA, '*Actio iniuriarum noxalis*', cit., 36, secondo cui «l'ipotesi che la *verberatio* non sia classica non trova dunque alcun sostegno nella forma del testo», dovendosi la classicità ritenere, dunque, «saldamente fondata» (così T. SPAGNUOLO VIGORITA, '*Actio iniuriarum noxalis*', cit., 40).

⁴⁰² Il testo si riferisce allo schiavo; la dottrina pare estendere la portata del brano anche all'ipotesi in cui l'*iniuria* fosse stata compiuta dal *filius*, dal momento che nulla «veramente vi si oppone» (così L. PEPPE, *Riflessioni intorno all'esecuzione personale in diritto romano*, in *AUPA*, LIII, 2009, 150 s., secondo il quale «il discorso sarebbe ancora più rilevante se si accettasse che questa terza possibilità è aperta anche al *pater* nei confronti del *filius* [con qualche dubbio per la *filia*, per riguardo al *sexus*]»). Circa gli argomenti *pro* e *contro* v. T. SPAGNUOLO VIGORITA, '*Actio iniuriarum noxalis*', cit., 76. A favore M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2006, 706, nt. 263; v. A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 1974, 1044, nt. 110.2.4: «Ulp. D. 47.10.17.4 parla solo della *verberatio* del *servus*, ma è credibile che a maggior ragione la regola valesse per i sottoposti liberi»; v. anche S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*', cit., 126, nt. 45.

⁴⁰³ T. SPAGNUOLO VIGORITA, '*Actio iniuriarum noxalis*', cit., 73.

⁴⁰⁴ T. SPAGNUOLO VIGORITA, '*Actio iniuriarum noxalis*', cit., 73.

servo nell'ambito dell'intera sequenza processuale. Come opportunamente specifica Tullio Spagnuolo Vigorita, è rilevante la collocazione cronologico-processuale in cui si situava la fustigazione poiché «se una fustigazione si è avuta prima della *litis contestatio*, l'attore non può esercitare l'azione nossale, perché l'aver accettato di essere soddisfatto con la *verberatio* implica estinzione della azione»⁴⁰⁵. A tal fine rileva, infatti, il paragrafo finale nel quale si dice chiaramente che il magistrato poteva rimettere al giudice, che avrebbe dovuto valutarla quasi come un *bonus vir*, la facoltà di far frustare il servo avendolo ritenuto colpevole dell'*iniuria*.

Secondo Silvia Viaro, infatti, si sarebbe così pervenuti alla previsione quasi «di una terza peculiare alternativa rispetto alla scelta normalmente accordata al *pater* o al *dominus* convenuto mediante l'esercizio di un'azione nossale, consistente nel pagare la pena o nel procedere alla consegna a noxa del colpevole all'offeso»⁴⁰⁶, pur senza dover accedere alla teoria, che è parsa a taluno «improbabile»⁴⁰⁷, che vorrebbe che la *verberatio* fosse configurata quale terza possibile alternativa della *condemnatio*⁴⁰⁸.

Se quelle appena richiamate appaiono le opinioni attualmente più convincenti, non va sottaciuto – lo si ricordava poco fa – come il riferimento alla *verberatio* sia stato criticato dalla dottrina meno recente che lo ha ritenuto per lo più spurio, palese segno di manomissione evidente, proprio in virtù del fatto che tale *verberatio* sarebbe stata poco conferente con quello che era ritenuto il diritto classico: in particolare, si ritenne che la *verberatio* non potesse avvenire *post litem contestatam* e quindi la si intendeva collocata prima della *litis contestatio* innanzi al magistrato. La questione merita di essere velocemente richiamata. In questo senso, alcuni autori, e penso in particolare a Girard, hanno tratto dalla lettura del paragrafo 6 del testo ulpiano un argomento a sostegno della tesi per la quale la *verberatio*, ammessane l'origine classica, avrebbe

⁴⁰⁵ T. SPAGNUOLO VIGORITA, 'Actio iniuriarum noxalis', cit., 36.

⁴⁰⁶ S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 127 s.

⁴⁰⁷ L. MAGANZANI, *Formazione e vicende di un'opera illustre. Il 'Corpus iuris' nella cultura del giurista europeo*, Torino, 2009, 209.

⁴⁰⁸ In tal senso A.F. RUDORFF, 'Edicti perpetui quae reliqua sunt', Lipsiae, 1869, 178, che così ricostruisce la dicitura: ... *tantam pecuniam aut eum servum noxae dedere arbitrate tuo verberandum exhibere iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato si non paret absolvito*.

dovuto collocarsi prima della *litis contestatio*. Va rilevato, quale sorta di precedente dottrinale su cui si innestava la puntuale critica di Girard, che in relazione alla lettura del paragrafo 6, dove ricorre la dicitura *ante iudicem*, taluni studiosi hanno ritenuto che questa dovesse essere tradotta come ‘davanti al giudice’, pensando che la fustigazione avesse luogo dinnanzi ad un giudice nominato dal pretore, oppure dinnanzi al pretore stesso⁴⁰⁹. In ogni caso, seguendo questa posizione, sarebbe da escludersi che la fustigazione avvenisse dinnanzi al giudice dell’azione nossale, dal momento che i paragrafi 5 e 6 non sembrerebbero affatto designare il giudice privato.

Sul punto, come dicevo, si è appuntata la critica di Girard⁴¹⁰, il quale ha dimostrato che la preposizione *ante*, alla quale si voleva dare un significato di luogo, assuma in epoca classica, tanto presso gli autori giuridici (che giammai lo utilizzano in chiave spaziale⁴¹¹), quanto presso gli autori letterari, (nei testi dei quali il significato arcaico resiste in qualche raro caso) un’accezione inequivocabilmente temporale, residuando l’uso di ‘davanti’ esclusivamente nelle attestazioni arcaiche. La posizione di Girard divenne successivamente opinione consolidata e non venne più posta in discussione. Col che risultava confermato come in nessun modo il giudice

⁴⁰⁹ *Contra*, secondo L. MAGANZANI, *Formazione e vicende*, cit., 209 s.

⁴¹⁰ V. anche G. SEGRÈ, *La denominazione di ‘actio confessoria’ in particolare per la rivedicazione dell’usufrutto e delle servitù*, in *Mélanges P.F. Girard. Études de droit romain dédiées à P.F. Girard à l’occasion du 60^e anniversaire de sa naissance (26 octobre 1912)*, II, Paris, 1912, 567 s., nt. 1, secondo il quale vi sarebbero dubbi che qui si potesse scorgere l’esistenza di una clausola arbitraria; secondo l’autore, infatti, l’*ait praetor* si riferirebbe ai *verba edicti* dove non poteva esservi la menzione alla nostra clausola, il che imporrebbe di considerare che ci si riferisse, come pare aver fatto Lenel (*‘Palingenesia iuris civilis’*, II, 521, n. 1), ai *verba formulae*. Sarebbe comunque necessario ammettere che la soddisfazione avvenisse *in iure* oppure stragiudizialmente, dal momento che solo così sarebbe possibile attribuire un qualche significato ad *ante iudicem* che andrebbe corretto, secondo Lenel (O. LENEL, *Das ‘Edictum perpetuum’*. *Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig, 1927, 388, n. 5) in *ante iudicium (acceptum)*, ma che comunque manterrebbe il medesimo significato.

⁴¹¹ Lo stesso significato si desumerebbe anche dalla lettura di un altro passo nel quale *ante arbitrum* vorrebbe proprio intendere un significato cronologico; Lab. 2 *post. a Iav. epit.* D. 33.2.31: *Is qui fundum tecum communem habebat usum fructum fundi uxori legaverat: post mortem eius tecum heres arbitrum communi dividundo petierat. blaesus ait Trebatium respondisse, si arbiter certis regionibus fundum divisisset, eius partis, quae tibi optigerit, usum fructum mulieri nulla ex parte deberi, sed eius, quod heredi optigisset, totius usum fructum eam habituram. ego hoc falsum puto: nam cum ante arbitrum communi dividundo coniunctus pro indiviso ex parte dimidia totius fundi usus fructus mulieris fuisset, non potuisse arbitrum inter alios iudicando alterius ius mutare: quod et receptum est.*

del processo formulare poteva ingerirsi nella esecuzione della *verberatio*. Giova ricordare che la lettura così formulata delle parole ulpianee ottenne il consenso anche di Kaser, il quale in un primo momento sembrò avvalorare l'idea, poi abbandonata, dell'esistenza di un *arbitratus praetoris*⁴¹², operando a tal fine un'opportuna correzione nel testo.

Ora, io credo siano da condividere le osservazioni condotte da Spagnuolo Vigorita, il quale, indipendentemente dal solo dato testuale, in forza del contenuto della seconda parte del paragrafo 4, ha mostrato come – giusta la classicità del suo contenuto – esso collochi, da un punto di vista sostanziale e logico, la *verberatio* come alternativa alla condanna del pagamento della *litis aestimatio* o dell'abbandono nossale. In altri termini la *verberatio* del servo non si collocherebbe affatto come alternativa all'intera azione nossale, bensì, in modo più limitato, alla duplice possibilità che di norma era consentita al *dominus* (il pagamento della condanna pecuniaria o la *noxae deditio*). Ciò «lascia pensare» conclude l'autore «che essa venisse in questione nella fase *apud iudicem*»⁴¹³.

Circa l'utilizzo del sostantivo *iudex*, poi, secondo alcuni era da sostituirsi il riferimento *arbitratus iudicis* con quello dell'*arbitrium praetoris*. Anche questo appunto al testo sembra non meritevole d'accoglimento se si scorre il contenuto del paragrafo 5 del nostro brano ove si «conserva la menzione della clausola con la quale il pretore affidava l'arbitrato sulla fustigazione»⁴¹⁴: ciò porterebbe a far cadere sia la lettura cronologica dell'*ante* che ci riporterebbe ad un lasso di tempo *ante litem contestatam*, sia la correzione dell'*arbitrium alicuius* con *arbitrium praetoris*, in quanto incompatibili con la sostanza del passo.

Ciò rilevato, va ricordato come si sia affermato che il giudice qui rammentato non sia affatto il giudice dell'*actio noxalis*, quanto un giudice speciale, specificamente individuato proprio per sovrintendere alla *verberatio*. Infatti, Ulpiano «avrebbe inteso avvertire che il giudice di par. 5 non va inteso “dans son sens propre et technique”, ma nel senso di un giudice speciale, un arbitro, in *bonus vir*, ben diverso dunque dal giudice del processo nossale a cui fa invece riferimento il termine *iudex* all'inizio del par. 6»⁴¹⁵.

⁴¹² Che pure potrebbe essere ammissibile a mente di Tab. 8.9 e 8.14.

⁴¹³ T. SPAGNUOLO VIGORITA, '*Actio iniuriarum noxalis*', cit., 46.

⁴¹⁴ T. SPAGNUOLO VIGORITA, '*Actio iniuriarum noxalis*', cit., 47.

⁴¹⁵ T. SPAGNUOLO VIGORITA, '*Actio iniuriarum noxalis*', cit., 47.

Sennonché – come si anticipava – la lettura delle parole ulpianee non sembra suffragare questa tesi, lascianado propendere per la tesi secondo la quale il giudice in parola fosse proprio il giudice privato che avrebbe dovuto giudicare del processo nossale. Seguendo ancora Spagnuolo Vigorita, nel passo ulpiano «non si vuol dire che l'*iudex* di cui si parla non è l'*iudex* in senso tecnico, ma si vuole al contrario precisare, con il “*quasi*”, che l’immagine del “*bonus vir*” è qui adoperata solo a scopo comparativo o esplicativo, per chiarire il ruolo dell'*iudex* del processo nel giudizio sulla *verberatio*, nel senso cioè che egli dovrà operare una valutazione equitativa, come se si trattasse di un arbitro»⁴¹⁶. Accogliendo le posizioni dello studioso napoletano appena ricordate, si ricondurrebbero ad unità i significati da attribuire, nella lettura del testo, al termine *iudex*.

La critica più recente⁴¹⁷, poi, ravvisa un indizio di classicità proprio nel riferimento contenuto nel testo alla *verberatio* proprio nella collocazione che si desume dal brano, ossia prima della pronunzia della condanna e dopo aver individuata la responsabilità del soggetto a potestà, ossia saldamente *post litem contestatam*. In altri termini dal loro esame, i paragrafi 4 e 5 del testo ulpiano «permettono una sola conclusione», cioè che la *verberatio* «veniva in questione dopo la *litis aestimatio*»⁴¹⁸

Recentemente, il testo è stato nuovamente esaminato dalla dottrina sulla scorta delle osservazioni di Spagnuolo Vigorita che abbiamo richiamato; Silvia Viaro ha osservato come «ipotizzare che la persecuzione corporale del soggetto a potestà dovesse precedere l’apertura della fase *apud iudicem*, imponendo alla vittima dell’*iniuria* di dar seguito al giudizio, si scontra con le notizie ricavabili dalla seconda parte del quarto paragrafo, in cui Ulpiano pone espressamente la fustigazione irrogata al

⁴¹⁶ T. SPAGNUOLO VIGORITA, ‘*Actio iniuriarum noxalis*’, cit., 47.

⁴¹⁷ V., in particolare, L. MAGANZANI, *Formazione e vicende di un’opera illustre*, cit., 209, che ammette un intervento compilatorio del § 4, ma valuta «improbabile la congettura di chi, ipotizzando o meno un’interpolazione, vuole collocare il *verberandum exhibere* nell’ambito del procedimento *in iure*, cosicché la fustigazione avrebbe dovuto aver luogo a giudizio o del pretore stesso o di un *iudex* straordinario da nominarsi *ad hoc*, mentre il convenuto sarebbe stato autorizzato all’*exhibitio* soltanto se avesse rinunciato all’esame processuale delle circostanze di fatto»; circa il paragrafo 4 si mostra cautamente conservatore T. SPAGNUOLO VIGORITA, ‘*Actio iniuriarum noxalis*’, cit., 41; con questi consente S. VIARO, *L’arbitratus de restituendo*, cit., 131, nt. 62.

⁴¹⁸ T. SPAGNUOLO VIGORITA, ‘*Actio iniuriarum noxalis*’, cit., 48.

filius o allo schiavo “in alternativa non con l’intera azine nossale, ma con la *noxae deditio* e la *litis aestimatio*”⁴¹⁹.

Mediante la fustigazione del soggetto a potestà, il *dominus* si sarebbe sottratto alla condanna o alla dazione a noxa, esattamente come con la clausola restitutoria nell’ambito dei giudizi petitori si sarebbe evitata la condanna pecuniaria (determinata, come noto, dal giuramento dell’attore). Si può ritenere che, con Dario Mantovani⁴²⁰, l’*actio noxalis* contenesse una clausola «a contenuto latamente restitutorio, in cui si facesse riferimento all’eventuale *verberatio*, da compiersi *arbitratu iudicis*»⁴²¹. Al riguardo, Viaro riporta con decisione il caso contemplato dal frammento ulpiano nell’orbita della clausola arbitraria, risultando a suo giudizio tale inclusione «difficilmente contestabile»⁴²²: infatti, la collocazione tra le due *partes formulae* dell’*intentio* e della *condemnatio*, la consonanza «allo schema generale ‘*nisi ea res A° A° arbitrio iudicis restituetur*’»⁴²³ sono elementi che depongono in tal senso, cui non osta il fatto, come riconosce la stessa studiosa, che in questa ipotesi la clausola si conformasse in modo del tutto particolare. La peculiarità della *verberatio* ricordata da Ulpiano, che era rimessa all’*arbitrium iudicis*, consiste poi nell’essere associata, diremmo quasi con finalità delimitativa, alla figura del *bonus vir*: si può quindi affermare che al giudice fosse rimessa la decisione in merito alla *verberatio* (in relazione all’*arbitrium iudicis*) da compiersi – quest’ultima – sulla scorta di una valutazione analoga (*quasi*, dice Ulpiano), tipica, diremmo, del buon padre di famiglia, di un vero e proprio arbitro⁴²⁴.

È interessante ricordare, a questo punto, quale potesse essere il tenore della formula della *actio noxalis*, nella palingenesi propostane da Mantovani⁴²⁵:

⁴¹⁹ S. VIARO, *L’arbitratus de restituendo*, cit., 130; la citazione interna è di T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Actio iniuriarum noxalis*, cit., 46.

⁴²⁰ D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica di istituzioni di diritto romano*, Padova, 1999, 76.

⁴²¹ S. VIARO, *L’arbitratus de restituendo*, cit., 131.

⁴²² S. VIARO, *L’arbitratus de restituendo*, cit., 132.

⁴²³ S. VIARO, *L’arbitratus de restituendo*, cit., 132.

⁴²⁴ Secondo T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Actio iniuriarum noxalis*, cit., 47, il giudice avrebbe dovuto operare «una valutazione equitativa, come se si trattasse di un arbitro (*bonus vir*)».

⁴²⁵ D. MANTOVANI, *Le formule*, cit., 76.

C. Aquilius iudex esto. Quod a. Agerio pugno mala percussa est a Stichum N. Negidiiervo dolove malo Stichum servi factum est ut percuteretur, quantum ob eam rem bonum et aequum C. Aquilio iudici videbitur N. Negidium A. Agerio condemnari aut noxae dedere, nisi N. Negidius Stichum servum arbitrato C. Aquilii iudicis verberandum exhibebit, tantam pecuniam dumtaxat sestertium X milia aut Stichum servum noxae dedere C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvo

V'è da chiedersi, dunque, una volta accertato che la *verberatio* era un'alternativa con la quale il *dominus* poteva evitare la condanna o l'abbandono nossale del soggetto a potestà, v'è da chiedersi, dicevo, quale fosse la ragione sottesa alla clausola formulare contenente la previsione della *verberatio* ed in che modo quest'ultima si rapportasse con il contenuto dell'*arbitrium iudicis*. Una corrente di pensiero che già da tempo non gode del favore della critica, riteneva che l'*arbitratu tuo verberandum exhibere* dovesse essere inteso quale terzo termine della condanna accanto al pagamento della *litis aestimatio* e all'abbandono nossale.

La tesi non convince. Com'è stato notato, una *verberatio arbitrato iudicis* successiva alla sentenza sarebbe stata, stante la natura e la temporalità dell'*officium iudicis* – legato alla singola controversia e non certamente perpetuo – sostanzialmente inconcepibile. Il paragrafo 4 afferma che la *verberatio* è *in arbitrio domini*, *dominus* il quale può servirsi della stessa *ut ita satisfiat ei qui iniuriam passus est*. Come ha osservato Spagnuolo Vigorita, «se si tiene conto che uno dei significati riconosciutamente classici di *satisfacere* è quello di appagare il creditore con un mezzo diverso dall'adempimento della prestazione», è possibile comprendere come la fustigazione non fosse «oggetto dalla *condemnatio* – accanto e alternativamente alla *noxae deditio* e alla *litis aestimatio* – ma, al contrario, fosse un mezzo per evitare la condanna»⁴²⁶. Si trattava, cioè, di «un mezzo satisfattorio che l'editto concedeva al *dominus* per liberarsi di ogni obbligazione senza ricorrere ai mezzi liberatori tipici»⁴²⁷.

Ciò trova conferma nella prosecuzione del medesimo paragrafo, ove si sottolinea come la *verberatio* fungesse – analogamente a quanto

⁴²⁶ T. SPAGNUOLO VIGORITA, 'Actio iniuriarum noxalis', cit., 49.

⁴²⁷ T. SPAGNUOLO VIGORITA, 'Actio iniuriarum noxalis', cit., 49.

accadeva con la *restitutio* o con la *exhibitio* – da condizione della condanna. Sul punto, va notato come tale condizione fosse rimessa alla valutazione discrezionale del *dominus* che poteva scegliere se consentire la *verberatio* o meno, il che appare coerente con la natura propria della stessa *verberatio* quale mezzo satisfattorio diverso dall'adempimento, che non può che essere stata nella disponibilità del *dominus* dello schiavo.

Dal complesso del brano si desume, dunque, come l'*arbitrium* venga in considerazione due volte. La prima, come si è appena osservato, in relazione al *dominus* dello schiavo, la seconda si riferisce al giudice. Comprendendo in cosa consistesse questo secondo *arbitrium* credo si possa illuminare il senso di entrambi gli usi della medesima parola, anche in un senso più generale.

Enucleato nelle due parole *arbitrium iudicis*, si condensa il problema in merito alla possibilità di evitare la condanna fosse sempre concessa al *dominus* dello schiavo, ossia per tutti i possibili casi di *iniuria* commessi da quest'ultimo.

Assodato il fatto che sul concetto della *verberatio*⁴²⁸ non pare vi siano ampie possibilità di interpretazione giurisprudenziale in senso estensivo (a differenza di quello che sembra di potersi affermare circa il *restituere*, quello di *verberare* è concetto assai ristretto che non consente costruzioni dogmatiche), è giocoforza concordare con Silvia Viaro, secondo la quale «la funzione dell'*arbitratus*, nel caso di specie non potesse che consistere in una valutazione circa l'ammissibilità della fustigazione e nella determinazione del relativo *quantum* l'attore avrebbe dovuto ricevere per essere soddisfatto dell'offesa ricevuta»⁴²⁹.

È necessario considerare, cioè, la possibilità che non in ogni caso fosse possibile evitare la condanna mediante la *verberatio* del servo. Sarebbe stata una comoda e forse non giustificata né ragionevole via di scampo per il *dominus* quella di poter sempre in ogni caso, dopo la *litis*

⁴²⁸ Il *verberare*, per vero, associato alla *iniuria* ritorna anche in un passo problematico del quale è assai discussa la genuinità Ulp. 47 *ad Sab.* D. 2.9.5: *Si servum in eadem causa sistere quidam promiserit et liber factus sistatur: si de ipso controversia est capitalium actionum iniuriarumque nomine, non recte sistitur: quia aliter de servo supplicium et verberibus de iniuria satisfit, aliter de libero vindicta sumitur vel condemnatio pecuniaria. quod autem ad ceteras noxales causas pertinet, etiam in meliorem causam videtur pervenisse.*

⁴²⁹ S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 133; v. anche T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Actio iniuriarum noxalis*, cit., 53.

contestatio evitare le conseguenze negative della condanna, utilizzando a tal fine in modo distorsivo gli strumenti del processo formulare che ne risultavano così snaturati⁴³⁰. D'altro canto, dal punto di vista della vittima dell'*iniuria*, a lato della vendetta – se pur se ne vuole tenere in conto il peso «nell'*iniuria* certo più notevole che altrove»⁴³¹ – ben difficilmente si potrebbe immaginare che la vittima stessa fosse disposta ad accettare una soluzione che in determinate circostanze doveva apparire del tutto inadeguata. Infatti, «sembra sconcertante» che la persona offesa «potesse essere costretta ad accontentarsi in ogni caso di una fustigazione del reo, mentre quando l'offesa veniva da un libero otteneva una ben più tangibile soddisfazione economica»⁴³².

Con queste premesse, è evidente – credo – come abbia ragione Spagnuolo Vigorita nel proporre, quale traduzione del passaggio *si de eo verberibus satis non fiat*, la seguente: «qualora la *verberatio* non dia sufficiente (sia sufficiente a dare) soddisfazione dell'*iniuria*»⁴³³. Con ciò verrebbe confermato il fatto che non in ogni caso era concesso al *dominus* di giungere alla composizione della lite mediante una *verberatio* che talvolta doveva rivelarsi insufficiente a garantire la soddisfazione dell'offeso. Il che non entra in contraddizione con l'affermazione iniziale per la quale spetterebbe al *dominus* la decisione se proporre la fustigazione del servo; dal momento che su di essa doveva cadere l'assenso discrezionale del giudice. È dunque probabile che il *iudex* «dovesse preliminarmente decidere se ammettere o non la fustigazione ... come sempre in caso di *iniuria* con una relativa libertà di valutazione»⁴³⁴.

È evidente che, nel caso di specie, il giudice avrebbe dovuto sia determinarsi sull'*an* della possibile scelta di *verberare* il soggetto a potestà, sia identificarne il *quantum*. Circa l'*an* è chiaro che il giudice dovesse tenere a mente le circostanze che in fatto avrebbero potuto consentire questa operazione rendendola conforme agli interessi delle parti in gioco. Difatti, non ogni *iniuria* cagionata dal servo avrebbe potuto essere composta mediante il ricorso alla fustigazione del colpevole, dato che essa «poteva restare esclusa in quanto venisse giudicata insufficiente in

⁴³⁰ T. SPAGNUOLO VIGORITA, '*Actio iniuriarum noxalis*', cit., 52.

⁴³¹ T. SPAGNUOLO VIGORITA, '*Actio iniuriarum noxalis*', cit., 52.

⁴³² T. SPAGNUOLO VIGORITA, '*Actio iniuriarum noxalis*', cit., 52.

⁴³³ T. SPAGNUOLO VIGORITA, '*Actio iniuriarum noxalis*', cit., 52 s.

⁴³⁴ T. SPAGNUOLO VIGORITA, '*Actio iniuriarum noxalis*', cit., 53 s.

relazione alla gravità del delitto»⁴³⁵; in tal caso, infatti, sarebbe rimasta in essere la sola alternativa tra la condanna pecuniaria e la *noxae deditio*⁴³⁶.

Dunque, il *iudex* si sarebbe determinato per la *verberatio*, «come modo per conseguire l'assoluzione del convenuto, solo se si fosse previamente convinto non soltanto della fondatezza dell'azione ma anche della congruità della pena corporale in relazione alla gravità dell'offesa arrecata all'attore e all'esistenza o alla rilevanza dei danni patrimoniali»⁴³⁷. La valutazione del giudice sull'*an* avrebbe dovuto considerare essenzialmente gli elementi di fatto che consigliavano o meno la fustigazione, dovendo prendere a riferimento, come sembra probabile, «accanto alla gravità morale dell'offesa soprattutto elementi economici».

Si può, dunque, ritenere che tanto minore fosse stata l'offesa sotto il profilo economico, tanto maggiore era la possibilità che il giudice accordasse la fustigazione con effetto satisfattivo nei confronti dell'offeso con ciò precludendo la *noxae deditio* o il pagamento della *litis aestimatio*. Qualora il giudice si fosse convinto della capacità della fustigazione a soddisfare l'offeso, egli avrebbe fissato la misura della fustigazione in via equitativa⁴³⁸ e, con l'esecuzione del castigo la lite si sarebbe chiusa. «Al contrario, la presenza di danni patrimoniali ingenti o comunque degni di considerazione avrà indotto il giudice a escludere la fustigazione ed a imporre al *dominus* il pagamento in denaro o, in sua vece, la dazione nossale del colpevole»⁴³⁹.

⁴³⁵ T. SPAGNUOLO VIGORITA, '*Actio iniuriarum noxalis*', cit., 53 s.; v. anche S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*', cit., 133, secondo la quale la dimostrazione per cui «il giudice avrebbe dovuto discrezionalmente decidere è quella che muove dal duplice rilievo per cui, da un lato, la vittima del reato non in tutti i casi si sarebbe appagata di una bastonatura; e da un altro lato, se al *dominus* o al *pater* fosse stato sempre concesso di evitare la condanna esponendo il soggetto a potestà a *verberatio*, non avrebbe avuto senso alcuno prevedere la *noxae deditio*, essendo del tutto "inverosimile che il padrone che non si adattava a far frustare il servo fosse poi disposto a perderlo definitivamente"» (la citazione interna è di T. SPAGNUOLO VIGORITA, '*Actio iniuriarum noxalis*', cit., 52).

⁴³⁶ V. ancora T. SPAGNUOLO VIGORITA, '*Actio iniuriarum noxalis*', cit., 53 s.

⁴³⁷ S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*', cit., 134. V. anche T. SPAGNUOLO VIGORITA, '*Actio iniuriarum noxalis*', cit., 74.

⁴³⁸ T. SPAGNUOLO VIGORITA, '*Actio iniuriarum noxalis*', cit., 74.

⁴³⁹ T. SPAGNUOLO VIGORITA, '*Actio iniuriarum noxalis*', cit., 54. Circa il significato originario della *noxae deditio*, esso era certamente «denso di elementi di vendetta» pur avendo in epoca classica un «valore patrimoniale». Esso si desume anche da Gai 1.140: *Quin etiam invito quoque eo, cuius in mancipio sunt, censu libertatem consequi possunt, excepto eo, quem pater ea lege mancipio dedit, ut sibi remancipetur; nam quodam modo tunc pater potestatem propriam reservare sibi videtur eo ipso, quod mancipio*

È evidente che nel passo che sto commentando il riferimento all'*arbitrium iudicis*, lungi dall'essere espungibile e superfluo, come voleva Levy, rappresenta davvero «il fulcro dell'intera clausola formulare»⁴⁴⁰, dal momento che in sua assenza il giudice non avrebbe potuto procedere alla risoluzione della controversia affidatagli senza arrivare alla condanna. Il giudice avrebbe dovuto, quale *bonus vir*, e nella misura in cui costui avesse potuto e dovuto procedere – direi che questo fosse, allora, una sorta di limite caratteristico alla discrezionalità del giudice che rimandava più in generale ad un parametro di correttezza oggettiva –, valutare le circostanze di fatto che caratterizzavano la vicenda sottoposta alla sua cognizione e, mediante un bilanciamento di interessi, procedere o meno all'autorizzazione della fustigazione a danno del servo ritenuto responsabile. Qui mi sembra proprio che *arbitrium* abbia una sfaccettatura peculiare, di 'autorizzazione', forse più che di determinazione delle modalità concrete che dovevano essere seguite nell'esecuzione della pena corporale. La peculiarità di questo *arbitrium* (quello riferito al giudice) è stata colta a suo tempo da Spagnuolo Vigorita che, pur mettendo in luce le caratteristiche che avvicinano apparentemente l'azione nossale predisposta in tema di *iniuria* alle altre azioni *arbitrariae*, fra le quali sta in primo luogo proprio la menzione testuale all'*arbitrium*, ha ritenuto che l'azione in esame non rientrasse nel novero delle azioni arbitrarie, per tali intendendosi «quelle la cui formula era munita della c.d. clausola restitutoria (o esibitoria)»⁴⁴¹.

Secondo l'autore napoletano, le azioni in parola si somigliano per il fatto che in esse v'era la possibilità «di evitare la condanna mediante una soddisfazione anteriore»⁴⁴², processualmente potendosi ben immaginare che il giudice procedesse, una volta convintosi della fondatezza della pretesa attorea, in modo «simile, almeno apparentemente»⁴⁴³, al *iussum de restituendo*. Non altri elementi di similitudine sarebbe, tuttavia, possibile

recipit. Ac ne is quidem dicitur invito eo, cuius in mancipio est, censu libertatem consequi, quem pater ex noxali causa mancipio dedit, veluti quod furti eius nomine damnatus est et eum mancipio actori dedit: nam hunc actor pro pecunia habet.

⁴⁴⁰ S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 134.

⁴⁴¹ T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Actio iniuriarum noxalis*, cit., 55.

⁴⁴² T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Actio iniuriarum noxalis*, cit., 56.

⁴⁴³ T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Actio iniuriarum noxalis*, cit., 56.

cogliere⁴⁴⁴. Difatti, nelle azioni arbitrarie vi sarebbe da rilevare la presenza di meccanismi di coazione sul convenuto al fine di indurlo alla *restitutio* in natura, «soluzione preferita dall'attore»⁴⁴⁵, basti pensare al *iusiurandum in litem* mediante il quale unilateralmente veniva stabilito da parte dell'attore il valore della cosa oggetto della rivendica.

Il testo ulpiano smentisce viceversa chiaramente l'esistenza di analoghi meccanismi nell'azione *iniuriarum noxalis*, dal momento che la scelta della *verberatio* è rimessa all'*arbitrium* del *dominus*, ed è anzi possibile che la menzione di codesto *arbitrium* nel paragrafo 4 del brano, «sia dovuta al desiderio del giurista di differenziare la *exhibitio ad verberandum* dal *restituere* delle azioni *arbitrariae*»⁴⁴⁶.

In ogni caso, mi pare si possa affermare che la doppia ricorrenza nel passo del termine *arbitrium* non sia senza significato. Se volessimo interpretare il portato dell'*arbitrium iudicis* in questo passo, credo si potrebbe partire proprio dall'*arbitrium domini*. Esso appare chiaramente indicare una facoltà, una scelta del propretario dello schiavo in merito all'*exhibitio ad verberandum*, non necessitata da alcuna costrizione esterna, se non dalla prospettiva dell'alternativa tra la *litis aestimatio* e la *noxae deditio*. La scelta del *dominus* doveva basarsi esclusivamente su valutazioni di carattere economico, morale, e, in somma, fattuali, esulando da qualsiasi questione giuridica. *Arbitrium* qui sta indicare una possibilità di scelta. Anche l'*arbitrium* del giudice deve essere letto, credo, in modo sostanzialmente analogo, a meno di dover immaginare uno scarto illogico nell'impiego d'un termine nell'ambito di uno stesso brano, in prima battuta con un certo significato, in seconda con uno differente, in un caso in cui l'impiego del termine appare connotato in modo essenzialmente tecnico⁴⁴⁷ e presumibilmente univoco: *arbitrium* sta ad indicare ancora una volta nulla più di una facoltà di scelta discrezionale. Allora, la menzione all'*arbitrium* del giudice, per come esso è apparso nel passo ulpiano che

⁴⁴⁴ *Contra*, più di recente, L. MAGANZANI, *Formazione e vicende*, cit., 210, per la quale è ben più probabile che abbiamo a che fare qui con una normale *actio arbitraria*, la cui *condemnatio* era fatta dipendere da un *Nisi Numerius Negidius servum arbitrato iudicis verberandum exhibebit*.

⁴⁴⁵ T. SPAGNUOLO VIGORITA, '*Actio iniuriarum noxalis*', cit., 56.

⁴⁴⁶ Coglie l'eccezionalità insita nell'azione in commento anche G. SEGRÈ, *La denominazione*, cit., 567, secondo il quale nella nostra azione «non si tratterebbe a rigore di una *noxae deditio arbitrio iudicis*... ma di un *verberandum exhibere* e di un *arbitratus iudicis* circa il *modus verberum*».

⁴⁴⁷ Così S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*', cit., 125.

già abbiamo lungamente commentato, rimanda ad una scelta discrezionale determinata dalle esigenze concrete e fattuali del caso specifico.

In altri e più generali termini, l'*arbitrium* parrebbe intervenire allorché, data applicazione ai principi giurisprudenziali con ciò determinando l'oggetto del comportamento 'restitutorio' che il convenuto avrebbe dovuto tenere, le circostanze avessero richiesto una soluzione differente, ispirata ad una visione di carattere equitativo, *quasi da bonus vir*. Il giudice, dunque, era chiamato a prendere la propria decisione valutando in fatto, e non in diritto, la gravità dell'offesa, la presenza di danni e, in relazione a questi fattori, la satisfattività della fustigazione. Mi sembra che si possa ritenere che questi parametri e la stessa decisione integrassero gli estremi di una *res facti*, fisiologicamente demandata alla cognizione del giudice. La necessità nel caso esaminato della presenza del riferimento formulare all'*arbitrium iudicis* non rinnega il fatto che l'interpretazione giurisprudenziale potesse da questo stesso sintagma esulare ed appuntarsi, viceversa su differenti clausole del *iudicium*. Ciò equivarrebbe a dire che il contenuto della *restitutio* era determinato dalla giurisprudenza mediante l'esegesi del termine *restituere*, o *exhibere* mentre la valutazione sull'opportunità – legata inevitabilmente al fatto – doveva spettare necessariamente al giudice, al suo *arbitrium*. Come nota Viaro⁴⁴⁸, infatti, «o il concetto di *restituere* non indicava un'effettiva reintegrazione dell'attore, sicché il giudice – pur dovendo ordinare la *restitutio* – era libero di indicare a mo' di contenuto della stessa qualunque incumbente a carico del convenuto, ancorché insuscettibile di rimetterlo in pristino; oppure il concetto di *restituere* alludeva davvero ad un soddisfacimento dell'attore medesimo, ma il giudice – in base al suo *arbitrium* – non era obbligato ad ordinare al convenuto di procedere in tal senso, potendo ottenere provvedimenti di diverso tenore»⁴⁴⁹. Credo sia nel giusto la stessa autrice, allorché, riconosciuta l'esattezza della nozione di *restituere* quale «ricostituzione di una situazione violata»⁴⁵⁰, riconosceva come sia necessario «concludere nel senso che «l'*arbitrium* del giudice gli

⁴⁴⁸ L'autrice si riferisce Ulp. 76 ad ed. D. 44.4.4.7: *Labeo ait, si de homine petitio secundum actorem fuerit iudicatum et iussu iudicis satisdatum sit hominem intra certum diem tradi, et, si traditus non fuisset, poenam stipulatus sit, petitorem, qui et hominem vindicat et poenam petit, exceptione esse repellendum: iniqum enim esse et hominem possidere et poenam exigere.*

⁴⁴⁹ S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 180.

⁴⁵⁰ S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 180 s.

consentisse di esimersi dall'ordinare una *restitutio* propriamente intesa, senza con ciò incorrere in una violazione del programma di giudizio stilato dal magistrato giusdicente»⁴⁵¹.

5. La teoria di Levy e la sua critica recente.

Non è inutile rammentare, poi, come il brano relativo alla *verberatio* poco fa richiamato ricordato sia uno tra quelli che Levy metteva a partito per edificare la propria teoria, che, come detto, era accolta da Chiazzese per quanto atteneva il rifiuto della classicità della ricorrenza del sintagma '*arbitrium iudicis*' nell'ambito delle formule dette arbitrarie. Merita, dunque, ricordare brevemente la teoria di questo maestro del passato, nonché gli argomenti, che appaiono oggi accolti dalla romanistica contemporanea, opposti da coloro che non hanno aderito a questa teorica. Ciò ci darà modo di esaminare ulteriori esempi che dimostrano, da una parte, la necessità della ricorrenza del sintagma *arbitrio iudicis*, dall'altra mostrano le piste seguite per la sua interpretazione e la determinazione del contenuto della *restitutio* (conformemente all'evoluzione storica già segnalata). Secondo Chiazzese, che, come detto si discostava da Levy per gli esiti ultimi delle indagini di quest'ultimo, che sarebbero stati «da respingere nettamente» al pari di talune illazioni che egli ne traeva, ritenute «altrettanto inaccettabili»⁴⁵², l'autore avrebbe «dimostrato che i poteri del giudice nel determinare il contenuto della *restitutio*» erano «riconnessi dalla interpretazione giurisprudenziale classica non già all'*arbitrio iudicis* della clausola restitutoria, ma allo stesso *restituere* (o *exhibere*) menzionato dalla clausola medesima»⁴⁵³. In particolare, solo il concetto di *restituere* sarebbe stato oggetto dell'attenzione giurisprudenziale, «e non mai l'*arbitrio iudicis* della clausola restitutoria»⁴⁵⁴. Della *restitutio*, occorre sottolineare, Levy ebbe una visione peculiare, riconnettendo a questo concetto non soltanto «la mera riconsegna della cosa»⁴⁵⁵, bensì – in chiave decisamente onnicomprensiva – «il ripristino di una situazione anteriore, onde la riconsegna della cosa

⁴⁵¹ S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 181.

⁴⁵² La recisa critica si ritrova in L. CHIAZZESE, '*Jusiurandum in litem*', cit., 31.

⁴⁵³ L. CHIAZZESE, '*Jusiurandum in litem*', cit., 31.

⁴⁵⁴ L. CHIAZZESE, '*Jusiurandum in litem*', cit., 32.

⁴⁵⁵ L. CHIAZZESE, '*Jusiurandum in litem*', cit., 32.

costituirebbe solo una parte e neppure la più importante della *restitutio*»⁴⁵⁶ stessa.

È evidente come lo studioso, così interpretando la *restitutio* finiva con l'attribuire al giudice una sfera di apprezzamento altrettanto ampia rispetto a quella che si riconnette tradizionalmente all'*arbitrium iudicis*, dal momento che, configurando la *restitutio* come riduzione ad un *pristinus status*, la sua ricostituzione non può che dipendere da «una prognosi retrospettiva affidata al giudice»⁴⁵⁷, che, in tal modo, doveva essere riconosciuto titolare di un libero apprezzamento nella determinazione dell'oggetto della *restitutio* stessa. A me pare che così ragionando Chiazzese, di cui ho riprodotto per parte il pensiero in relazione alle tesi di Levy, individuasse un nodo centrale, reputando che «il concetto della *restitutio* è forma vacua, alla quale il giudice di volta in volta dovrà dare un contenuto»⁴⁵⁸. Così si spiega chiaramente il motivo per il quale Levy non potesse che ritenere un inutile duplicato l'inserzione della clausola restitutoria nei nostri giudizi in quanto la 'formula vuota' da riempire del contenuto in grazie del lavoro interpretativo della giurisprudenza era già testualmente presente e doveva individuarsi nel *restituere* e non già nell'*arbitrium*⁴⁵⁹; ma appare chiaro come il rapporto tra clausola formulare ed interpretazione giurisprudenziale non muti di molto.

Si ricordava di come la posizione di Levy non sia andata esente da censure. Di recente, in particolare, ha criticato la dottrina di Levy la stessa Silvia Viaro, della quale credo sia qui opportuno seguire per sommi capi il pensiero. Levy, in primo luogo, metteva in luce come l'espressione *arbitrium iudicis*⁴⁶⁰, nelle fonti ricorresse solo saltuariamente in riferimento alle formule di quelle azioni che vengono dette azioni arbitrarie⁴⁶¹, mentre,

⁴⁵⁶ V. ancora L. CHIAZZESE, '*Jusiurandum in litem*', cit., 32, che così riassume per sommi capi il pensiero di E. LEVY, *Zur Lehre von den sog. 'actiones arbitrariae'*, Weimar, 1915, 35.

⁴⁵⁷ Sono ancora parole di L. CHIAZZESE, '*Jusiurandum in litem*', cit., 32.

⁴⁵⁸ L. CHIAZZESE, '*Jusiurandum in litem*', cit., 32; E. LEVY, *Zur Lehre*, cit., 31.

⁴⁵⁹ Come a ragione osserva L. CHIAZZESE, '*Jusiurandum in litem*', cit., 32 s. «egli non sa intendere quella frase se non nel senso di libero apprezzamento connesso al giudice; e come siffatta libertà il giudice trarrebbe dallo stesso concetto di *restituere*, non si giustificerebbe l'espressa menzione dell'*arbitrium iudicis* nella clausola restitutoria»

⁴⁶⁰ Ovvero sintagmi o termini ad esso equivalenti, quali *arbiter*, *arbitrium*, *arbitrari* e *arbitratus*.

⁴⁶¹ Per E. LEVY, *Zur Lehre*, cit., 9 il caso più emblematico sarebbe proprio quello della *reivindicatio* che era senza dubbio l'azione arbitraria per eccellenza. Secondo lo studioso si ricaverebbero notizie relativamente certe solo da Ulp. 51 *ad ed.* D. 6.1.68: *Qui*

parallelamente tale espressione si rinvenisse in concomitanza con azioni che per certo non erano arbitrarie e non contenevano alcuna possibilità per il convenuto di evitare la condanna tenendo un comportamento che latamente fosse possibile definire restitutorio⁴⁶². Per di più, stando alla

restituere iussus iudici non paret contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio iudicis ab eo possessio transfertur et fructuum dumtaxat omnisque causae nomine condemnatio fit. si vero non potest restituere, si quidem dolo fecit quo minus possit, is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit, damnandus est. si vero nec potest restituere nec dolo fecit quo minus possit, non pluris quam quanti res est, id est quanti adversarii interfuit, condemnandus est. haec sententia generalis est et ad omnia, sive interdicta, sive actiones in rem sive in personam sunt, ex quibus arbitrato iudicis quid restituitur, locum habet; Ulp. 53 ad ed. D. 39.2.9.2: Alfenus quoque scribit, si ex fundo tuo crusta lapsa sit in meum fundum eamque petas, dandum in te iudicium de damno iam facto, idque Labeo probat: nam arbitrio iudicis, apud quem res prolapsae petentur, damnum, quod ante sensi, non contineri, nec aliter dandam actionem, quam ut omnia tollantur, quae sunt prolapsa. ita demum autem crustam vindicari posse idem Alfenus ait, si non coaluerit nec unitatem cum terra mea fecerit. nec arbor potest vindicari a te, quae translata in agrum meum cum terra mea coaluit. sed nec ego potero tecum agere ius tibi non esse ita crustam habere, si iam cum terra mea coaluit, quia mea facta est; meno affidante, in ragione dell'interpolazione di cui soffre il brano, sarebbe la lettura di Ulp. 51 ad ed. D. 6.1.68: Qui restituere iussus iudici non paret contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio iudicis ab eo possessio transfertur et fructuum dumtaxat omnisque causae nomine condemnatio fit. si vero non potest restituere, si quidem dolo fecit quo minus possit, is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit, damnandus est. si vero nec potest restituere nec dolo fecit quo minus possit, non pluris quam quanti res est, id est quanti adversarii interfuit, condemnandus est. haec sententia generalis est et ad omnia, sive interdicta, sive actiones in rem sive in personam sunt, ex quibus arbitrato iudicis quid restituitur, locum habet.

⁴⁶² E. LEVY, *Zur Lehre*, cit., 11; valga ricordare solo alcuni esempi: Pap. 9 quaest. D. 16.3.24: "Lucius Titius Sempronio salutem. centum nummos, quos hac die commendasti mihi adnumerante servo Sticho actore, esse apud me ut notum haberes, hac epistula manu mea scripta tibi notum facio: quae quando voles et ubi voles confestim tibi numerabo". quaeritur propter usurarum incrementum. respondi depositi actionem locum habere: quid est enim aliud commendare quam deponere? quod ita verum est, si id actum est, ut corpora nummorum eadem redderentur: nam si ut tantundem solveretur convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos. in qua quaestione si depositi actio non teneat, cum convenit tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi non facile dicendum est. et est quidem constitutum in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio: sed contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit. si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur; Pap. 2 quaest. D. 22.1.1 pr.: Cum iudicio bonae fidei disceptatur, arbitrio iudicis usurarum modus ex more regionis ubi contractum est constituitur, ita tamen, ut legi non offendat. Per l'actio venditi v. Cels. 8 Dig. D. 19.1.38.1: Si per emptorem steterit, quo minus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitate posse servari Sextus Aelius, Drusus dixerunt, quorum et mihi iustissima videtur esse sententia; con riferimento all'actio mandati, Paul. 6 ad sab. D. 17.2.38 pr.: Pro socio arbiter prospicere debet cautionibus in futuro damno vel lucro pendente ex ea societate. quod Sabinus in omnibus bonae fidei iudiciis existimavit,

ricostruzione dell'autore, soltanto tre passi conterrebbero un riferimento dell'*arbitrium iudicis* al corpo della *formula*. Essi sono precisamente:

Paul. 11 *ad ed.* D. 4.3.18 pr.: *Arbitrio iudicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur: et nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio quanti ea res est. ideo autem et hic et in metus causa actione certa quantitas non adicitur, ut possit per contumaciam suam tanti reus condemnari, quanti actor in litem iuraverit: sed officio iudicis debet in utraque actione taxatione iusiurandum refrenari.*

V'è poi il già citato

Ulp. 57 *ad ed.* D. 47.10.17.4: *Cum servus iniuriam facit, maleficium eum admittere palam est: merito igitur sicuti ex ceteris delictis, ita et ex hoc iniuriarum noxalis actio datur. sed in arbitrio domini est, an velit eum verberandum exhibere, ut ita satisfiat ei qui iniuriam passus est: neque erit necesse domino utique eum verberandum praestare, sed dabitur ei facultas praestare ei servum verberandum aut, si de eo verberibus satis non fiat, noxae dedendum vel litis aestimationem sufferendam. 5. Ait praetor "arbitratu iudicis": utique quasi viri boni, ut ille modum verberum imponat. 6. Si ante iudicem dominus verberandum servum exhibuerit, ut satis verberibus ei fieret, et erit factum arbitratu alicuius, postea actor agere iniuriarum perseverat, non est audiendus: qui enim accepit satisfactionem, iniuriam suam remisit. nam et si nuda voluntate iniuriam remisit, indubitate dicendum est extinguere iniuriarum actionem non minus, quam si tempore abolita fuerit iniuria*

Infine va ricordato

sive generalia sunt (veluti pro socio, negotiorum gestorum, tutelae) sive specialia (veluti mandati, commodati, depositi); in tema di actio locati conducti v. Pomp. 5 ad sab. D. 27.3.3: Si tutelae aut negotiorum gestorum agatur incerto hoc, quantum ab adversariis debetur tutori procuratorive, arbitratu iudicis cavendum est, quod eo nomine eis absit; Pap. 12 quaest. D. 47.2.81.7: Qui rem Titii agebat, eius nomine falso procuratori creditoris solvit et Titius ratum habuit: non nascitur ei furti actio, quae statim, cum pecunia soluta est, ei qui dedit nata est, cum Titii nummorum dominium non fuerit neque possessio. sed conditionem indebiti quidem Titius habebit, furtivam autem qui pecuniam dedit: quae, si negotiorum gestorum actione Titius conveniri coeperit, arbitrio iudicis ei praestabitur.

Ulp. 11 ad ed. D. 4.2.14.11: *Quid si homo sine dolo malo et culpa eius, qui vim intulit et condemnatus est, perit? in hoc casu a rei condemnatione ideo relaxabitur, si intra tempora iudicati actionis moriatur, quia tripli poena propter facinus satisfacere cogitur. pro eo autem, qui in fuga esse dicitur, cautio ab eo extorquenda est, quatenus et persequatur et omnimodo eum restituat: et nihilominus in rem vel ad exhibendum vel si qua alia ei competit actio ad eum recipiendum integra ei qui vim passus est servabitur, ita ut, si dominus eum quoquo modo receperit, is qui ex stipulatione convenitur exceptione tutus fiat. haec si post condemnationem: si autem ante sententiam homo sine dolo malo et culpa mortuus fuerit, tenebitur, et hoc fit his verbis edicti “neque ea res arbitrio iudicis restituetur”. ergo si in fuga sit servus sine dolo malo et culpa eius cum quo agetur, cavendum est per iudicem, ut eum servum persecutus reddat. sed et si non culpa ab eo quocum agitur aberit, si tamen peritura res non fuit, si metum non adhibuisset, tenebitur reus: sicut in interdicto unde vi vel quod vi aut clam observatur. itaque interdum hominis mortui pretium recipit, qui eum venditurus fuit, si vim passus non esset.*

Levy non poté far altro che attaccare il tenore formale e sostanziale dei testi appena richiamati. Per quanto riguarda il primo, assai maltrattato in passato⁴⁶³, va osservato come il brano faccia discendere la *restitutio* in

⁴⁶³ L. CHIAZZESE, *‘Jusiurandum in litem’*, cit., 183, ritenne spurie le parole che vanno da *non a enim*; già prima B. B. BIONDI, *Studi sulle ‘actiones arbitrarie’ e l’‘arbitrium iudicis’*, cit., 78 ss., e G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, Padova, 1937, 73, ritennero che l’*actio de dolo* non fosse corredata della clausola arbitraria, il che importa necessariamente che il brano dovesse essere ritenuto spurio. Come rammenta M. BRUTTI, *La problematica*, I, cit., 158, Biondi «è giunto a tale conclusione anzitutto attraverso un esame del frammento 18 D. 4.3 il cui senso non gli sembra compatibile con l’ordine sistematico del commento di Paolo. Ma il secondo motivo, che è quello sostanziale addotto dal Biondi, è che le stesse enunciazioni ed elaborazioni giurisprudenziali del principio di sussidiarietà, in quanto discendevano dall’esigenza di evitare gli effetti infamanti a danno del convenuto, avrebbero perso la propria ragion d’essere, “se il convenuto avesse avuto a sua disposizione un mezzo generale ed attuabile in ogni caso per sfuggire l’infamia: vale a dire restituire la cosa per essere assolto”» (la citazione interna è di B. BIONDI, *Studi sulle ‘actiones arbitrarie’ e l’‘arbitrium iudicis’*, cit., 83). M. BRUTTI, *La problematica*, I, cit., 158, ripercorrendo le obiezioni mosse da L. CHIAZZESE, *‘Jusiurandum in litem’*, cit., 186, rammenta il fatto che nel titolo in esame pochi passi sono tratti dal commentario paolino all’editto, il che non consente di «ricostruire l’ordine sistematico che tale commentario doveva seguire». Nel celebre studio sulla sussidiarietà dell’*actio de dolo*, B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell’‘actio de dolo’*, in *AUPA*, XXVIII, 1961, 183, si espresse senza riserve per la presenza della clausola arbitraria nell’*actio de dolo*. Secondo S. VIARO, *L’‘arbitratus de restituendo’*, cit.,

modo diretto dall'*arbitrium* del giudice e non dalla generica attribuzione del potere di ordinare/autorizzare la *restitutio* rientrante nell'ambito del puro e semplice *officium iudicis*⁴⁶⁴. Nel far ciò Levy rinnegava, contro l'opinione – esatta – del Lenel, la «prova evidente della 'formularità' dell'*arbitrium iudicis*»,⁴⁶⁵ osservando che il fine perseguito da Paolo sarebbe stato escusivamente quello di affermare che «im *arbitrium iudicis* ist auch bei dieser *actio* (das Befinden über) die *restitutio* beschlossen»⁴⁶⁶.

165, nt. 153, l'argomento principale da cui muove Biondi, «ossia il fatto che l'accento a una *restitutio* da eseguirsi *arbitrio iudicis* si collocherebbe, assai singolarmente nell'alveo di un commento dedicato alla previsione editale '*si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur*», non sarebbe «di per sé affatto decisivo». Tanto più che, come ricorda M. BRUTTI, *La problematica*, I, cit., 158 s., che rigetta le premesse donde origina la riflessione del Biondi, esistono ulteriori due frammenti tratti dal commentario paolino all'editto che vengono usati dai commissari di Triboniano «come aggiunte o specificazioni al discorso ulpiano sul principio di sussidiarietà» e che «sembrano proprio riferirsi al profilo restitutorio dell'*actio de dolo*». Va ricordato a tal proposito Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.7 pr.: *Et eleganter Pomponius haec verba "si alia actio non sit" sic excipit, quasi res alio modo ei ad quem ea res pertinet salva esse non poterit. nec videtur huic sententiae adversari, quod Iulianus libro quarto scribit, si minor annis viginti quinque consilio servi circumscriptus eum vendidit cum peculio emptorque eum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem (hoc enim sic accipimus carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit) aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est. et quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem: nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere.* Nel testo alla reintegrazione dell'interesse leso «alludono ... espressioni come *res servari* o *res salva esse (poterit)*» ed essa anzi «appare la forma più completa di quella neutralizzazione degli effetti dell'illecito che è il *puto* di vista centrale intorno a cui la giurisprudenza costruisce il regime dell'*actio de dolo*» (M. BRUTTI, *La problematica*, I, cit., 159). Per un'ipotesi peculiare v. Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.17 pr.: *Si plures dolo fecerint et unus restituerit, omnes liberantur: quod si unus quanti ea res est praestiterit, puto adhuc ceteros liberari.*

⁴⁶⁴ Secondo S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 125, il testo dovrebbe essere avvicinato, in quanto in esso vi ricorre il medesimo concetto, a Paul. 11 *ad ed.* D. 4.3.18. pr.-1: *Arbitrio iudicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur: et nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio quanti ea res est. ideo autem et hic et in metus causa actione certa quantitas non adicitur, ut possit per contumaciam suam tanti reus condemnari, quanti actor in litem iuraverit: sed officio iudicis debet in utraque actione taxatione iusiurandum refrenari. Non tamen semper in hoc iudicio arbitrio iudicis dandum est: quid enim si manifestum sit restitui non posse (veluti si servus dolo malo traditus defunctus sit) ideoque protinus condemnari debeat in id quod intersit actoris?*

⁴⁶⁵ S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 124.

⁴⁶⁶ E. LEVY, *Zur Lehre*, cit., 19; v. anche S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 125, nt. 42, secondo la quale letto in tal guisa il testo paolino, si sarebbe dovuto avvicinarlo ad un frammento conservato dai giustinianeî in tema di *actio aquae pluviae arcendae*: Ulp. 53 *ad ed.* D. 39.3.6.6: *Officium autem iudicis hoc erit, ut, si quidem a vicino opus factum sit, eum iubeat restituere damnumque sarcire, si quid post litem contestatam contigit: quod si ante litem contestatam damnum contigit, tantum opus restituere debeat, damnum non sarciet.*

Nel testo, non si afferma soltanto che ordinare la *restitutio* rientra nel generico *officium iudicis*, ma si dice, in modo assai più pregnante, che la *restitutio* dipende «in modo espresso»⁴⁶⁷ dall'*arbitrium* del giudice, dal suo giudizio di opportunità⁴⁶⁸. Ciò è poi confermato dal successivo frammento (al n. 1) dello stesso D. 4.3.18:

Paul. 11. *ad ed.* D. 4.3.18.1: *Non tamen semper in hoc iudicio arbitrio iudicis dandum est: quid enim si manifestum sit restitui non posse (veluti si servus dolo malo traditus defunctus sit) ideoque protinus condemnari debeat in id quod intersit actoris?*

Nel testo, il giureconsulto richiamava «il carattere arbitrario»⁴⁶⁹ dell'azione volta alla sanzione del *dolus malus*, specificando che anche in questo mezzo processuale, «la *restitutio* era ricompresa in base all'*arbitrium* del giudice e che», se essa non aveva luogo, seguiva «una condanna commisurata all'interesse dell'attore»⁴⁷⁰. Il brano «costituisce indubbiamente un indizio importante»⁴⁷¹ per ritenere ancora meritevole d'accoglimento la tesi dominante per la quale «la formula dell'*actio de dolo* attribuiva senz'altro al giudice medesimo un potere discrezionale indicato con il termine tecnico di *arbitrium*»⁴⁷², dal momento che non convince appieno la tesi per la quale il primo paragrafo indurrebbe a ritenere che il magistrato non inserisse sempre nel testo della formula l'*arbitratus de restituendo*, evitando la sua inserzione qualora la restituzione fosse apparsa impossibile⁴⁷³. La tesi, come si diceva, non convince poiché la *formula de dolo* «prevedeva la clausola restitutoria come elemento tipico ed indispensabile, senza che fosse data al magistrato la possibilità di mutarne

⁴⁶⁷ S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 125.

⁴⁶⁸ Se si segue la traduzione letterale fattane da S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 125, il brano suonerebbe così: «nella lite introdotta dal mezzo processuale qui in considerazione il convenuto è ammesso a *restituere* in base all'*arbitrium* del giudice, in assenza del quale non vi sarebbe spazio per un'attività di questo tipo». Alla nt. 43 della stessa pagina si ricorda ancora come rispetto alle ricerche del Levy ci si muova in direzioni opposte, «dal momento che sembra essere la *restitutio* a dipendere dall'*arbitrium* richiamato da Paolo».

⁴⁶⁹ S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 164.

⁴⁷⁰ S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 164.

⁴⁷¹ S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 125.

⁴⁷² S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 125.

⁴⁷³ Rimando a S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 166.

la struttura a seconda del caso concreto»⁴⁷⁴. Risulta quindi già ridimensionata la portata della tesi dello studioso secondo cui le azioni arbitrarie non si sarebbero caratterizzate per una peculiare clausola formulare, quanto piuttosto per il fatto che le controversie azionate mediante queste formule erano devolute ad un *arbiter* che veniva appositamente nominato⁴⁷⁵. La menzione in entrambi i paragrafi della clausola arbitraria conferma la necessità della stessa nell'economia del *iudicium de dolo*. Anche in questo passo si specificano le condizioni mediante le quali sarebbe stato possibile procedere alla *restitutio*. In casi in cui la restituzione non fosse possibile, il giudice non avrebbe potuto discrezionalmente ordinare la *restitutio*. Come è stato osservato «nel paragrafo immediatamente seguente Paolo»⁴⁷⁶ dichiarava che nel *iudicium de dolo malo* il convenuto non era sempre tenuto a restituire secondo l'*arbitrium iudicis*. Il giurista si interrogava circa la soluzione corretta qualora «fosse manifesto che non si potesse dar luogo a *restitutio*, ad esempio perché lo schiavo consegnato a seguito del comportamento malizioso era defunto e dunque si dovesse condannare il convenuto a ciò che era l'interesse dell'attore»⁴⁷⁷.

Su D. 47.10.17.4 non indugio oltre; mi soffermo ora, invece, su D. 4.2.14.11, dal quale invano il grande romanista tedesco tentò di espungere

⁴⁷⁴ Così S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 168, che richiama l'autorità di A. PERNICE, *'Labeo'*, II.1², cit., 230, nt. 2.

⁴⁷⁵ In tal senso militerebbero due passi gaiani; v., in particolare, Gai 4.141: *Nec tamen cum quid iusserit fieri aut fieri prohibuerit, statim peractum est negotium, sed ad iudicem recuperatoresue itur et ibi editis formulis quaeritur, an aliquid aduersus praetoris edictum factum sit uel an factum non sit, quod is fieri iusserit. et modo cum poena agitur modo sine poena: cum poena, uelut cum per sponsionem agitur, sine poena, uelut cum arbiter petitur; et quidem ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet, ex restitutoriis uero uel exhibitoriis modo per sponsionem, modo per formulam agitur, quae arbitraria uocatur; Gai 4.163: *Namque si arbitrum postulauerit is, cum quo agitur, accipit formulam, quae appellatur arbitraria, et iudicis arbitrio si quid restitui uel exhiberi debeat, id sine periculo exhibet aut restituit et ita absoluitur; quod si nec restituat neque exhibeat, quanti ea res est, condemnatur. sed et actor sine poena experitur cum eo, quem neque exhibere neque restituere quicquam oportet, praeterquam si calumniae iudicium ei oppositum fuerit decimae partis. quamquam Proculo placuit non esse permittendum calumniae iudicio uti ei, qui arbitrum postulauerit, quasi hoc ipso confessus uideatur restituere se uel exhibere debere. sed alio iure utimur et recte; potius enim ut modestiore uia litiget, arbitrum quisque petit, quam quia confitetur.* Dubbi su quest'ultimo testo furono a suo tempo sollevati da B. BIONDI, *Studi sulle 'actiones arbitrarie' e l'arbitrium iudicis*, cit., 9.*

⁴⁷⁶ S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 164.

⁴⁷⁷ S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 165.

la clausola arbitraria dalla *formula*.

Anzitutto, in questa testimonianza, seguendo l'intuizione che fu di Lenel⁴⁷⁸ si deve leggere la parola *formula* al posto di *edicti*, che ricorre nel testo poiché il frammento ulpiano avrebbe riguardato il commento della *formula* e non la clausola edittale, «di talché, nella versione originaria, il giurista con ogni probabilità precisava che le parole “*neque ea res arbitrio iudicis restituetur*” si riferivano»⁴⁷⁹ alla *formula* e non alla clausola edittale⁴⁸⁰.

Ciò premesso, occorre notare come si tratti di una testimonianza rilevante al fine di ricostruire il tenore della formula dell'*actio quod metus causa* quale connotata dalla clausola arbitraria⁴⁸¹. Secondo Levy, espunto il riferimento all'*arbitrium iudicis*, la possibilità per il convenuto di restituire – in esplicazione del potere che si poteva esplicare durante la fase *apud iudicem* – sarebbe derivata dal *restituere*, «in luogo del più neutro e circoscritto *reddere*»⁴⁸²: infatti, secondo il romanista⁴⁸³, nel sunto fatto da Silvia Viaro, il verbo *restituere* «avrebbe implicato non già una semplice riconsegna della *res* controversa, ma una totale reintegrazione dell'attore da compiersi ovviamente sotto il controllo del giudice»⁴⁸⁴. Levy riteneva di trovare conforto in alcune fonti pomponiane a paoline⁴⁸⁵ nelle quali

⁴⁷⁸ O. LENEL, 'Palingenesia iuris civilis', II, cit., 464; ID., *Das 'Edictum Perpetuum'*, cit., 113.

⁴⁷⁹ S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 42

⁴⁸⁰ V. M. MARRONE, voce *Rivendicazione*, cit., 13, nt. 63; F. PULITANÒ, *La violenza nella contrattazione: tutela processuale e legittimazione passiva*, in 'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di M. Talamanca, II, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, 688; E. CALORE, 'Actio quod metus causa', *Tutela della vittima e azione 'in rem scripta'*, Milano, 2011, 179; C. LONGO, *Il criterio giustiniano della 'natura actionis'*, in *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto pubblicati in onore di V. Scialoja nel 25° anniversario del suo insegnamento*, Milano, 1905, 616.

⁴⁸¹ La dottrina recente si è espressa a favore della formularità di simile clausola nell'azione in parola; molto recentemente cfr. E. CALORE, 'Actio quod metus causa', cit., 261 ss.; F. PULITANÒ, *La violenza*, cit., 678 ss.; in precedenza v. soprattutto L. VACCA, *Delitti privati e azioni penali nel principato*, in ANRW, II.4, Berlin - New York, 1982, 701, nt. 56, che riafferma la formularità della clausola arbitraria; essa era invece negata dalla critica più risalente: fra tutti v. B. BIONDI, *Studi*, cit., 28 ss.

⁴⁸² S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 135.

⁴⁸³ E. LEVY, *Zur Lehre*, cit., 25 e 31 ss.; ricordo, con S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 135, nt. 78, come l'autore ammettesse una possibile menzione all'*arbitrium* nell'editto perché fosse chiaro ai cittadini che la *restitutio* doveva collocarsi nella fase *apud iudicem* e non *in iure* innanzi al magistrato.

⁴⁸⁴ S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 135.

⁴⁸⁵ Le riporto qui rapidamente. Paul. 6 *ad plaut.* D. 22.1.38.4: *In Fabiana quoque*

ravvisava una conferma della propria teoria secondo la quale era al concetto del *restituere* che i giuristi avrebbero guardato e ad esso si sarebbero dedicati, non già all'*arbitrium iudicis*, in quanto sarebbe stata implicita al primo in forza dell'ordine pretorio una certa discrezionalità attribuita al giudice, una certa latitudine dei poteri da questi esercitabili, dato che costui «avrebbe dovuto valutare come procedere al ripristino dell'interesse dell'attore»⁴⁸⁶.

Il testo di Ulpiano è interessante anche per altri profili, indipendentemente dall'utilizzo fattone da Levy. Il brano sembra gettare «forse qualche lume ulteriore sull'attività e le funzioni del *iudex*»⁴⁸⁷. Il testo contempla quattro ipotesi nelle quali si tratta della morte del *servus* senza dolo o colpa del *dominus* che possono essere raggruppate «a due a due sotto due fattispecie generali»⁴⁸⁸. Il *servus* era stato oggetto di un negozio viziato da *metus*, ed il giurista intendeva precisare le conseguenze della morte e dalla semplice fuga dello schiavo quando queste fossero accadute nel corso dell'esperimento dell'*actio quod metus causa post condemnationem intra tempora iudicati actionis*, ovvero quando gli stessi eventi si fossero verificati *ante sententiam*. L'ipotesi che maggiormente interessa è la terza, ossia quella relativa alla morte fortuita dello schiavo *ante sententiam*. Ne richiamo il testo.

actione et Pauliana, per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur, fructus quoque restituuntur: nam praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset: quod non est iniquum (nam et verbum "restituas", quod in hac re praetor dixit, plenam habet significationem), ut fructus quoque restituantur; Gai. 4 ad ed. provinc. D. 50.16.22: Plus est in restitutione, quam in exhibitione: nam "exhibere" est praesentiam corporis praebere, "restituere" est etiam possessorem facere fructusque reddere: pleraque praeterea restitutionis verbo continentur; Paul. 17 ad ed. D. 50.16.35: "Restituere" autem is intellegitur, qui simul et causam actori reddit, quam is habiturus esset, si statim iudicii accepti tempore res ei reddita fuisset, id est et usucapionis causam et fructuum; Paul. 50 ad ed. D. 50.16.75: "Restituere" is videtur, qui id restituit, quod habiturus esset actor, si controversia ei facta non esset; Paul. 10 ad plaut. D. 50.16.81: Cum praetor dicat "ut opus factum restituatur", etiam damnum datum actor consequi debet: nam verbo "restitutionis" omnis utilitas actoris continetur; Pomp. 16 epist. D. 50.16.246.1: Restituit non tantum, qui solum corpus, sed etiam qui omnem rem condicionemque reddita causa praestet: et tota restitutio iuris est interpretatio.

⁴⁸⁶ Così S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 137, che ricorda la posizione di E. LEVY, *Zur Lehre*, cit., 36.

⁴⁸⁷ A.M. GIOMARO, *D. 4,2,14,11. Sul valore della clausola restitutoria nell'actio quod metus causa e sull'officium iudicis*, in *Atti del II Seminario romanistico gardesano*, Milano 1980, 193.

⁴⁸⁸ A.M. GIOMARO, *D. 4,2,14,11*, cit., 195; rimando allo stesso luogo anche per l'enunciazione delle diverse ipotesi ricavabili dal testo ulpiano.

... *si autem ante sententiam homo sine dolo malo et culpa mortuus fuerit, tenebitur, et hoc fit his verbis edicti "neque ea res arbitrio iudicis restituatur"*.

L'interpretazione del testo può essere variamente articolata. Secondo un'opinione che fa capo a Biondi⁴⁸⁹, che peraltro considerava la testimonianza tutta pervasa dello spirito giustiniano – ritenendo questo studioso che l'*actio quod metus causa* fosse esclusivamente penale e che non vi fosse posto per una clausola restitutoria quale condizione negativa alla condanna⁴⁹⁰ –, se lo schiavo fosse morto nel lasso di tempo compreso tra la *litis contestatio* e la sentenza, il convenuto avrebbe subito la condanna nel quadruplo, non potendo lo stesso effettuare la *restitutio* e non ammettendo l'espressione dell'editto altre alternative. Né lo scetticismo del Biondi si fermava alle poche affermazioni espresse nelle righe precedenti nelle quali ho in estrema sintesi sunteggiato il pensiero dell'autore.

A seguire la sua opinione, la *restitutio* per il diritto classico si sarebbe posta quale condizione negativa dell'esercizio dell'azione e dunque la *restitutio* sarebbe stata effettuata *officio praetoris* e non *officio iudicis*. L'*officium iudicis* sarebbe pertanto una modifica dal più puro sapore giustiniano. L'opinione del Biondi non può, tuttavia, essere seguita. Come ha precisato la Giomaro, vi sarebbe una sostanziale incongruenza fra la prima ipotesi ricordata nel brano, relativa alla morte fortuita dello schiavo dopo la *condemnatio* che consentiva la riduzione della condanna dal quadruplo al triplo, e quella oggetto della terza parte del testo nella quale il convenuto, in relazione ad un evento del tutto analogo, subiva una condanna del quadruplo. Secondo la Giomaro ci si deve porre il quesito se si debba «pensare che nella pratica il caso si risolvesse in modo analogo a quello contemplato nella prima ipotesi»⁴⁹¹, ovvero il convenuto fosse stato condannato al quadruplo disattendendo l'esecuzione della condanna attendendo l'*actio iudicati* nel corso della quale egli avrebbe potuto opporre in eccezione la morte fortuita del servo ed ottenere in tal modo la diminuzione della condanna. In tal modo,

⁴⁸⁹ B. BIONDI, *Studi sulle 'actiones arbitrariae'*, cit., 38 ss.

⁴⁹⁰ B. BIONDI, *Studi sulle 'actiones arbitrariae'*, cit., 38 ss.

⁴⁹¹ A. M. GIOMARO, *D. 4,2,14,11*, cit., 204.

sottolinea con ragione la Giomaro, «non risulterebbe più nessuna differenza pratica fra il caso di morte avvenuta *post condemnationem* e quello di morte *ante sententiam*», ed, in ogni caso, «il discorso di Ulpiano dovrebbe» comunque «far ritenere il contrario»⁴⁹².

Credo sul punto sia da seguire l'interpretazione della Giomaro, secondo la quale, se lo schiavo fosse deceduto durante la fase *in iudicio*, ossia a seguito della *litis contestatio*, ma prima dell'emanazione della sentenza, sarebbe stato il giudice a dover valutare le circostanze della morte e a dover decidere, insindacabilmente, se fosse stato «opportuno ritenere il convenuto responsabile per la mancata *reipersecutio* (e quindi condannarlo a pagare la parte della condanna che tiene luogo della *restitutio*)»⁴⁹³, ovvero se fosse stata viceversa opportuna la possibilità contraria. In tal senso, difatti, il *tenebitur* che figura nel passo andrebbe letto nel senso di indicare una soggezione del convenuto alla valutazione discrezionale accordata al giudice dalle parole edittali *neque ea res arbitrio iudicis restituetur*⁴⁹⁴. Ciò implica che la morte dello schiavo *post litem contestatam* e *ante sententiam* poteva essere portata alla cognizione del giudice il quale avrebbe potuto valutarla in base al proprio *arbitrium*. Come ricorda la stessa autrice, sarebbe questo il senso ricavabile, a conferma dell'assunto precedentemente ricordato, da un altro testo ulpiano, tratto dal primo commentario all'editto degli edili curuli.

Ulp. 1 *ad ed. aedil. curul.* D. 21.1.31.13 *Sed hoc dicemus, si ante iudicium acceptum decessit: ceterum si post iudicium acceptum decessisse proponatur, tunc in arbitrium iudicis veniet, qualiter mortuus sit: ut enim et Pedio videtur, ea, quaecumque post litis contestationem contingunt, arbitrium iudicis desiderant.*

Il passo si occupa delle conseguenze della morte dello schiavo oggetto di una compravendita in relazione alla quale veniva esperita l'azione redibitoria, morte avvenuta non prima che fosse instaurato il giudizio redibitorio, bensì successivamente alla *litis contestatio* (*post iudicium acceptum*). In questa seconda eventualità al giudice sarebbe spettata la valutazione in ordine alle circostanze con le quali si era

⁴⁹² A. M. GIOMARO, *D. 4,2,14,11*, cit., 204.

⁴⁹³ A. M. GIOMARO, *D. 4,2,14,11*, cit., 206.

⁴⁹⁴ A. M. GIOMARO, *D. 4,2,14,11*, cit., 206.

verificato il decesso del servo. Ulpiano si richiamava all'autorità di Pedio il quale, in una massima che appare di portata generale, affermava che tutto ciò che accadeva successivamente alla *litis contestatio* richiedeva la valutazione discrezionale del giudice. Secondo la Giomaro il testo concederebbe al giudice «soltanto il potere di verificare la presenza del dolo o della *culpa (qualiter)*, limitando l'*arbitrium iudicis* a questa funzione»⁴⁹⁵. Si tratta di un testo assai peculiare: basti solo pensare al fatto che sarebbe questo il solo caso in cui una reintegrazione in natura sarebbe spettata non al convenuto, bensì all'attore⁴⁹⁶. Peculiarità, questa, la cui stranezza appare accresciuta dalla circostanza per la quale la mancata *restitutio* non avrebbe dato corso alla condanna, bensì avrebbe determinato il rigetto della domanda attorea, con l'assoluzione del convenuto⁴⁹⁷. Si sono, pertanto, sollevati dubbi sulla classicità della clausola nel testo della *formula*: deve, tuttavia, riconoscersi che in senso simile si esprimono altri testi conservati dai compilatori giustinianeî nel titolo 21.1 del Digesto⁴⁹⁸ e che l'opinione di molti studiosi sia nel senso di

⁴⁹⁵ A. M. GIOMARO, *D. 4,2,14,11*, cit., 208.

⁴⁹⁶ V. S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 162, nt. 150.

⁴⁹⁷ Il che si desumerebbe da Ulp. 1 *ad ed. aedil. curul.* D. 21.1.29 pr.: *Illud sciendum est, si emptor venditori haec non praestat, quae desiderantur in hac actione, non posse ei venditorem condemnari: si autem emptori venditor ista non praestat, condemnabitur ei.* S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 163, nt. 150, rimarca un'ulteriore peculiarità dell'azione, dimostrandosi scettica circa la presenza dell'arbitrato nel corpo della *formula* redibitoria, vale a dire il fatto che «è evidente che quest'espressione avrebbe assunto un significato del tutto peculiare proprio alla luce delle prescrizioni dell'editto degli edili, che richiamavano la *redhibitio* quale *condicio sine qua non* per addivenire allo scioglimento del contratto di vendita».

⁴⁹⁸ V., ad es., Ulp. 1 *ad ed. aedil. curul.* Dig. 21.1.23 pr.: *Cum autem redhibitio fit, si deterius mancipium sive animo sive corpore ab emptore factum est, praestabit emptor venditori, ut puta si stupratum sit aut saevitia emptoris fugitivum esse coeperit: et ideo, inquit Pomponius, ut ex quacumque causa deterius factum sit, id arbitrio iudicis aestimetur et venditori praestetur. quod si sine iudice homo redhibitus sit, reliqua autem quae diximus nolit emptor reddere, sufficiat venditori ex vendito actio;* Ulp. 1 *ad ed. aedil. curul.* D. 21.1.25.8: *Item sciendum est haec omnia, quae exprimuntur edicto aedilium, praestare eum debere, si ante iudicium acceptum facta sint: idcirco enim necesse habuisse ea enumerari, ut, si quid eorum ante litem contestatam contigisset, praestaretur. ceterum post iudicium acceptum tota causa ad hominem restituendum in iudicio versatur, et tam fructus veniunt quam id quo deterior factus est ceteraque veniunt: iudici enim statim atque iudex factus est omnium rerum officium incumbit, quaecumque in iudicio versantur: ea autem quae ante iudicium contingunt non valde ad eum pertinent, nisi fuerint ei nominatim iniuncta;* Paul. 1 *ad ed. aedil. curul.* D. 21.1.43.9: *Si sub condicione homo emptus sit, redhibitoria actio ante condicionem existentem inutiliter agitur, quia nondum perfecta emptio arbitrio iudicis imperfecta fieri non potest: et ideo etsi ex empto vel vendito vel redhibitoria ante actum fuerit, expleta condicione iterum agi poterit.*

riconoscere la formularità dell'*arbitratus* nel corpo della formula dell'*actio redhibitoria*⁴⁹⁹. Indipendente da ciò, e registrata la comunanza tra i due testi, va ricordato come il brano donde ho preso le mosse sembri dire qualcosa di più rispetto a quello conservato in D. 21.1. Infatti, siccome nel testo la mancanza della *culpa* e del *dolus* è data per presupposta «e, pur tuttavia si fa riferimento ancora all'*officium iudicis*»⁵⁰⁰, occorre ipotizzare, a meno che non si voglia sminuire il significato del brano, che «la clausola stessa dovesse essere intesa come autorizzazione a che il giudice effettuasse un'indagine di merito, di opportunità»⁵⁰¹.

L'indagine del giudice, in esplicazione del proprio *officium* e svolta secondo il suo *arbitrium*, si sarebbe determinata nel senso di verificare una doppia possibilità. In primo luogo, qualora il giudice avesse ravvisato colpa o dolo nella condotta donde derivava la morte dello schiavo, egli avrebbe condannato anche per la *reipersecutio*; in assenza del dolo o della colpa il giudice avrebbe dovuto dare corso ad un'altra indagine, volta a verificare la conformità ad equità di una condanna «*mixta in quadruplum*, ovvero una condanna semplicemente penale *in triplum*»⁵⁰².

Quello che mi sembra si possa desumere dal secondo testo, è una peculiare accezione dell'*arbitrium*. Come nel frammento conservato in D. 47.10.17.4, anche qui l'*arbitrium* designa in modo chiaro una attività discrezionale che si basa su criteri di opportunità ed equità, volta ad una profonda analisi delle circostanze di fatto e che mi pare possa dirsi esulare in parte dalle questioni giuridiche (che tuttavia dal fatto derivavano). *Arbitrium iudicis*, nei due frammenti esaminati sembrerebbe volgersi essenzialmente più al fatto che non al diritto. La giurisprudenza, si è ricordato nel passo ulpiano il ricorrere dell'opinione di Pedio, chiaro segno di elaborazione scientifica sul punto, sembra aver indicato al giudice

⁴⁹⁹ D. MANTOVANI, *Le formule*, cit., 113.

⁵⁰⁰ A. M. GIOMARO, *D. 4,2,14,11*, cit., 208.

⁵⁰¹ A. M. GIOMARO, *D. 4,2,14,11*, cit., 208.

⁵⁰² A. M. GIOMARO, *D. 4,2,14,11*, cit., 209; secondo la stessa autrice, nt. 19 della stessa pagina appena richiamata, alla domanda se fosse possibile al convenuto evitare completamente la condanna per l'intero si dovrebbe dare risposta negativa, prendendo a riferimento Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.2.14.4: *Haec autem actio cum arbitraria sit, habet reus licentiam usque ad sententiam ab arbitro datam restitutionem, secundum quod supra diximus, rei facere: quod si non fecerit, iure meritoque quadrupli condemnationem patietur*. L'autrice peraltro argomenta a partire da Gai. *ad ed. pu. de publicanis* D. 39.4.5 pr.: *Hoc edicto efficitur, ut ante acceptum quidem iudicium restituta re actio evanescat, post acceptum vero iudicium nibilo minus poena duret. sed tamen absolvendus est etiam qui post acceptum iudicium restituere paratus est*, propendendo per una risposta negativa.

la direttiva da seguire includendo nella portata dell'*arbitrium iudicis* e consentendo anche un'indagine in termini di fatto le cui ricadute apparentemente sembrerebbero forzare la rigidità del concetto di restituzione (in termini rigidi la presenza di colpa o del dolo dovrebbe dar luogo alla condanna per l'intero; qui non si fa luogo ad interpretazioni particolari della *restitutio*).

Torniamo ancora per un momento alla posizione teorica donde abbiamo preso le mosse in questo paragrafo. Un testo che Levy riteneva di poter utilizzare a sostegno della propria posizione, e che invece secondo Silvia Viaro «finisce per costituire la miglior riprova dell'infondatezza delle argomentazioni» dell'autore⁵⁰³. Si tratta precisamente di

Ulp. 80 *ad ed.* D. 50.16.73: *Haec verba in stipulatione posita "eam rem recte restitui" fructus continent: "recte" enim verbum pro viri boni arbitrio est.*

Secondo Ulpiano, le parole *eam rem recte restitui* – 'quella cosa io restituì in modo corretto' – inserite nell'ambito di una *stipulatio* dovevano riferirsi non solo alla cosa nella propria individualità ma anche ai frutti dalla stessa prodotta, «dal momento che l'avverbio 'recte' è termine che allude a un apprezzamento condotto da un *bonus vir*»⁵⁰⁴. Anche in questo testo Levy sembrava dell'avviso che, pur in assenza dell'avverbio *recte*, il *restituere* fosse già di per sé pienamente idoneo ad esprimere il concetto del ripristino complessivo della situazione antecedente di uno degli stipulanti, «comprensivo non soltanto della *res* ma altresì dei frutti». Tale ripristino, tale reintegrazione, erano precisamente «lo scopo della clausola restitutoria contenuta in talune *formulae*, senza che occorresse inserirvi la precisazione per cui la stessa era da compiersi *arbitrio iudicis*»⁵⁰⁵.

Entrambi i punti non sembrano poter essere accolti; anzitutto, credo vada rammentato il pensiero di Viaro⁵⁰⁶ allorché osserva che, qualora l'avverbio *recte* non dovesse rivestire la funzione di far ricomprendere all'interno della *restitutio* della *res*, anche quella dei frutti –

⁵⁰³ S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 139.

⁵⁰⁴ S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 138.

⁵⁰⁵ Ancora v. S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 138; il pensiero di Levy è contenuto ed espresso in E. LEVY, *Zur Lehre*, cit., 40.

⁵⁰⁶ S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 139.

o di tutto ciò che avrebbe consentito la rimessa in pristino (tanto in diritto quanto con riferimento a valutazioni discrezionali di opportunità) della situazione *quo ante* –, non si comprenderebbe la ragione per la quale tale avverbio compaia nel formulario ricordato da Ulpiano⁵⁰⁷. Quale sarebbe il significato da attribuirgli se non quello di implicare una diversa misura dell'adempimento in una prospettiva molto più onnicomprensiva? Di poi, sarebbe del tutto incomprensibile l'accostamento che il testo propone tra il *recte* e l'*arbitrium boni viri*. Ulpiano dice che qualora gli stipulanti avessero fatto riferimento ad una restituzione da compiersi *recte*, tale avverbio si deve considerare quale 'sostituto' o quale 'sinonimo' di *arbitrium boni viri*. Ciò significa che a questo concetto doveva essere opportuno rifarsi per quanto atteneva alla determinazione del significato del nostro avverbio. L'informazione ulpiana, ancora, ci permette di confermare, giusta la necessità – appena ricordata – di inserire tale vocabolo qualora si volesse far rivestire alla consegna di una *res* una funzione di completa e corretta riparazione nel contesto di una stipulazione ove il verbo non era impiegato in un'accezione tecnica, che la clausola arbitraria doveva essere parimenti necessaria in quanto metteva il giudice nella condizione di poter procedere, nelle azioni che la presentavano, ad una restituzione intesa in senso vasto, come abbiamo visto nelle pagine che precedono.

Sarebbe questo il senso che, in definitiva, si dovrebbe desumere dal già citato

Pomp. 16 *epist.* D. 50.16.1.246: *Restituit non tantum, qui solum corpus, sed etiam qui omnem rem condicionemque reddita causa praestet: et tota restitutio iuris est interpretatio.*

Infatti, se il giudice avesse avuto modo di esercitare, privo di argini, il proprio arbitrio, la giurisprudenza avrebbe perso la propria ragion d'essere in quanto «non vi sarebbe stato nulla da interpretare, ma solo da riconoscere che quello della *restitutio* era un dominio riservato al libero

⁵⁰⁷ Già L. CHIAZZESE, '*Jusiurandum in litem*', cit., 74, riteneva che la libertà di apprezzamento (*arbitrium boni viri*) «fosse collegata da Ulpiano al *recte*, non al *restitui*: ed è inspiegabile come il Levy, argomentando dallo stesso testo, possa ritenere il contrario». Secondo lo stesso autore (L. CHIAZZESE, '*Jusiurandum in litem*', cit., 73 s.), peraltro, «il *restituere* di per sé, quando sia usato nelle stipulazioni petorie o nelle cauzioni private non importa una libera valutazione del contenuto della *restitutio*».

apprezzamento del giudice»⁵⁰⁸. Viceversa, le fonti (comprese le poche che abbiamo avuto modo di scorrere nelle pagine precedenti) mostrano l'insostituibilità della giurisprudenza, dando contezza pure del sempre maggiore ampliamento dell'originario «ristretto concetto della *restitutio*, delimitando man mano, in modo da farvi rientrare sempre nuovi elementi o prestazioni accessorie»⁵⁰⁹. Dapprima si dovette ammettere che nel concetto di *restitutio* dovessero rientrare anche i frutti relativi al periodo processuale; poi venne presa in considerazione la prestazione di *omnis causa*; ancora, vi si ricompresero, pur non senza discussioni assai accese, i danni cagionati alla cosa⁵¹⁰; si discusse se entro la *restitutio* potessero essere comprese *cautiones*⁵¹¹ a favore del convenuto o dell'attore. Secondo Chiazzese che si trattasse di progressi giurisprudenziali, le fonti lo «dimostrano in modo luminoso»⁵¹². Il lavoro della giurisprudenza di epoca

⁵⁰⁸ L. CHIAZZESE, 'Jusiurandum in litem', cit., 39.

⁵⁰⁹ L. CHIAZZESE, 'Jusiurandum in litem', cit., 39.

⁵¹⁰ V. Paul. 50 ad ed. D. 50.16.75: "Restituere" is videtur, qui id restituit, quod habiturus esset actor, si controversia ei facta non esset; Ulp. 16 ad ed. D. 6.1.13: Non solum autem rem restitui, verum et si deterior res sit facta, rationem iudex habere debet: finge enim debilitatum hominem vel verberatum vel vulneratum restitui: utique ratio per iudicem habebitur, quanto deterior sit factus. quamquam et legis Aquiliae actione conveniri possessor possit: unde quaeritur an non alias iudex aestimare damnum debeat, quam si remittatur actio legis Aquiliae. et Labeo putat cavere petitem oportere lege Aquilia non acturum, quae sententia vera est.

⁵¹¹ Nerva 7 membr. D. 5.3.57: Cum idem eandem hereditatem adversus duos defendit et secundum alterum ex his iudicatum est, quaeri solet, utrum perinde ei hereditatem restitui oporteat, atque oporteret, si adversus alium defensa non esset: ut scilicet si mox et secundum alium fuerit iudicatum, absolvatur is cum quo actum est, quia neque possideat neque dolo malo fecerit, quo minus possideret quod iudicio revictus restituerit: an quia possit et secundum alium iudicari, non aliter restituere debeat quam si cautum ei fuerit, quod adversus alium eandem hereditatem defendit. sed melius est officio iudicis cautione vel satisfactione victo mederi, cum et res salva sit ei, qui in executione tardior venit adversus priorem victorem; Alf. 6 dig. D. 6.1.57: Is a quo fundus petitus erat ab alio eiusdem fundi nomine conventus est: quaerebatur, si alterutri eorum iussu iudicis fundum restituisset et postea secundum alterum petitem res iudicaretur, quemadmodum non duplex damnum traheret. respondi, uter prior iudex iudicaret, eum oportere ita fundum petitori restitui iubere, ut possessori caveret vel satisfacere, si alter fundum evicisset, eum praestare; Paul. 3 epit. Alf. D. 6.1.58: A quo servus petebatur et eiusdem servi nomine cum eo furti agebatur, quaerebat, si utroque iudicio condemnatus esset, quid se facere oporteret. si prius servus ab eo evictus esset, respondit, non oportere iudicem cogere, ut eum traderet, nisi ei satisfactum esset, quod pro eo homine iudicium accepisset, si quid ob eam rem datum esset, id recte praestari. sed si prius de furto iudicium factum esset et hominem noxae dedisset, deinde de ipso homine secundum petitem iudicium factum esset, non debere ob eam rem iudicem, quod hominem non traderet, litem aestimare, quoniam nihil eius culpa neque dolo contigisset, quo minus hominem traderet.

⁵¹² L. CHIAZZESE, 'Jusiurandum in litem', cit., 40.

tardo repubblicana e di epoca classica, alla luce delle pur brevi osservazioni svolte, si conferma allora davvero «mirabile»⁵¹³; rispetto ad esso pare di dover riconoscere che il giudice si trovasse in una posizione «passiva»⁵¹⁴, in quanto egli avrebbe dovuto conformare la propria attività, affidatagli in forza della formula pretoria, determinando «il contenuto della *restitutio* in base alle norme fissate dalla giurisprudenza»⁵¹⁵.

L'evoluzione che il concetto di *restituere* conobbe nel corso del periodo indicato, va dunque assegnata alla giurisprudenza, non a un'ipotetica esplicazione di un potere normativo del giudice⁵¹⁶, eventualità che, come abbiamo visto nel capitolo precedente, sembra doversi escludere. Significativamente, Chiazzese ritenne che «il concetto della *restitutio*» non fosse «mai una forma vuota, che il giudice di volta in volta» doveva «riempire secondo il suo libero apprezzamento, ma è un concetto che ha sempre un contenuto determinato, sebbene vario in rapporto allo sviluppo giurisprudenziale»⁵¹⁷ e – si potrebbe aggiungere – in relazione e conseguenza della natura controversa della giurisprudenza romana.

Se questa ricostruzione dell'apporto della giurisprudenza in favore dell'attività del giudice convince, mostrando quanto fosse stringente la presenza della scienza giuridica alla guida dell'attività del giudice, tanto da potersi affermare che «l'incremento graduale dei suoi poteri derivava dall'approfondimento correlativo che la scienza del diritto veniva compiendo del concetto di *restitutio*»⁵¹⁸, quello che, viceversa non convince nella ricostruzione di Chiazzese, è proprio la esclusione della rilevanza dell'*arbitrium* da parte del giudice che sarebbe stato costretto dalla *formula* in ogni caso ad ordinare la restituzione.

In questo senso, infatti, credo sia da seguire il pensiero di Silvia Viaro che ha mostrato come la presenza dell'*arbitrium* nella struttura della *formula* consentisse al giudice di graduare la restituzione, nonché soprattutto la decisione se ammetterla o meno in relazione all'entità del

⁵¹³ L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, cit., 40.

⁵¹⁴ L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, cit., 40.

⁵¹⁵ L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, cit., 40.

⁵¹⁶ V. L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, cit., 41, per il quale «in ogni caso il giudice resta legato strettamente alla formola, perché egli, in ogni fase dello sviluppo si attiene rigorosamente al '*restituere*' formolare: solo che il contenuto di questo *restituere* si viene sempre più dilatando, e non per sua iniziativa o in forza dei poteri del suo *officium*.

⁵¹⁷ L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, cit., 41.

⁵¹⁸ L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, cit., 41.

torto subito nonché in riferimento alle altre circostanze del caso concreto: «di talché, la clausola arbitraria altro non avrebbe significato che, semplicemente, ‘se la cosa non sia stata restituita per decisione del giudice’»⁵¹⁹. Sembrerebbe, allora, di potersi concludere che la restituzione avvenisse con le modalità indicate dalla giurisprudenza, ma soltanto nei casi in cui il giudice le ritenesse congrua alla situazione che veniva innanzi a sé determinandosi⁵²⁰. In altri termini, si potrebbe dire che il *restituere* fosse delimitato dalla giurisprudenza quanto al suo contenuto, ma esso discendesse, quanto a ‘possibilità’, dalla complessiva valutazione di fatto compiuta, in ogni caso dal *iudex*.

Prima di affrontare alcuni casi nei quali il contenuto del *restituere arbitrio iudicis* si configurava in modo peculiare, credo non sia inutile seguire, sia pure per sommi capi e con riferimento solo ad alcune delle fonti analizzate, l’argomentazione di Silvia Viaro volta a negare l’ineluttabilità della pronuncia del *iussum de restituendo* da parte del giudice laico. Un primo testo, già richiamato, che la studiosa patavina mette a partito è il seguente.

Paul. 11 *ad ed.* D. 4.3.18 pr.-1: *Arbitrio iudicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur: et nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio quanti ea res est. ideo autem et hic et in metus causa actione certa quantitas non adicitur, ut possit per contumaciam suam tanti reus condemnari, quanti actor in litem iuraverit: sed officio iudicis debet in utraque actione taxatione iusiurandum refrenari. Non tamen semper in hoc iudicio arbitrio iudicis dandum est: quid enim si manifestum sit restitui non posse (veluti si servus dolo malo traditus defunctus sit) ideoque protinus condemnari debeat in id quod intersit actoris?*

Delle diverse interpretazioni che il testo – nel quale il giurista

⁵¹⁹ S. VIARO, *L’arbitratus de restituendo*, cit., 163. Alla nt. 151 della stessa p., la studiosa propende «per un’interpretazione dell’ablativo strumentale ‘*arbitratu iudicis*’ come ablativo di causa – piuttosto che di mezzo –, considerando che il medesimo ricorre specie nei sostantivi di origine verbale o difettivi» (la citazione interna è di A. TRAINA - T. BERTOTTI, *Sintassi normativa della lingua latina*, Bologna, 1993, 129 s.).

⁵²⁰ M. DE BERNARDI, *L’officium iudicis*, cit., 93, infatti, osserva che «spettava al giudice determinare in concreto l’oggetto della *restitutio*, in via di interpretazione del *restituere* della clausola restitutori. In tale operazione egli si sarebbe peraltro avvalso delle indicazioni della giurisprudenza»; per l’ulteriore casistica v. M. DE BERNARDI, *L’officium iudicis*, cit., 94 ss.

specifica che in questo *iudicio* la *restitutio* è «ricompresa»⁵²¹ nell'*arbitrium* del *iudex* e che in mancanza di *restitutio* si sarebbe avuta una condanna commisurata all'interesse attoreo (*id quod interest actoris*) – sembra offrire⁵²², quella che appare maggiormente convincente ravvisa nel frammento una conferma del fatto che il giudice non era sempre tenuto ad ordinare la restituzione: «poiché quest'ultima dipendeva da una sua libera decisione, avrebbe egli potuto valutare se fosse possibile, e utile, condizionare a essa la condanna invocata dall'attore o se viceversa convenisse passare direttamente alla condanna»⁵²³.

Un secondo testo di cui appare opportuno procedere allo scrutinio è un frammento tratto dal sesto libro *ad Sabinum* di Pomponio, conservato dai compilatori giustinianeî nel titolo *de furtis* del Digesto ove il giurista adrianeo tratta del concorso degli strumenti reipersecutori (*condictio ex causa furtiva e rei vindicatio*) a tutela del derubato dal quale emerge la possibilità che il giudice non procedesse all'emissione del *iussum de restituendo*. Esso risulta particolarmente interessante perché fornisce l'anello di congiunzione rispetto alla successiva analisi delle *cautiones* – sulle quali dovrò tornare in seguito – che nel brano sembrano delimitare il perimetro della *restitutio*, intesa come soddisfazione integrale ed effettiva della posizione attorea: in tale testo la *restitutio* a favore dell'attore e comprendente l'*omnis causa* non deve essere ampliata dalla giurisprudenza, ma, viceversa, doveva ristretta in considerazione della possibilità che il derubato potesse agire in via reipersecutoria una seconda volta; in un caso del genere la *restitutio* non sarebbe stata rispondente ad un più generale criterio di equità – che sempre ispirava il *ius* – se fosse stata limitata alla sola azione cui si riferiva. In altri termini, non avrebbe potuto esservi *restitutio* che non impedisse la duplicazione della possibile tutela del derubato. Come si vede qui davvero la portata dell'intervento giurisprudenziale sui *verba* formulari attinge livelli di complessità tali da

⁵²¹ S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 164.

⁵²² Per le quali v. S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 165 ss.

⁵²³ S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 168. V. anche dalla stessa opera (S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 170): «il frammento di Paolo verrebbe così ad attestare che il giudice non era di per sé vincolato in base alla *formula* dell'*actio de dolo*, a emettere un ordine di restituzione nei confronti del convenuto, appartenendo invece al suo *arbitrium* valutare se procedere in tal senso oppure no»; qui la studiosa (p. 150, nt.166) riprende il pensiero di A. PERNICE, *Labeo*, II.1², cit., 230, per il quale l'*arbitratus* «ermächtigt den Richter zum Zwischenbescheide verpflichtet ihn aber nicht dazu. Daher durfte er auch sofort auf Geldentschädigung erkennen».

definire una disciplina che il giudice non avrebbe certamente potuto creare da sé. Per verificare queste osservazioni si legga in primo luogo il testo.

Pomp. 6 *ad Sab.* D. 47.2.9.1: *Sed si eam a fure vindicasset, condictio mihi manebit. sed potest dici officio iudicis, qui de proprietate cognoscit, contineri, ut non aliter iubeat restitui, quam si conductionem petitor remitteret: quod si ex conductione ante damnatus reus litis aestimationem sustulerit, ut aut omnimodo absolvat reum aut (quod magis placet), si paratus esset petitor aestimationem restituere nec restituetur ei homo, quanti in litem iurasset, damnaretur ei possessor.*

Nel testo, che secondo Chiazzese ha «subito gravissime alterazioni per opera dei compilatori»⁵²⁴, Pomponio, come si diceva, tratta del concorso tra i due mezzi processuali reipersecutori riconosciuti al proprietario derubato che non avesse ancora recuperato la cosa rubata⁵²⁵, la *condictio ex causa furtiva* e la *rei vindicatio*. Qui l'atteggiarsi dell'*officium iudicis* in relazione alla *restitutio* nell'ambito dell'azione di rivendica, opportunamente declinato dalla giurisprudenza, comportava che il giudice dovesse procedere all'invito della restituzione soltanto ove l'attore avesse previamente rinunciato all'esercizio della *condictio*. «Emerge quale dato che pare difficilmente equivocabile, che nell'esercizio dell'*arbitrium*

⁵²⁴ L. CHIAZZESE, 'Jusiurandum in litem', cit., 227. Sulla posizione di Chiazzese si legga anche l'analisi critica di M. DE BERNARDI, *L'officium iudicis*', cit., 139 ss.

⁵²⁵ V., infatti L. CHIAZZESE, 'Jusiurandum in litem', cit., 229 s., secondo il quale il concorso cumulativo tra le due azioni operava, «nel campo del *ius civile*, sino a quando il *dominus non*» avesse «recuperato la cosa stessa: in questo caso, venendo meno l'oggetto, entrambe le azioni» sarebbero divenute «improponibili». L'autore richiama la lettura di un testo di Gaio, ove ciò emerge con «la consueta chiarezza»; si tratta di Gai. 13 *ad ed. provinc.* D. 47.2.55.3: *Cum furti actio ad poenae persecutionem pertineat, condictio vero et vindicatio ad rei recuperationem, apparet recepta re nibilo minus salvam esse furti actionem, vindicationem vero et conductionem tolli: sicut ex diverso post solutam dupli aut quadrupli poenam salva est vindicatio et condictio.* Va inoltre specificato, ancora secondo l'autore citato (v., infatti, L. CHIAZZESE, 'Jusiurandum in litem', cit., 230), che il principio espresso da Pomponio si applicherebbe anche nel caso in cui, fuori dall'ipotesi del furto e della relativa doppia tutela – quella reipersecutoria e quella penale – vi fosse possibile concorso di due azioni tendenti al medesimo fine recuperatorio. Secondo questo autore, che segue nella specie l'interpretazione della Glossa, ritenuta «indubbia» riguardo a tale aspetto, da ciò «discende che, se il *dominum*, esperita la *vindicatio*, ha recuperato la cosa, per aver il *fur* obbedito al *iussum de restituendo*, la *condictio* si estingue, laddove *manet* se il convenuto ha prestato la *litis aestimatio*».

attribuitogli dalla *conceptio* formulare il giudice non si limitava a prendere in considerazione doveri restitutori gravanti sul convenuto», ma poteva altresì «fissare anche a carico dell'attore determinati adempimenti, che se non soddisfatti avrebbero irrimediabilmente pregiudicato l'esito del processo»⁵²⁶. Nel brano, come osserva la Giomaro, si «consente all'*officium iudicis* il potere di esigere dall'attore una *remissio actionis*⁵²⁷», che altro non sarebbe se non «un espediente giudiziale atto ad impedire una doppia imposizione processuale nei confronti del convenuto»⁵²⁸. È evidente come tale rimedio risultasse necessario allorché concorressero due mezzi processuali della medesima natura, risultando viceversa inutile qualora il concorso fosse ipotizzabile tra due strumenti di natura differente⁵²⁹. Ripercorriamo in sintesi il contenuto del passo. Pomponio specificava che l'esercizio della rivendica non consumava la *condictio*, salvo specificare che apparteneva «all'*officium* del giudice nominato nel processo petitorio ordinare al *restitutio* solo dopo che

⁵²⁶ S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 173.

⁵²⁷ L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, cit., 230 ss., espunge dal testo, per le ragioni che egli articola nelle pagine indicate, il riferimento alla *remissio actionis* che, secondo l'autore, sarebbe incomprensibile per lo stato del diritto classico. *Contra*, v. A.M. GIOMARO, *Cautiones iudiciales*, cit., 177, secondo la quale le obiezioni mosse al testo non sarebbero accoglibili; in primo luogo non appare credibile l'obiezione per la quale non sarebbe logico pensare ad una *remissio* in quanto essa sarebbe da prestarsi prima del *iussum de restituendo*, il che implicherebbe che la *remissio* dovesse avere luogo quando il *iudex* non aveva ancora indicato la propria determinazione relativa all'oggetto della controversia; la Giomaro ritiene che il giudice avrebbe risolto «l'imbarazzo e l'incertezza con un intreccio di *cautiones*» (così A.M. GIOMARO, *Cautiones iudiciales*, cit., 176); in secondo luogo sta la natura stretta del giudizio, che secondo Chiazzese impedirebbe al giudice di procedere con la richiesta di *remissio actionis*, mentre secondo la Giomaro sarebbero attestati casi in cui era certa la presenza di «discrezionalità del giudice proprio nella rivendica, in particolare a proposito della *cautio de restituendo*» (A.M. GIOMARO, *Cautiones iudiciales*, cit., 177); in terzo luogo non sarebbe dirimente il fatto che la *cautio* non sarebbe che un inutile duplicato dell'*interpretatio*; secondo, infine, S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 172 s., nt. 175, le tesi del Chiazzese sarebbero mosse, più che «da solidi argomenti sostanziali», piuttosto «dalla necessità di mantenere saldo il principio di fondo cui è ispirata l'intera sua ricerca – ossia che le norme cui doveva attenersi il giudice rispetto alla *restitutio* non dipendevano dal suo *officium*, ma erano dettate dalla giurisprudenza per via dell'*interpretatio*».

⁵²⁸ A.M. GIOMARO, *Cautiones iudiciales*, cit., 175.

⁵²⁹ V. A.M. GIOMARO, *Cautiones iudiciales*, cit., 176, che osserva, inoltre, che «le fonti si preoccupano di disciplinare con questo mezzo altri casi di parziale concorrenza fra azioni di diversa natura, come, per esempio, casi di concorrenza fra *actio legis Aquiliae* e la *reivindicatio* o l'*actio commodati*, per la parte in cui anche nella rivendica e nell'*actio commodati* si può tener conto di eventuali danni riportati dalla cosa».

l'attore avesse espressamente rinunciato all'esercizio della *condictio*⁵³⁰. L'*incipit* del testo, assai interessante, si diceva, ricorda come la scelta da parte dell'attore d'uno dei due non portasse necessariamente alla consunzione dell'altro (giova ricordare come si tratti di due azioni differenti, l'una – la *reivindicatio – in rem*, l'altra – la *condictio ex causa furtiva – in personam*, e di carattere peculiare⁵³¹). Per ovviare al problema della possibile esperibilità della seconda azione (quella non azionata per prima – per intenderci la *condictio*) il giudice nel processo per rivendica, una volta accertata l'esistenza dei presupposti per la pronuncia favorevole al derubato, avrebbe potuto subordinare l'emissione della sentenza favorevole alla remissione dell'azione (mediante la prestazione di una apposita *cautio*⁵³² con la quale l'attore avrebbe rinunciato all'esercizio della *condictio*).

Dal momento che l'accoglimento della prima domanda non determinava consunzione della seconda azione e non si trattava di giudizio *de eadem re* – dunque la *litis contestatio* non avrebbe avuto alcun effetto preclusivo – contro il quale fosse opponibile l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicio deductae*, si prospettava anche l'ipotesi inversa: il derubato poteva convenire in rivendica il ladro che avesse già pagato la *litis aestimatio* in sede di *condictio*. Il giudice avrebbe potuto assolvere il convenuto, sul

⁵³⁰ S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 171.

⁵³¹ V. infatti Gai 4.4: *Sic itaque discretis actionibus certum est non posse nos rem nostram ab alio ita petere: SI PARET EVM DARE OPORTERE; nec enim quod nostrum est, nobis dari potest, cum scilicet id dari nobis intellegatur, quod ita datur, ut nostrum fiat; nec res, quae nostra iam est, nostra amplius fieri potest. plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, receptum est, ut extra poenam dupli aut quadrupli rei recipiendae nomine fures etiam hac actione teneantur: SI PARET EOS DARE OPORTERE, quamvis sit etiam aduersus eos haec actio, qua rem nostram esse petimus.*

⁵³² A.M. GIOMARO, *'Cautiones iudiciales'*, cit., 177, ricorda come il testo non affermi che «questa *remissio* potesse essere effettuata sotto forma di *cautio*»; L. CHIAZZESE, *'Jusiurandum in litem'*, cit., 227, ritiene il caso prospettato in D. 47.2.9.1 affine ad altri nei quali la *remissio* avveniva sotto forma di *cautio* il che lascia supporre che anche in questo caso tale fosse lo strumento cui si deve pensare nel brano attribuito a Pomponio; egli cita a proposito Ulp. 16 ad ed. D. 6.1.13: *Non solum autem rem restitui, verum et si deterior res sit facta, rationem iudex habere debet: finge enim debilitatum hominem vel verberatum vel vulneratum restitui: utique ratio per iudicem habebitur, quanto deterior sit factus. quamquam et legis Aquiliae actione conveniri possessor possit: unde quaeritur an non alias iudex aestimare damnum debeat, quam si remittatur actio legis Aquiliae. et Labeo putat cavere petitem oportere lege Aquilia non acturum, quae sententia vera est;* da ultima, S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 172, ipotizza che si potesse trattare di una *cautio de remittendo*, pur ammettendo che non sia nota la forma con la quale la *remissio* veniva attuata.

presupposto che il ladro aveva già subito la soccombenza nel giudizio reipersecutorio, oppure, «cosa che lo stesso mostra di ritenere preferibile»⁵³³ perché tutelava «maggiormente il comprensibile interesse dell'attore a riavere la *res*»⁵³⁴, il giudice avrebbe potuto assolvere il convenuto qualora l'attore si fosse dimostrato pronto a *restituere* «quanto ricevuto in forza della prima sentenza»⁵³⁵.

Va guardato più da vicino il doppio atteggiarsi della fattispecie prevista nel frammento pomponiano. Qualora per prima fosse stata intentata dal derubato la *rei vindictio*, ed il convenuto avesse pagato la *litis aestimatio*, l'attore doveva aver precedentemente proceduto alla *remissio condictionis*; la soluzione sembra lineare. «Diversamente ci si barcamena per il secondo caso»⁵³⁶, vale a dire quello in cui il derubato, vittorioso nella *condictio*, abbia successivamente intentato la *reivindicatio*, circostanza che avrebbe dato luogo a una chiara iniquità consistente in «una doppia imposizione reipersecutoria»⁵³⁷. Non si parla affatto, in questo caso, di *remissio reivindicationis*⁵³⁸. Questa seconda eventualità dà luogo a due distinte dottrine giurisprudenziali, che Pomponio ricorda. Secondo una prima impostazione – forse più lineare – il convenuto portato in giudizio in rivendica avrebbe dovuto vedersi assolto senz'altro.

Il maggior credito Pomponio lo attribuisce, però, alla seconda posizione, in quanto «non bisogna trascurare che l'intento che l'attore in buona fede si ripromette nell'agire successivamente in rivendica, e cioè quello di ottenere in ogni modo la restituzione della cosa»⁵³⁹. Prima che il convenuto in rivendica ricevesse dal giudice il *iussum de restituendo*, l'attore avrebbe dovuto promettere di restituire quanto aveva ricevuto in sede di *condictio*; «ché se poi (cioè una volta avvenuta la *restitutio* della *litis aestimatio*) il *reus* si rifiutasse ulteriormente di rendere lo schiavo sarebbe condannato in base ad una nuova *aestimatio* giurata dall'attore»⁵⁴⁰. Come ha sottolineato la Giomaro, credo correttamente, la

⁵³³ S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 171; contra L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, cit., 233, secondo il quale, a fronte degli indizi di manomissione del testo, «Pomponio suggeriva contro la *condictio* il rimedio generale dell'*exceptio doli*».

⁵³⁴ M. DE BERNARDI, *L'officium iudicis*, cit., 122 s.

⁵³⁵ S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 171.

⁵³⁶ A.M. GIOMARO, *Cautiones iudiciales*, cit., 183.

⁵³⁷ A.M. GIOMARO, *Cautiones iudiciales*, cit., 183.

⁵³⁸ V. ancora A.M. GIOMARO, *Cautiones iudiciales*, cit., 184.

⁵³⁹ A.M. GIOMARO, *Cautiones iudiciales*, cit., 184.

⁵⁴⁰ A.M. GIOMARO, *Cautiones iudiciales*, cit., 184.

differenza tra le due ipotesi può davvero trovare ragioni in forza del fatto che la natura delle due azioni era effettivamente diversa, caratterizzandosi la *condictio* per una funzione più marcatamente risarcitoria rispetto a quella più strettamente recuperatoria della rivendica⁵⁴¹. «Resterebbe dunque «impregiudicato il problema del recupero della cosa rubata, per risolvere il quale occorre affidarsi alla rivendica»⁵⁴². Prendendo le mosse dall'intento perseguito dall'attore – ossia quello di recuperare un proprio bene, nella specie uno schiavo –, e tenendo conto del fatto che non opera alcun meccanismo di preclusione processuale, la soluzione adottata da Pomponio appare di notevole intelligenza e rigore, oltre al fatto di essere frutto di una complessiva valutazione e riflessione sull'intero ventaglio di posizioni prese in in gioco.

Credo che sul brano si possano svolgere alcune considerazioni. Come si vede l'ipotesi presa in esame nel frammento esige, per essere compresa, una prospettiva ampia della complessità dei rapporti intercorrenti tra il ladro e il soggetto derubato. La soluzione che il giurista classico propone muove dalla complessiva considerazione delle azioni che l'ordinamento predisponesse volte a consentire al soggetto derubato di recuperare la cosa rubata in un'ottica per l'appunto reipersecutoria: l'attore che agiva con la rivendica, ovvero con l'azione personale protesa all'analogo scopo compiva una scelta tra i mezzi che gli erano assicurati ed intendeva il procedimento utilizzando una delle due formule possibili.

Colui che agiva con l'azione personale sarebbe stato soggetto alle peculiarità formulari che questa azione prevedeva. E, allo stesso modo colui che agiva in rivendica sapeva che avrebbe dovuto sottostare alle caratteristiche proprie di codesto mezzo di tutela. Una volta esperita l'azione è ben chiaro come nella *formula* non trovasse spazio alcun riferimento all'azione negletta, di modo che il giudice avrebbe dovuto agire e giudicare solo in funzione del formulario in forza del quale egli svolgeva il suo ruolo. La consapevolezza che al derubato competessero due azioni che seppur diverse erano volte allo stesso scopo (recuperare la cosa rubata) doveva essere più della giurisprudenza che del giudice ed in ogni caso la determinazione del contenuto dell'arbitrio che spettava quest'ultimo atteneva, in un caso del genere, più ad un aspetto tecnico

⁵⁴¹ Su questo v. A.M. GIOMARO, '*Cautiones iudiciales*', cit., 184.

⁵⁴² A.M. GIOMARO, '*Cautiones iudiciales*', cit., 184.

giuridico che è una questione di mero fatto. Se è certamente ipotizzabile come fa Silvia Viaro, che il giudice potesse secondo una propria valutazione discrezionale, ordinare o meno, ovvero, accogliendo una diversa interpretazione relativa alla delibazione o meglio alla forma che questa assumeva prima che il giudice e mettesse la propria sentenza, invitare o meno il convenuto alla restituzione, è pur vero che imporre o comunque richiedere una cauzione la cui giustificazione era di carattere squisitamente tecnico giuridico, avrebbe senza dubbio richiesto una preparazione tecnica, e comunque uno sguardo che, sfondati i confini angusti della *formula* abbracciava anche dati, questioni e problemi che da essa esulavano o in ogni caso da questa erano esterni. credo che la natura del problema affrontato nel brano di Pomponio, nonché il fatto stesso che il giurista indichi una discussione giurisprudenziale in merito depongano in senso inequivocabilmente favorevole alla tesi che qui cerco di sostenere, ossia dimostrano che il giudice, per poter richiedere una cauzione con la quale si richiedeva all'attore di rinunciare all'azione personale a fronte dell'esperimento dell'azione reale, dovesse trarre questo indirizzo da una ben nutrita elaborazione scientifica giurisprudenziale.

6. Le '*cautiones iudiciales*'.

Per comprendere appieno la portata del testo appena analizzato, è necessario ricordare come la questione delle *cautiones* imposte dal giudice si inserisca in un più vasto panorama dottrinario che coinvolge, aspetto che rileva in modo peculiare per la presente indagine, la stessa statura del giudice⁵⁴³. Le *cautiones iudiciales* sono state oggetto di studio, al termine degli anni ottanta, da parte di Anna Maria Giomaro, che ne ha disvelato, attraverso una fitta esegesi dei testi, i tratti salienti ed innovativi, in modo particolare, per quello che riguarda le strette relazioni che legano questi istituti con la giurisprudenza e con la prassi. Infatti, ed è dato che va

⁵⁴³ Secondo M. DE BERNARDI, *L'officium iudicis*, cit., 109, la possibilità per il giudice di imporre le *cautiones* costituirebbe una circostanza «particolarmente significativa. Infatti alcune *cautiones* imposte al convenuto potrebbero ritenersi ammissibili già sulla base di una interpretazione estensiva delle parole neque *ea res restituetur*, considerando la *cautio* rientrante nel concetto di *restitutio* (sempre inteso dalla giurisprudenza in senso assai ampio) e quindi talvolta necessaria per integrarne il contenuto: ma, se le *cautiones* potevano essere imposte anche all'attore (che non era certo colui che riceveva l'ordine di restituzione), viene naturale pensare che esse trovassero fondamento nell'*arbitrium iudicis*».

immediatamente posto in rilievo, alcuni indizi ci fanno subito ritenere che la genesi del fenomeno delle *cautiones* si sia radicata e debba essere ricercata nella prassi: in questo senso deve essere letto un testo di Cicerone⁵⁴⁴ «che, richiamandosi ad una *consuetudo cautionis* dimostra chiaramente come l'origine della *cautio* (in particolare di una *cautio amplius non peti*) debba ricercarsi sul terreno della prassi casistica»⁵⁴⁵ sviluppatasi sotto la guida della giurisprudenza che aveva principiato la propria analisi in materia dall'esame dei casi concreti. Nello specifico, la consuetudine pura e semplice⁵⁴⁶ che prevedeva la possibilità di ricorrere ad una *cautio/stipulatio amplius non peti* deve aver trovato riconoscimento a livello del pensiero dei giuristi, e dunque assurgere ad uno stato completamente diverso, «fra l'attività giurisperdente di Celso, cui risulta ancora ignota, e i *libri ex Minicio* di Giuliano»⁵⁴⁷. Ammessa la primigenia natura casistica delle *cautiones*, non va tuttavia sottaciuto come esse siano assurte a oggetto di indagine giurisprudenziale per lo meno a partire dall'epoca adrianea. La valorizzazione di questi dati, induce a non ritenere «storicamente soddisfacente»⁵⁴⁸ l'opinione di coloro, pur tra i maggiori autori della metà del secolo scorso, che negavano fede alla categoria stessa

⁵⁴⁴ Si tratta, secondo A.M. GIOMARO, '*Cautiones iudiciales*', cit., 226, di una «interessantissima testimonianza».

⁵⁴⁵ A.M. GIOMARO, '*Cautiones iudiciales*', cit., 51, nt. 22; si legga Cic. *Rosc.* 35-37: *Nam ego Roscium, si quid communi nomine tetigit, confiteor praestare debere societati. – Societatis, non suas litis redemit, cum fundum a Flavio accepit. – Quid ita satis non dedit amplius assem neminem petiturum? Qui de sua parte decidit, reliquis integram relinquit actionem, qui pro sociis transigit, satis dat neminem eorum postea petiturum. Quid ita Flavio sibi cavere non venit in mentem? nesciebat videlicet Panurgum fuisse in societate. Sciebat. Nesciebat Fannium Roscio esse socium. – Praeclare; nam iste cum eo litem contestatam habebat. Cur igitur decidit et non restipulatur neminem amplius petiturum? cur de fundo decedit et iudicio non absolvitur? cur tam imperite facit ut nec Roscium stipulatione adliget neque a Fannio iudicio se absolvat? Est hoc primum et ex condicione iuris et ex consuetudine cautionis firmissimum et gravissimum argumentum, quod ego pluribus verbis amplecterer, si non alia certiora et clariora testimonia in causa haberem.*

⁵⁴⁶ In tal senso F. GUIZZI, *In tema di 'cautio de rato'*, in *Labeo*, VII, 1961, 335, secondo il quale «che si tratti di una semplice consuetudine serve a provarlo più di un elemento: la mancanza di ogni richiamo a un intervento pretorio in tutti gli altri passi nei quali l'oratore sembra accennare alla *cautio*; l'antitesi fra *condicio iuris* e *consuetudo cautionis*, laddove la prima espressione assume una accezione decisamente tecnica. E, infine, l'assoluta indifferenza per i termini della *formula*, che si manifesta attraverso la sostituzione di un "*amplius*" con un "*postea*", inducono a negare che si tratti di una clausola edittale».

⁵⁴⁷ A.M. GIOMARO, '*Cautiones iudiciales*', cit., 227.

⁵⁴⁸ A.M. GIOMARO, '*Cautiones iudiciales*', cit., 274.

delle *cautiones iudiciales*⁵⁴⁹, contro gli «espressi riferimenti dei testi a giuristi quali Labeone, Celso, Sabino, Trebazio, ecc., ed alle conclusioni che se ne possono trarre circa l'attività delle due correnti giurisprudenziali operanti in quel periodo»⁵⁵⁰.

Anche in questa sede, va ricordata, anzitutto, la tesi di Chiazzese, che già ho per sommi capi ripreso, e che – come si ricorderà – traeva spunto da alcune considerazioni di Levy, secondo la quale l'oggetto del potere del giudice di ordinare la restituzione nelle azioni arbitrarie derivasse non già dall'*arbitrium iudicis*, quanto piuttosto dall'interpretazione creativa della giurisprudenza condotta sul concetto di *restitutio*. Questo concetto, lo ricordo ancora, sarebbe passato dal rappresentare in un primo tempo nulla più di una semplice restituzione della cosa nella sua stretta individualità, comprendendovi, successivamente, prima i frutti e poi *omnis causa*, ivi compreso il ristoro di eventuali deterioramenti della *res*. «Ogni potere del giudice è in realtà solo apparente, in ispecie quando di esso si parli in relazione ad azioni con clausola restitutoria»⁵⁵¹.

Alla stessa giurisprudenza, infatti, andrebbe ricondotta l'elaborazione della disciplina delle *cautiones iudiciales* ossia di quel complesso di regole, «quasi un sistema di applicazione delle *cautiones iudiciales*, che certamente» la stessa scienza giuridica «avrà derivato dall'esame dei casi concreti»⁵⁵². Secondo Chiazzese, si sarebbe trattato di ciò che possiamo chiamare «poteri rivolti ad assicurare per l'avvenire l'esatto adempimento della *restitutio*, e precisamente quelli d'imporre alle parti remissioni, cauzioni, cessioni: ché in ogni caso, codesti poteri dipendono dalla interpretazione giurisprudenziale del concetto di *restitutio*, e non potevano menomamente essere introdotti in quelle altre

⁵⁴⁹ Credo abbia ragione A.M. GIOMARO, '*Cautiones iudiciales*', cit., 272, che così sintetizza la questione: «o si dice che i Giustinianeî sono i creatori attraverso l'*officium iudicis* di questo mezzo di risoluzione delle controversie nel suo complesso (comprensivo e dell'intervento di una *cautio* modificativa in un giudizio in corso, e del conferimento al *iudex* il potere di imposizione al riguardo), ovvero se si riconosce nel pensiero classico originale almeno l'esistenza di una possibilità di cauzione con gli effetti che si sono indicati (cosa che non mi pare possibile negare sulla base delle fonti, e considerando inoltre il riferimento ciceroniano a una *consuetudo cautionis*) non si può poi consentire ai Giustinianeî soltanto l'attribuzione al giudice del potere di iniziativa in tal senso».

⁵⁵⁰ A.M. GIOMARO, '*Cautiones iudiciales*', cit., 274.

⁵⁵¹ A.M. GIOMARO, '*Cautiones iudiciales*', cit., 50, che sintetizza così efficacemente il pensiero dei due autori.

⁵⁵² A.M. GIOMARO, '*Cautiones iudiciales*', cit., 51.

azioni rigorose le cui formule mancavano della clausola restitutoria»⁵⁵³.

In sostanza, Chiazzese negava al giudice ogni potere discrezionale «che non fosse la passiva recezione dell'attività interpretativa giurisprudenziale»⁵⁵⁴; come abbiamo visto in relazione al *iussum de restituendo* la discrezionalità sussisteva ma era rivolta non tanto al contenuto tecnico giuridico dello stesso, per la determinazione del quale era necessario affidarsi alla giurisprudenza, quanto piuttosto all'*an* del *iussum* medesimo, all'opportunità dello stesso. Un punto va posto in rilievo. La giurisprudenza avrebbe svolto il proprio magistero ermeneutico in tema di *cautiones iudiciales*, ossia quelle *stipulationes* che potevano essere imposte su iniziativa del giudice, in ragione della presenza di una precisa clausola formulare che poteva essere estensivamente interpretata ed ampliata. L'esempio paradigmatico di questa pratica sarebbe precisamente quello della clausola restitutoria. In altri casi, l'aggancio formulare sarebbe stato rappresentato dall'*exceptio doli*, in forza del quale il giudice avrebbe potuto procedere all'imposizione della *cautio*; ancora, utile aggancio si sarebbe rivelata la *condemnatio* strutturata in *bonum et aequum*.

In tutti questi casi si sarebbe avuta una interpretazione giurisprudenziale in virtù ed in forza della quale il giudice avrebbe potuto richiedere la *cautio*. Per gli altri giudizi, privi di un simile aggancio formulare, la questione appare assai più sfumata; ammettere la possibilità di richiesta/imposizione di una *cautio*, in casi del genere, implicherebbe necessariamente di riconoscere che essa fosse insita, non tanto nei *verba* formulari, quanto nello stesso *officium iudicis*, che così ne risulterebbe del tutto differente, assai ampliato, per non dire quasi illimitato.

È noto come la materia delle *cautiones iudiciales* sia presa in globale considerazione in alcuni passi giurisprudenziali che debbono essere letti parallelamente. Ne riporto anzitutto i testi: il primo, tratto dal settantesimo commentario all'editto di Ulpiano, è in realtà un insieme di quattro frammenti ulpiane, ed è stato conservato dai compilatori giustiniane al principio del titolo quinto del libro 46 del Digesto sotto la

⁵⁵³ L. CHIAZZESE, 'Jusiurandum in litem', cit., 48. *Contra*, tuttavia, v. A.M. GIOMARO, 'Cautiones iudiciales', cit., 51, secondo la quale non sarebbe condivisibile che «le *cautiones* stesse debbano intendersi come preordinate ad assicurare per l'avvenire l'esatto adempimento della *restitutio* e che quindi trovino luogo soltanto nelle azioni con clausola restitutoria».

⁵⁵⁴ A.M. GIOMARO, 'Cautiones iudiciales', cit., 273.

rubrica *De stipulationibus praetoriis*.

Ulp. 70 *ad ed.* D. 46.5.1.4: *Praetoriarum stipulationum tres videntur esse species, iudiciales cautionales communes. Iudiciales eas dicimus, quae propter iudicium interponuntur ut ratum fiat, ut iudicatum solvi et ex operis novi nuntiatione. Cautionales sunt autem, quae instar actionis habent et, ut sit nova actio, intercedunt, ut de legatis stipulationes et de tutela et ratam rem haberi et damni infecti. Communes sunt stipulationes, quae fiunt iudicio sistendi causa. Et sciendum est omnes stipulationes natura sui cautionales esse: hoc enim agitur in stipulationibus, ut quis cautior sit et securior interposita stipulatione.*

La paternità del secondo testo, viceversa è attribuibile al giurista Pomponio; esso è tratto dal ventiseiesimo libro *ad Sabinum*.

Pomp. 26 *ad Sab.* D. 45.1.5 pr.: *Stipulationum aliae iudiciales sunt, aliae praetoriae, aliae conventionales, aliae communes praetoriae et iudiciales. iudiciales sunt dumtaxat, quae a mero iudicis officio proficiscuntur, veluti de dolo cautio: praetoriae, quae a mero praetoris officio proficiscuntur, veluti damni infecti. Praetorias autem stipulationes sic audiri oportet, ut in his contineantur etiam aediliciae: nam et hae ab iurisdictione veniunt. conventionales sunt, quae ex conventionione reorum fiunt, quarum totidem genera sunt, quot paene dixerim rerum contrahendarum: nam et ob ipsam verborum obligationem fiunt et pendent ex negotio contracto. Communes sunt stipulationes veluti rem salvam fore pupilli: nam et praetor iubet rem salvam fore pupillo caveri et interdum iudex, si aliter expediri haec res non potest: item duplae stipulatio venit ab iudice aut ab aedilis edicto.*

Dei due frammenti, va detto subito, la dottrina meno recente ha privilegiato l'analisi del primo, quello ulpiano, ritenendo il testo pomponiano per lo più frutto di interventi compilatori, e, in ogni caso, non affidante in relazione allo stato del diritto dell'epoca classica. Le due testimonianze, come si diceva vanno lette congiuntamente allo scopo di metterne in rilievo le differenze, al di là della prima impressione che tende ad avvicinarle notevolmente, dato che «anche se le denominazioni appaiono a prima vista uguali, i contenuti delle singole categorie non

possono infatti dirsi coincidenti»⁵⁵⁵.

Nel passo ulpiano, difatti, si mette in luce la funzione alla quale ogni cautio era deputata, in relazione al processo, mentre nel passo pomponiano si enfatizzava l'autorità donde la *cautio* proveniva e che poteva imporla. È utile attingere alla schematizzazione⁵⁵⁶ fatta dalla Giomaro per enucleare le differenze tra i due passi; mentre, infatti, Pomponio suddivide le *cautiones* in quattro famiglie, «Ulpiano, parlando propriamente di *stipulationes praetoriae*, ne indica una tripartizione in *species*»⁵⁵⁷. Nello specifico Pomponio parlava di *stipulationes* 1. *Iudiciales*, ossia quelle che *a mero officio iudicis proficiscuntur*; 2. *Praetoriae e aediliciae*, quelle che *a mero praetorio officio proficiscuntur ... hae ab iurisdictione veniunt*; 3. *Conventionales*, vale a dire quelle *quae ex conventionione reorum fiunt*; 4. *Communes* che sono quelle ove *et praetor iubet ... et interdum iudex*. Ulpiano, invece, suddivideva le *cautiones* in 1. *Iudiciales*, ossia *quae propoter iudicium interponuntur* (o *quae propter iudicium interponuntur ut ratum fiat*); 2. *Cautionales*, quelle che *intar actionis habent et, ut sit nova actio intercedunt*; 3. *Communes*, quelle *quae fiunt iudicio sistendi causa*.

Come si vede la sola categoria presente in entrambe le suddivisioni è quella delle *cautiones iudiciales*, anche se, una volta che se ne raffrontino le menzioni nei due testi, appare evidente come «i contenuti delle pur omonime categorie non corrispondono affatto»⁵⁵⁸ ed anzi differiscano per più punti, a tal punto da non poter essere sovrapposte.

Ha messo giustamente in rilievo la Giomaro il fatto che la classificazione di Pomponio venne sostanzialmente dimenticata dalla letteratura romanistica proprio in riferimento alla categoria delle *stipulationes iudiciales*, poiché essa è stata ritenuta per lo più di natura

⁵⁵⁵ A.M. GIOMARO, 'Cautiones iudiciales', cit., 11.

⁵⁵⁶ V., infatti, A.M. GIOMARO, 'Cautiones iudiciales', cit., 12 s.

⁵⁵⁷ A.M. GIOMARO, 'Cautiones iudiciales', cit., 12.

⁵⁵⁸ A.M. GIOMARO, 'Cautiones iudiciales', cit., 13. V. anche A.M. GIOMARO, 'Cautiones iudiciales', cit., 12, che anche graficamente mette in risalto la differenza tra le due definizioni di *stipulationes iudiciales*. Per Pomponio sono *iudiciales* le *stipulationes quae a mero iudicis officio proficiscuntur* e sono essenzialmente la *cautio de dolo* e la *cautio de servo persequendo*; per Ulpiano, viceversa, sono *iudiciales* le *stipulationes quae propter iudicium interponitur, (ut ratum fiat)*; il giurista indica la *cautio iudicatum solvi* e la *cautio ex operis novi nuntiatione*.

compilatoria: sulla scorta di una considerazione così negativa⁵⁵⁹ del testo pomponiano, «la figura di un *iudex* proponente la *cautio* non veniva affatto considerata»⁵⁶⁰. La dottrina maggioritaria del secolo scorso, infatti faceva perno sul celebre *dictum* ulpiano versato in D. 2.1.4⁵⁶¹ secondo il quale l'imposizione della *cautio* alle parti processuali sarebbe rientrata assai più nell'*imperium* che nella giurisdizione del magistrato, dunque su di un potere che competeva al magistrato ma non certamente al giudice (che da privato cittadino era privo tanto di *iurisdictio* quanto di *imperium*). Su questo testo così problematico, tuttavia, non va dimenticata un'opinione assai rilevante che era stata espressa dal Luzzatto: secondo questo studioso, nonostante il passo pomponiano, proprio nella parte in cui introduce la categoria delle *cautiones iudiciales*, che sembrerebbe così sorprendente ove si tengano in considerazione i testi menzionati in precedenza⁵⁶², mostri «fondati sospetti di rimaneggiamento compilatorio»⁵⁶³, «rimane comunque aperto il problema della difficoltà di configurare una cauzione che viene imposta *officio iudicis*, e della diversa portata e del diverso fondamento che a tale intervento del giudice viene attribuito, rispettivamente, nell'editto e nella procedura *extra ordinem*»; in ogni caso, tuttavia, non sarebbe possibile «escludere un nocciolo di classicità anche nella classificazione pomponiana»⁵⁶⁴.

⁵⁵⁹ Talmente negativa che secondo A.M. GIOMARO, '*Cautiones iudiciales*', cit., 17, «su questa figura si accentrava, appunto, ogni sospetto circa la categoria in questione».

⁵⁶⁰ A.M. GIOMARO, '*Cautiones iudiciales*', cit., 17.

⁵⁶¹ Ulp. 1 *ad ed.* D. 2.1.4: *Iubere caveri praetoria stipulatione et in possessionem mittere imperii magis est quam iurisdictionis*. Andrebbe messo a partito anche un testo paolino ove si specifica che qualora il magistrato non fosse munito d'*imperium* – ed è questo il caso dei magistrati provinciali – ad esso non competevano i mezzi *magis imperii quam iurisdictionis* (*restitutiones in integrum, missiones in possessionem, stipulationes*). Il testo cui mi riferisco è Paul. 1 *ad ed.* Dig. 50.1.26. pr.-1: *Ea, quae magis imperii sunt quam iurisdictionis, magistratus municipalis facere non potest. Magistratibus municipalibus non permittitur in integrum restituere aut bona rei servandae causa iubere possideri aut dotis servandae causa vel legatorum servandorum causa*.

⁵⁶² V. le fonti richiamate alla nt. precedente.

⁵⁶³ I. LUZZATTO, *Il problema dell'origine del processo 'extra ordinem'*, Bologna, 1965, 261.

⁵⁶⁴ I. LUZZATTO, *Il problema dell'origine del processo 'extra ordinem'*, cit., 270.

7. Il fondamento formulare della possibilità accordata al giudice di imporre una 'cautio'.

Nell'ottica della presente ricerca uno degli snodi più importanti della questione delle *cautiones* imposte dal giudice attiene, più che alla specifica disciplina di ciascuna *cautio*, alla derivazione delle stesse da una qualche clausola formulare, in forza dell'interpretazione dei giuristi. È questa la sede, pertanto, di passare, o ripassare, in rassegna alcune delle testimonianze che possono far luce circa questo problema. Dirò subito che appare plausibile che la possibilità di imporre una *cautio*, pur rientrando nell'ambito dell'esplicazione delle facoltà – in varia misura discrezionali – del giudice in merito alla conduzione del giudizio, risulti soprattutto giustificata dall'interpretazione giurisprudenziale dei *verba* formulari, analogamente a quanto accadeva con l'interpretazione della clausola arbitraria, argomento che, proprio in relazione a questo aspetto, in qualche misura appare intrecciato a quest'ultimo.

Un primo testo appare interessante in tema di *cautiones* che venivano imposte alle parti sulla scorta dell'interpretazione dell'*officium iudicis* relativo alla clausola restitutiva e dei poteri che, in ragione di quest'ultima, la *formula* concedeva al giudice. Eccone anzitutto il testo.

Marc. *l.s. ad form. hypoth.* D. 20.1.13.5: *Si sub condicione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est ante condicionem non recte agi, cum nihil interim debeatur: sed si sub condicione debiti condicio venerit, rursus agere poterit. sed si praesens sit debitum, hypotheca vero sub condicione, et agatur ante condicionem hypothecaria, verum quidem est pecuniam solutam non esse, sed auferri hypothecam iniquum est: ideoque arbitrio iudicis cautiones interponendae sunt "si condicio exstiterit nec pecunia solvatur, restitui hypothecam, si in rerum natura sit".*

Chiazzese, nell'ambito del suo celebre studio, non indugiava sul passo, ritenendolo completamente spurio⁵⁶⁵. Quello che maggiormente interessa nel testo, ove il giurista severiano si interroga in ordine a due differenti applicazioni dell'*actio pigneraticia in rem*⁵⁶⁶, la prima relativa

⁵⁶⁵ L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, cit., 102.

⁵⁶⁶ Che la *vindicatio pignoris* fosse corredata di clausola arbitraria è notizia che apprendiamo, secondo S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 108, «con sufficiente certezza» da diverse fonti; si leggano dello stesso Marciano, Marc. *l.s. ad form. hypoth.* D.

all'utilizzabilità del rimedio rispetto ad un'obbligazione principale condizionata garantita da *hypotheca*, la seconda – vorrei dire speculare – relativa ad un debito attuale garantito da *hypotheca* sottoposta a condizione, sta «nell'ultima parte dello squarcio»⁵⁶⁷. Qui Marciano osservava che in virtù di un debito garantito da *hypotheca* condizionata, non ancora avveratasi, sarebbe risultata iniqua l'aggressione del bene dato in garanzia e, pertanto, consigliava che il giudice imponesse delle *cautiones* di riconsegnare la cosa, qualora ancora esistente, ove la condizione fosse esistita e il debito non fosse stato adempiuto.

Anche in questo caso, si tratta di un'applicazione d'una azione, la *vindicatio pignoris*, «munita di clausola restitutoria»⁵⁶⁸, circostanza nota «con sufficiente certezza grazie a diversi altri testi, in cui viene menzionata la *litis aestimatio* per determinare la condanna del convenuto che rifiuti di

20.1.16.3: *In vindicatione pignoris quaeritur, an rem, de qua actum est, possideat is cum quo actum est. nam si non possideat nec dolo fecerit quo minus possideat, absolvi debet: si vero possideat et aut pecuniam solvat aut rem restituat, aequè absolvendus est: si vero neutrum horum faciat, condemnatio sequetur. sed si velit restituere nec possit (forte quod res abest et longe est vel in provinciis), solet cautionibus res explicari: nam si caveret se restitutum, absolvitur. sin vero dolo quidem desiit possidere, summa autem ope nisus non possit rem ipsam restituere, tanti condemnabitur, quanti actor in litem iuraverit, sicut in ceteris in rem actionibus: nam si tanti condemnatus esset, quantum deberetur, quid proderat in rem actio, cum et in personam agendo idem consequeretur?; Marc. l.s. ad form. hypoth. D. 20.4.12.1: Si quoniam non restituebat rem pigneratam possessor condemnatus ex praefatis modis litis aestimationem exsolverit, an perinde secundo creditori teneatur, ac si soluta sit pecunia priori creditori, quaeritur. et recte puto hoc admittendum esse; di Ulpiano v. Ulp. 73 ad ed. D. 20.1.21.3: Si res pignerata non restituatur, lis adversus possessorem erit aestimanda, sed utique aliter adversus ipsum debitorem, aliter adversus quemvis possessorem: nam adversus debitorem non pluris quam quanti debet, quia non pluris interest, adversus ceteros possessores etiam pluris, et quod amplius debito consecutus creditor fuerit, restituere debet debitori pigneraticia actione.*

⁵⁶⁷ S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 109.

⁵⁶⁸ S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 109; sul punto v. la ricostruzione di D. MANTOVANI, *Le formule*, cit., 45, che richiama a sostegno D. 20.1.16.3-4; 21.4.12.1, già citati; valga qui richiamare testualmente il già visto I. 4.6.31: *Praeterea quasdam actiones arbitrarias, id est ex arbitrio iudicis pendentes, appellamus, in quibus nisi iudicis is cum quo agitur actori satisfaciat, veluti rem restituat vel exhibeat vel solvat vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat. sed istae actiones tam in rem quam in personam inveniuntur. in rem veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur: in personam veluti quibus de eo agitur quod aut metus causa aut dolo malo factum est, item qua id quod certo loco promissum est, petitur. ad exhibendum quoque actio ex arbitrio iudicis pendet. in his enim actionibus et ceteris similibus permittitur iudici ex bono et aequo, secundum cuiusque rei de qua actum est naturam, aestimare quemadmodum actori satisfieri oporteat.*

restituere la res data in garanzia»⁵⁶⁹. Mi sembra corretta l'osservazione di chi ha messo in luce «un elemento... di grande rilievo»⁵⁷⁰, aggiunto dal giurista classico, «valorizzando l'*arbitrium* che spettava al giudice per costruire una soluzione»⁵⁷¹, di sapore schiettamente tecnico, per la questione sollevata dal passo. Proprio in virtù della clausola arbitraria la giurisprudenza avrebbe individuato e 'costruito' una «potestà del giudice di stabilire la prestazione di una *cautio*»⁵⁷², che qui avrebbe stato gravato sull'attore.

In secondo luogo, va notato come un nocciolo, seppur non molto nutrito⁵⁷³, di testimonianze tramandi la notizia della derivazione della *cautio* dall'inserzione di una apposita *exceptio doli*.

A tal proposito, un primo testo significativo in materia di cessione delle azioni reca il nome del giurista Papiniano.

Pap. 2 resp. D. 27.3.20.1: *Non idcirco actio, quae post viginti quinque annos aetatis intra restitutionis tempus adversus tutorem minore pecunia tutelae iudicio condemnatum redditur, inutilis erit, quod adulescenti curatores ob eam culpam condemnati sunt: itaque si non iudicatum a curatoribus factum est, per doli exceptionem curatores consequi poterunt eam actionem praestari sibi.*

Il brano ricorda l'opinione di Papiniano il quale «sancisce l'*utilitas* di un'azione che venga concessa, dopo il compimento dei venticinque anni, contro il tutore»⁵⁷⁴ a favore del pupillo, in relazione al fatto che il tutore medesimo, «in una precedente *actio tutelae*»⁵⁷⁵ avesse subito una condanna per un importo minore di quanto fosse dovuto, «anche se *ob eam causam* siano stati condannati i curatori» che avrebbero dovuto con maggior attenzione curare gli interessi del giovane per il periodo compreso tra «la cessazione della tutela»⁵⁷⁶ e il compimento del venticinquesimo

⁵⁶⁹ S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 109.

⁵⁷⁰ S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 110 s.

⁵⁷¹ S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 111.

⁵⁷² S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 111. V. anche M. DE BERNARDI, *L'officium iudicis*, cit., 109 ss.

⁵⁷³ Non esita, a ragione, A.M. GIOMARO, *'Cautiones iudiciales'*, cit., 255, a ritenere «scarse» le fonti disponibili.

⁵⁷⁴ A.M. GIOMARO, *'Cautiones iudiciales'*, cit., 256.

⁵⁷⁵ A.M. GIOMARO, *'Cautiones iudiciales'*, cit., 256.

⁵⁷⁶ A.M. GIOMARO, *'Cautiones iudiciales'*, cit., 256.

anno d'età. A costoro sarà ceduta l'azione qualora questi siano stati convenuti con l'*actio iudicati* qualora nella *formula* sia stata inserita l'apposita menzione all'*exceptio doli*.

Così Brutti riassume la questione in esito al quale si ebbe il parere papiniano: «un minore di venticinque anni, assistito dai curatori, ha esercitato un'*actio tutelae* nei confronti del proprio *tutor*, conseguendo però meno di quanto gli spettasse. Si vale di un'*actio* (probabilmente *negotiorum gestorum*) contro i curatori, che sono perciò condannati a pagare la differenza»⁵⁷⁷. Ai curatori, infatti, si rimproverava di non aver ottenuto la condanna per la somma che interamente era dovuta al minore. La questione atteneva alla possibilità per il minore di ottenere un integrale ristoro, ossia «chiedere anche una *restitutio in integrum*» tale da permettere «di esperire nuovamente l'*actio tutelae*»⁵⁷⁸. L'*utilitas* della quale parlava la Giomaro, sarebbe consistita nel fatto che «la riapertura di tale procedimento può avere una funzione in quanto rappresenti un mezzo a favore dei curatori per esigere dal tutore il risarcimento che essi devono prestare al loro assistito»⁵⁷⁹.

Difatti, mediante l'inserzione dell'*exceptio doli*, i curatori avrebbero potuto «ottenere in forma sostanzialmente coattiva la cessione dell'*actio tutelae*» possibile «in quanto ad essi sia attribuito il ruolo di *procuratores in rem suam*»⁵⁸⁰. Per vero, è proprio sulla classicità dell'inserzione dell'*exceptio doli* che la dottrina meno recente aveva avanzato notevoli dubbi⁵⁸¹, in quanto essa avrebbe dato luogo «ad una sorta di

⁵⁷⁷ M. BRUTTI, *La problematica*, cit., 474.

⁵⁷⁸ M. BRUTTI, *La problematica*, cit., 474.

⁵⁷⁹ M. BRUTTI, *La problematica*, cit., 474.

⁵⁸⁰ Puntualizza M. BRUTTI, *La problematica*, cit., 474, che «il responso presuppone che la *restitutio in integrum* non possa giovare al minore dopo la positiva conclusione dell'*actio* risarcitoria». Il medesimo principio si ritrova espresso in Ulp. 13 *ad ed. D.* 26.7.25: *Si minoris actum fuerit cum tutoribus adsistentibus curatoribus et pupillus ob hoc egerit cum curatoribus et ei sint condemnati in id quod sua intererat minoris tutores culpa eorum condemnatos non esse: an restitutio adversus tutores cesset? et Papinianus responsorum libro secundo ait nibilo minus posse restitui et idcirco curatores, si nondum iudicatum fecerunt, posse provocantes per exceptionem doli consequi, ut eis mandentur adversus tutores actiones. quid tamen si iam fecerunt iudicatum curatores? proderit hoc tutoribus, quoniam nihil minori abest, qui de praeda magis quam de damno sollicitus est, nisi forte mandare actiones paratus sit curatoribus.*

⁵⁸¹ Hanno ritenuto di fattura compilatoria l'inserzione dell'*exceptio doli*, ad esempio, G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römische Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1911, 188; E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im Klassischen römischen*

impugnazione che i curatori verrebbero ad attuare mediante l'*exceptio doli* contro l'*actio iudicati*⁵⁸². Va, tuttavia, seguita la tesi già fatta propria da Arangio-Ruiz, secondo il quale proprio la menzione ad una *exceptio doli*, in luogo di un non meglio specificato *officium iudicis* di stampo certamente giustiniano, confermerebbe la genuinità dell'attestazione della nostra *exceptio* nel passo in commento⁵⁸³.

Un secondo testo da prendere in esame è, invece, il seguente.

Pap. 8 *quaest.* D. 21.2.65: *Rem hereditariam pignori obligatam heredes vendiderunt et evictionis nomine pro partibus hereditariis sponderunt: cum alter pignus pro parte sua liberasset, rem creditor evicit: quaerebatur an uterque heredum conveniri possit? idque placebat propter indivisam pignoris causam. nec remedio locus esse videbatur, ut per doli exceptionem actiones ei qui pecuniam creditori dedit praestarentur, quia non duo rei facti proponerentur. sed familiae heriscundae iudicium eo nomine utile est: nam quid interest, unus ex heredibus in totum liberaverit pignus an vero pro sua dumtaxat portione? cum coheredis negligentia damnosa non debet esse alteri.*

Del testo interessa porre in luce il fatto che, benché negato per questioni legate alla complessità della fattispecie, il «rimedio estremo»⁵⁸⁴ rappresentato dalla cessione delle azioni si sarebbe potuto ottenere esclusivamente mediante l'inserzione della eccezione di dolo nella *formula*.

Un terzo testo, in tema di *cautio de remittendo*, infine, chiude questa serie e riconnette la possibilità di utilizzare questo strumento in presenza dell'*exceptio doli*. Esso è precisamente:

Iul. 5 *ex Minic.* D. 24.1.39: *Vir uxori pecuniam cum donare vellet, permisit ei, ut a debitore suo stipuletur: illa cum id fecisset, priusquam pecuniam auferret, divortium fecit: quaero, utrum vir eam summam petere*

Recht, I, Berlin, 1918, 225, nt. 4; F. SCHULZ, *Klage.Cession*, cit., 82; B. BIONDI, *Appunti*, cit., 97.

⁵⁸² M. BRUTTI, *La problematica*, cit., 475, secondo il quale, tuttavia, «l'ultimo tratto» del passo si dovrebbe considerare «sostanzialmente esente da dubbi e conforme al principio per cui la *restitutio in integrum* viene concessa a tutela di un'esigenza di equità».

⁵⁸³ V. ARANGIO-RUIZ, *L' 'exceptio' in diminuzione della condanna*, ora in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1974, 253, nt. 2.

⁵⁸⁴ Così A.M. GIOMARO, *'Cautiones iudiciales'*, cit., 256.

debeat an ea promissione propter donationis causam actio nulla esset. respondi inanem fuisse eam stipulationem. sed si promissor mulieri ignorans solvisset, si quidem pecunia exstat, vindicare eam debitor potest: sed si actiones suas marito praestare paratus est, doli mali exceptione se tuebitur ideoque maritus hanc pecuniam debitoris nomine vindicando consequetur. sed si pecunia non exstat et mulier locupletior facta est, maritus eam petet: intellegitur enim ex re mariti locupletior facta esse mulier, quoniam debitor doli mali exceptione se tueri potest.

Anche in quest'ultimo brano, benché come si vede non vi sia un espresso riferimento alla *cautio de remittendo*, in forza dell'*exceptio doli*, inserita dal pretore su richiesta del debitore, il giudice sarebbe stato «legittimato a fare ricorso alla *cautio* per la cessione dell'azione»⁵⁸⁵.

Questi tre testi ricordano come il giudice potesse procedere all'imposizione della *cautio* qualora nella *formula* il pretore avesse inserito – su richiesta della parte a ciò interessata – una apposita eccezione di dolo. L'analisi di questi tre frammenti, non portava, tuttavia, la Giomaro a ritenere che l'inserzione della eccezione in parola costituisse necessariamente un sistema «generale»⁵⁸⁶, unico mezzo necessario perché il giudice potesse procedere con l'imposizione della *cautio*, dal momento che i tre testi, analizzati dalla autrice, non sembravano a quest'ultima «di per sé sufficienti per concludere che sempre ed in ogni caso, sia per quanto riguarda in particolare la *cautio cedendarum actionum*, sia per quanto riguarda gli altri tipi di *cautiones iudiciales*, il sistema della promessa-garanzia potesse essere sollecitato dal giudice soltanto come conseguenza dei poteri a lui conferiti in generale da un'eccezione di dolo»⁵⁸⁷. Il che è senz'altro vero, dal momento che i testi relativi alle altre *cautiones*, e nello specifico quelli radunabili in materia di *cautio de remittendo* – che mi sembra una delle stipulazioni *iudiciales* più interessanti sotto il profilo della ricerca in corso –, non consentono di individuare sempre la ricorrenza dell'*exceptio doli* che avrebbe consentito al

⁵⁸⁵ A.M. GIOMARO, 'Cautiones iudiciales', cit., 258; è ben probabile, seguendo l'autrice, che il riferimento alla *cautio* debba ritenersi sottointeso quale strumento principale mediante il quale cedere l'azione; in particolare il riferimento sottointeso alla *cautio* si rinverrebbe «nella dichiarazione del debitore che *actiones suas marito praestare paratus est*» (così A.M. GIOMARO, 'Cautiones iudiciales', cit., 256, nt. 25).

⁵⁸⁶ A.M. GIOMARO, 'Cautiones iudiciales', cit., 258.

⁵⁸⁷ A.M. GIOMARO, 'Cautiones iudiciales', cit., 258.

giudice una più vasta rosa di possibilità.

Certo è che l'inserzione della clausola *de dolo* avrebbe consentito alla giurisprudenza di dispiegare in modo più vasto la propria attività interpretativa, analogamente – seppur non certo in modo sovrapponibile – a quanto accadeva con la clausola di buona fede, fino a ricomprendere tutto quanto concorresse a neutralizzare il dolo – inteso in senso naturalmente assai ampio quale scorrettezza oggettivamente intesa, quale situazione oggettivamente iniqua – per consentire la pronunzia del giudice, in rapporto alla quale l'eccezione si poneva quale condizione.

Escluso che la *exceptio doli* si ponesse quale necessaria clausola formulare per consentire l'imposizione della *cautio* da parte del giudice, va tuttavia rilevato come proprio le fonti radunate dalla Giomaro in tema di *cautio de remittendo* depongano in senso forte a favore della necessità che una clausola formulare, di altra natura, vi dovesse comunque essere. I testi che scorreremo a breve, infatti, mostrano come, vuoi nella forma della clausola restitutoria, vuoi in quella della *condemnatio in bonum et aequum*, la giurisprudenza potesse trovare un aggancio formulare sul quale edificare la propria interpretazione per poi consegnarla al giudice.

Gli esempi certamente più eloquenti provengono dalla lettura dei frammenti nei quali si fa riferimento all'azione di rivendica. In tema di *reivindicatio* è evidente come il primo caso da ricordare sia il già esaminato testo pomponiano conservato dai compilatori in Pomp. 6 *ad Sab.* D. 47.2.9.1⁵⁸⁸. Sul testo non indugio oltre, ricordando solo come, proprio in forza dei *verba* formulari, la giurisprudenza abbia consolidato la propria interpretazione.

Anche Labeone, in un caso di concorrenza tra rivendica della cosa deteriorata e *actio legis Aquiliae*, riteneva opportuna la prestazione della *cautio*, esprimendo così un'opinione approvata da Ulpiano, autore del frammento nel quale è inserita la menzione circa la posizione labeoniana. Si tratta precisamente del seguente testo⁵⁸⁹:

⁵⁸⁸ Pomp. 6 *ad Sab.* D. 47.2.9.1: *Sed si eam a fure vindicasset, condictio mihi manebit. sed potest dici officio iudicis, qui de proprietate cognoscit, contineri, ut non aliter iubeat restituere, quam si conditionem petitor remitteret: quod si ex conditione ante damnatus reus litis aestimationem sustulerit, ut aut omnimodo absolvat reum aut (quod magis placet), si paratus esset petitor aestimationem restituere nec restituetur ei homo, quanti in litem iurasset, damnaretur ei possessor.*

⁵⁸⁹ Circa l'attendibilità del testo, dal momento che l'espressione *quanto deterior homo factus sit* si colloca subito dopo un inciso di sicura fattura giustiniana (*finge enim*

Ulp. 16 *ad ed.* D. 6.1.13: *Non solum autem rem restitui, verum et si deterior res sit facta, rationem iudex habere debet: finge enim debilitatum hominem vel verberatum vel vulneratum restitui: utique ratio per iudicem habebitur, quanto deterior sit factus. quamquam et legis Aquiliae actione conveniri possessor possit: unde quaeritur an non alias iudex aestimare damnum debeat, quam si remittatur actio legis Aquiliae. et Labeo putat cavere petitem oportere lege Aquilia non acturum, quae sententia vera est.*

Come è stato notato, «l'espressione *non solum autem rem restitui* dimostra che Ulpiano sta ancora analizzando la clausola arbitraria nell'intento, una volta accertato che una *restitutio* può avvenire, di individuarne tutti i possibili contenuti»⁵⁹⁰. Il concorso di cui si parla nel passo attiene ad una azione reipersecutoria e a un'azione penale. La peculiarità del passo riguarda particolarmente la circostanza che in esso il giudice fosse chiamato a compiere un'*aestimatio* del deterioramento riportato dalla *res*, in sede della sua *restitutio*: si doveva, tuttavia, tenere conto della possibilità, pur concessa al proprietario della *res* danneggiata di agire *ex lege Aquilia* in relazione al deterioramento medesimo. Infatti, «Ulpiano aggiunge, citando Labeone, che il giudice» della rivendica non avrebbe dovuto «procedere alla valutazione del danno», qualora l'attore non avesse prestato «la *cautio se lege Aquilia non acturum*»⁵⁹¹. Come è

... *restitui*), ampia parte della critica ha inteso estendere lo stesso giudizio anche al periodo indicato. V. G. VON BESELER, *Miscellanea*, in ZSS, XLIV, 1924, 367; P. VOCI, *Risarcimento e pena nel diritto romano classico*, Milano, 1939, 127; L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, cit., 234. Come nota M. DE SIMONE, *'Litis aestimatio' e 'actio pigneraticia in rem'*, cit., 66, nt. 154, «quanto *deterior homo factus est* è tuttavia criterio testimoniato anche in D. 6.1.27.2 ed è compatibile con il tipo di azione intentata». In generale sul testo v. anche P. VOCI, *Azioni penali e azioni miste*, in SDHI, LXIV, 1998; S. SCHIPANI, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'. Criteri di imputazione e problema della 'culpa'*, Torino, 1969, 99 ss.; M. KASER, *Nochmals über Besitz und Verschulden bei den 'actiones in rem'*, in ZSS, XCVIII, 1981, 120 ss.; M. WIMMER, *Besitz und Haftung des Vindikationsbeklagten*, Köln – Weimar, 1995, 87 ss.

⁵⁹⁰ V. M. DE SIMONE, *'Litis aestimatio' e 'actio pigneraticia in rem'*, cit., 65 s.

⁵⁹¹ A.M. GIOMARO, *'Cautiones iudiciales'*, cit., 178. Il riferimento alla *cautio* non è accettato da numerose voci nell'ambito della romanistica più o meno recente. Fra questi v. L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, cit., 65, 111 e 234; G. VON BESELER, *Miscellanea*, cit., 367; H. SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, II, *Römisches Privatrecht*, Berlin, 1928, 101. Maggiormente cauto si è mostrato M. KASER, *'Quanti ea res est'. Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römisches Recht*,

stato notato, posto che «lo stesso Ulpiano indica come criterio che il giudice doveva seguire nella individuazione della stima in denaro del danno causato dal deterioramento il *quanto deterior homo factus sit* e pone subito il problema del concorso con l'*actio legis Aquiliae*, azione con la quale *conveniri possessor possit* per rispondere dello stesso deterioramento»⁵⁹², il giurista, per evitare una doppia stima del danno, «propone allora (*unde quaeritur*) di condizionarne la stima, in sede di *arbitrium de restituendo* dell'azione reale, alla rinuncia compiuta dall'attore, sempre in questa sede, ad esperire l'*actio legis Aquiliae* e adduce a sostegno di questa soluzione l'opinione di Labeone, il quale indica nella prestazione di una *cautio lege Aquilia se non acturum* il mezzo attraverso cui realizzare in concreto tale remissione»⁵⁹³.

Come accennavo, risulta assai rilevante la citazione labeoniana in quanto potrebbe consentire di individuare la risalenza dell'utilizzo di siffatta *cautio* e forse la sua stessa origine nel pensiero di Labeone⁵⁹⁴, dimostrando al contempo laprovenienza eminentemente giurisprudenziale dell'impiego *apud iudicem* di questa stipulazione.

Mettendo a frutto lo spunto offerto dalla presenza della *actio legis Aquiliae*, non è inopportuno notare qui come appaiano interessanti, poi, due testi in cui l'*actio ex lege Aquilia* si poneva in possibile concorso con un'azione di buona fede. Così in

Gai. 10 *ad ed. provinc.* D. 19.2.25.1: *Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet, ut apud emptorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat: alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto.*

München, 1935, 37. In senso contrario v E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen*, II, 1, cit., 3 s.; P. VOGLI, *Risarcimento e Pena*, cit., 133; S. SCHIPANI, *Responsabilità*, cit., 26 ss.; A.M. GIOMARO, 'Cautiones iudiciales', cit., 177; G. NEGRI, voce *Concorso delle azioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv.*, III, Torino, 1989, cit., 261.

⁵⁹² M. DE SIMONE, 'Litis aestimatio' e 'actio pigneraticia in rem', cit., 66.

⁵⁹³ M. DE SIMONE, 'Litis aestimatio' e 'actio pigneraticia in rem', cit., 66.

⁵⁹⁴ È la proposta avanzata da A.M. GIOMARO, 'Cautiones iudiciales', cit., 178 ss.

Rileva, poi, il prosieguo del ragionamento condotto non dal medesimo giureconsulto, ma affidato alla voce di Paolo, relativo alle conseguenze derivanti dalla decisione del convenuto di non prestare la *cautio*; secondo Paolo, infatti, il convenuto sarebbe stato assolto e l'attore avrebbe potuto agire mediante l'azione *ex lege Aquilia*. V. Paul. 21 *ad ed.* D. 6.1.14: *Quod si malit actor potius legis Aquiliae actione uti, absolvendus est possessor. itaque electio actori danda est, non ut triplum, sed duplum consequatur.*

Nel passo gaiano si discetta del caso in cui il locatore, al di fuori delle *leges contractus*, avesse tagliato il bosco preso in locazione: egli poteva essere convenuto in giudizio mediante una pluralità di strumenti processuali: l'*actio legis Aquiliae*, l'*actio furtim caesarum*, l'interdetto *quod vi aut clam*, l'*actio locati*. Va ricordato come l'*actio locati* suonasse, secondo la condivisibile proposta palinogenetica di Mantovani⁵⁹⁵ come segue:

*C. Aquilius iudex esto. quod A. Agerius N. Negidium fundum quo de agitur locavit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet*⁵⁹⁶ *ex fide bona*⁵⁹⁷, *eius C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito.*

Si trattava dunque di un'azione di buona fede nella quale il contenuto della condanna era modellata sulla base del criterio della buona fede oggettiva; in forza dell'*interpretatio plenior* della quale era investito il giudice in un simile giudizio⁵⁹⁸, il giudice avrebbe dato corso alla condanna solo qualora l'attore *ex locato* avesse optato per l'azione di

⁵⁹⁵ D. MANTOVANI, *Le formule*, cit., 54.

⁵⁹⁶ Per una dizione diversa, v. Paul. 34 *ad ed.* D. 50.16.189: "*facere oportere*" *et hanc significationem habet, ut abstineat quis ab eo facto, quod contra conventionem fieret, et curaret ne fiat.*

⁵⁹⁷ D. MANTOVANI, *Le formule*, cit., 54, nt. 135, richiama alcune fonti da cui si desume la natura del giudizio; v. fra di esse, assolutamente lapidario, Gai 4.62: *Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae*; v. anche Paul. 5 *resp.* D. 19.2.54 pr.: *Quaero, an fideiussor conductionis etiam in usuras non illatarum pensionem nomine teneatur nec prosint ei constitutiones, quibus cavetur eos, qui pro aliis pecuniam exsolvunt, sortis solummodo damnum agnoscere oportere. Paulus respondit, si in omnem causam conductionis etiam fideiussor se obligavit, eum quoque exemplo coloni tardius illatarum per moram coloni pensionum praestare debere usuras: usurae enim in bonae fidei iudiciis etsi non tam ex obligatione proficiscantur quam ex officio iudicis applicentur, tamen, cum fideiussor in omnem causam se applicuit, aequum videtur ipsum quoque agnoscere onus usurarum, ac si ita fideiussisset: "in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse iubes?" vel ita: "indemnem me praestabis?"; v., infine, Cic. *off.* 3.70: *Nam quanti verba illa: UTI NE PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIM! quam illa aurea: UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE! Sed, qui sint "boni" et quid sit "bene agi," magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur EX FIDE BONA, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.**

⁵⁹⁸ Su tale peculiare *interpretatio* rimando al capitolo successivo.

buona fede ed avesse rinunciato ai rimanenti rimedi.
Analogamente deve dirsi per

Paul. 21 *ad ed.* Dig. 19.2.43: *Si vulneraveris servum tibi locatum, eiusdem vulneris nomine legis Aquiliae et ex locato actio est, sed alterutra contentus actor esse debet, idque officio iudicis continetur, apud quem ex locato agetur.*

Come si rileva dalla semplice lettura del testo, anche la fattispecie esaminata da Paolo attiene al possibile concorso tra un'*actio locati* ed un'*actio legis Aquiliae*, trattandosi dell'ipotesi del ferimento di uno schiavo dato in locazione. Paolo affermava che era necessario operare una scelta tra le due azioni, e ciò rientrava nell'*officium* del giudice presso il quale si svolgeva la fase *apud iudicem* del processo intentato con l'*actio ex locato*⁵⁹⁹. Dunque anche in questo caso si faceva riferimento all'*officium* spettante al giudice nell'ambito di un *iudicium bonae fidei*, derivante, naturalmente dalla peculiare interpretazione giurisprudenziale della clausola *oportere ex fide bona*.

È bene ora dedicare la nostra attenzione ad un caso di concorso tra l'ormai solita *actio legis Aquiliae* ed un'azione *in rem* modellata, come è noto, sul paradigma della *rei vindicatio*, vale a dire l'*hereditatis petitio*⁶⁰⁰. Si

⁵⁹⁹ Il passo ha conosciuto una critica a dir poco spietata. A fronte di chi come G. VON BESELER, *Miscellanea*, cit., 369, non ha esitato ad espungere tutte le parole da *idque* fino al termine del passo, altri (tra cui E. LEVY, *Die Konkurrenz*, II, cit., 45 ss.) hanno compiuto una ricostruzione meno radicale, ma comunque fortemente critica rispetto all'inciso relativo all'*officium iudicis*, che sarebbe stato un'inserzione di natura giustiniana, riferendosi alla posizione del giudice in quello specifico assetto processuale e non mai a quello del diritto romano classico.

⁶⁰⁰ Ripropongo l'ipotesi ricostruttiva avanzata da D. MANTOVANI, *Le formule*, cit., 39: *C. Aquilius iudex esto. Si paret hereditatem P. Maevi ex iure Quiritium a. Agerii esse neque ea res arbitrio C. Aquilii iudicis A. Agerio restituetur quanti ea res erit, tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negerium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito; la natura arbitraria dell'azione, che Mantovani accoglie certamente, si desumerebbe da Gai. 6 *ad ed. provinc.* D. 5.3.10.1: *Itaque qui ex asse vel ex parte heres est, intendit quidem hereditatem suam esse totam vel pro parte, sed hoc solum ei officio iudicis restituitur quod adversarius possidet, aut totum, si ex asse sit heres, aut pro parte ex qua heres est; Paul. 20 ad ed. D. 5.3.34.1: Si servus vel filius familias res hereditarias teneat, a patre dominove peti hereditas potest, si facultatem restituendarum rerum habet. certe si pretium rerum hereditariarum venditarum in peculio servi habeat, et Iulianus existimat posse a domino quasi a iuris possessore hereditatem peti; Paul. 20 ad ed. D. 5.3.36.1: Sed et a filio familias peti hereditatem posse non est dubium, quia restituendi facultatem habet, sicut ad exhibendum. multo magis dicimus posse peti hereditatem a filio familias, qui, cum pater**

tratta della fattispecie ricordata da Paolo in un frammento estratto dal suo ventesimo commentario all'editto.

Paul. 20 *ad ed.* D. 5.3.36.2: *Si possessor hereditarium servum occiderit, id quoque in hereditatis petitione veniet: sed Pomponius ait actorem debere eligere, utrum velit sibi eum condemnari, ut caveat se non acturum lege Aquilia, an malit integram sibi esse actionem legis Aquiliae ommissa eius rei aestimatione a iudice. quae electio locum habet, si ante aditam hereditatem occisus sit servus: nam si postea, ipsius actio propria effecta est nec veniet in hereditatis petitionem.*

La fattispecie concreta è la seguente. Il possessore, evidentemente non erede, in un momento antecedente rispetto all'*aditio hereditatis*, aveva cagionato la morte di un servo ereditario; contro il possessore si potevano esperire due rimedi. In primo luogo proprio la solita *actio legis Aquiliae* per il danneggiamento consistente nell'uccisione del servo; in secondo luogo, secondo quella che pare essere l'opzione ermeneutica preferibile agli occhi del giurista⁶⁰¹, che si appoggia all'autorità di Pomponio, del quale richiama un'opinione conforme, del danneggiamento si sarebbe dovuto tenere conto in sede di *aestimatio* nell'ambito dell'*hereditatis petitio*, in forza del meccanismo, già visto in precedenza, della clausola restitutoria⁶⁰². Dalla lettura del passo sembra di potersi evincere che all'attore fosse rimessa la scelta tra la condanna del possessore in rivendica con il computo del danno subito dall'eredità medesima ovvero, qualora egli preferisse agire con l'*actio legis Aquiliae*, conservasse tale possibilità esigendo, tuttavia, «che il giudice della rivendica» omettesse «di

familias esset et possideret hereditatem, adrogandum se praestavit; Iav. 1 ex Plaut. D. 5.3.44: Cum is, qui legatum ex testamento percepit, hereditatem petit, si legatum quocumque modo redditum non sit, iudicis officio continetur, ut victori deducto eo quod accepit restituatur hereditas.

⁶⁰¹ V. A.M. GIOMARO, 'Cautiones iudiciales', cit., 182, secondo la quale questa «sembrerebbe essere la migliore soluzione, o, per lo meno, la più immediata, in quanto viene espressa per prima, avvalorata anche dall'espresso richiamo all'opinione di Pomponio».

⁶⁰² Cui accedeva, qualora il convenuto non avesse dato corso all'invito rivoltogli dal giudice, la stima della *res* in relazione alla quale si agiva in rivendica operata mediante il *iusiurandum in litem*, ossia il giuramento con il quale colui che era riconosciuto proprietario dalla *pronuntiatio de iure* esprimeva, seppur sotto la forma sacramentale, il valore della cosa che avrebbe determinato l'ammontare della condanna.

pronunciarsi in ordine al fatto dell'uccisione dello schiavo»⁶⁰³.

È evidente che qualora l'erede-attore avesse scelto la prima opzione, quella – peraltro – preferita dallo stesso Pomponio, egli avrebbe dovuto a prestare la *cautio* con la quale rinunciava all'esercizio dell'*actio legis Aquiliae* (*ut caveat se non acturum lege Aquilia*). Certo, la lettura del passo non deve far ritenere «che all'attore dovesse essere conferito un pieno potere in ordine alla *cautio*»: non va dimenticato come questa fosse, e sia sempre rimasta, «esclusivamente di iniziativa del giudice, nel senso che solo il giudice» poteva «ammetterla con quei particolari effetti nel corso del procedimento davanti a lui»⁶⁰⁴.

Fuori dalle ipotesi di *exceptio doli* e dell'*arbitratus de restituendo*, secondo la Giomaro si verserebbe nell'ambito di applicazione dell'*officium iudicis*, soprattutto a mente del celeberrimo inciso gaiano che già abbiamo incontrato e sul quale indugeremo ancora tra breve. Sul punto, tuttavia, credo sia necessario seguire la stringente esegesi offerta da Carcaterra secondo il quale l'*officium iudicis*, nei *iudicia bonae fidei*, risultava più ampio in relazione alla formulazione dei *verba* e non tanto in forza di una libertà pressoché illimitata, quasi di carattere normativo⁶⁰⁵, accordata dalla *conceptio verborum* al giudice.

E così dunque, la stessa studiosa ricorda come, pur sembrandole che alcuni dei testi richiamati possano spiegarsi solo in forza della dottrina proculeiana richiamata nel passo delle *Institutiones* veronesi, che limitava «il potere del giudice alla mera trasposizione in termini pratici delle premesse astratte delle formule»⁶⁰⁶, sia stata la teoria sabiniana ad avere la meglio ad imporre una notevole libertà nell'attività del giudice, libero di modificare, in forza del suo *officium* la natura dei fatti posti innanzi a sé e le conseguenze giuridiche che ne derivavano fino ad arrivare – mi sembra di poter dire – a sovvertire la struttura stessa della *formula*.

Restando saldamente ancorati ai testi, una testimonianza 'conclusiva' da prendere in considerazione secondo la Giomaro a tal

⁶⁰³ A.M. GIOMARO, '*Cautiones iudiciales*', cit., 183.

⁶⁰⁴ A.M. GIOMARO, '*Cautiones iudiciales*', cit., 183.

⁶⁰⁵ *Contra*, naturalmente, A.M. GIOMARO, '*Cautiones iudiciales*', cit., 262, secondo cui «si deve concludere che anche per quanto riguarda le *cautiones iudiciales* nell'opinione dei sabiniani la discrezionalità del giudice avrebbe avuto modo di esplicitarsi in tutti i *iudicia*, e non soltanto in quelli nei quali la *formula* stessa conferiva al giudice in un modo o nell'altro un potere discrezionale».

⁶⁰⁶ A.M. GIOMARO, '*Cautiones iudiciales*', cit., 262.

proposito, è «il famoso»⁶⁰⁷ passo gaiano tratto dal quarto *Commentario*. Eccone il testo

Gai 4.114: *Superest, ut dispiciamus, si ante rem iudicatam is, cum quo agitur, post acceptum iudicium satisfaciat actori, quid officio iudicis conueniat, utrum absolvere an ideo potius damnare, quia iudicii accipiendi tempore in ea causa fuerit, ut damnari debeat. Nostri praeceptores absolvere eum debere existimant; nec interesse, cuius generis sit iudicium. et hoc est, quod uolgo dicitur Sabino et Cassio placere omnia iudicia absolutoria esse. Diversae scholae auctoribus de strictis iudiciis contra placuit de bonae fidei autem iudiciis idem sentiunt, quia in eiusmodi iudiciis liberum est officium iudicis. tantumdem et de in rem actionibus putant, quia formulae uerbis id ipsum exprimatur [...] quibus ... petetur et ad ... interdum enim ... sunt etiam in personam tales actiones in quibus exprimitur ... actori qu [...] paratus ad actoris [...] actum fuerit*⁶⁰⁸.

Nel brano, dalla sostanza genuina, se «pur gravemente danneggiato»⁶⁰⁹, come è noto, si discutono le conseguenze del «dilemma

⁶⁰⁷ A.M. GIOMARO, 'Cautiones iudiciales', cit., 260.

⁶⁰⁸ FIRA, II², 176.

⁶⁰⁹ Così C. BUZZACCHI, 'Omnia iudicia absolutoria'. Il fecondo paradosso del processo civile romano, in *Il giudice provato nel processo civile romano*, I., 5. La studiosa ricorda ed aderisce, ritenendola «verosimile», alla proposta ricostruttiva di P. KRÜGER - G. STUEMUND, *Gai Institutiones*, Berolini, 1884, 184, per cui il testo dovrebbe essere restituito come segue: dopo la frase celebre *omnia iudicia absolutoria esse*, si sarebbe dovuto trovare *diversae scholae auctoribus de stricti iudiciis contra placuisse*; poi, dopo il verbo *exprimatur*, si sarebbe trovato *ita demum reum condemnandum esse, nisi arbitrato iudicis rem restituerit*; infine, dopo *exprimiutr ut arbiter iudex, quomodo reus satisfacere debeat actori quominus condemnetur*. Con livevi differenze, si veda la ricostruzione di D. MANTOVANI, *Le formule*, cit., 164, per cui il testo si dovrebbe leggere *Superest, ut dispiciamus, si ante rem iudicatam is, cum quo agitur, post acceptum iudicium satisfaciat actori, quid officio iudicis conueniat, utrum absolvere an ideo potius damnare, quia iudicii accipiendi tempore in ea causa fuerit, ut damnari debeat. nostri praeceptores absolvere eum debere existimant; nec interesse, cuius generis sit iudicium. et hoc est, quod uolgo dicitur Sabino et Cassio placere omnia iudicia absolutoria esse. Diversae scholae auctoribus de strictis iudiciis contra placuit de bonae fidei autem iudiciis idem sentiunt, quia in eiusmodi iudiciis liberum est officium iudicis. tantumdem et de in rem actionibus putant, quia formulae uerbis id ipsum exprimatur ita demum reum condemnandum esse, nisi arbitrato iudicis rem restituerit [...] quibus ... petetur et ad ... interdum enim ... sunt etiam in personam tales actiones in quibus exprimitur ut arbitretur iudex quomodo reus satisfacere debeat actori quominus condemnetur [...] paratus ad actoris [...] actum fuerit*.

del giudice privato in sede di giudizio nel processo formulare»⁶¹⁰, costituito dalla *solutio*, effettuata *post litem contestatam*⁶¹¹. È sicuramente vero che «il punto di vista sulla *satisfatio post litem contestatam* è squisitamente processuale», dal momento che «Gaio sta riferendo il pensiero si Sabiniani e Proculiani su quale sia il compito del *iudex*»⁶¹². Come è stato osservato, «la *solutio* dà luogo ad una modificazione dei termini della lite fissati nella *litis contestatio*» ed in quanto tale essa non dovrebbe dare luogo ad alcuna «ripercussione sull'andamento del giudizio»⁶¹³.

Ad emendare le conseguenze inique che si sarebbero dovute trarre dalla logica stretta del processo formulare, ossia la condanna del soggetto che avesse dato corso all'adempimento, la giurisprudenza intervenne nei limiti del possibile, ossia attribuendo in una logica del tutto coerente con quanto si è visto in tema di clausola restitutoria, «al giudice una certa ampiezza di discrezionalità nella valutazione del fatto»⁶¹⁴. È vero anche che entrambe le *sectae* giustificano la propria tesi «sulla medesima base, ossia i *iudicia*, la *formula* e le sue clausole, che il giudice privato trova come istruzione da seguire nel suo concreto operare»⁶¹⁵.

Ed ecco che per i sabiniani, si dice, *omnia iudicia absolutoria esse*, principio espresso con una portata potenzialmente assai vasta, dal momento che «non importa di che genere sia il giudizio»⁶¹⁶, mentre per i Proculiani, che appaiono più ancorati alla logica formale delle *formulae*, la *solutio post litem contestatam* poteva avere effetti sulla lite in corso qualora nella *formula* vi fosse un preciso aggancio cui ancorare una costruzione giuridica volta a garantire al giudice una maggiore discrezionalità nella valutazione fattuale della lite. In tal modo, accogliendo la ricostruzione del passo proposta da Mantovani, che in una lacuna del testo legge la frase *ita demum reum condemnandum esse nisi arbitrato iudicis rem restituerit*⁶¹⁷, si sarebbe potuto operare con le *azioni in rem* dotate di formula arbitraria⁶¹⁸,

⁶¹⁰ Tale lo definisce C. BUZZACCHI, 'Omnia iudicia absolutoria', cit., 6.

⁶¹¹ Si tratta naturalmente della soddisfazione dell'attore dopo la *litis contestatio*, ossia *post acceptum iudicium*, ma prima della sentenza, ossia *ante rem iudicatam*.

⁶¹² C. BUZZACCHI, 'Omnia iudicia absolutoria', cit., 9.

⁶¹³ A.M. GIOMARO, 'Cautiones iudiciales', cit., 261.

⁶¹⁴ A.M. GIOMARO, 'Cautiones iudiciales', cit., 261.

⁶¹⁵ C. BUZZACCHI, 'Omnia iudicia absolutoria', cit., 9.

⁶¹⁶ Così C. BUZZACCHI, 'Omnia iudicia absolutoria', cit., 6.

⁶¹⁷ Così D. MANTOVANI, *Le formule*, cit., 164.

⁶¹⁸ Il luogo per eccellenza dell'impiego delle *cautiones iudiciales* sarebbe da

vedere, secondo la condivisibile osservazione di A.M. GIOMARO, *'Cautiones iudiciales'*, cit., 258, proprio nella *reivindicatio*; vengono in particolare rilievo, secondo questa autrice (A.M. GIOMARO, *'Cautiones'*, cit., 258, nt. 56), la *cautio de restituendo* e la *cautio de persequendo servo*. Al di fuori delle ipotesi di rivendica, si deve pensare, seguendo ancora il pensiero della studiosa (A.M. GIOMARO, *'Cautiones iudiciales'*, cit., 259, nt. 26), al caso della *cautio de restituendo* nell'ambito di una *vindicatio pignoris* (ricordata in Marc. *l.s. ad form. hypoth.* D. 20.1.16.3: *In vindicatione pignoris quaeritur, an rem, de qua actum est, possideat is cum quo actum est. nam si non possideat nec dolo fecerit quo minus possideat, absolvi debet: si vero possideat et aut pecuniam solvat aut rem restituat, aequè absolvendus est: si vero neutrum horum faciat, condemnatio sequetur. sed si velit restituere nec possit (forte quod res abest et longe est vel in provinciis), solet cautionibus res explicari: nam si caveret se restitutum, absolvitur. sin vero dolo quidem desiit possidere, summa autem ope nisus non possit rem ipsam restituere, tanti condemnabitur, quanti actor in litem iuraverit, sicut in ceteris in rem actionibus: nam si tanti condemnatus esset, quantum deberetur, quid proderat in rem actio, cum et in personam agendo idem consequeretur?; in Ulp. 11 ad ed. D. 4.2.14.11: *Quid si homo sine dolo malo et culpa eius, qui vim intulit et condemnatus est, periit? in hoc casu a rei condemnatione ideo relaxabitur, si intra tempora iudicati actionis moriatur, quia tripli poena propter facinus satisfacere cogitur. pro eo autem, qui in fuga esse dicitur, cautio ab eo extorquenda est, quatenus et persequatur et omnimodo eum restituat: et nihilominus in rem vel ad exhibendum vel si qua alia ei competit actio ad eum recipiendum integra ei qui vim passus est servabitur, ita ut, si dominus eum quoquo modo receperit, is qui ex stipulatione convenitur exceptione tutus fiat. haec si post condemnationem: si autem ante sententiam homo sine dolo malo et culpa mortuus fuerit, tenebitur, et hoc fit his verbis edicti "neque ea res arbitrio iudicis restituatur". ergo si in fuga sit servus sine dolo malo et culpa eius cum quo agetur, cavendum est per iudicem, ut eum servum persecutus reddat. sed et si non culpa ab eo quocum agitur aberit, si tamen peritura res non fuit, si metum non adhibuisset, tenebitur reus: sicut in interdico unde vi vel quod vi aut clam observatur. itaque interdum hominis mortui pretium recipit, qui eum venditurus fuit, si vim passus non esset; si parla di un'ipotesi di *actio metus* con relativa *cautio de persequendo servo*; in diversi testi, si mette in relazione la *cautio indemnitas* con l'*actio familiae erciscundae*: tra tutti valga ricordare Ulp. 19 ad ed. D. 10.2.16 pr.: *Et puto officio iudicis contineri, ut, si volent heredes a communione usus fructus discedere, morem eis gerat cautionibus interpositis*; Ulp. 19 ad ed. D. 10.2.20.5: *Papinianus ait, si uni ex heredibus onus aeris alieni iniungatur citra speciem legati, officio iudicis familiae erciscundae cognoscentis suscipere eum id oportere, sed non ultra dodrantem portionis suae, ut quadrantem illibatum habeat: indemnes igitur coheredes suos praestare cavebit*; Paul. 23 ad ed. D. 10.2.25.10 *Contra si promissor viae decesserit pluribus heredibus institutis, nec dividitur obligatio nec dubium est quin duret, quoniam viam promittere et is potest, qui fundum non habet. igitur quia singuli in solidum tenentur, officio iudicis cautiones interponi debere, ut, si quis ex his conventus litis aestimationem praestiterit, id pro parte a ceteris consequatur*; Paul. 23 ad ed. D. 10.2.25.13: *Idem iuris est in pecunia promissa a testatore, si sub poena promissa sit: nam licet haec obligatio dividatur per legem duodecim tabularum, tamen quia nihilum prodest ad poenam evitandam partem suam solvere, sive nondum soluta est pecunia nec dies venit, prospiciendum est per cautionem, ut de indemnitate caveat per quem factum fuerit, ne omnis pecunia solveretur, aut ut caveat se ei qui solidum solverit partem praestaturum: sive etiam solvit unus universam pecuniam quam defunctus promittit, ne poena committeretur, familiae erciscundae iudicio a coheredibus partes recipere poterit*; Pom. 6 ad Sab. D. 10.2.42: *Si ita legatum fuerit uni ex heredibus: "quod mihi debet, praecipito", officio iudicis familiae erciscundae continetur, ne ab eo coheredes exigant: nam et si quod alius deberet praecipere unus iussus fuerit, officio iudicis actiones ei praestari debebunt pro portione***

nelle formule di buona fede, grazie alla ampiezza dell'interpretazione all'*interpretatio plenior*⁶¹⁹ cui era tenuto il giudice in tali giudizi⁶²⁰, nel caso in cui fosse stata inserita nella formula un'*exceptio doli*⁶²¹, e più in generale

coheredis; in tema di *petitio hereditatis* con l'inserimento di una *cautio indemnitis*, v. Afr. 2 *quaest.* D. 30.107 pr.: *Si a pluribus heredibus legata sint eaque unus ex his praecipere iubeatur et praestare, in potestate eorum, quibus sit legatum, debere esse ait, utrumne a singulis heredibus petere velint an ab eo, qui praecipere sit iussus: itaque eum qui praecipere iussus est cavere debere coheredibus indemnes eos praestari*; ovvero con l'inserimento di una *cautio remissionis*; v. Paul. 20 *ad ed.* D. 5.3.36.2: *Si possessor hereditarium servum occiderit, id quoque in hereditatis petitione veniet: sed Pomponius ait actorem debere eligere, utrum velit sibi eum condemnari, ut caveat se non acturum lege Aquilia, an malit integram sibi esse actionem legis Aquiliae ommissa eius rei aestimatione a iudice. quae electio locum habet, si ante aditam hereditatem occisus sit servus: nam si postea, ipsius actio propria effecta est nec veniet in hereditatis petitionem.*

⁶¹⁹ È la tesi, che mi pare interessantissima, di Carcaterra, su cui più ampiamente nel prossimo capitolo.

⁶²⁰ Su cui v. il capitolo successivo.

⁶²¹ Su questo aspetto tornerò in seguito; per ora mi limito ad indicare i testi più interessanti. Ad esempio con riferimento alla *cautio ad actiones praestandas*, sembra di doversi concludere che essa potesse essere richiesta dal giudice solo qualora nella formula indirizzata allo stesso fosse presente una *exceptio doli*, in forza della quale si sarebbe potuto richiedere, su indicazione della parte a ciò interessata, la cauzione alla controparte. Ciò si desume da Pap. 8 *quaest.* D. 21.2.65: *Rem hereditariam pignori obligatam heredes vendiderunt et evictionis nomine pro partibus hereditariis sponponderunt: cum alter pignus pro parte sua liberasset, rem creditor evicit: quaerebatur an uterque heredum conveniri possit? idque placebat propter indivisam pignoris causam. nec remedio locus esse videbatur, ut per doli exceptionem actiones ei qui pecuniam creditori dedit praestarentur, quia non duo rei facti proponerentur. sed familiae herciscundae iudicium eo nomine utile est: nam quid interest, unus ex heredibus in totum liberaverit pignus an vero pro sua dumtaxat portione? cum coheredis negligentia damnosa non debet esse alteri.* Dal testo – in tema di vendita di una cosa facente parte di una comunione ereditaria che era stata data in pegno e successivamente evitto – si desume come Papiniano negasse a colui che *pignus pro parte sua liberavit* il rimedio della cessione delle azioni e che tale rimedio sarebbe stato possibile solo *per doli exceptionem*; si legga pure Pap. 2 *resp.* D. 27.3.20.1: *Non idcirco actio, quae post viginti quinque annos aetatis intra restitutionis tempus adversus tutorem minore pecunia tutelae iudicio condemnatum redditur, inutilis erit, quod adulescenti curatores ob eam culpam condemnati sunt: itaque si non iudicatum a curatoribus factum est, per doli exceptionem curatores consequi poterunt eam actionem praestari sibi*; in esso si dice che l'azione sarà ceduta ai curatori nel corso del procedimento *pro iudicato* contro di essi tramite, anche in questo caso, un'eccezione di dolo (si tratta di un inserimento, come dirò in seguito, che venne ritenuto giustiniano da diversi autori – fra tutti G. VON BESELER, *Beiträge*, III, cit., 188 – ma che fu difeso da V. ARANGIO-RUIZ, *L' 'exceptio' in diminuzione della condanna*, cit., 1974, 253, nt. 2); in Iul. 5 *ex Minic.* D. 24.1.39 (*Vir uxori pecuniam cum donare vellet, permisit ei, ut a debitore suo stipuletur: illa cum id fecisset, priusquam pecuniam auferret, divortium fecit: quaero, utrum vir eam summam petere debeat an ea promissione propter donationis causam actio nulla esset. respondi inanem fuisse eam stipulationem. sed si promissor mulieri ignorans solvisset, si quidem pecunia exstat, vindicare eam debitor potest: sed si actiones suas marito praestare*

nelle azioni *in personam* ove vi fosse un qualche accenno all'*officium iudicis*⁶²². A me sembra utile osservare come si possa considerare che in genere nell'orbita dell'azione del giudice andassero distinte due grandi sfere entro le quali si muoveva il potere consegnato al giudice privato. Da

paratus est, doli mali exceptione se tuebitur ideoque maritus hanc pecuniam debitoris nomine vindicando consequetur. sed si pecunia non exstat et mulier locupletior facta est, maritus eam petet: intellegitur enim ex re mariti locupletior facta esse mulier, quoniam debitor doli mali exceptione se tueri potest) – fattispecie in cui, avvenuto il divorzio, «la stipulazione con cui, consenziente il marito, la donna si sia fatta promettere dal debitore di lui la somma che era dovuta al marito stesso risulta *inanis*: il debitore *ignorans* che abbia pagato alla donna può *vindicare*, ovvero, se è disposto a ciò, cedere al marito questa sua azione contro la donna, una volta che sia convenuto in giudizio dal marito stesso a causa del debito» (così A.M. GIOMARO, '*Cautiones iudiciales*', cit., 257) – ancora una volta assume rilevanza essenziale la presenza dell'*exceptio doli* perché si potesse far luogo alla *cautio*. A.M. GIOMARO, '*Cautiones*', cit., 258 non ritiene «di per sé sufficienti» i testi indicati per «concludere che sempre ed in ogni caso, sia per quanto riguarda in particolare la *cautio cedendarum actionum*, sia per quanto riguarda gli altri tipi di *cautiones iudiciales*, il sistema della promessa-garanzia possa essere sollecitato dal giudice soltanto come conseguenza dei poteri a lui conferiti in generale da un'eccezione di dolo»; a me sembra che comunque i testi suffraghino l'idea per cui l'imposizione della *cautio* necessitava di una clausola formulare in grado di consentire alla giurisprudenza di operare in termini estensivi.

⁶²² A.M. GIOMARO, '*Cautiones*', cit., 261. Tra queste si potrebbero includere i casi, quali quello in tema di consumazione dell'azione attuata senza il riferimento ad una specifica *cautio* in Paul. *l.S. de concurr. act.* D. 44.7.34 pr.: *Qui servum alienum iniuriose verberat, ex uno facto incidit et in Aquiliam et in actionem iniuriarum: iniuria enim ex affectu fit, damnum ex culpa et ideo possunt utraeque competere. sed quidam altera electa alteram consumi. alii per legis Aquiliae actionem iniuriarum consumi, quoniam desiit bonum et aequum esse condemnari eum, qui aestimationem praestitit: sed si ante iniuriarum actum esset, teneri eum ex lege Aquilia. sed et haec sententia per praetorem inhibenda est, nisi in id, quod amplius ex lege Aquilia competit, agatur. rationabilius itaque est eam admitti sententiam, ut liceat ei quam voluerit actionem prius exercere, quod autem amplius in altera est, etiam hoc exsequi*, ove il riferimento può certamente essere quello della *condemnatio in bonum et aequum*, dal momento che tale era la *condemnatio* dell'*actio iniuriarum* della quale parla il giurista, in forza della quale «la pronuncia del giudice può fondarsi oltre che sui dati di fatto e di diritto che gli sono proposti nello schema della *formula* anche all'occorrenza, su considerazioni di tutt'altro tipo» (così A.M. GIOMARO, '*Cautiones*', cit., 263). Nel testo non si fa alcuna menzione ad una *cautio remissionis*, pur apparendo probabile che la consumazione dell'azione sarebbe derivata dall'analoga valorizzazione giurisprudenziale di un elemento formulare; in tema di consumazione della *condictio*, abbiamo visto che l'interpretazione giurisprudenziale può aver fatto perno su diversi vocaboli formulari, corrispondenti ad altrettanti istituti (*restituere, arbitrium iudicis*; v. Pomp. 6 *ad Sab.* D. 47.2.9.1: *Sed si eam a fure vindicassem, condictio mihi manebit. sed potest dici officio iudicis, qui de proprietate cognoscit, contineri, ut non aliter iubeat restitui, quam si conductionem petitor remitteret: quod si ex conductione ante damnatus reus litis aestimationem sustulerit, ut aut omnimodo absolvat reum aut [quod magis placet], si paratus esset petitor aestimationem restituere nec restituetur ei homo, quanti in litem iurasset, damnaretur ei possessor*).

una parte v'era indubbiamente la valutazione del fatto, dell'apprezzamento che dello stesso il giudice doveva maturare al fine di poter procedere alla pronunzia della sentenza. Dall'altra, le condizioni fattuali proprie delle differenti fattispecie conducevano al necessario approfondimento di questioni tecniche che, esulando dalla mera verifica della rispondenza al vero dei presupposti sostanziali e processuali versati nell'*intentio* e nelle *exceptiones* (che, è appena il caso di notarlo, ridondavano nel novero delle valutazioni di fatto), reclamavano l'interesse della giurisprudenza; è evidente, tuttavia, che le soluzioni proposte dai giuristi, anche ove non facessero parte del *ius controversum*, avrebbero dovuto essere calate nella realtà processuale mediante la verifica fattuale degli elementi in forza dei quali il giurista aveva espresso la propria *ratio decidendi* (che era per propria natura astratta): ancora una volta veniva in considerazione la discrezionalità del giudice, relativa al suo libero convincimento nella valutazione a tutto campo delle circostanze, provata in modo chiaro dal passo relativo alla *verberatio* del *servus*⁶²³, sul quale, ribadisco, è necessario seguire l'esegesi di Silvia Viaro.

Il brano gaiano, che non contiene un riferimento esplicito alle *cautiones* imposte del giudice, secondo la Giomaro, lascia intendere comunque che grazie all'interpretazione dell'*officium iudicis*, anche quando non vi fosse una clausola formulare quale la menzione della buona fede o l'*arbitratus de restituendo* – da intendersi non tanto quale

⁶²³ Lo richiamo per comodità, ricordando anche la proposta palinogenetica di Mantovani: Ulp. 57 *ad ed.* D. 47.10.17.4: *Cum servus iniuriam facit, maleficium eum admittere palam est: merito igitur sicuti ex ceteris delictis, ita et ex hoc iniuriarum noxalis actio datur. sed in arbitrio domini est, an velit eum verberandum exhibere, ut ita satisfiat ei qui iniuriam passus est: neque erit necesse domino utique eum verberandum praestare, sed dabitur ei facultas praestare ei servum verberandum aut, si de eo verberibus satis non fiat, noxae dedendum vel litis aestimationem sufferendam.* 5. *Ait praetor "arbitratu iudicis": utique quasi viri boni, ut ille modum verberum imponat.* 6. *Si ante iudicem dominus verberandum servum exhibuerit, ut satis verberibus ei fieret, et erit factum arbitratu alicuius, postea actor agere iniuriarum perseverat, non est audiendus: qui enim accepit satisfactionem, iniuriam suam remisit. nam et si nuda voluntate iniuriam remisit, indubitate dicendum est extinguere iniuriarum actionem non minus, quam si tempore abolita fuerit iniuria; C. Aquilius iudex esto. Quod a. Agerio pugno mala percussa est a Stichum N. Negidii ervodolove malo Stichum servi factum est ut percuteretur, quantum ob eam rem bonum et aequum C. Aquilio iudici videbitur N. Negidium A. Agerio condemnari aut noxae dedere, nisi N. Negidius Stichum servum arbitratu C. Aquilii iudicis verberandum exhibebit, tantam pecuniam dumtaxat sestertium X milia aut Stichum servum noxae dedere C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absoluto.*

riconoscimento al giudice di un'indiscriminata sfera di poteri di natura quasi 'normativa', quanto, piuttosto come lo spiraglio offerto alla giurisprudenza – l'analisi tecnica e l'indirizzo scientifico cui doveva conformarsi l'*officium iudicis*, ove esso coinvolgesse la risoluzione di quesiti giuridici, spettasse al magistero giurisprudenziale che interpretava il concetto stesso di *officium iudicis* e determinava tutto ciò che in esso era possibile ricomprendere. Credo di allontanarmi parzialmente in ciò dalla posizione assunta dalla Giomaro. La studiosa, commentando il passo gaiano, osservava che «si deve concludere che anche per quanto le *cautiones iudiciales* nell'opinione dei Sabiniani la discrezionalità del giudice avrebbe avuto modo di esplicitarsi in tutti i *iudicia* e non soltanto in quelli nei quali la *formula* stessa conferiva al giudice in un modo o nell'altro un certo potere discrezionale», pur osservando come alcuni dei casi si spieghino assai bene solo alla luce della teoria proculiana. Tuttavia, operando un rapido sondaggio sulle fonti che la stessa utrice allinea in tema di *cautiones iudiciales* appare come in un numero nutrito di casi⁶²⁴ le

⁶²⁴ Osservo, infatti, che ponendo in esame le *cautiones iudiciales* che l'autrice prende in considerazione nella propria, si riscontra un numero di casi molto rilevante nei quali le cauzioni venivano imposte in relazione a formule che contenevano clausole idonee a supportare e consentire l'interpretazione giurisprudenziale. Ad esempio in tema di *cautio de restituendo*, è possibile citare casi in cui la *cautio* veniva in considerazione in relazione a formule di buona fede: così in relazione all'*actio mandati* (Pomp. 11 *ad Sab.* D. 13.6.13 pr.: *Is qui commodatum accepit si non apparentis rei nomine commodati condemnatur, cavendum ei est, ut repertam dominus ei praestet*); in relazione all'*actio depositi* (si legga, Paul. 18 *ad ed.* D. 16.3.20: *Si sine dolo malo rem depositam tibi amiseris, nec depositi teneris nec cavere debes, si deprehenderit eam reddi: si tamen ad te iterum pervenerit, depositi teneris*); con riferimento alla *cautio de fuga servi*, diversi casi concernono l'azione di vendita (che, come ben si sa, era azione di buona fede); così si leggano Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.2.14.5 (*Aliquando tamen et si metus adhibitus proponatur, arbitrium absolutionem adfert. quid enim si metum quidem Titius adhibuit me non conscio, res autem ad me pervenit, et haec in rebus humanis non est sine dolo malo meo: nonne iudicis officio absolvar? aut si servus in fuga est, aequae, si cavero iudicis officio me, si in meam potestatem pervenerit, restitutum, absolvi debebo. unde quidam putant bona fide emptorem ab eo qui vim intulit comparantem non teneri nec eum qui dono accepit vel cui res legata est. sed rectissime viviano videtur etiam hos teneri, ne metus, quem passus sum, mihi captiosus sit. Peditius quoque libro octavo scribit arbitrium iudicis in restituenda re tale esse, ut eum quidem qui vim admisit iubeat restituere, etiamsi ad alium res pervenit, eum autem ad quem pervenit, etiamsi alius metum fecit: nam in alterius praemium verti alienum metum non oportet*); Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.8.10 (*Proinde si tibi mandavi, ut hominem emerem, tuque emisti, teneberis mihi, ut restituas. sed et si dolo emere neglexisti (forte enim pecunia accepta alii cessisti ut emeret) aut si lata culpa (forte si gratia ductus passus es alium emere), teneberis. sed et si servus quem emisti fugit, si quidem dolo tuo, teneberis, si dolo non intervenit nec culpa, non teneberis nisi ad hoc, ut caveas, si in potestatem tuam pervenerit, te restitutum. sed et si restituas, et tradere debes. et si cautum est de evictione*

vel potes desiderare, ut tibi caveatur, puto sufficere, si mihi hac actione cedas, ut procuratorem me in rem meam facias, nec amplius praestes quam consecuturus sis); Ulp. 29 ad Sab. D. 21.2.21.3 (*Idem Iulianus eodem libro scribit, si lite contestata fugerit homo culpa possessoris, damnatus quidem erit possessor, sed non statim eum ad venditorem regressurum et ex duplae stipulatione acturum, quia interim non propter evictionem, sed propter fugam ei hominem habere non licet: plane, inquit, cum adprehenderit possessionem fugitivi, tunc committi stipulationem Iulianus ait. nam et si sine culpa possessoris fugisset, deinde cautionibus interpositis absolutus esset, non alias committeretur stipulatio, quam si adprehensum hominem restituisset. ubi igitur litis aestimationem optulit, sufficit adprehendere: ubi cavet, non prius, nisi restituerit*); altri esempi di cautio indemnitas possono essere riscontrati in tema di *actio negotiorum gestorum*, quale Pap. 2 resp. D. 3.5.30.1: *Inter negotia Sempronii, quae gerebat, ignorans Titii negotium gessit: ob eam quoque speciem Sempronio tenebitur, sed ei cautionem indemnitas officio iudicis praebere necesse est adversus Titium, cui datur actio. idem in tutore iuris est*; in tema di *actio familiae erciscundae*, (sulla natura dell'azione, che rileva per i nostri fini, v. D. MANTOVANI, *Le formule*, cit., 61, nt. 193) si possono leggere Ulp. 19 ad ed. D. 10.2.18.6 (*Cum unus ex heredibus legatum exsolvit ei, qui missus fuerat in possessionem legatorum servandorum causa, putat Papinianus, et verum est, familiae erciscundae iudicium ei competere adversus coheredes, quia non alias discederet legatarius a possessione, quam vice pignoris erat consecutus, quam si totum ei legatum fuisset exsolutum*); Ulp. 19 ad ed. D. 10.2.20.5 (*Papinianus ait, si uni ex heredibus onus aeris alieni iniungatur citra speciem legati, officio iudicis familiae erciscundae cognoscentis suscipere eum id oportere, sed non ultra dodrantem portionis suae, ut quadrantem illibatum habeat: indemnes igitur coheredes suos praestare cavebit*); Paul. 23 ad ed. D. 10.2.25.13 (*Idem iuris est in pecunia promissa a testatore, si sub poena promissa sit: nam licet haec obligatio dividatur per legem duodecim tabularum, tamen quia nihilum prodest ad poenam evitandam partem suam solvere, sive nondum soluta est pecunia nec dies venit, prospiciendum est per cautionem, ut de indemnitate caveat per quem factum fuerit, ne omnis pecunia solveretur, aut ut caveat se ei qui solidum solverit partem praestaturum: sive etiam solvit unus universam pecuniam quam defunctus promittit, ne poena committeretur, familiae erciscundae iudicio a coheredibus partes recipere poterit*); in tema di azione redibitoria si vedano Ulp. 1 ad ed. aedil. curul. D. 21.1.23.8 (*Quare sive emptori servus furtum fecerit sive alii cuilibet, ob quod furtum emptor aliquid praestiterit, non aliter hominem venditori restituere iubetur, quam si indemnem eum praestiterit. quid ergo, inquit Iulianus, si noluerit venditor hominem recipere? non esse cogendum ait quicquam praestare, nec amplius quam pretio condemnabitur: et hoc detrimentum sua culpa emptorem passurum, qui cum posset hominem noxae dedere, maluerit litis aestimationem sufferre: et videtur mihi Iuliani sententia humanior esse*); Gai. 1 ad ed. aedil. curul. D. 21.1.45 (*Redhibitoria actio duplicem habet condemnationem: modo enim in duplum, modo in simplum condemnatur venditor. nam si neque pretium neque accessionem solvat neque eum qui eo nomine obligatus erit liberet, dupli pretii et accessionis condemnari iubetur: si vero reddat pretium et accessionem vel eum qui eo nomine obligatus est liberet, simpli videtur condemnari*); ancora in riferimento alla *cautio defensionis* rilevano gli esempi in tema di *actio negotiorum gestorum*, quali Paul. 5 ad Plaut. D. 17.1.45.2 (*Item si, dum negotia mea geris, alicui de creditoribus meis promiseris, et antequam solvas dicendum est te agere posse, ut obligationem suscipiam: aut si nolit creditor obligationem mutare, cavere tibi debeo defensurum te*), in tema di *petitio hereditatis*: Ulp. 15 ad ed. D. 5.3.31 pr. (*Si quid possessor solvit creditoribus, reputabit, quamquam ipso iure non liberaverit petitem hereditatis: nam quod quis suo nomine solvit, non debitoris, debitorem non liberat. et ideo Iulianus libro sexto digestorum scribit ita id imputaturum possessorem, si caverit se petitem*

formule che di volta in volta venivano in considerazione contenessero clausole idonee a consentire l'interpretazione giurisprudenziale. Lo stesso testo di Gaio mostra, comunque, come in tema di *solutio post litem contestatam*, la discussione e la delimitazione delle facoltà del giudice spettasse in ogni caso alla giurisprudenza come fonte del diritto; la disputa tra le due *sectae* mi pare induca ad opinare in tal senso: è la giurisprudenza

defensum iri. sed an et bonae fidei possessor debeat defendendum cavere, videndum erit, quia in eo quod solvit non videtur locupletior factus: nisi forte habeat conditionem et hoc nomine videtur locupletior, quia potest repetere: finge enim eum, dum se heredem putat, solvisse suo nomine. et videtur mihi Iulianus de solo praedone ut caveat sensisse, non etiam de bonae fidei possessore: conditionem tamen praestare debet. sed et petitor si a creditoribus conveniatur, exceptione uti debet) o in tema di fedecommeso, Ulp. 2 *fideic.* D. 32.11.21 (*Sic evenit, ut interdum si pluribus testator honorem habere voluit et de pluribus sensit, quamvis unum legatum sit, tamen ad persecutionem eius plures admittantur. ut puta si decem fuerunt eiusdem rei stipulandi et heres vel fideicommissarius rogatus est, ut eis solveret: hic enim si omnium interest et de omnibus sensit testator, fideicommissum relictum omnes petere potuerunt. sed utrum in partem agent an in solidum, videamus: et credo, prout cuiusque interest, consequentur: unus igitur qui occupat agendo totum consequitur ita, ut caveat defensu iri adversus ceteros fideicommissarios eum qui solvit, sive socii sunt sive non*); in riferimento alla *cautio evictionis* ci si riferisce alla compravendita, che come ricordo era tutelata da un'azione di buona fede; in tema di *cautio de remittendo*, infine vi sono esempi riferiti alla rivendica Pomp. 6 *ad Sab.* D. 47.2.9.1 (*Sed si eam a fure vindicassem, conditio mihi manebit. sed potest dici officio iudicis, qui de proprietate cognoscit, contineri, ut non aliter iubeat restitui, quam si conditionem petitor remitteret: quod si ex conditione ante damnatus reus litis aestimationem sustulerit, ut aut omnimodo absolvat reum aut (quod magis placet), si paratus esset petitor aestimationem restituere nec restituetur ei homo, quanti in litem iurasset, damnaretur ei possessor*); Ulp. 16 *ad ed.* D. 6.1.13 (*Non solum autem rem restitui, verum et si deterior res sit facta, rationem iudex habere debet: finge enim debilitatum hominem vel verberatum vel vulneratum restitui: utique ratio per iudicem habebitur, quanto deterior sit factus. quamquam et legis quiliae actione conveniri possessor possit: unde quaeritur an non alias iudex aestimare damnum debeat, quam si remittatur actio legis Aquiliae. et Labeo putat cavere petitoem oportere lege Aquilia non acturum, quae sententia vera est*); alla *petitio hereditatis*: Paul. 20 *ad ed.* D. 5.3.36.2 (*Si possessor hereditarium servum occiderit, id quoque in hereditatis petitione veniet: sed Pomponius ait actorem debere eligere, utrum velit sibi eum condemnari, ut caveat se non acturum lege Aquilia, an malit integram sibi esse actionem legis Aquiliae omissa eius rei aestimatione a iudice. quae electio locum habet, si ante aditam hereditatem occisus sit servus: nam si postea, ipsius actio propria effecta est nec veniet in hereditatis petitionem*); all'*actio mandati*: Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.6.7.1 (*Sed si legis Aquiliae adversus socium eius habuit commodator actionem, videndum erit, ne cedere debeat, si forte damnum dedit alter, quod hic qui convenitur commodati actione sarcire compellitur: nam et si adversus ipsum habuit Aquiliae actionem commodator, aequissimum est, ut commodati agendo remittat actionem: nisi forte quis dixerit agendo eum e lege Aquilia hoc minus consecuturum, quam ex causa commodati consecutus est: quod videtur habere rationem*); all'*actio commodati*; Paul. *l.s. de concurr. act.* D. 44.7.34.1 (*Si is, cui rem commodaverit, eam subripuerit, tenebitur quidem et commodati actione et conditione, sed altera actio alteram peremit aut ipso iure aut per exceptionem, quod est tutius*).

a consentire al giudice, facendolo rientrare nel suo *officium*, la possibilità di prendere in considerazione un certo fatto, riconnettendovi determinate conseguenze in punto di diritto.

8. *Brevi cenni conclusivi.*

Indipendentemente, dunque, da questi ultimi rilievi, si possono trarre brevissime osservazioni conclusive. Mi sembra che la disamina svolta nelle pagine che precedono confermi, nell'ambito di istituti che richiedevano l'attiva partecipazione del giudice, la notevole presenza dell'elaborazione giurisprudenziale, la quale mediante la propria *interpretatio* ha approfondito una ben precisa clausola formulare, con ciò fornendo strumenti e direttive al giudice chiamato ad applicarla; l'*interpretatio prudentium* è apparsa poi il motore per l'elaborazione di un insieme di istituti, fortemente intessuti con la prassi processuale, quali le *cautiones iudiciales*, la cui disciplina, per i rapidi tratti che abbiamo potuto trattare – a mente della struttura della nostra ricerca – appare essere stata rimessa alle preziose cure dei *prudentes* in forza di precisi riferimenti nelle formule delle azioni di volta in volta prese in considerazione.

CAPITOLO III

‘OFFICIUM IUDICIS’ E ‘BONAE FIDEI IUDICIA’. LE ‘USURAE’

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. L’*officium iudicis* e i *bonae fidei iudicia*. 3. Il presunto richiamo all’*aequitas*. 4. Brevi considerazioni in tema di compensazione. 5. Le *usurae*.

1. Premessa.

Nel principiare il capitolo precedente ho indicato in un celeberrimo passo di Cicerone⁶²⁵ una sorta di *trait d’union* tra le fonti che in generale ricordano come i *prudentes* influenzassero il *iudex* nell’esercizio della sua funzione e la conferma che è stato possibile condurre sui testi in relazione all’elaborazione dei concetti di *restituere*, di *arbitrium*, in seno alle formule nelle quali vi fosse menzione della clausola arbitraria e in relazione alla complessa questione delle *cautiones iudiciales*.

⁶²⁵ Cic. Top. 17.65-66: *Privata enim iudicia maximarum quidem rerum in iuris consultorum mihi videntur esse prudentia. Nam et adsunt multum et adhibentur in consilia et patronis diligentibus ad eorum prudentiam confugientibus hastas ministrant. Nam et adsunt multum et adhibentur in consilia et patronis diligentibus ad eorum prudentiam confugientibus hastas ministrant. In omnibus igitur eis iudiciis, in quibus ex fide bona est additum, ubi vero etiam ut inter bonos bene agere oportet, in primisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est quod eius aequius melius, parati eis esse debent. Illi dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi quid socium socio, quid eum qui negotia aliena curasset ei cuius ea negotia fuissent, quid eum qui mandasset, eumve cui mandatum esset, alterum alteri praestare oporteret, quid virum uxori, quid uxorem viro tradiderunt. Licebit igitur diligenter argumentorum cognitis locis non modo oratoribus et philosophis, sed iuris etiam peritis copiose de consultationibus suis disputare.*

Il passo ciceroniano, d'altra parte, pone in tutta evidenza la rilevanza, in questo ambito, dei giudizi di buona fede, nell'ambito dei quali la giurisprudenza ha avuto modo di elaborare un sistema di principi, regole e soluzioni che venivano di volta in volta offerte al giudice chiamato ad interpretare le diverse formule. È evidente come nell'ambito della vastissima elaborazione giurisprudenziale e in quello dell'altrettanto sconfinata letteratura che la moderna scienza romanistica ha dedicato al tema, in questa sede non sia possibile muovere se non mediante l'approfondimento di pochi singoli aspetti, vale a dire cercando di fornire uno scenario esemplificativo credibile dell'orizzonte dentro il quale sembra essersi mossa la giurisprudenza e procedendo con l'indicazione di pochi esempi che, seppur limitati, siano in grado di dare uno spaccato significativo del rapporto che astringeva la giurisprudenza ed il giudice nella seconda fase del giudizio qualora il giudizio rientrasse nel novero dei *iudicia bonae fidei*⁶²⁶. Mi riferisco, in particolare, alla compensazione e alla peculiare tematica delle usure, che saranno esaminate nella seconda parte del presente capitolo. Prima di addentrarci nella questione, individuando le tendenze che la giurisprudenza espresse in materia e che influenzarono i giudici, credo sia opportuno ricordare in quali termini l'*interpretatio* del giudice⁶²⁷ si atteggiasse nell'ambito dei *bonae fidei iudicia*.

⁶²⁶ Non è inutile richiamare anche in questa sede P. VOCI, *Manuale di diritto romano*, cit., 112, il quale ricordava come «il diritto giudiziale negli ultimi due secoli della repubblica» avesse mostrato sviluppi peculiari «soprattutto per il regime ch'è proprio dei giudizi di buona fede. I giudizi di buona fede hanno questo nome perché la loro *formula* prescrive al giudice di valutare i diritti e gli obblighi delle parti secondo un criterio di buona fede. La prescrizione è indeterminata: spetterà al giudice trarne conseguenze specifiche e concrete; in questo si manifesterà la sua attività creativa perché egli stabilirà per le parti una norma che non c'era. La norma sarà particolare, ma col ripetersi di sentenze conformi si giungerà a una norma generale».

⁶²⁷ Ricordo ancora M. DE BERNARDI, *L' 'officium iudicis'*, cit., 68: «tutte le formule investivano il giudice di un *iussum iudicandi*, ma il modo stesso in cui ciascuna di esse veniva concepita poteva lasciare all'*officium iudicis* uno spazio più o meno ampio, entro il quale il giudice poteva muoversi secondo una propria discrezionalità. Talvolta, cioè, il compito del giudice, rigorosamente determinato, consisteva soltanto nell'applicazione al fatto di norme e regole giuridiche precise e nella valutazione oggettiva di quanto eventualmente dovuto all'attore la cui pretesa fosse risultata fondata, mentre altre azioni lasciavano invece al giudice un margine di discrezionalità più o meno vasto, e la sua discrezionalità, come noto, era particolarmente estesa quando la formula faceva riferimento al parametro della *fides bona*».

2. L' *officium iudicis* e i *bonae fidei iudicia*.

Pur nell'ambito di un'indagine certamente limitata e circoscritta sullo sconfinato campo della buona fede oggettiva⁶²⁸, appare comunque necessario guardare dappresso al modo in cui si configurava l'*officium* del giudice chiamato a confrontarsi con questo tipo di giudizi⁶²⁹, tralasciando le altre numerose e pur fondamentali questioni che i *iudicia bonae fidei*⁶³⁰ e

⁶²⁸ A mero titolo d'esempio v. L. FRANCHINI, *Osservazioni in merito alla recezione nel 'ius civile dei 'iudicia bonae fidei'*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'*. In ricordo di M. Talamanca, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2011, 113 ss.; L. MANNA, *Buona fede e doveri di protezione: tutele processuali*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'*, cit., II, 279 ss.; R. FIORI, *'Bona fides'. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, IV, Napoli, 2011, 97 ss.; ID., *'Fides' e 'bona fides'. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, in *Modelli teorici e metodologici*, cit., III, Napoli, 2008, 237 ss.; E. STOLFI, *'Bonae fidei interpretatio'*, cit., 25 ss.; ID., *Studi sui 'libri ad edictum' di Pomponio*. II. *Contesti e pensiero*, Milano, 2001, 135 ss.; M. TALAMANCA, *La 'bona fides' nei giuristi romani*, in *Il ruolo della buona fede nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, a cura di L. Garofalo, IV, Padova, 2001, 1 ss.; P. SENN, voce *Buona fede nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, II, Torino, 1988, 129 ss.; L. FASCIONE, *Cenni bibliografici sulla 'bona fides'*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, 51 ss.; G. GROSSO, voce *Buona fede (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1969, 662.

⁶²⁹ Cfr. M. TALAMANCA, voce *Processo civile (dir. rom.)*, cit., 65; E. BETTI, voce *Processo civile (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 1111, secondo il quale «elemento caratteristico di questa categoria di *iudicia* è la discrezionalità dell'apprezzamento del giudice. Il criterio decisivo nella valutazione del rapporto giuridico è quello stesso nel quale si incardina l'adempimento delle reciproche obbligazioni, e si desume dalle norme sociali della fedeltà contrattuale e della correttezza. Esso è ciò che i romani chiamano *bona fides*».

⁶³⁰ I *bonae fidei iudicia* appaiono caratterizzati, per l'epoca classica, da *formulae in ius conceptae*, mentre tale conclusione non appare consolidata in dottrina con riferimento all'età precedenti. La teoria tradizionale vorrebbe che le origini dei *iudicia bonae fidei* si debbano riconoscere alla metà del III secolo a.C., quando «all'antica nozione di *fides*, intrisa di valori etico-religiosi più ancora che giuridici si sostituì, come valore significativo sul piano tecnico giuridico, la *fides bona*» (così L. FRANCHINI, *La recezione nel 'ius civile' dei 'iudicia bonae fidei'. Questioni di metodo e di merito*, Napoli, 2015, 8). Secondo R. FIORI, *'Fides' e 'bona fides'*, cit., 248, con uno sguardo che si riferisce alle origini arcaiche del fenomeno e che necessariamente si protende verso i motivi primi dell'edificazione di un concetto giuridico, fu «in un momento imprecisato, che possiamo collocare tra il IV e il III secolo a.C.» che «dalla nozione di *fides* si enuclea quella di *bona fides*»; secondo l'autore, poi «la *bona fides* non si sostituisce alla *fides*, ma costituisce una sua declinazione quasi unicamente nel contesto del diritto privato, ed anzi nel solo ambito processuale dei *iudicia bonae fidei*... essendo sostanzialmente una specificazione della nozione più antica» (R. FIORI, *'Fides' e 'bona fides'*, cit., 248 s.). Come ha messo in rilievo anche A. SCHIAVONE, *'Ius'. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, 276, deve essere stato in virtù dell'intervento del pretore peregrino che si riconobbe tutela agli accordi propri della prassi commerciale internazionale ed in

particolare in antiche prassi mediterranee che avrebbero trovato traduzione nei modelli romani della reciprocità e della buona fede. Ciò non implica, comunque, che tutti i *iudicia bonae fidei* siano nati quale tutela di istituti rilevanti *iure gentium*, come sostennero con diverse intonazioni E. BETTI, *La creazione*, cit., 65 ss.; W. KUNKEL, *'Fides' als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht*, in *Festschrift P. Koschaker*, II, Weimar, 1939, 8 ss; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 2001, 875 ss.; G. MELILLO, *'Contrahere', 'pacisci', 'transigere'*. *Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, Napoli, 1950, 1994, 138; P. FREZZA, *'Ius gentium'*, in *RIDA*, II, 1949, 259 ss.; altri, pur nell'ambito del riconoscimento della genesi pretoria dei *iudicia bonae fidei*, ne riconoscono l'origine nella giurisdizione del pretore urbano; fra questi spicca la tesi di F. WIEACKER, *Zum Ursprung der 'bonae fidei iudicia'*, in *ZSS*, LXXX, 1963, 1 ss., che, considerando che il processo evolutivo si sarebbe svolto nel corso del II secolo, ritenne che buona parte degli istituti avrebbero trovato riferimenti nell'antica tradizione civilistica e che, pertanto, nel passaggio dalle *legis actiones* alle *formulae* di buona fede si sarebbe attuato un mutamento di carattere processuale volto a a garantire una tutela più ampia ed elastica; sul punto, va ancora menzionato R. FIORI, *'Fides' e 'bona fides'*, cit., 251, secondo il quale «in realtà perché i romani potessero parlare di *ius gentium*, non era necessario attendere il processo formulare o addirittura il diritto pretorio: la concezione del *ius gentium* come parte del *ius civile* può senz'altro essere originaria. La novità rappresentata dal processo formulare non è dunque quella di aver 'creato' il *ius gentium*, ma di avergli attribuito per la prima volta una tutela nel processo romano»; va poi menzionata la posizione, che in qualche modo può definirsi 'mediana', di M. TALAMANCA, voce *Processo*, cit., 28, nt. 187, nonché 29 e nt. 194; ID., voce *Contratto e patto nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, IV; Torino, 1989, 64; come sunteggia L. FRANCHINI, *La recezione nel 'ius civile'*, cit., 12, «tutti quelli esistenti sarebbero stati già nella prima metà del II secolo a.C., resi accessibili anche ai *cives*, ma alcuni di essi – quelli che più affondavano le radici in usi e prassi tipicamente romane – lo sarebbero stati sin dall'inizio grazie alla protezione immediatamente offerta dal *praetor urbanus*»; conformemente a Talamanca, v. A. MAGDELAIN, *Les actions civiles*, Paris, 1954, 48; A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, cit., 116 ss., 208. Di recente anche si è espresso anche R. FIORI, *'Fides' e 'bona fides'*, cit., 250, il quale, a mente della concezione non positivistica del diritto in Roma e principiando col ritenere che «nella prospettiva arcaica, il *ius* esiste a prescindere dall'essere posto da un'autorità o dall'aver una tutela giuridica», dal momento che esso traeva «origine dalla natura stessa delle cose» essendo «una proiezione sul piano giuridico dell'ordine del mondo», rilevava come «le restanti regole di diritto», al di fuori delle *legis actiones*, in virtù di questa esclusione «non significa che non siano percepiti dai romani come *ius*». Gli esempi che più appaiono calzanti sono proprio l'*emere* il *vendere*, il *locare* il *conducere*, noti, sul piano economico già in età arcaica, benché nel *ius Quiritium* rilevino solo se versati in negozi che quest'ultimo riconosce, come la *traditio*, la *mancipatio* o la *sponsio*. Ciò però non esclude che un *emere* realizzato con uno straniero in modo informale non fosse percepito dai romani come atto giuridico, benché non tutelabile mediante le *legis actiones* – allo straniero comunque interdette» (R. FIORI, *'Fides' e 'bona fides'*, cit., 251, che richiama in particolare Pomp. 18 ad Q. Muc. D. 40.7.29.1: *Quintus Mucius scribit: pater familias in testamento scripserat "si Andronicus servus meus heredi meo dederit decem, liber esto". deinde de his bonis coeperat controversia esse: qui se lege heredem aiebat esse, is eam hereditatem ad se pertinere dicebat, alter, qui hereditatem possidebat, aiebat testamento se heredem esse. secundum eum sententia dicta erat, qui testamento aiebat se heredem esse. deinde Andronicus quaerebat, si ipsi viginti dedisset, quoniam secundum eum sententia dicta est, futurusne esset liber an nihil videatur sententia, qua vicit, ad eam rem valere?*

quapropter si viginti heredi scripto dedisset et res contra possessorem iudicata esset, illum in servitute fore. Labeo hoc, quod Quintus Mucius scribit, ita putat verum esse, si re vera lege ab intestato heres fuit is qui vicit: nam si iniuria iudicis victus esset scriptus verus heres ex testamento, nibilo minus eum paruisse conditioni ei dando et liberum fore. sed verissimum est, quod et Aristo Celso rescripsit, posse dari pecuniam heredi ab intestato, secundum quem sententia dicta est, quoniam lex duodecim tabularum emptionis verbo omnem alienationem complexa videretur: non interesse, quo genere quisque dominus eius fieret et ideo hunc quoque ea lege contineri, secundum quem sententia dicta est, et liberum futurum eum, qui ei dedisset pecuniam. hunc autem, id est possessorem hereditatis, cui data esset summa, si victus esset hereditatis petitione, cum ceteris hanc quoque pecuniam victori restituere debere). D'età preclassica, la testimonianza di Cic. Rosc. 5.15 (*Quid ergo est? Quod et reus is est cui et pecunia levissima et existimatio sanctissima fuit semper, et iudex est is quem nos non minus bene de nobis existimare quam secundum nos iudicare velimus, et advocatio ea est quam propter eximium splendorem ut iudicem unum vereri debeamus, perinde ac si in hanc formulam omnia iudicia legitima, omnia arbitria honoraria, omnia officia domestica conclusa et comprehensa sint, perinde dicemus. Illa superior fuit oratio necessaria, haec erit voluntaria, illa ad iudicem, haec ad C. Pisonem, illa pro reo, haec pro Roscio, illa victoriae, haec bonae existimationis causa comparata*) se intesa con M. TALAMANCA, voce *Processo*, cit., 51 s.; ID., *Il riordinamento augusteo del processo privato*, in *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. 'Princeps' e procedure dalle leggi giulie ad Adriano. Atti del convegno internazionale (Copanello, 5-8 giugno 1996)*, a cura di F. Milazzo, Napoli, 1999, *passim*, in senso tecnico, consentirebbe di ravvisare nella prosa Ciceroniana una mappa esaustiva che lumeggia «la dialettica tra *iudicia legitima* ed *arbitria honoraria*» da leggersi «in senso non soltanto processuale, bensì anche sostanziale, alludendo essa al fondamento materiale delle azioni fatte valere in quei giudizi, civile nel primo caso, onorario nel secondo (a rigore inesistente sul piano del diritto sostanziale)» (così L. FRANCHINI, *La recezione nel 'ius civile'*, cit., 16). In questi termini si sono espressi diversi autori autorevoli: v. ad es. A. MAGDELAIN, *Les actions*, cit., 3 s., 42 ss.; F. WIEACKER, *Zum Ursprung*, cit., 5 s.; W. KUNKEL, *Fides'*, cit., 3 s. (per ulteriori ragguagli in dottrina, v. L. FRANCHINI, *La recezione nel 'ius civile'*, cit., 16 s., nt. 34). Parimenti appartenente alla medesima epoca, rileva pure Cic. *off.* 3.15.61: *Quod si Aquiliana definitio vera est, ex omni vita simulatio dissimulatioque tollenda est. Ita nec ut emat melius nec ut vendat quicquam simulabit aut dissimulabit vir bonus. Atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut tutela duodecim tabulis, circumscriptio adulescentium lege Plaetoria et sine lege iudiciis, in quibus additur ex fide bona. Reliquorum autem iudiciorum haec verba maxime excellunt: in arbitrio rei uxoriae melius aequivs, in fiducia vt inter bonos bene agier. Quid ergo? aut in eo, quod melivs aequivs, potest ulla pars inesse fraudis? aut cum dicitur inter bonos bene agier, quicquam agi dolose aut malitiose potest? Dolus autem malus in simulatione, ut ait Aquilius, continetur. Tollendum est igitur ex rebus contrabendis omne mendacium. Non illicitatorem venditor, non qui contra se liceatur emptor apponet. Uterque si ad eloquendum venerit, non plus quam semel eloquetur*; qui espressamente i *iudicia bonae fidei* sono definiti *sine lege iudicia*, il che fa ritenere che tali nostri giudizi «debbero ritenersi privi di base legale», circostanza sulla quale «vi è, d'altronde un accordo pressoché unanime in dottrina» (L. FRANCHINI, *La recezione nel 'ius civile'*, cit., 19), tanto che i giudizi si considerano di origine pretoria quanto se si ritengano di matrice civile – con la specificazione che la base su cui poggiavano doveva essere riconosciuta, anticamente, sui *mores* o sull'*interpretatio* e non necessariamente sulla base di una *lex* (v. la posizione di R. FIORI, *Fides' e 'bona fides'*, cit., 252: «così come il *ius Quiritium* no ha un fondamento [solo] legislativo, ma, anzi, essenzialmente consuetudinario, mentre le *legis actiones* sono basate sulla *lex* – anche quelle predecemvirali come la *legis actio*

la stessa nozione di *bona fides*⁶³¹, nonché la sua violazione⁶³², pongono all'interprete. Nel far ciò, affrontando una letteratura pressoché sconfinata, e talvolta «contraddittoria»⁶³³, mi sembra opportuno rifarsi alla disamina svolta brillantemente da Antonio Carcaterra alla metà del secolo scorso che si mostra, a mio giudizio, particolarmente stimolante proprio nella prospettiva prescelta per la presente ricerca.

Per comprendere i risultati cui questo studioso è pervenuto e la rilevanza che essi assumono nella nostra ricerca, credo sia opportuno sintetizzare quali fossero, nel torno di tempo indicato, le ricostruzioni dottrinarie maggiormente in voga alle quali allora si attribuiva la patente di

sacramenti e la *manus iniectio*, che le Dodici Tavole hanno per così dire 'rifondato' – allo stesso modo il *ius gentium* si fonda sui *mores*, ma viene tutelato da un processo che si basa sull'*imperium* del pretore: fino alla *lex Aebutia*, il processo formulare è interamente 'pretorio', e gli effetti civilistici si raggiungono solo attraverso le finzioni...; ma ciò non implica affatto che i rapporti da esso tutelati debbano essere tutti ricondotti al *ius honorarium*); sul punto, si veda, ad es., M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo del processo privato*, cit., 187 s.; F. WIEACKER, *Zum Ursprung*, cit., 4 ss., 40.

⁶³¹ Ricorda sinteticamente R. FIORI, '*Bona fides*', cit., 117 s., che a far data dall'inizio del primo secolo a.C., la buona fede aveva, da una parte il valore «di limite all'autonomia privata ... quale forma di integrazione del contenuto contrattuale»; dall'altra, essa poteva riverberare effetti non soltanto «risarcitori, ma anche di annullamento del negozio».

⁶³² Appare utile rifarsi alla disamina svolta da R. FIORI, '*Bona fides*', cit., 117, secondo il quale alla violazione della *bona fides* potevano ricollegarsi due ordini di effetti. Sotto un primo profilo, a favore dell'attore, la violazione poteva condurre ad una condanna pecuniaria, volta all'adempimento o al risarcimento, «tranne il caso in cui il convenuto avesse spontaneamente adempiuto prima della condanna, poiché i *iudicia bonae fidei* contengono naturalmente una simile possibilità anche in assenza di una espressa clausola arbitraria» (v. sul punto, anche M. TALAMANCA, voce *Processo civile*, cit., 65 ss.; R. FIORI, '*Bona fides*', cit., 117, ricorda come il comportamento rilevante sul punto potesse configurarsi quale remissione totale o parziale del debito; lo stesso R. FIORI, '*Bona fides*', cit., 142, con riferimento all'epoca del principato osserva come «nel *iudicium empti* la restituzione è implicita nella logica stessa del *iudicium bonae fidei*, nel quale il convenuto può evitare la condanna restituendo la cosa esattamente come avviene nelle c.d. *actiones arbitrariae*: non a caso i giuristi si limitano a constatare come l'effetto redibitorio sia ricompreso nel *iudicium empti*, il che naturalmente permetteva di chiedere la rescissione o il riequilibrio del sinallagma non solo nelle vendite di *mancipia* e *iumenta*, ma in ogni ipotesi di compravendita»). Sotto il secondo profilo, a favore del convenuto, la violazione della buona fede poteva portare «all'insussistenza *ex fide bona* dell'*oportere*: ossia ... all'annullamento del contratto, in quanto l'assoluzione del convenuto determinava la preclusione processuale».

⁶³³ Così l'ha definita, infatti, in un suo breve scritto, J. PARICIO, *Genesi e natura dei 'bonae fidei iudicia'*, in *Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico. Atti del convegno in memoria di A. Biscardi (Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001)*, Milano, 2002, 208, mettendo altresì in evidenza il dato, evidentissimo, della copiosità della letteratura in materia.

communis opinio. Quello che maggiormente interessa della dottrina che all'epoca si poteva dire dominante è proprio il riconoscimento dell'ampiezza dei poteri che venivano attribuiti al giudice nell'ambito dei giudizi connotati dalla presenza della clausola di buona fede.

Era comune, infatti, ritenere che il giudice godesse nei giudizi *ex fide bona*, di poteri pieni, potendo, per la decisione del caso sottopostogli, ispirarsi a criteri extragiuridici quali l'*aequitas*, alla stessa buona fede (intesa quale sorta di parametro esterno al *ius*), dai quali trarre quelle che vengono definite le 'conseguenze dei giudizi di buona fede', (che si concretavano nell'imposizione di obblighi complementari, quali la corresponsione degli interessi, la compensazione, ecc.) e che altro non erano se non un'esplicazione dei poteri ampi di cui egli stesso godeva. Il giudice poteva, allora, determinare la direttiva da applicare in giudizio in forza della quale condannare, determinare l'ammontare della *condemnatio*, ovvero assolvere il convenuto, traendola dall'universo dei valori extragiuridici e obiettivizzandola nel corso del giudizio stesso.

L'*officium iudicis* in sostanza avrebbe conosciuto quale limite 'estrinseco' soltanto la stessa buona fede, e sarebbe stato connotato da quelli che vennero chiamati «full powers»⁶³⁴, pur non giungendo al punto di ritenere possibile parlare di quello romano quale 'giudice di equità'. L'*aequitas*, in particolare, sarebbe venuta in considerazione prioritariamente e corrisponderebbe con la *bona fides* alla quale il giudice avrebbe dovuto far riferimento per decidere i diversi casi concreti. Come ha notato Carcaterra, la dottrina vedeva nell'*officium iudicis* nel campo dei *iudicia bonae fidei* un carattere di eccezionalità, soprattutto rispetto a quanto si pensava dell'omologo *officium iudicis* relativo ai giudizi di stretto diritto, nei quali il giudice sarebbe stato più strettamente vincolato al tenore letterale della formula.

All'autore tale eccezionalità non parve dimostrabile sulla scorta dei testi. L'esame compiuto dallo studioso muove dalla verifica, svolta sulla base di alcuni testi letterari, dell'etimologia che gli stessi romani si diedero circa il lemma *fides*. Come è stato osservato, l'etimologia supposta dagli antichi, del pari di quanto accade del resto in molti altri casi, si rivela errata, ma essa è nondimeno assai significativa delle concezioni che i

⁶³⁴ A. BERGER, *Encyklopedie Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, s. v. '*Iudicia bonae fidei*'.

romani intravvidero nelle parole della loro lingua e specialmente del loro lessico tecnico, ritenendo che le prime fossero fedelmente rispecchiate nelle seconde. In altri termini, questa etimologia «popolare» risulta essere una «preziosa testimonianza di ciò che comunemente si sentiva, del valore semantico del termine»⁶³⁵. Dall'analisi comparata di tre passi ciceroniani⁶³⁶ si ricaverebbe allora che *fides* deriverebbe, attraverso un procedimento che muove sulla base dell'assonanza e del significato e non su quella delle radici effettive dei termini (e proprio in virtù di questa peculiare caratterizzazione si dimostra particolarmente utile proprio per svelare il significato effettivo, più che l'origine di una certa parola), deriverebbe, dicevo, dalla crasi della formula *fi(t) (quod) di(citur) es*⁶³⁷. Tale etimologia, che più che altro rileva come esplicazione della portata semantica del termine, prova che «i latini e Cicerone sentivano nel termine solo l'idea del vincolo... e del rispetto della parola data»⁶³⁸.

⁶³⁵ A. CARCATERA, *Ancora sulla 'fides' e sui 'bonae fidei iudicia'*, in *SDHI*, XXXIII, 1967, 73.

⁶³⁶ Si tratta in particolare di Cic. *off.* 1.7.23: *Ex quo, quamquam hoc videbitur fortasse cuiquam durius, tamen audeamus imitari Stoicos, qui studiose exquirunt, unde verba sint ducta, credamusque, quia fiat, quod dictum est appellatam fidem. Sed iniustitiae genera duo sunt, unum eorum, qui inferunt, alterum eorum, qui ab is, quibus inferunt, si possunt, non propulsant iniuriam. Nam qui iniuste impetum in quempiam facit aut ira aut aliqua perturbatione incitatus, is quasi manus afferre videtur socio; qui autem non defendit nec obsistit, si potest, iniuriae, tam est in vitio, quam si parentes aut amicos aut patriam deserat;* del testo rileva in particolare la proposizione principiante con *audeamus*; sul brano vedi anche oltre nel testo; rileva un inciso di *fam.* 16.10.12: *Litterulae meae sive nostrae tui desiderio oblanguerunt; hac tamen epistula, quam Acastus attulit, oculos paullum sustulerunt. Pompeius erat apud me, quum haec scribebam, hilare et libenter: ei cupienti audire nostra dixi sine te omnia mea muta esse. Tu Musis nostris para ut operas reddas: nostra ad diem dictam fient; docui enim te, fides ἔτυμον quod haberet. Fac, plane ut valeas. Nos assumus. Vale. XIII K ; rep. 4.7(7[fr2].5): *Fides enim nomen ipsum mihi videtur habere, cum fit, quod dicitur.**

⁶³⁷ A. CARCATERA, *Ancora sulla 'fides' e sui 'bonae fidei iudicia'*, cit., 73.

⁶³⁸ A. CARCATERA, *Ancora sulla 'fides' e sui 'bonae fidei iudicia'*, cit., 73. V. anche, circa il principio di vincolatività della parola data, M. TALAMANCA, *La 'bona fides' nei giuristi romani*, cit., 106 s.; W. KUNKEL, *'Fides'*, cit., 1939, 5; G. FREYBURGER, *'Fides'*. *Étude sémantique et religieuse depuis les origines jusqu'à l'époque augustéenne*, Paris, 1986, 319 ss, che sottolinea il ruolo della *fides* come «respect absolu d'une règle ou d'un accord»; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, 181; come ricorda R. FIORI, *'Fides' e 'bona fides'*. *Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, cit., 239, «la *fides* consente la nascita di vincoli non codificati nel contenuto dai *mores*, attraverso l'adozione di uno strumento 'aperto' come il giuramento che permette di dar vita a un rapporto le cui regole sono dettate unicamente dai *verba* del giurante»; peraltro, secondo lo studioso romano, «la teoria (della 'parola data') appare insufficiente perché si basa su un'analisi incompleta dei testi». In uno scritto successivo, R. FIORI, *'Bona fides'*, cit., 100, rileva come non riesca la

Non va sottaciuto, poi, come nella sua evoluzione il concetto non si identifichi «ormai più nel solo rispetto della parola data, ma implichi l'osservanza di tutta una serie di regole di correttezza, quelle a cui oggettivamente usa attenersi il *bonus vir*, la persona dabbene»⁶³⁹. Questa visione si avvalorerebbe a mente della definizione che ancora Cicerone diede nello stesso passo del *De officiis*⁶⁴⁰, nel quale l'Arpinate prima procede alla definizione del termine e poi ne ricorda l'etimologia, che conviene subito rileggere:

Cic. *off.* 1.7.23: *Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas. Ex quo, quamquam hoc videbitur fortasse cuiusdam durius, tamen audeamus imitari Stoicos, qui studiose exquirunt, unde verba sint ducta, credamusque, quia fiat, quod dictum est appellatam fidem. Sed iniustitiae genera duo sunt, unum eorum, qui inferunt, alterum eorum, qui ab is, quibus infertur, si possunt, non propulsant iniuriam. Nam qui iniuste impetum in quempiam facit aut ira aut*

dottrina a «spiegare come, da un nucleo originario coincidente con il rispetto della parola data, si siano potute sviluppare funzioni che sembrerebbero opposte, ossia la possibilità di integrare il contenuto del contratto al di là dei *verba* delle parti e addirittura di correggere l'accordo. Il che fa sorgere ... il dubbio che alla base di una simile interpretazione delle fonti romane possa esservi una sotterranea influenza di concezioni moderne».

⁶³⁹ L. FRANCHINI, *La recezione nel 'ius civile'*, cit., 22; l'autore richiama Cic. *off.* 3.17.70: *Nam quanti verba illa: UTI NE PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIM! quam illa aurea: UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE! Sed, qui sint "boni" et quid sit "bene agi" magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur EX FIDE BONA, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.*

⁶⁴⁰ Come ha ricordato recentemente R. FIORI, *'Bona fides'*, cit., 118 s., nell'opera ciceroniana si ritrovano attestate le prime testimonianze di carattere casistico, relative all'impiego della buona fede in ambito contrattuale. A fronte del dibattito dottrinale che esse hanno ingenerato, non è superfluo rammentare il monito dello stesso studioso, il quale ammoniva che «bisogna infatti considerare che il *De officiis* è stato scritto per formare una grammatica di comportamento e di valori, innanzitutto politici, ai nuovi ceti che alla fine della repubblica si affacciavano alla vita pubblica. L'opera è interamente costruita sull'opposizione tra *verum* e *simulatio*, sui tre piani della politica, della filosofia e del diritto. Per ciò che rileva in questa sede, ossia il portato giuridico dell'opera di Cicerone, occorre notare che la buona fede «viene presentata non come un criterio extragiuridico, ma come un istituto del diritto che, da un lato, contribuisce a un ampliamento delle regole tradizionali, sulla base dell'*interpretatio*, dall'altro permette con la sua elasticità, di tener conto delle peculiarità dei casi concreti».

aliqua perturbatione incitatus, is quasi manus afferre videtur socio; qui autem non defendit nec obsistit, si potest, iniuriae, tam est in vitio, quam si parentes aut amicos aut patriam deserat.

Dal passo si evince come fosse nel giusto Carcaterra nel sottolineare la stretta correlazione intercorrente tra la definizione e l'etimologia, vista quale sorta di completamento della prima. La *fides* viene accostata non solo a 'quanto è stato detto', bensì a 'quanto è stato convenuto'⁶⁴¹, il che equivale a dire che per *fides* deve intendersi il rispetto «di quell'effettivo risultato pratico» cui tendevano i negozi giuridici. *Veritas* rimanda, poi, alla ampiezza dell'impegno comprendente il rispetto della parola, dei fini preposti e il non indurre in errore. Resta il fatto che così congegnata, per di più in un'opera dal vasto respiro filosofico, la definizione ciceroniana non menziona affatto l'*aequitas*, la coscienza sociale, ecc., mantenendosi – a quanto pare – in un solco che appare pianamente tecnico e giuridico. Quanto detto si collega poi, nel pensiero di Carcaterra, all'esegesi di un brano ugualmente estratto dalla medesima opera ciceroniana, circostanza che sembrerebbe consentire d'intravedere una certa continuità, ed anzi una certa consequenzialità tra la definizione ed una sua significativa manifestazione.

Si legga il seguente fondamentale testo, oggetto di numerosissimi commenti e riletture.

⁶⁴¹ Secondo quanto ricorda R. FIORI, *'Fides' e 'bona fides'. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, cit., 240, che richiama un vasto panorama dottrinale tra cui valga qui ricordare brevemente A. ERNOUT - A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Parigi, 1959, voce *Credo*; G. DUMÉZIL, *'Credo' e 'fides'*, in *Idee romane*, Genova, 1987, 47 ss.) vi sarebbe una «stretta relazione tra il sostantivo *fides* e il verbo *credo*»; entrambi sono lemmi del «vocabolario giuridico-religioso» e sono entrambi termini «antichissimi»; essi si riferiscono a «nozioni correlative: volendo spiegare la radice indoeuropea alla base del latino *credo*, dovremmo rendere l'espressione come 'compiere un atto di riconoscimento delle capacità o del ruolo dell'altro ... non dunque un credo teologico, ma un atto che – nelle sue espressioni religiose – si esplica piuttosto nell'attribuzione di offerte alla divinità. In corrispondenza, la *fides* indica la capacità di un soggetto di ricevere un tale riconoscimento». Onde, conclude R. FIORI, *'Fides' e 'bona fides'. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, cit., 241, «nella cultura romana arcaica la *fides* è insomma la qualità di un soggetto che appare affidabile rispetto ai suoi comportamenti e alle sue parole». Più precisamente «la nozione di *fides* si lega strettamente alla struttura gerarchica della società romana, il cui apice è costituito dai *boni*, che si autorappresentano – anche in sede giurisprudenziale, avendo il monopolio della elaborazione del diritto – come un modello di comportamento» (R. FIORI, *'Fides' e 'bona fides'. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, cit., 249).

Cic. *off.* 3.17.70: *Nam quanti verba illa: UTI NE PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIM! quam illa aurea: UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE! Sed, qui sint "boni" et quid sit "bene agi" magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur EX FIDE BONA, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.*

Ci si situa nel terzo libro del *De officiis*, «all'interno di un approfondimento del rapporto tra utile e onesto, questione fondamentale per la scuola stoica, ma esclusa ad esempio dai peripatetici»⁶⁴², nell'ambito del quale l'Arpinate «contrappone alla discussione filosofica indicata esemplarmente nelle posizioni di Diogene di Babilonia e di Antipatro di Tarso, l'emersione di una regola giuridica nell'esperienza giudiziaria romana in base alla quale *tollendum est igitur ex rebus contrahendis omne mendacium*»⁶⁴³. Cicerone, mosso dal proprio intento pedagogico, e nell'ambito di una «esaltazione di un modello romano nel quale si

⁶⁴² V. Cic. *off.* 3.3.11: *Quam ob rem de iudicio Panaetii dubitari non potest; rectene autem hanc tertiam partem ad exquirendum officium adiunxerit an secus, de eo fortasse disputari potest. Nam, sive honestum solum bonum est, ut Stoicis placet, sive, quod honestum est, id ita summum bonum est, quemadmodum Peripateticis vestris videtur, ut omnia ex altera parte collocata vix minimi momenti instar habeant, dubitandum non est quin numquam possit utilitas cum honestate contendere. Itaque accepimus Socratem execrari solitum eos, qui primum haec natura cohaerentia opinione distraxissent. Cui quidem ita sunt Stoici assensi, ut et, quicquid honestum esset, id utile esse censerent, nec utile quicquam, quod non honestum.*

⁶⁴³ R. CARDILLI, 'Vir bonus' e 'bona fides', in ID. «Bona fides» tra storia e sistema, Torino, 2014, 13; v. anche nello stesso senso, ID., *La «buona fede»*, cit., 59: si legga inoltre Cic. *off.* 3.16.66: *Ut, cum in arce augurium augures acturi essent iussissentque T. Claudium Centumalum, qui aedes in Caelio monte habebat, demoliri ea, quorum altitudo officeret auspiciis, Claudius proscripsit insulam [vendidit], emit P. Calpurnius Lanarius. Huic ab auguribus illud idem denuntiatum est. Itaque Calpurnius cum demolitus esset cognossetque Claudium aedes postea proscripsisse, quam esset ab auguribus demoliri iussus, arbitrum illum adegit QUICQUID SIBI DARE FACERE OPORTERET EX FIDE BONA. M. Cato sententiam dixit, huius nostri Catonis pater (ut enim ceteri ex patribus, sic hic, qui illud lumen progenuit, ex filio est nominandus)is igitur iudex ita pronuntiavit, cum in vendundo rem eam scisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere. Sul testo v. oltre.*

consustanziano diritto, etica e società, che, emerso nella prassi giuridica, dando vita ad un dovere giuridicamente sanzionato, veniva ad arricchire le prospettive filosofiche greche»⁶⁴⁴, intende dare dimostrazione al figlio⁶⁴⁵ della necessità di evitare malizie ed inganni e cita al riguardo quella che deve riconoscersi quale *formula* originaria – più ampia e descrittiva⁶⁴⁶ – della clausola di buona fede (*ex fide bona*). In altri termini, «Cicerone ricorda l'importanza dei *verba* di *formulae* processuali attraverso i quali avrebbe trovato espressione e assunto a criterio-modello la figura del *vir bonus*»⁶⁴⁷. Anche in questo caso, l'Arpinate evita qualsiasi accenno all'*aequitas* mantenendosi nell'ambito più propriamente tecnico-giuridico⁶⁴⁸, rifacendosi, piuttosto, a quello Scevola la cui autorità in campo giuridico molte volte Cicerone aveva magnificato⁶⁴⁹.

⁶⁴⁴ R. CARDILLI, 'Vir bonus' e 'bona fides', cit., 13; secondo lo studioso, peraltro, il «*quid novi* del discorso ufficiale di Cicerone è proprio quello di metabolizzare nell'impianto filosofico di origine ellenistica concezioni romane tradizionali».

⁶⁴⁵ Figlio, che si era legato al retore Gorgia e si era dato ad una vita di piaceri e di dissolutezze. È quanto si ricava da Cic. *fam.* 16.21.6: *De Gorgia autem quod mihi scribis, erat quidem ille in cottidiana declamatione utilis, sed omnia postposui dum modo praeceptis patris parerem; διαρρήδην enim scripserat ut eum dimitterem statim. tergiversari nolui, ne mea nimia σπουδή suspicionem ei aliquam importaret. deinde illud etiam mihi succurrebat, grave esse me de iudicio patris iudicare. tuum tamen studium et consilium gratum acceptumque est mihi; Plut. Cic. 24: πιστολαὶ δὲ παρὰ τοῦ Κικέρωνος εἰσι πρὸς Ἡρώδη, ἕτεραι δὲ πρὸς τὸν υἱόν, ἐγκελευομένου συμφιλοσοφεῖν Κρατίππῳ. Γοργίαν δὲ τὸν ῥήτορα αἰτιώμενος εἰς ἡδονὰς καὶ πότους προάγειν τὸ μειράκιον ἀπελαύνει τῆς συνουσίας αὐτοῦ. καὶ σχεδὸν αὕτη τε τῶν Ἑλληνικῶν μία καὶ δευτέρα πρὸς Πέλοπα τὸν Βυζάντιον ἐν ὀργῇ τινὶ γέγραπται, τὸν μὲν Γοργίαν αὐτοῦ προσηκόντως ἐπικόπτοντος, εἴπερ ἦν φαῦλος καὶ ἀκόλαστος, ἦπερ ἐδόκει, πρὸς δὲ τὸν Πέλοπα μικρολογουμένου καὶ μεμψιμοιροῦντος ὡς περ ἀμελήσαντα τιμὰς τινὰς αὐτῷ καὶ ψηφίσματα παρὰ Βυζαντίων γενέσθαι.*

⁶⁴⁶ A. CARCATERA, *Ancora sulla 'fides' e sui 'bonae fidei iudicia'*, cit., 74.

⁶⁴⁷ R. CARDILLI, 'Vir bonus' e 'bona fides', cit., 14; anche secondo R. FIORI, 'Fides' e 'bona fides'. *Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, cit., 250, «questo parametro astratto è una *fides* fittizia, convenzionale, svincolata dalla realtà concreta delle parti del rapporto, delle quali non si verifica – non può verificarsi – lo *status*, l'affidabilità: si richiama invece invece un paradigma comportamentale espresso dalla figura del *bonus vir*».

⁶⁴⁸ V. A. CARCATERA, *Ancora sulla 'fides' e sui 'bonae fidei iudicia'*, cit., 75: «ecco qui: il filosofo e padre, non attinge punto da filosofi e dalla coscienza e dal sentimento sociale».

⁶⁴⁹ Non è inutile ricordare come sia lo stesso Scevola a ritornare in un passo di un'epistola ciceroniana (*Att.* 6.1.14-15: *Parthicum bellum impendet. Cassius ineptas litteras misit, necdum Bibuli erant adlatae. quibus recitatis puto fore ut aliquando commoveatur senatus. equidem sum in magna animi perturbatione. si, ut opto, non prorogatur nostrum negotium, habeo Iunium et Quintilem in metu. esto; duos quidem mensis sustinebit Bibulus. quid illo fiet quem reliquero, praesertim si fratrem? quid me autem, si non tam cito decedo? Magna turba est. mihi tamen cum Deiotaro convenit ut ille*

«Non un accenno» scriveva al riguardo Carcaterra, «non una allusione che non ci riconduca dentro, non fuori, della *formula* e del diritto positivo»⁶⁵⁰.

Il testo merita maggiore attenzione. Di esso, come lo stesso Carcaterra avvertiva, era possibile dare una duplice lettura. Una prima, ferma restando l'assenza di qualsiasi richiamo all'etica, sembrerebbe deporre nel senso di una necessaria continua opera di traduzione, dall'ambito extragiuridico a quello propriamente giuridico, del contenuto della buona fede. Questo si desumerebbe dalla seguente traduzione in lingua italiana del periodare ciceroniano: «ma cosa significhino *boni* e cosa il *bene agi* è un grosso problema (*magna quaestio*). Q.M. Scevola diceva, in effetti, che molto significativi sono quei giudizi nella cui *formula* si trova aggiunto *ex fide bona* perché il binomio *fide bona* è ricco di significato ; e che compito di un grande giudice è stabilire che cosa l'uno deve all'altro»⁶⁵¹.

Il testo, tuttavia, secondo lo stesso studioso, consentirebbe anche

*in meis castris esset cum suis copiis omnibus. habet autem cohortis quadringenarias nostra armatura xxx, equitum ci[c] ci[c]. erit ad sustentandum quoad Pompeius veniat; qui litteris quas ad me mittit significat suum negotium illud fore. hiemant in nostra provincia Parthi; exspectatur ipse Orodes. quid quaeris? aliquantum est negoti. de Bibuli edicto nihil novi praeter illam exceptionem de qua tu ad me scripseras nimis gravi praeiudicio in ordinem nostrum.' ego tamen habeo isodunamouan sed tectiorem ex Q. Muci P. L edicto Asiatico, EXTRA QVAM SI ITA NEGOTIVM GESTVM EST VT EO STARI NON OPORTEAT EX FIDE BONA, multaue sum secutus Scaevolae, in iis illud in quo sibi libertatem censent Graeci datam, ut Graeci inter se disceptent suis legibus. breve autem edictum est propter hanc meam diairesin quod duobus generibus edicendum putavi. quorum unum est provinciale in quo est de rationibus civitatum, de aere alieno, de usura, de syngraphis, in eodem omnia de publicanis; alterum, quod sine edicto satis commode transigi non potest, de hereditatum possessionibus, de bonis possidendis, vendendis, magistris faciendis, quae ex edicto et postulari et fieri solent. Tertium de reliquo iure dicundo agraphon reliqui. dixi me de eo genere mea decreta ad edicta urbana accommodaturum. itaque curo et satis facio adhuc omnibus. Graeci vero exsultant quod peregrinis iudicibus utuntur. "nugatoribus quidem" inquires. quid refert? tamen se autonomian adeptos putant. vestri enim credo gravis habent Turpionem sutorium et Vettium mancipem) a ricorrere in una «tra le più antiche testimonianze in materia di buona fede» (così R. FIORI, 'Bona fides', cit., 112), riferita all'editto provinciale emesso dallo stesso Scevola nel 94 a.C. e consistente, nella menzione di una clausola inserita a favore del convenuto. Il passo ha dato luogo ad un complesso dibattito che non è possibile seguire in questa sede; per un'esaustiva panoramica rinvio a R. FIORI, 'Ea res agatur', cit, 28 ss.; ID., 'Eccezione di dolo generale ed editto asiatico di Quinto Mucio: il problema delle origini', in *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2006, 49.*

⁶⁵⁰ A. CARCATERRA, *Ancora sulla 'fides' e sui 'bonae fidei iudicia'*, cit., 75.

⁶⁵¹ A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, cit., 18.

una diversa resa, maggiormente aderente ad un punto d'osservazione di tipo più spiccatamente giuridico. Leggiamo dunque questa seconda traduzione: «ma che cosa significhino *boni* e *bene agi* è stato oggetto di roventi disquisizioni. Ma fu proprio (*quidem*) Scevola a dire che nei giudizi in cui si aggiunge la clausola *ex fide bona* sono insiti (*in iis est*) conciso vivo spirito ed alti fini (*summam vim*) e ciò in quanto (*que* copulante...) egli valutava (*existimabat*) il binomio *fides bona* come promanante significato profondo (*manare latissime*)... e, dunque, in quei giudizi è compito di un giudice ben preparato (*magni esse iudicis*) decidere, appunto secondo quella *summa vis* (quei fini e quello spirito), che cosa una parte debba all'altra»⁶⁵².

Evidentemente il testo ciceroniano si presenta gravido di conseguenze, proprio in relazione alla stretta correlazione nella quale stringe il giudice al giudizio di buona fede, relativamente alla corretta interpretazione dei *verba* formulari. La seconda versione italiana della risposta fornita da Scevola alla *magna quaestio* intorno al significato delle parole comprese nella clausola in esame, secondo la quale è compito del giudice preparato e competente determinare il contenuto giuridico di quei termini, si colloca su di un piano che non è più quello extragiuridico e 'valoriale', se ci fosse consentita quest'espressione, ma quello tecnico, consono, del resto, all'autorità ed alla statura tecnica del giurista del quale Cicerone restituisce il pensiero. Tuttavia, va osservato come anche la soluzione tecnica proposta da Scevola si regga su un ulteriore concetto di non semplice soluzione, quello di *summa vis*. Come sciogliere questa enigmatica espressione, segno della difficoltà che incontravano gli stessi romani a delineare i concetti, così importati eppure così sfuggenti, portanti del proprio diritto civile?

Secondo Carcaterra, «quando Scevola e Cicerone scrivono *summam vim esse in omnibus arbitriis*, intendono scolpire varie idee: la espressività e la concisione (*summa*), le finalità e lo spirito (*vis*) della *formula* dei nostri giudizi. E quando dicevano che tutto *inest* in essi, intendono dire che tutto ciò è riposto, è implicito nella *formula*, e che dunque ne va tirato fuori dall'interprete, dal *iudex* (che nomineranno alla fine), mediante *interpretatio*»⁶⁵³.

⁶⁵² A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, cit., 18 s.

⁶⁵³ A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, cit., 23.

Come ha giustamente osservato Cardilli, «la *summa vis* che Q. Mucio riscontra in tali *arbitria* è infatti direttamente connessa, nel discorso di Cicerone alla *magna quaestio* su chi siano *viri boni* e cosa sia il *bene agi* scolpiti dai *concepta verba* della *formula* dell'*actio fiduciae*»⁶⁵⁴. Se ci volessimo addentrare maggiormente nell'individuazione del significato che va associato al termine *vis*, ci accorgeremmo che tale vocabolo «ha nel contesto il senso di 'forza' che genera significati, che modella condotte, che permette di concretizzare l'indeterminatezza del valore insito nei concetti assunti nella *formula*»⁶⁵⁵. Secondo lo stesso autore, risulterebbe significativo il fatto che «si qualifichi come somma forza, insita in questi *arbitria*, la possibilità di tradurre in regole di condotta e norme precettive questi concetti-valore attraverso il potere del giudice»⁶⁵⁶. *Vis*, associata a *potestas* (*vis ac potestas*), sarebbe utilizzata dai giuristi per alludere alle finalità dei *verba*, al loro «vivo spirito»⁶⁵⁷. Analogamente è stato osservato che «nella sua concezione generale, Mucio riteneva (*existimabat*) che la *bona fides* fosse una forza dinamica (*vim*) che si diffonde molto ampiamente (*manabat latissime*) ispirando tutti i rapporti descritti dalla convivenza umana (*societas vitae*)»⁶⁵⁸.

Peraltro, va osservato come nell'incedere del discorso ciceroniano si assista ad una sorta di scollamento, determinato dal fatto che nella *formula* dell'*actio fiduciae*, non ricorre affatto la clausola *ex fide bona*⁶⁵⁹. Innanzi a questa sorta di aporia, ha notato Cardilli, è possibile trovare conforto nella completezza del richiamo, «attraverso l'enucleazione da parte di Q. Mucio di una classe di *arbitria*, non fondata sulla sua conformità descrittiva al modello indicato, ma sulla conformità sostanziale di tale classe ad un concetto che si riconosce al di là delle diverse – storicamente – modulazioni verbali che avevano assunto i *concepta verba* nelle formule»⁶⁶⁰. Dunque, non è la testuale sussistenza della clausola *ex fide bona* a rilevare sempre di per se stessa, quanto «la riscontrabilità nella

⁶⁵⁴ R. CARDILLI, *La «buona fede» come principio romano di diritto dei contratti*, in *La «buona fede» fra storia e sistema*, cit., 63.

⁶⁵⁵ R. CARDILLI, *La «buona fede»*, cit., 63.

⁶⁵⁶ R. CARDILLI, *La «buona fede»*, cit., 63, nt. 65.

⁶⁵⁷ A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, cit., 21

⁶⁵⁸ O. BEHRENS, *Dalla mediazione arbitrale alla protezione giudiziaria. Genesi e vicende delle formule di buona fede e delle c.d. 'formulae in factum conceptae'*, in *Diritto e giustizia nel processo*, a cura di C. Cascione e C. Masi Doria, Napoli, 2002, 220.

⁶⁵⁹ R. CARDILLI, *La «buona fede»*, cit., 64.

⁶⁶⁰ R. CARDILLI, *La «buona fede»*, cit., 64 s.

stessa *formula*, al di là delle parole effettivamente utilizzate, del *nomen bonae fidei*»⁶⁶¹.

Si comprende, dunque, il motivo per il quale si è spesso parlato della buona fede associandovi una «notevole forza espansiva»⁶⁶², da collegarsi, come a breve si vedrà, al suo *manare latissime*⁶⁶³. Essa è stata suggestivamente definita come segue: «non si tratta di una parola scritta e visibile, ma di un principio razionale, l'invisibile che, come tale, dipende non dalla lettera ma dallo spirito»⁶⁶⁴. Secondo Behrends, sarebbe poi possibile notare sul punto un certo divario tra lo scetticismo ciceroniano che pone la caratterizzazione della buona fede quale *nomen*, ossia come «mera denominazione al pari di tutte le altre date ai fenomeni giuridici dagli scettici»⁶⁶⁵, e la visione muciana, in forza della quale la buona fede sarebbe «una *vis*, una potenza spirituale del diritto naturale stoico che se non è riuscita informare di sé il comportamento delle parti nella vita stessa, conferisce adesso al giudice il potere di costringerle con minaccia di condanna in caso di disobbedienza»⁶⁶⁶.

Sono interessanti e credo convincenti i riscontri testuali che Carcaterra adduce, tratti dalle fonti giuridiche, per quanto attiene proprio al sintagma *summa vis*. Proprio questo sarebbe il senso di *vis* che si ritrova in un celebre testo di Celso.

Cels. 26 *Dig. D.* 1.3.17: *Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem.*

Come ha notato recentemente Cascione, «Celso rivendica qui la prevalenza del pensiero riposto nella dichiarazione rispetto all'apparenza formalmente considerata»⁶⁶⁷, al di là cioè di quella che Betti chiamava

⁶⁶¹ R. CARDILLI, *La «buona fede»*, cit., 65.

⁶⁶² L. FRANCHINI, *La recezione nel 'ius civile'*, cit., 22.

⁶⁶³ Richiamo ancora velocemente il passo in esame: *Sed, qui sint "boni" et quid sit "bene agi" magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur EX FIDE BONA, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur*

⁶⁶⁴ O. BEHREND, *Dalla mediazione arbitrale*, cit., 220.

⁶⁶⁵ O. BEHREND, *Dalla mediazione arbitrale*, cit., 220 s.

⁶⁶⁶ O. BEHREND, *Dalla mediazione arbitrale*, cit., 221.

⁶⁶⁷ C. CASCIONE, *Celso teorizzatore di criteri ermeneutici: un collaboratore 'malgré soi' della 'legum permutatio' giustiniana*, in *Celso teorico*, cit., 159.

«nuda lettera»⁶⁶⁸. E, prosegue lo studioso, «il frammento sulla *vis ac potestas legis* è accompagnato immediatamente, nella sede giustiniana, da un escerto nel quale il riferimento specifico è alla *interpretatio*: 29 dig. D. 1.3.18. *Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur*. Le *leges* sono da interpretare *benignius* al fine di preservarne la *voluntas*»⁶⁶⁹.

Ancora più eloquente ed istruttiva, se possibile, proprio in relazione ai nostri giudizi, è la lettura di un testo di Ulpiano, tratto dal trentaduesimo commentario *ad edictum*.

Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.1.11.1: *Et in primis sciendum est in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit: cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate*.

Secondo Carcaterra, il passo sembra «consonare in modo perfetto con Celso e Scevola» opponendo alla morta lettera dei *verba* lo spirito vivo che il giudice doveva essere in grado di esplicitare. Nel passo si tratta del *iudicium*, da intendersi come *formula* rilasciata dal pretore, e non soltanto quale procedimento giudiziario in senso stretto⁶⁷⁰. Il termine essenziale è *naturaliter*, che designa quelli che sono i *naturalia negotii*. Nella traduzione di Carcaterra il tratto finale del passo suonerebbe: «se manca un preciso ed espresso accordo delle parti, sarà dovuto ciò che (mediante *interpretatio*) è connaturale al vivo spirito della *formula*»⁶⁷¹.

⁶⁶⁸ E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1990, 306.

⁶⁶⁹ C. CASCIONE, *Celso teorizzatore*, cit., 160 (da controllare bozza). Secondo lo stesso studioso il gruppo dei frammenti va ulteriormente completato. L'insieme è completato da 33 dig. D. 1.3.19: *In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret praesertim cum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit*. La *vox legis* può essere ambigua. In tal caso la *significatio* da attribuirle deve essere quella priva di vizi, soprattutto se da ciò ci si possa collegare alla *voluntas legis* (ancora una volta criterio ermeneutico). Anche in tal caso l'oggetto specifico dell'interesse del giurista doveva essere stato una qualche disposizione della legislazione augustea, questa volta quella matrimoniale, infatti il libro 33 dei *digesta* celsini, che comprende il frammento [L. 246], trattava del compendio normativo della cd. *lex Iulia et Papia*.

⁶⁷⁰ A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, cit., 22.

⁶⁷¹ A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, cit., 22.

In numerosi passi giuridici⁶⁷², proprio in tema di giudizi di buona fede, si afferma chiaramente che il giudice è chiamato a dare una interpretazione assai penetrante volta ad identificare *quod actum sit*, al di là delle espressioni impiegate. Va notato, al riguardo, come l'interpretazione classica sia sempre tipizzante, sociale, oggettiva: «i classici intendevano superare il *quod dictum* tenendo conto del *quod actum*, ma interpretano il *quod actum* non già compiendo un'indagine introspettiva della intima, soggettiva *voluntas*, dell'*animus* o *adfectus* delle parti, sibbene sempre considerando e valutando il *quod actum* per il significato obiettivo e sociale, che esso implicava»⁶⁷³.

Occorre tornare ancora sul testo ciceroniano per identificare la portata del *manare latissime*, collegabile, secondo taluno, alla stessa *vis insita* negli *arbitria* di cui discorreva il pontefice Scevola⁶⁷⁴. Il verbo *manare* indica «ciò che è dentro, e che vien fuori»⁶⁷⁵. È del massimo interesse notare, come è stato fatto a più riprese⁶⁷⁶, che *manare latissime* appare connesso al *nomen bonae fidei*. Secondo Carcaterra, di cui stiamo seguendo il pensiero, la frase ove ricorre tale vocabolo deve essere collegata a quella precedente, mediante un *et* che «va reso in termini esplicativi, quale 'cioè', 'in quanto', per cui tale *manare* deve essere accostato all'*inest* nel senso di ciò che insito, implicito». Ciò che è implicito ed allo stesso tempo connaturato al giudizio si riferisce naturalmente al contenuto potenziale del *iudicium* che si presta all'*interpretatio*. Infatti, «il *manare* e il *latissime* rendono, tutti e due, l'idea icastica di ciò che è dentro, in profondità, ampiezza, e che dunque va portato fuori, messo a nudo, esplicitato mediante quell'adeguata

⁶⁷² Pomp. 33 *ad Sab.* D. 18.1.33: *Cum in lege venditionis ita sit scriptum: "flumina stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint", nec additur, quae flumina vel stillicidia, primum spectari oportet, quid acti sit: si non id appareat, tunc id accipitur quod venditori nocet: ambigua enim oratio est.* Iavol. 4 *ex post. Lab.* D. 18.1.77: *In lege fundi vendundi lapidicinae in eo fundo ubique essent exceptae erant, et post multum temporis in eo fundo repertae erant lapidicinae. eas quoque venditoris esse tubero respondit: Labeo referre quid actum sit: si non appareat, non videri eas lapidicinae esse exceptas: neminem enim nec vendere nec excipere quod non sit, et lapidicinae nullas esse, nisi quae apparent et caedantur: aliter interpretantibus totum fundum lapidinarum fore, si forte toto eo sub terra esset lapis. hoc probo.*

⁶⁷³ A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, cit., 120.

⁶⁷⁴ L. FRANCHINI, *La recezione nel 'ius civile'*, cit., 22.

⁶⁷⁵ A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, cit., 23.

⁶⁷⁶ R. CARDILLI, *La «buona fede»*, cit., 66, nt. 69.

*interpretatio del iudex privatus al quale rinvia Scevola alla fine*⁶⁷⁷.

Al giudice, ed è punto essenziale, si riferisce ancora il testo ciceroniano ove ricorda come sia proprio del *magnus iudex* determinare il contenuto delle prestazioni spettanti alle parti. Credo siano nel giusto quanti hanno sostenuto che la forza espansiva della buona fede, associata alla sua costante necessità di un'ermeneutica che con opera 'maieutica' esplicitasse il significato profondo che vi era insito, non possa «essere senz'altro identificata con l'ampio potere discrezionale riconosciuto al giudice delle azioni di buona fede, pur essendo con la *potestas huius iudicii* indubbiamente collegata»⁶⁷⁸. Si tratta, piuttosto, di un tratto connaturato ai giudizi stessi, motore primo della «loro irrefrenabile evoluzione storica»⁶⁷⁹. Carcaterra si richiamava ancora al testo che anche noi abbiamo chiamato a testimonianza, ossia Cic. *top.* 17.66⁶⁸⁰, collegandolo con il passaggio del *De officiis*, dal che si ricaverebbe che l'aggettivo *magnus* varrebbe come sinonimo di *paratus*; si ricaverebbe che è proprio del giudice competente determinare, traendolo dalle parole della *formula* quanto in essa è riposto⁶⁸¹. Più di recente, è stato osservato da Cardilli che il riferimento al *iudex* chiarisce il senso della *summa vis* che si riscontra negli *arbitria* ove era versato il concetto di buona fede. «In essi», precisa Cardilli, «sarebbe infatti, del *magnus iudex* statuire il *quid* che ciascuna delle parti del rapporto deve all'altra (*quid quemcumque cuique praestare oporteret*), soprattutto perché la maggior parte di questi *arbitria* tutelavano

⁶⁷⁷ A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, cit., 24.

⁶⁷⁸ L. FRANCHINI, *La recezione nel 'ius civile'*, cit., 22.

⁶⁷⁹ L. FRANCHINI, *La recezione nel 'ius civile'*, cit., 22; v. al riguardo, citato dallo stesso autore, Gai 4.10: *Quaedam praeterea sunt actiones, quae ad legis actionem exprimuntur, quaedam sua vi ac potestate constant. quod ut manifestum fiat, opus est, ut prius de legis actionibus loquamur*. Contro questa lettura, v. G. SANTUCCI, 'Fides bona' e 'societas', in *Il ruolo della buona fede nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, a cura di L. Garofalo, III, Padova, 2001, 371, a parere del quale nell'ambito della correzione della decisione di un arbitratore formulata sconvenientemente, «il *iudex*, all'interno del suo *liberum officium* potrà correggere la decisione arbitrale in virtù dell'ampia discrezionalità che gli concede la clausola *ex fide bona*, concretamente riportando la proporzionalità delle quote sociali rispetto ai conferimenti versati nella società».

⁶⁸⁰ Cic. *top.* 17.66: *Nam et adsunt multum et adhibentur in consilia et patronis diligentibus ad eorum prudentiam confugientibus hastas ministrant. In omnibus igitur eis iudiciis, in quibus ex fide bona est additum, ubi vero etiam ut inter bonos bene agier oportet, in primisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est quod eius aequius melius, parati eis esse debent*.

⁶⁸¹ A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, cit., 24.

rapporti bilaterali nel senso oggettivo»⁶⁸². Appare, allora, evidente come il vero nucleo centrale dell'insegnamento muciano, tramandatosi mediante la citazione ciceroniana, consiste nella decisione del giudice quale «momento ineliminabile per tradurre in concrete valutazioni delle parti la indeterminatezza di concetti carichi di valori etico-giuridici, come *vir bonus, bene agi, quidquid dare facere oportet ex fide bona*»⁶⁸³.

È dunque evidente che nel pensiero muciano tradito dall'Arpinate l'*officium iudicis* si pone quale necessario strumento per mezzo del quale era possibile precisare il contenuto delle clausole generali di buona fede contenute nelle formule degli *arbitria* e dei giudizi *ex fide bona*.

Lo stesso Cicerone nel *De officiis* ricorda un celebre esempio di determinazione dei contenuti della buona fede nell'ambito di vendita⁶⁸⁴. Si tratta dell'episodio «famoso della casa sul Celio colpita da ordine di demolizione degli Auguri della qual cosa il venditore T. Claudio Centumalo aveva tenuto all'oscuro il compratore P. Calpurnio Lanario»⁶⁸⁵. La testimonianza è interessante per il fatto che Cicerone «palesamente attesta che fino a quel momento lo strumento dell'*actio empti* non aveva automaticamente garantito la possibilità di proteggersi contro simili raggiri e che se ne dubitava molto»⁶⁸⁶. Viepiù, il brano ciceroniano ci ricorda la celebre sentenza di Catone, padre dell'Uticense, che «per la sua natura

⁶⁸² R. CARDILLI, *La «buona fede»*, cit., 68.

⁶⁸³ Richiamo ancora R. CARDILLI, *La «buona fede»*, cit., 69.

⁶⁸⁴ Si tratta della «prima applicazione a noi nota della regola» (così R. FIORI, *'Bona fides'*, cit., 120), riguardante un processo svoltosi non più tardi del 91 a.C., rammentata anche da Val. Max. 8.2.1 (*Claudius Centumalus ab auguribus iussus altitudinem domus suae, quam in Caelio monte habebat, summittere, quia his ex arce augurium capientibus officiebat, uendidit eam Calpurnio Lanario nec indicavit quod imperatum <a> collegio augurumerat. a quibus Calpurnius demoliri domum coactus M. Porcium Catonem inclyti Catonis patrem arbitrum ~ cum Claudio adduxit formulam, quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona. Cato, ut est edoctus de industria Claudium praedictum sacerdotum suppressisse, continuo illum Calpurnio damnauit, summa quidem cum aequitate, quia bonae fidei uenditorem nec commodorum spem augere nec incommodorum cognitionem obscurare oportet*). La vicenda riguarda un'applicazione della *poena reticentiae*, possibile in grazia dell'*interpretatio* giurisprudenziale, che, partendo dalla regola decemvirale in virtù della quale il venditore era chiamato a rispondere delle false dichiarazioni rese in sede di *mancipatio*, aveva stabilito che fosse punibile anche la *reticentia* del venditore che avesse taciuto i *vitia praedii* di sua conoscenza. È evidente, come ricorda R. FIORI, *'Bona fides'*, cit., 121, che «il fondamento di questa soluzione è tutto nell'essere, l'*actio empti*, un *iudicium bonae fidei*: la *bona fides*, così come interpretata dai *prudentes* permette di superare la regola posta dalla *lex decemvirale*»

⁶⁸⁵ L. FRANCHINI, *La recezione nel 'ius civile'*, cit., 96.

⁶⁸⁶ V. ancora L. FRANCHINI, *La recezione nel 'ius civile'*, cit., 96.

emblematica si impone in termini di esempio di come un *magnus iudex* abbia scolpito e dato forma al contenuto sorto dal contratto ricorrendo alla forza creatrice della *fides bona*»⁶⁸⁷; la natura emblematica appare di notevole interesse soprattutto nella «propseptiva del rapporto *iudex – iuris prudentia*»⁶⁸⁸. Si legga il testo a partire dal paragrafo 65.

Cic. off. 3.16.65: *Ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset, dupli poena subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta; quicquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere.*

In questo primo paragrafo si ripercorre la tutela approntata, in caso di vizio che giunge a detrimento della cosa venduta, dal *ius civile*, nel cui ambito, giusta la rilevanza nel caso di specie della Legge delle XII Tavole, si concedeva tutela, appunto, soltanto in termini di *nuncupatio* «pronunciata nel rito librato (*mancipatio*)»⁶⁸⁹. In virtù di tale *nuncupatio* il venditore sarebbe stato chiamato a rispondere delle qualità del bene, ma nell'ambito esclusivamente delle qualità esplicitamente dichiarate in quella sede⁶⁹⁰. A fronte di ciò, secondo Cicerone, v'era la *poena reticentiae a iurisconsultis constituta*, della quale è verosimile che Cicerone abbia letto ed attinto proprio dai *XVIII libri iuris civilis* di Scevola⁶⁹¹, in forza della

⁶⁸⁷ R. CARDILLI, *La «buona fede»*, cit., 78.

⁶⁸⁸ R. CARDILLI, *La «buona fede»*, cit., 78.

⁶⁸⁹ R. CARDILLI, *La «buona fede»*, cit., 78.

⁶⁹⁰ R. CARDILLI, *La «buona fede»*, cit., 78.

⁶⁹¹ La confermerebbe Cic. off. 3.16.67: *Ergo ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset venditor. Quod si recte iudicavit, non recte frumentarius ille, non recte aedium pestilentium venditor tacuit. Sed huiusmodi reticentiae iure civili comprehendi non possunt; quae autem possunt diligenter tenentur. M. Marius Gratidianus, propinquus noster, C. Sergio Oratae vendiderat aedes eas, quas ab eodem ipse paucis ante annis emerat. Eae serviebant, sed hoc in mancipio Marius non dixerat; adducta res in iudicium est. Oratam Crassus, Gratidianum defendebat Antonius. Ius Crassus urgebat, "quod vitii venditor non dixisset sciens, id oportere praestari", aequitatem Antonius, "quoniam id vitium ignotum Sergio non fuisset, qui illas aedes vendidisset, nihil fuisse necesse dici nec eum esse deceptum, qui id, quod emerat, quo iure esset, teneret". Quorsus haec? Ut illud intellegas, non placuisse maioribus nostris astutos; R. FIORI, 'Bona fides', cit., 123, ha ricordato come l'interpretazione del passo sia stata «condizionata dal*

quale il venditore sarebbe stato ritenuto responsabile per ogni vizio della cosa venduta taciuto dal venditore. Dall'impostazione del discorso ciceroniano si desumerebbe che l'obbligazione di dichiarare i vizi della cosa venduta imposta «nel nuovo diritto relativo alle vendite degli immobili» fosse «sentita come creata dai giuristi»⁶⁹².

Nel secondo paragrafo interessante ai nostri fini, si delineano gli estremi della controversia.

Cic. *off.* 3.16.66: *Ut, cum in arce augurium augures acturi essent iussissentque Ti. Claudium Centumalum, qui aedes in Caelio monte habebat, demoliri ea, quorum altitudo officeret auspiciis, Claudius proscrispsit*

preconcetto positivistico di una opposizione tra buona fede e diritto». Atteso che il brano si riferisce ad una controversia incardinata mediante un'azione di vendita (di buona fede, naturalmente), di contro a quanti la volevano far rientrare nel novero delle *legis actiones*, (V. la posizione in merito di M. TALAMANCA, *La 'bona fides'*, cit., cit., 146 ss.), ci si accorge di come «l'opposizione tra *ius* ed *aequitas* non corrisponda in alcun modo a un'antitesi tra *ius civile* e *bona fides*, perché la stessa regola di *ius* – quella sulla sanzione della *reticentia* – è stata elaborata sulla base della *bona fides*, come risulta chiaramente dall'episodio precedente della *sententia Catonis* (*off.* 3.16.66)». Anzi, seguendo ancora R. FIORI, *'Bona fides'*, cit., 124, nel testo «il termine *ius* è impiegato per indicare la 'regola' di *ius civile* emersa attraverso l'*interpretatio* dei doveri emergenti dall'*oportere ex fide bona*». Di poi, va notato come il riferimento all'*aequitas* contenuto nel brano non debba essere inteso in contrastante dialettica con il *ius*, quanto piuttosto nel senso di riconoscere che occorre interpretare il *ius* – ossia la regola 'formulata' nel precedente – in accordo con le concrete circostanze: Cicerone allude, in altri termini, a un'accezione di *aequitas* analoga a quella aristotelica di '*epietkeia*', non contrapposta al *ius* ma interna ad esso allo scopo di intenderne lo spirito contro la lettera, operando sempre come "categoria interna dell'*interpretatio*"» (così ancora R. FIORI, *'Bona fides'*, cit., 125; la citazione interna è di L. VACCA, *L' 'aequitas' nell' 'interpretatio prudentium'*, cit., 25). In ambito giuridico lo stesso Pomponio nel commento ai libri di Quinto Mucio, ricorda la regola; v. Pomp. 31 *ad Q. Muc. D.* 18.1.66.1: *Si cum servitus venditis praediis deberetur nec commemoraverit venditor, sed sciens esse reticuerit et ob id per ignorantiam rei emptor non utendo per statutum tempus eam servitutum amiserit, quidam recte putant venditorem teneri ex empto ob dolum*; il brano non richiama direttamente la *bona fides*, ma si può essere certi che si tratti di un richiamo implicito, dato che ci si riferisce all'impiego dell'azione di vendita; nel passo si ricorda il caso del venditore che scientemente non dichiara la presenza di una servitù a favore del fondo venduto che si estingue, in ragione della mancata dichiarazione, in forza del non uso; secondo Pomponio, che approva la decisione, hanno ragione coloro (*quidam*) che hanno ritenuto responsabile *ex empto* il venditore a cagione del dolo. Una convincente esegesi del passo e dei problemi che esso pone, anche in relazione ad una possibile evoluzione giurisprudenziale dai tempi di Q. Mucio, all'epoca pomponiana, si trova in R. FIORI, *'Bona fides'*, cit., 128 ss. Anche Celso ricorda Quinto Mucio; v. Cels. 8 *Dig. D.* 18.1.59: *Cum venderes fundum, non dixisti "ita ut optimus maximusque": verum est, quod Quinto Mucio placebat, non liberum, sed qualis esset, fundum praestari oportere. idem et in urbanis praediis dicendum est.*

⁶⁹² R. CARDILLI, *La «buona fede»*, cit., 78.

insulam [vendidit], emit P. Calpurnius Lanarius. Huic ab auguribus illud idem denuntiatum est. Itaque Calpurnius cum demolitus esset cognossetque Claudium aedes postea proscripsisse, quam esset ab auguribus demoliri iussus, arbitrum illum adegit QUICQUID SIBI DARE FACERE OPORTERET EX FIDE BONA. M. Cato sententiam dixit, huius nostri Catonis pater (ut enim ceteri ex patribus, sic hic, qui illud lumen progenuit, ex filio est nominandus)is igitur iudex ita pronuntiavit, cum in vendendo rem eam scisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere.

Secondo Cardilli, l'esperimento della azione contrattuale, *ex empto*, mostra come il problema fosse quello del risarcimento del danno «patito per la condotta dolosa del venditore, più che come problema di invalidità dell'atto compiuto»⁶⁹³. La soluzione fornita dal *iudex* Catone procede in forza di una «traduzione del contenuto dell'obbligazione di buona fede del venditore come scolpito nell'*intentio* della *formula* (QUICQUID SIBI DARE FACERE OPORTERET EX FIDE BONA) in un *damnum praestari oportere*»⁶⁹⁴. Si percepisce come lo stesso Cicerone avvertisse la perfetta coerenza tra la sentenza di Catone e l'insegnamento di Scevola, vedendo nella prima un esempio palmare del senso che il secondo ravvisava nella statuizione giudiziale, quale concretizzazione della *fides bona*. Cicerone pertanto, «rilegge la *sententia* Catonis come espressione diretta di una statuizione giudiziale che crea attraverso il principio di un nuovo dovere di informazione, che, se inadempito, sarà fonte di responsabilità contrattuale»⁶⁹⁵.

Dal complesso delle testimonianze così allineate si ricava, pertanto, una tecnicità propria del termine *fides* che lo riporta saldamente nel novero dei concetti tecnici e giuridici, prescindendo dal riferimento, di stampo extragiuridico relativo ai valori sociali, all'etica propria di un certo momento storico⁶⁹⁶.

⁶⁹³ R. CARDILLI, *La «buona fede»*, cit., 79.

⁶⁹⁴ R. CARDILLI, *La «buona fede»*, cit., 79.

⁶⁹⁵ Così R. CARDILLI, *La «buona fede»*, cit., 80.

⁶⁹⁶ Secondo A. CARCATERA, *Ancora sulla 'fides' e sui 'bonae fidei iudicia'*, cit., 75, la riprova si potrebbe trarre a mente della definizione ciceroniana di un termine che appare vicino alla *fides*, ossia *fidencia*; tale parola è etimologicamente prossima a *fides* ma non se ne riscontra un significato tecnico giuridico. Nella definizione che si legge in Cic. *inv.* 2.163 (*Fortitudo est considerata periculorum susceptio et laborum perpessio. eius partes magnificentia, fidencia patientia, perseverantia. magnificentia est rerum magnarum et excelsarum cum animi ampla quadam et splendida propositione cogitatio atque*

Pertanto, è possibile parlare di «novazione semantica» per designare il processo che portò il termine *fides* che dall'essere parola «della lingua cotidiana», venne assunta dal diritto ricevendone «delimitazioni, significati tecnico-giuridici, diventando» appunto «per novazione semantica, un *nomen iuris*»⁶⁹⁷. In particolar modo, per quanto attiene ai passi ciceroniani visti, tratti dal *De officiis*⁶⁹⁸, si ricava come la *bona fides* non sia affatto «un principio antitetico al *ius*», trattandosi, piuttosto «di un parametro attraverso il quale l'*interpretatio* giurisprudenziale» era in grado di sviluppare «regole pienamente giuridiche, tali da essere presentate come *ius*, contrapposto a un'*aequitas* che, a sua volta, non è un principio extragiuridico, ma un'istanza interpretativa produttrice di ulteriori regole giuridiche»⁶⁹⁹.

Il portato della definizione così operata in relazione al preciso significato di questo *nomen iuris* è notevole. Esso consiste, precipuamente nell'aver riportato questo concetto – o se si vuole formula vuota⁷⁰⁰ – saldamente nel campo del giuridico, limitando, se non proprio escludendo, le interferenze delle esigenze extragiuridiche dall'orbita dell'interpretazione del giudice. Intendo dire che la clausola *ex fide bona*, per come essa viene restituita dalla sua definizione ciceroniana, costringe il giudice nella sfera di quello che Carcaterra ha definito «diritto oggettivo». Assume, in quest'ambito un'importanza notevole proprio l'*interpretatio* a

administratio; fidentia est, per quam magnis et honestis in rebus multum ipse animus in se fiduciae certa cum spe conlocavit; patientia est honestatis aut utilitatis causa rerum arduarum ac difficilium voluntaria ac diuturna perpessio; perseverantia est in ratione bene considerata stabilis et perpetua permansio) l'Arpinate chiama a raffronto virtù e sentimenti, mostrando in ciò una differenza ben più che notevole con i termini precisi e significativi impiegati nella definizione di *fides*.

⁶⁹⁷ A. CARCATERRA, *Ancora sulla 'fides' e sui 'bonae fidei iudicia'*, cit., 78.

⁶⁹⁸ Mi riferisco a quelli trattati tanto in corpo del testo quanto nelle note, nelle pagine precedenti cui rimando.

⁶⁹⁹ Sono parole di R. FIORI, *'Bona fides'*, cit., 126.

⁷⁰⁰ Contro l'impiego di questo sintagma per designare la buona fede v. R. FIORI, *'Bona fides'*, cit., 126, a parere del quale, «diviene difficile accogliere la proposta di leggere la *bona fides* come una 'formula vuota' riempita di volta in volta con i contenuti etici del singolo momento storico». In riferimento ai passi dell'opera ciceroniana, poi, osserva ancora l'autore che «non vi è nulla di soggettivamente etico nello stabilire che la reticenza su un aspetto del negozio determina la responsabilità del venditore, tranne il caso in cui l'acquirente ne fosse comunque a conoscenza: è solo un problema di bilanciamento informativo, e non a caso – a dimostrazione del fatto che la regola attiene alla razionalità economica del rapporto e non alle convinzioni morali del singolo interprete – è questo un principio che sia applica alla vendita da più di due millenni».

cui è chiamato il giudice, per il tramite – ritengo – della giurisprudenza⁷⁰¹. Tale *interpretatio* non differisce, infatti, da quella propria dei giudizi rigorosi, bensì ad essa è affine; la differenza risiedeva, piuttosto nella *formula*, nella sua peculiare strutturazione, nella sua potenziale latitudine.

Un secondo aspetto che deve essere messo in risalto della testimonianza ciceroniana consiste nella stretta correlazione che si stabilisce tra la *formula* e il giudice: è proprio del giudice interrogare la *formula* per estrarne appieno le potenzialità giuridiche che vi risiedono. Si sottolinea che si è impiegato di proposito il sintagma ‘potenzialità giuridiche’, proprio per sottolineare che di tale natura erano le conseguenze che il giudice traeva in forza di interpretazione dal tenore della *formula* (compensazione, inerenza dell’*exceptio doli*, usure, ecc): non meri accertamenti di fatti, ma conseguenze giuridiche precise. Nell’interpretazione della *formula* il giudice non poteva essere solo; lo si è già visto ampiamente, e qui occorre ribadirlo: un giudice laico, necessitava del continuo ausilio della scienza giuridica nell’extrapolare dalla *formula* tutto il suo contenuto nascosto, eppur vivo.

Come, al riguardo, ritenne il Fadda già alla fine del secolo XIX, «mentre in quelli» ossia nei giudizi rigorosi «il giudice deve attenersi strettamente a quanto è portato dalla convenzione delle parti applicando severamente le norme fissate per ciascuno di questi, senza poterne esplicitare e completare il contenuto», nei giudizi di buona fede, «è fatta parte all’opera di interpretazione, di esplicazione, di completamento»⁷⁰². Il che equivale a dire che la *formula* di buona fede non si limitava a demandare al giudice la verifica di un fatto (a seguito della quale il giudice condannava o assolveva), bensì richiedeva una fitta opera ermeneutica che, spiegandone il contenuto, indicasse, ad esempio, a quali obblighi ulteriori fossero chiamate le parti.

Tale assunto deve essere, poi, completato come segue. L’attività richiesta al giudice non cambia qualitativamente nei giudizi di buona fede rispetto a quelli di stretto diritto. Un aspetto da porre subito in evidenza, giustamente messo in rilievo, consiste nel fatto che il tenore stesso della

⁷⁰¹ Sottolinea il ruolo della *interpretatio* dei *prudentes* anche lo stesso R. FIORI, ‘*Bona fides*’, cit., 119 ss.

⁷⁰² C. FADDA, *Le ‘usurae quae officio iudicis praestantur’*. A proposito di una nuova spiegazione del fr. 9 § 1 de a. e. et v. 19.1, in *Risg*, II, 1886, ora in C. FADDA, *Studi e questioni di diritto*, I. *diritto romano - diritto intermedio*, Napoli, 1910, (dove cito) 233 s.

formula tipo di un giudizio di buona fede appare decisamente più ampio, più elastico rispetto a quanto accadeva nelle formule di stretto diritto. Credo di poter aggiungere che se prendiamo in considerazione i casi passati in rassegna nel capitolo precedente, in riferimento alla clausola arbitraria o restitutoria, ci accorgeremmo del fatto che il procedimento di interpretazione dei *verba* appare sostanzialmente affine. Anche in questo caso il giudice doveva interpretare, per mezzo delle indicazioni giurisprudenziali, le parole contenute dalla formula.

La rivendica non era, naturalmente un *iudicium bonae fidei*, eppure la giurisprudenza mediante la propria evolutiva interpretazione del concetto di *restituere* era giunta ad ammettere la rilevanza, estendendo il concetto originario, del ristoro dell'*omnis causa*. In quel caso, come del resto accadeva con le clausole di buona fede, era la stessa *formula* che consentiva ai giuristi una propria interpretazione 'piena'. In altri termini, l'interpretazione non procedette oltre la *formula*, o malgrado la stessa, ma in forza, in ragione della *formula* e grazie alle potenzialità che essa presentava. Il giudice non inventava la norma ma la ricavava dal diritto positivo che si rispecchiava, sotto questo profilo, nei *verba* formulari e nella loro interpretazione. Del pari esclusi nei giudizi di buona fede, come nei giudizi stretti corredati da clausola arbitraria, appaiono pretesi poteri normativi del giudice, dal momento che è la *formula*, l'intero complesso del processo formulare, a concedere una propria più ampia attuazione⁷⁰³.

Del resto non va dimenticato come Talamanca affermasse che «i *prudentes* ed in genere i romani non credono che con lo schema della *bona fides* si attui un rinvio ad un sistema pre-ordinato ed eterno di valori trascendenti, sia esso da identificarsi con l'*aequitas* o con *ius naturale*»⁷⁰⁴.

Un testo, invero assai significativo, con il quale è necessario confrontare le idee fin qui richiamate è tratto dal quarto libro delle *Institutiones* di Gaio. Esso è precisamente:

Gai 4.63: *Liberum est tamen iudici nullam omnino invicem compensationis rationem habere; nec enim aperte formulae verbis praecipitur, sed quia id bonae fidei iudicio conveniens videtur, ideo officio eius contineri creditur.*

⁷⁰³ A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, cit., 86.

⁷⁰⁴ M. TALAMANCA, *La 'bona fides' nei giuristi romani*, cit., 5.

Nel passo, Gaio tratta della compensazione, illuminando i motivi per i quali ed i casi nei quali il giudice poteva procedere alla compensazione o meno. La *formula*, dice Gaio, non impone, né vieta la compensazione in quanto nulla dice al riguardo espressamente. Carcaterra ha dedicato notevole attenzione (verrebbe da dire, notevole entusiasmo vista l'interpunzione esclamativa copiosamente impiegata nel commentare il passo) proprio a quell'avverbio *aperte*, che ritenne addirittura «impagabile»⁷⁰⁵. Secondo lo studioso da quell'avverbio si dovrebbe desumere che quanto la *formula* non diceva espressamente doveva essere dedotto, in quanto implicito, dal giudice mediante la sua *interpretatio*. In altri termini, la compensazione non è una creazione del giudice, individuata sulla base di quei poteri normativi che secondo la dottrina risalente gli competevano, ma è una conseguenza che si traeva per via d'interpretazione dalla *formula*, dalla necessità che il giudice condannasse al *quidquid* che deve essere conforme al criterio tecnico della buona fede. Il solo «modo corretto di intendere il famoso passo di Gaio», allora, sarebbe quello seguente che vede il giudice versare in una «tenaglia»⁷⁰⁶. Da una parte il giudice era tenuto a prendere in considerazione l'intero rapporto, comprensivo – evidentemente – di crediti e controcrediti, mentre dall'altra sarebbe incorso in una contravvenzione alla buona fede qualora egli avesse preferito non condannare immantinente il convenuto tenendo ferma la possibilità che egli agisse mediante l'azione contraria per recuperare il controcredito. Innanzi a questa alternativa, il giudice, supportato – occorre precisare – dalla giurisprudenza, poteva emettere una sola pronuncia per il residuo. Anche in questo caso l'opzione che consentiva al giudice di condannare per il residuo, o assolvere nel caso in cui le opposte pretese si fossero annullate vicendevolmente, dipendeva dalla valutazione tecnica e giuridica del rapporto sotteso alla *formula*, nonché dal preciso portato tecnico della buona fede richiamata nel passo⁷⁰⁷.

⁷⁰⁵ A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, cit., 91.

⁷⁰⁶ A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, cit., 92.

⁷⁰⁷ Appare istruttivo operare un confronto tra il passo gaiano richiamato poco fa, e l'omologo testo, tratto però dalle istituzioni imperiali, dal quale appare ancora più chiaro il significato sotteso al periodare del giurista classico. V. I. 4.6.30: *In bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi quantum actori restitui debeat. in quo et illud continetur, ut, si quid invicem actorem praestare oporteat, eo compensato, in reliquum is cum quo actum est condemnari debeat*

3. Il presunto richiamo all' *aequitas*.

Non appare improprio cogliere l'occasione fornita dalla menzione del commentario gaiano all'istituto della compensazione per verificare come l' *aequitas*, in una serie di passi papiniani in tema, appaia legata all'istituto e alla sua struttura più che alla latitudine del potere assegnato al giudice, che difatti non viene mai in considerazione. Sono passi per i quali si sono sprecati dubbi di interpolazione, ma che anche nel tenore attuale, per il quale è piuttosto ragionevole il più delle volte ipotizzare una qualche manomissione, sembrano escludere che l' *aequitas* fosse il perno centrale attorno al quale ruotava l'interpretazione del giudice. Prendendo a riferimento l'ordine nel quale essi sono stati collocati nel Digesto, è opportuno principiare con:

Pap. 3 resp. D. 16.2.18 pr.: *In rem suam procurator datus post litis contestationem, si vice mutua conveniatur, aequitate compensationis utetur.*

In esso è evidente, certo, l'accostamento dell' *aequitas* all'istituto della compensazione, ma non viene in alcun modo richiamato l' *officium iudicis*: in altri termini l' *aequitas* è sottesa obiettivamente all'istituto, intesa come «equilibrio economico tra le prestazioni e controprestazioni che sarebbe turbato se, *ex eadem causa* fosse emessa condanna contro una parte senza tener conto di ciò che essa è tenuta a *facere* nei confronti dell'altra»⁷⁰⁸.

Analogo procedimento interpretativo sarebbe da impiegarsi per

Pap. 3 quaest. D. 27.7.36: *Inter tutores divisa tutela est: aequitas, quae merum ius compensationis inducit, propter officium et personam agentis tutoris non differtur: nam divisio tutelae, quae non iuris, sed iurisdictionis est, modum administrationi facit et inter ipsos locum habet nec experiri cum pupillo volentibus obstare debet.*

Nello stesso senso si dovrebbe leggere l'ultimo testo, nel quale ancora una volta non vi è traccia alcuna del *iudex* o dell' *aequitas* a cui il primo sarebbe stato tenuto a conformarsi nell'ambito di un giudizio di buona fede. Il testo rilevante, tratto dai *Responsa* di Papiniano è il seguente.

⁷⁰⁸ A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, cit., 94.

Pap. 6 resp. D 34.9.15: *Heredi, qui falsos codicillos esse dixit neque optinuit, hereditas non aufertur: si tamen aliquid a coherede codicillis acceperit, eius actio denegabitur. itaque si bonorum inter heredes divisionem defunctus codicillis fecerit, partes quidem hereditarias, in quibus legatum consistere non potuit, tenebit, sed falcidiae beneficio non utetur, si tantum in amissis portionibus erit, quod falcidiam aequitate compensationis recusaret.*

Secondo la ricostruzione datane da Carcaterra, l'*aequitas* era «immanente»⁷⁰⁹ al diritto, nel senso che «il diritto positivo *habet in se aequitatem*»⁷¹⁰. Dunque, in epoca classica, il termine conserverebbe, per Carcaterra, il senso suo proprio, quello di 'equilibrio'⁷¹¹, 'proporzione'⁷¹².

Proprio questa accezione sarebbe confermata nei testi che si possono allineare in tema di *usurae*, dai quali emerge l'idea che al *iudex* fosse demandato il compito di riparare l'equilibrio economico in forza dell'attribuzione delle *usurae* al venditore in relazione alla violazione del l'equilibrio pattuito dalle parti.

Pertanto, in quest'ottica, «parlare, invece, come fa il Riccobono di una equità del giudice, è un abusare della parola, in quanto il giudice non crea e quindi non modifica il diritto, ma ha solo il potere di *interpretatio*, ora con minore ora con maggior e più profonda penetrazione»⁷¹³. Alla luce di queste considerazioni è possibile passare a considerare un altro testo già visto che attiene proprio ai dibattutissimi limiti dell'*officium iudicis*. L'*officium iudicis* appare qualificato, come noto, quale *liberum* in un testo gaiano. Tale testo, di primo acchito sembrerebbe costituire un ostacolo assai serio all'interpretazione di Carcaterra, del quale ho sin qui sunteggiato i risultati. Nel testo gaiano, si fa menzione della rilevanza

⁷⁰⁹ A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, cit., 112.

⁷¹⁰ A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, cit., 112.

⁷¹¹ Tale sarebbe la accezione etimologica, secondo A. ERNOUT - A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, cit., voce '*Aequitas*'.

⁷¹² V. Pomp. 9 *ad Sab.* D. 17.2.6: *Si societatem mecum coieris ea condicione, ut partes societatis constitueres, ad boni viri arbitrium ea res redigenda est: et conveniens est viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae industriae pecuniae in societatem collaturus sit*; Proc. 5 *epist.* D. 17.2.80: *Quid enim si Nerva constituisset, ut alter ex millesima parte, alter ex duo millesimis partibus socius esset? illud potest conveniens esse viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae industriae gratiae pecuniae in societatem collaturus erat.*

⁷¹³ A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, cit., 113; per il riferimento al Riccobono, v. S. RICCOBONO, voce *Equità*, in *Nuovo dig. it.*, 211.

satisfattoria *post iudicium acceptum* dell'adempimento. Richiamo anzitutto il brano, contenuto nel quarto libro delle *Institutiones* veronesi, che, per quanto colà interessava, già abbiamo commentato nel capitolo precedente.

Gai 4.114: *Superest, ut dispiciamus, si ante rem iudicatam is, cum quo agitur, post acceptum iudicium satisfaciat actori, quid officio iudicis conueniat, utrum absolueret an ideo potius damnare, quia iudicii accipiendi tempore in ea causa fuerit, ut damnari debeat. nostri praeceptores absolueret eum debere existimant; nec interesse, cuius generis sit iudicium. et hoc est, quod uolgo dicitur Sabino et Cassio placere omnia iudicia absolutoria esse. [.] de bonae fidei autem iudiciis idem sentiunt, quia in eiusmodi iudiciis liberum est officium iudicis. tantumdem et de in rem actionibus putant, quia formulae uerbis id ipsum exprimitur [. vv. 7] sunt etiam in personam tales actiones in quibus exprimitur [. vv. 7] actum fuit⁷¹⁴.*

In questa sede viene in rilievo la frase *quia in eiusmodi iudiciis liberum est officium iudicis*, posta da Gaio quale risposta alla questione se si dovesse condannare o assolvere il convenuto che avesse soddisfatto l'attore dopo la *litis contestatio* ma prima della sentenza. Così letta l'affermazione gaiana potrebbe ben prestarsi ad una lettura volta ad individuare una conferma della possibilità del *iudex privatus* di una valutazione a tutto campo in forza dei propri poteri pieni, dei propri 'full powers'. In realtà è giusta l'osservazione per la quale l'inciso gaiano, per essere letto nella propria effettiva portata, deve essere posto in correlazione stretta, come è naturale che debba essere, con il suo contesto. Dalla lettura complessiva del testo si ricava che Gaio ammoniva circa il fatto che era al momento della *litis contestatio* che si doveva avere riguardo circa la decisione in favore dell'attore o meno. Il convenuto inadempiente al momento della *litis contestatio* non avrebbe potuto evitare la condanna, ma l'assoluzione procede, secondo Carcaterra, in forza dell'*interpretatio plenior* consentita dalla natura di buona fede del giudizio.

L'elemento formulare idoneo a consentire l'assoluzione sarebbe stato proprio il pronome indefinito *quidquid*, consegnato nelle mani del

⁷¹⁴ FIRA, II², 176.

giudice e della giurisprudenza⁷¹⁵. «Poiché esso va oltre ogni riferimento temporale, il giudice è già condotto per via di un'interpretatio ed esplicitazione dei *verba formulae* a superare i vincoli formali e temporali della *litis contestatio*». Mi pare, al riguardo, assai significativo il confronto con i limiti cui astringevano la valutazione del giudice le formulazioni della *condemnatio* nei giudizi di stretto diritto: in essi la condanna pecuniaria era parametrata al *quanti ea res est*⁷¹⁶; nei giudizi arbitrari, che pur conoscevano, come s'è visto, altri *verba* sui quali agiva l'interpretazione della giurisprudenza, la *condemnatio* era formulata secondo il paradigma *quanti ea res erit*⁷¹⁷; nell'*actio furti*, infine, era costruita secondo il *quanti ea res fuit*⁷¹⁸. In questi due ultimi casi, come si evince dal tenore stesso della *formulae* ed in particolare in virtù del tempo verbale del verbo essere, è la *formula* che consente al giudice di valutare l'ammontare della *condemnatio*, travalicando i limiti temporali della *litis contestatio*; «ugual valore ha il *quidquid*»⁷¹⁹ che deve essere vieppiù ispirato al criterio della buona fede, di modo che «una condanna contro colui che ha già adempiuto, non rispetterebbe né il tenore formale né quello sostanziale della *formula*»⁷²⁰.

Del resto, va notato che l'adempimento *post litem contestatam* e *ante sententiam* nel corso di un giudizio rigoroso avrebbe potuto trovare tutela, o meglio il convenuto che avesse adempiuto nel lasso di tempo indicato e del quale fosse dichiarata la soccombenza avrebbe potuto, evitando di pagare a seguito della condanna pecuniaria, opporre l'*exceptio*

⁷¹⁵ A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, cit., 88.

⁷¹⁶ Si veda la formula della *condictio certae rei*: C. Aquilius iudex esto. si paret N. Negidium A. Agerio tritici africi optimi modios centum dare oportere, qua de re agitur, quanti ea res est, tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvo. Così D. MANTOVANI, *Le formule*, cit., 49.

⁷¹⁷ Si veda la formula petitoria della rivendica: C. Aquilius iudex esto. si paret fondum quo de agitur ex iure Quiritium A. Agerii esse, neque is fundus, arbitrio C. Aquilli iudicis A. Agerio restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato, si non paret absolvo. Così D. MANTOVANI, *Le formule*, cit., 37 s.

⁷¹⁸ È il caso della formula dell'*actio furti nec manifesti*: C. Aquilius iudex esto. Si paret A. Agerio a N. Negidio opeve consilio N. Negidii furtum factum esse paterae aureae sestertium X milium plurisve, quam ob rem N. Negidium pro fure damnus decidere oportet, quanti ea res fuit cum furtum factum est tantae pecuniae duplum C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato, si non paret absolvo. Così D. MANTOVANI, *Le formule*, cit., 62 s.

⁷¹⁹ A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, cit., 89.

⁷²⁰ A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, cit., 89

doli nell'ambito dell'*actio iudicati* con la quale il creditore vittorioso avrebbe potuto chiedere l'esecuzione della sentenza rimasta ineseguita.

Dunque, v'era certamente uno strumentario giuridico a disposizione del convenuto soccombente che in tal guisa avrebbe potuto paralizzare la pretesa del creditore comunque vittorioso, impedendo che si creasse una situazione palesemente iniqua consistente nel doppio pagamento della medesima somma in forza dello stesso rapporto giuridico (pur se la seconda richiesta non avrebbe certamente violato il principio di preclusione derivante dalla *litis contestatio* dal momento che si faceva valere la pretesa nelle forme dell'*actio iudicati*).

A ben vedere, quindi, l'ordinamento stesso, pur nell'ambito dei giudizi rigorosi, non avrebbe certamente consentito l'ingiusta locupletazione del creditore, consentendo in virtù dello strumento dell'*exceptio doli*, di paralizzare la richiesta ingiusta – in quanto tale rientrante nella sfera del *dolus* – di quest'ultimo. In altri termini, apparteneva all'orizzonte del diritto positivo, ed in particolare dei rimedi apprestati per neutralizzare il *dolus*, la soluzione che impediva tale situazione iniqua. Nel giudizio di buona fede, grazie alla sua formulazione (contenente la menzione alla buona fede e risultando svincolata da limiti temporali) e grazie al fatto che in esso era tenuta sempre presente l'eccezione di dolo generale⁷²¹, si assiste ad una concentrazione delle fasi appena richiamate. «In virtù di tale *interpretatio plenior* dei fini del *iudicium*»⁷²², il giudice poteva assolvere direttamente nell'ambito del giudizio di buona fede.

Certo non va dimenticato come un qualche ruolo proprio le esigenze sociali ed extragiuridiche lo abbiano naturalmente giocato nel progresso del fenomeno giuridico romano, ma esso, con riferimento specifico alle formule presentanti la clausola *ex fide bona*, credo debba essere limitato al momento storico in cui i giudizi di buona fede sono stati progressivamente introdotti, nel momento in cui «quei *iudicia* furono istituiti»⁷²³. In ciò la giurisprudenza ha potuto certamente esercitare la

⁷²¹ Come nota L. FRANCHINI, *La recezione nel 'ius civile'*, cit., 23, il fatto che la tutela della buona fede comportasse la più completa esclusione del *dolus*, importava una distinzione forte tra i *iudicia stricta* e i *iudicia bonae fidei*, dal momento che solo nei primi è evidente come «per la repressione di questo fosse necessaria la predisposizione da parte del pretore, di strumenti *ad hoc*».

⁷²² A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, cit., 89

⁷²³ A. CARCATERRA, *Ancora sulla 'fides' e sui 'bonae fidei iudicia'*, cit., 79.

propria influenza tanto presso il pretore, circa la primitiva introduzione nell'ambito del *ius praetorium* dei giudizi di buona fede, tanto nel momento storico successivo nel quale si trattò di interpretare le formule di buona fede. Così mi sentirei di completare l'affermazione di Carcaterra per la quale «qui comincia l'opera dei giudici: essi non sono gli inventori dei criteri ora ricordati; essi sapendoli insiti nei nostri *iudicia* li riscoprono e li attuano applicandoli al concreto»⁷²⁴; in tale opera i giudici non hanno potuto che riferirsi alla giurisprudenza proprio perché la scoperta della portata tecnica della buona fede impediva che il giudice da solo creasse egli stesso norme di diritto da applicare al caso che gli veniva sottoposto. Del resto lo stesso autore affermava come l'*interpretatio plenior* si sostanziasse in tutte quelle conseguenze, quei *naturalia negotii*, essendo peculiare dei *bonae fidei iudicia*, e ricordando peraltro come tutto ciò fosse nella *formula* e non fosse «creazione del *iudex*»⁷²⁵.

Il riconoscimento delle usure, nell'ambito del diritto romano classico, avvenne prevalentemente nell'ambito dei *iudicia bonae fidei*, «grazie alla particolare natura dell'*officium iudicis*»⁷²⁶. Ci si situa, quindi, nell'ambito delle celebri conseguenze dei *iudicia bonae fidei*, sulle quale da molti decenni la dottrina ha discusso. Tra le conseguenze che si annoverano, si ricordano in particolare, accanto alle usure, la compensazione, il concorso delle azioni, l'inutilità dell'*exceptio doli* o *pacti*. Su questi aspetti, appunteremo – seppur in estrema sintesi – la nostra attenzione a breve.

È evidente, poi, che interessa maggiormente, nell'ottica propria della teoria di Carcaterra, ma anche nella prospettiva della presente ricerca, comprendere donde originassero tali conseguenze e soprattutto come in questa derivazione operasse in modo massiccio proprio la giurisprudenza. Secondo la dottrina più risalente, la clausola *oportere ex fide bona* avrebbe dovuto essere sciolta nel senso di riconoscere come l'*oportere* traesse la propria fonte nella buona fede; ciò comporterebbe che il giudice, nell'esercizio del proprio *officium*, dovesse trarre le conseguenze dall'idea – extragiuridica, potremmo dire – di buona fede, in virtù delle

⁷²⁴ A. CARCATERRA, *Ancora sulla 'fides' e sui 'bonae fidei iudicia'*, cit., 79.

⁷²⁵ A. CARCATERRA, *Ancora sulla 'fides' e sui 'bonae fidei iudicia'*, cit., 81.

⁷²⁶ G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle 'usurae' c. d. legali nel diritto romano*, Milano, 1969, 222.

proprie facoltà che assurgerebbero al livello di poteri normativi⁷²⁷. Carcaterra opponeva, invece, che le conseguenze dei *bonae fidei iudicia* dovevano essere tratte dalla *formula* dal giudice in virtù dell'interpretazione e non in virtù di un serbatoio di valori e principi esterni all'ordinamento giuridico⁷²⁸. Circa l'*interpretatio* occorre distinguere da un lato quella in senso forte, intesa in termini creativi, fonte di nuovi istituti giuridici; dall'altro si colloca l'*interpretatio* come «ermeneusi ed esplicazione (sia pure evolutiva) di istituti e concetti già esistenti o finanche di parole formulari»⁷²⁹.

In senso conforme rispetto a quanto si intende sostenere con questa ricerca, l'autore riteneva che l'*interpretatio* in senso debole, o minore, priva dei connotati creativi di nuovi istituti, non fu appannaggio del solo ceto dei giuristi, ovvero di coloro che potevano creare *iura*, ma in certa misura anche del giudice. La giurisprudenza aveva comunque un ruolo di primo piano nel momento in cui l'*interpretatio plenior* della *formula* imponeva di «tener conto anche dei *naturalia negotii*», dal momento che se è vero che importava anche una ricerca della volontà delle parti, necessitava comunque di una spiccata analisi tecnico-giuridica; il che mi sembra equivalga a dire che si intracciassero questi due aspetti: una penetrante analisi sul fatto donde originava la controversia, abbracciata tuttavia ad un'altrettanto raffinata esegesi del portato giuridico della *formula*.

Dunque, se è vero che l'*interpretatio* dei *naturalia negotii* è la ricerca della effettiva volontà delle parti nonché delle potenzialità inesprese del *iudicium*, è altrettanto vero che tale indagine conduceva ad illuminare le potenzialità giuridiche della *formula* nella sede del giudizio. Che le due cose potessero andare di norma di pari passo mi sembra ammesso dallo stesso Carcaterra che nel commentare un passo ulpiano⁷³⁰, si chiede retoricamente se il giurista è «col suo ausilio i *iudices*»⁷³¹

⁷²⁷ A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, cit., 119.

⁷²⁸ Secondo R. FIORI, *'Fides' e 'bona fides'*. *Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, cit., 25, «la *bona fides* è strettamente legata alla tradizione del *ius*, costituendo nulla più che un parametro dell'*oportere* civilistico».

⁷²⁹ A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, cit., 119.

⁷³⁰ Ulp. 1 *ad ed. aedil. curul.* D. 21.1.31.20: *Quia adsidua est duplae stipulatio, idcirco placuit etiam ex empto agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat: ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire.*

⁷³¹ A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, cit., 131.

potessero ragionare in termini di etica o di poteri normativi del giudice.

Prima di passare ad esaminare un paio delle conseguenze peculiari dei *bonae fidei iudicia*, la compensazione e le usure, non è inutile dare qualche saggio di consimili conseguenze che si sono avute in relazione ad altre fattispecie tutelate da giudizi di buona fede. Un esempio interessante è offerto da Ulpiano in tema di comodato, in cui, tenendo naturalmente a mente il fatto che questo contratto reale era tutelato da azione *in ius concepta ex fide bona*⁷³², anche il termine *reddere*, in cui mi sono imbattuto nel capitolo precedente, si offriva all'interpretazione della giurisprudenza. Si legga al riguardo

Ulp. 28 ad ed. D. 13.6.3.1: *Si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita, non videtur reddita, quae deterior facta redditur, nisi quid interest praestetur: proprie enim dicitur res non reddita, quae deterior redditur.*

Il fatto che il comodatario dovesse restituire la cosa nella sua integrità, e non già deteriorata, derivava precisamente dall'interpretazione della *formula*, il che mi sembra sia puntualmente quanto si può trarre dall'incedere del discorso ulpiano, che assai brevilamente afferma che in assenza di integrità della cosa restituita, *proprie enim dicitur res non reddita*. Ulpiano affermava, implicitamente, anche se in modo chiaro, che dalla *formula* si traeva la regola – giuridica e non meramente da legarsi alla *res facti* – che la restituzione doveva avvenire a cosa integra, e, dunque, che una *restitutio* avente ad oggetto una cosa deteriorata, giuridicamente non integrava gli estremi della prestazione dovuta. Mi sembra chiaro che qui l'*interpretatio plenior* del giudice doveva avere riguardo al criterio offerto dal giurista (e che di tale criterio la scienza giuridica si fosse occupata si evince già dalla sola menzione di Ulpiano, che non recepisce una pratica della realtà forense, quanto, piuttosto sembra preoccuparsi di indirizzarla) e si doveva tradurre nell'indagine più ampia volta a verificare gli elementi di fatto che l'adozione del criterio individuato dalla giurisprudenza poneva in luce quali rilevanti e necessari al fine di pervenire alla decisione sulla controversia pendente innanzi al giudice.

Rilevante è pure un passo in tema di locazione nel quale si afferma

⁷³² V. la ricostruzione proposta da D. MANTOVANI, *Le formule*, cit., 52.

che il locatore è tenuto a mantenere la cosa in buono stato. Si veda

Ulp. 53 *ad ed.* D. 39.2.13.6: *De illo quaeritur, an inquilinis suis dominus aedium cavere possit. et Sabinus ait inquilinis non esse cavendum: aut enim ab initio vitiosas aedes conduxerunt et habent quod sibi imputent, aut in vitium aedes inciderunt et possunt ex conducto experiri: quae sententia verior est.*

Anche Paolo in un passaggio «semplice e compendioso»⁷³³ ripercorre le conseguenze della buona fede, in tema di prestazioni accessorie, nel contratto di compravendita. Indipendentemente da sospetti più o meno fondati di interpolazione, quello che conta mettere in rilievo del testo consiste a mio avviso, nel fatto che in esso è dato conto di una disputa interna al ceto dei giuristi, proprio in ordine alle posizioni accessorie delle parti del negozio.

Paul. 32 *ad ed.* D. 19.4.1 pr.: *Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, ita pretium aliud, aliud merx. at in permutatione discerni non potest, uter emptor vel uter venditor sit, multumque differunt praestationes. emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque, si evicta res non sit, nihil debet: in permutatione vero si utrumque pretium est, utriusque rem fieri oportet, si merx, neutrius. sed cum debeat et res et pretium esse, non potest permutatio emptio venditio esse, quoniam non potest inveniri, quid eorum merx et quid pretium sit, nec ratio patitur, ut una eademque res et veneat et pretium sit emptionis.*

Nel testo, anzi, le conseguenze si traggono in modo logico, senza ulteriori scarti, grazie al procedere dell'*interpretatio*.

4. Brevi considerazioni in tema di compensazione.

Come si è visto, nell'ambito dei *iudicia bonae fidei*, l'*officium iudicis* era chiamato ad una *interpretatio plenior* della *formula* che gli concedeva

⁷³³ A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, cit., 132.

di interpretare nella sua globalità il rapporto giuridico⁷³⁴ sottopostogli nonché le finalità alla cui tutela era preposta la *formula*⁷³⁵. Non è certamente questa la sede per una disamina, non che generale, ma nemmeno parziale, della sterminata letteratura dei numerosissimi quesiti esegetici che il tema, nelle sue molteplici sfaccettature pone all'interprete. Basti dire che tradizionalmente, sulla scorta di indicazioni della letteratura, più o meno recente, tra le conseguenze dei *bonae fidei iudicia* vengono fatte rientrare le *usurae* e la compensazione⁷³⁶.

Principiamo con la compensazione, alla quale dedicheremo soltanto brevi osservazioni⁷³⁷. Come ha messo in rilievo la classica opera monografica di Biondi, lo scopo essenziale della compensazione, nell'ambito dell'ordinamento romano, deve essere ravvisato nell'esigenza

⁷³⁴ P. FREZZA, '*Fides bona*', cit., 16: «la giurisprudenza aveva cioè avvertito la spontanea forza espansiva del criterio della valutazione *ex fide bona* e da metro di valutazione della responsabilità *stricto sensu* contrattuale ne aveva fatto il metro di valutazione dell'intero comportamento (precontrattuale e contrattuale) che si concludeva nel perfezionamento del contratto». V. anche S. TAFARO, *Brevi riflessioni su buona fede e contratti*, in *Diritto@Storia*, III, 2004, § 3, «con ciò si andava ben al di là di ciò che si era convenuto e del consenso prestato e si faceva corrispondere il contenuto del contratto con ciò che appariva equo e 'giusto'. Nella materia dei contratti, attraverso la *fides bona*, veniva introdotta l'etica e veniva salvaguardata la persona e le aspettative di correttezza che ne accompagnavano la sua negoziazione. In conseguenza della *fides bona* il negozio non veniva più considerato in modo statico, riferendo gli obblighi ed i diritti fissati al momento della conclusione del contratto, bensì in modo dinamico, riconoscendo che vi potessero essere adeguamenti (cioè sia incrementi che diminuzioni) anche in considerazione di eventi che si verificavano durante la vita di esso».

⁷³⁵ V. S. TAFARO, *Brevi riflessioni*, cit., § 3: «è quella la sede nella quale si prescinde da qualsiasi testo promissorio ma si prende in considerazione direttamente il contenuto del negozio per individuare le responsabilità che ne derivano «*quidquid ob eam rem N.um N.um A.o A.o dare facere oportet ex fide bona*» (quello che secondo buona fede è opportuno che Numerio Negidio dia ad Aulo Agerio) era lo scopo dell'azione di buona fede, nella quale al *iudicium* subentra l' *arbitrium*, cioè si attua la sostituzione del procedimento formale e tassativo, legato alla solennità ed alla insostituibilità delle parole, con un procedimento nel quale conta l'essenza delle posizioni delle parti e delle loro ragioni».

⁷³⁶ Abbiamo dedicato alla questione un rapido accenno alla conclusione del primo capitolo; ora dedicheremo una maggior attenzione al tema delle usure, chiarendo in necessaria sintesi i punti salienti relativi alla *compensatio*.

⁷³⁷ L'istituto è stato preso ad esempio paradigmatico da P. VOCI, *Manuale di diritto romano*, cit., 112 s., dello spiegarci, al cavaliere tra la repubblica e la prima età imperiale, dello sviluppo storico che ha portato all'introduzione in virtù dei giudizi di buona fede, di nuove regole, rientranti in quelle che sono dette comunemente 'conseguenze dei giudizi di buona fede'.

di «semplificare i rapporti tra le parti nascenti *ex eadem causa*»⁷³⁸, puntando a far sì che a più rapporti se ne sostituisse uno solo unilaterale. Il grande studioso notava come il fondamento della *compensatio* fosse da riconoscere «nella reciprocità della *formula*⁷³⁹», caratteristica che si riscontrava tanto nelle azioni divisorie, nelle quali egli riconosceva «la sede propria e originaria della *compensatio*»⁷⁴⁰, quanto naturalmente nelle azioni di buona fede. È noto come il passo fondamentale debba riconoscersi in un brano tolto dal quarto libro delle gaiane *Institutiones*, già richiamato nel corso della nostra indagine che non è inutile richiamare ancora.

Gai 4.63: *Liberum est tamen iudici nullam omnino inuicem compensationis rationem habere; nec enim aperte formulae uerbis praecipitur, sed quia id bonae fidei iudicio conueniens uidetur, ideo officio eius contineri creditur.*

Dal testo si evince anzitutto il carattere giudiziale della compensazione che viene esplicitamente qualificata come tale dal giurista. Rileva, poi, il brano poiché in esso il giurista «riconosce che in tutte le formule di buona fede il giudice ha la libertà di operare o no la *compensatio*, in quanto ciò non discende da un precetto esplicito della *formula* stessa, ma è contenuto nel fatto che il *iudicium* sia di buona fede, e la valutazione di quest'ultima è compresa appunto nell'*officium iudicis*»⁷⁴¹.

⁷³⁸ B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, Cortona, 1927, 19. Ciò accadde anche in relazione alla struttura formulare dei giudizi nel cui ambito la compensazione venne ammessa, e conformemente alla loro stessa struttura; così si ebbero casi di compensazione nei quali la *formula* prevedeva un *alterum alteri dare* e la compensazione discendeva direttamente dalla struttura bilaterale della *formula*; in altri casi, quelli di *iudicium* contrario, le due *intentiones* distinte vennero unificate in un'unica *intentio* reciproca.

⁷³⁹ B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, cit., 19.

⁷⁴⁰ B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, cit., 18.

⁷⁴¹ L. VACCA, *Contributo*, cit., 50. La stessa L. VACCA, *Contributo*, cit., 50, ricorda come vada rilevato «che la discrezionalità del giudice nell'applicazione della *compensatio* è pressoché assoluta, con il solo limite che deriva dal fatto che comunque rientra nell'*officium*». Del resto, «non ci è dato ricostruire attraverso le fonti il processo che ha portato al riconoscimento del principio che l'*officium iudicis* negli *iudicia bonae fidei* comprendesse anche il compito di operare la *compensatio*: indubbiamente anche in questo caso deve essere stato determinante inizialmente il riconoscimento giudiziale in singoli casi». Peraltro, in alcuni casi attestati dalle fonti, risulta che il giudice potesse non tenere conto della compensazione anche senza dichiarare infondato il credito opposto. Si leggano Ulp. 10 *ad ed. D. 3.5.7.2: Si quocumque modo ratio compensationis habita non est*

Va ricordato, anzitutto, come la *compensatio* non fosse per i classici un istituto dotato di applicazione generale, dovendosi piuttosto ritenere che i classici stessi conoscessero «piuttosto singoli casi di compensazione, le cui conseguenze giuridiche erano legate alla struttura del processo formulare»⁷⁴². Il che implica, come ha messo in rilievo Letizia Vacca, che l'effetto estintivo dell'obbligazione fosse da riconoscere, ancora per tutta l'epoca classica nella «sentenza» e non nella «compensazione stessa»⁷⁴³. Si tratta di una posizione che era già propria del Biondi il quale ricordava come «fintantoché la *compensatio*» era «attuata, e non soltanto dichiarata dal giudice gli effetti che noi di solito riconnettiamo alla *compensatio* discendono non da questa ma dal processo»⁷⁴⁴. Quando viceversa «la compensazione è attuata senz'altro direttamente dalla legge, e la funzione del giudice si limita ad una semplice declaratoria, gli effetti estintivi si riportano direttamente alla stessa *compensatio*»⁷⁴⁵. Secondo Voci, il principio di questo processo, culminato nella sanzione da parte del potere

a iudice, potest contrario iudicio agi: quod si post examinationem reprobatae fuerint pensationes, verius est quasi re iudicata amplius agi contrario iudicio non posse, quia exceptio rei iudicatae opponenda est; Gai. 9 ad ed. provinc. D. 13.6.18.4: Quod autem contrario iudicio consequi quisque potest, id etiam recto iudicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere iure pensationis. sed fieri potest, ut amplius esset, quod invicem aliquem consequi oporteat, aut iudex pensationis rationem non habeat, aut ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit aut sine iudice restituta est: dicemus necessariam esse contrariam actionem; Ulp. 28 ad ed. D. 16.2.7.1: Si rationem compensationis iudex non habuerit, salva manet petitio: nec enim rei iudicatae exceptio obici potest. aliud dicam, si reprobavit pensationem quasi non existente debito: tunc enim rei iudicatae mihi nocebit exceptio.

⁷⁴² L. VACCA, *Contributo*, cit., 52.

⁷⁴³ L. VACCA, *Contributo*, cit., 52. La modificazione dell'istituto si sarebbe avuta piuttosto in epoca giustiniana come si desumerebbe dalla costituzione conservata in C. 4.31.14 pr-1: *Compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri sancimus nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda. Ita tamen compensationes obici iubemus, si causa ex qua compensatur liquida sit et non multis ambagibus innodata, sed possit iudici facilem exitum sui praestare. satis enim miserabile est post multa forte variaque certamina, cum res iam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae iam paene convicta est, opponi compensationem iam certo et indubitato debito et moratoriis ambagibus spem condemnationis excludi. hoc itaque iudices observent et non procliviores in admittendas compensationes existant nec molli animo eas suscipiant, sed iure stricto utentes, si invenerint eas maiorem et ampliorem ecere indaginem, eas quidem alii iudicio reservent, litem autem pristinam iam paene expeditam sententia terminali componant: excepta actione depositi secundum nostram sanctionem, in qua nec com pensationi locum esse disposuimus.*

⁷⁴⁴ B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, cit., 131.

⁷⁴⁵ B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, cit., 131.

imperiale⁷⁴⁶, sarebbe da riconoscere nell'agire del «primo giudice che riconobbe la compensazione» e che «stabilì un effetto specifico del criterio generale di buona fede, e creò un precedente che, seguito dai giudici successivi, condusse a una norma valida per tutti i giudizi di buona fede»⁷⁴⁷.

Anche per quanto concerne la compensazione, si ritiene che il motore primo dell'evoluzione che l'ha connotata nel corso dell'epoca classica, debba essere riconosciuto nell'interpretazione della giurisprudenza, che in forza della reciprocità propria di alcune delle formule arrivò a «formulare il principio che la compensazione ha luogo in tutti i giudizi di buona fede»⁷⁴⁸. Come deve essere interpretata l'affermazione gaiana della supposta libertà del giudice nell'ammettere la compensazione? A me pare che la soluzione sia stata già fornita a suo tempo da Biondi, il quale, aderendo strettamente alla logica della struttura delle formule che consentivano la compensazione, ha scorto in essa la giustificazione o meno della possibilità accordata al giudice di ammettere oppure no la compensazione. Non si sarebbe trattato di una decisione arbitraria del giudice ma di un rapporto tra quanto richiesto e il contenuto della sentenza del *iudex*. «La *compensatio*» osservava ancora Biondi «può aver luogo soltanto mediante deduzione in giudizio del relativo credito, la qual cosa avviene necessariamente nelle formule del tipo *alterum dari*, a richiesta del convenuto nelle altre formule»⁷⁴⁹. Di talché, è proprio in relazione a quanto opposto dal convenuto che il giudice poteva emettere la propria sentenza, risultando per lo stesso impossibile operare la compensazione qualora il controcredito non fosse in alcun modo opposto. «Pertanto, non è esatto affermare che il giudice possa rifiutare la compensazione, rinviando le parti al separato giudizio»⁷⁵⁰. Infatti, «l'*intentio* contempla soltanto la pretesa dell'attore; se, a richiesta del convenuto, l'*oportere ex fide bona* può dedurre anche i suoi diritti, però il giudice è libero di aderire a tale richiesta, perché l'*intentio* non deduce necessariamente il diritto del convenuto»⁷⁵¹. La parte centrale, nel riconoscimento dei diritti del convenuto, allora, è ancora una volta affidata

⁷⁴⁶ Si tratta ancora di C. 4.31.14 pr-1.

⁷⁴⁷ P. VOCI, *Manuale di diritto romano*, cit., 113.

⁷⁴⁸ B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, cit., 19.

⁷⁴⁹ B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, cit., 20.

⁷⁵⁰ B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, cit., 20.

⁷⁵¹ B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, cit., 20.

all'interpretazione: «si tratta di un'interpretazione dell'*oportere ex fide bona* che il giudice, restando nell'ambito delle sue attribuzioni, può benissimo non accettare»⁷⁵².

Dunque la libertà di cui parla Gaio va riplasmata secondo le logiche formulari, ed attentamente soppesata. Scriveva infatti Biondi: «la libertà che il giudice ha di operare la *compensatio* vale per tutti i giudizi di buona fede, ma ha significato diverso secondo la diversa struttura delle varie formule. Per le formule aventi un *alterum dari* o un *iudicium contrarium* la libertà di compensare vuol dire soltanto che il giudice è libero di emanare in luogo di due distinte *condemnationes*, una sola condanna a carico di una sola parte, dopo aver eseguito la compensazione tra le reciproche partite. La libertà del giudice consiste soltanto nella facoltà di eseguire una mera operazione contabile tra due partite che si presentano nelle medesime condizioni»⁷⁵³. Con riferimento alle altre formule, «la libertà di compensare vuol dire che il giudice può opporsi a che il convenuto attraverso l'*oportere ex fide bona* deduca i propri diritti; qui in verità il giudice rifiuta non di operare la compensazione, ma l'attuazione del suo presupposto, che è la deduzione in giudizio del controcredito»⁷⁵⁴.

5. Le 'usurae'.

Svolte queste brevi osservazioni circa la compensazione, limiteremo la restante parte del nostro discorso alle *usurae*, con particolare riguardo alle rapporto che le legava all'*officium iudicis* ed alla natura dei giudizi nell'ambito dei quali esse potevano essere richieste.

Come si è ricordato, in questi giudizi – giusta la lettura, pur controversa, del celebre passo di Gaio⁷⁵⁵, già più volte oggetto di

⁷⁵² B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, cit., 20.

⁷⁵³ B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, cit., 21.

⁷⁵⁴ B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, cit., 21.

⁷⁵⁵ Che richiamo ancora una volta; Gai 4.114: *Superest, ut dispiciamus, si ante rem iudicatam is, cum quo agitur, post acceptum iudicium satisfaciatur actori, quid officio iudicis conueniat, utrum absoluere an ideo potius damnare, quia iudicii accipiendi tempore in ea causa fuerit, ut damnari debeat. nostri praeceptores absoluere eum debere existimant; nec interesse, cuius generis sit iudicium. et hoc est, quod uolgo dicitur Sabino et Cassio placere omnia iudicia absolutoria esse. [.] de bonae fidei autem iudiciis idem sentiunt, quia in eiusmodi iudiciis liberum est officium iudicis. tantumdem et de in rem actionibus putant, quia formulae uerbis id ipsum exprimitur [. . . . vv. 7] sunt etiam in personam tales actiones in quibus ex-primitur [. . . . vv. 7] actum fuit.*

attenzione – la valutazione del rapporto giuridico dedotto in giudizio era maggiormente libera, nel senso di ‘più penetrante’ e da svolgersi a più ampio raggio rispetto a quanto correlativamente poteva accadere nei giudizi di stretto diritto, nel senso di una piena *intepretatio* dei termini della *formula* e del negozio sottostante. Naturalmente, la libertà del giudice non poteva essere, e certamente non era, ‘libera’ nel senso di poter attingere a vertici di autonoma produzione normativa, essendo il giudice astretto dall’intero spettro del diritto vigente e soprattutto vincolato alle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza. Su tutto ciò credo siano da sottoscrivere le conclusioni del lavoro di Carcaterra dalla cui monografia nelle pagine che precedono ho attinto, quasi a volerne ricavare una sorta di cornice sistematica entro la quale collocare le considerazioni che seguono.

È chiaro che nell’ambito dei giudizi di buona fede il giudice era chiamato a svolgere la propria opera alla luce del canone della buona fede oggettiva, la cui determinazione, alla quale egli stesso era chiamato in virtù della *formula*, non poteva che spettare, alla luce dei rilievi svolti, alla giurisprudenza. Come è stato ben messo in luce, il lavoro della giurisprudenza fu notevole: «sappiamo che la giurisprudenza si dedicò eminentemente allo studio del ‘contenuto’ degli obblighi di cui la buona fede esige il rispetto tra le parti, allo scopo di armonizzarne equamente gli interessi»⁷⁵⁶.

La giurisprudenza classica, a seguire un tormentato testo di Trifonino, sembra addirittura affermare che era proprio in virtù della natura dei giudizi, che le usure, al di fuori della volontà delle parti, erano richieste dal *iudex* nell’esplicazione del proprio *officium*⁷⁵⁷.

Tryph. 2 *disp.* D. 3.5.37: *Qui sine usuris pecuniam debebat, creditoris sui gessit negotia: quaesitum est, an negotiorum gestorum actione*

⁷⁵⁶ L. FRANCHINI, *La recezione nel ‘ius civile’*, cit., 192; ora v. anche ID., *La recezione*, cit., 89.

⁷⁵⁷ Sarebbe un’asserzione, questa, confermata da un altro testo, che deve ricorsarsi essere parecchio discusso; si tratta di Scaev. 1 *resp.* D. 16.3.28: *Quintus Caecilius Candidus ad Paccium Rogatianum epistulam scripsit in verba infra scripta: “Caecilius Candidus Paccio Rogatiano suo salutem. viginti quinque nummorum quos apud me esse voluisti, notum tibi ista hac epistula facio ad ratiunculam meam ea pervenisse: quibus ut primum prospiciam, ne vacua tibi sint: id est ut usuras eorum accipias, curae habebō”. quaesitum est, an ex ea epistula etiam usurae peti possint. respondi deberi ex bonae fidei iudicio usuras, sive percepit sive pecunia in re sua usus est.*

summae illius usuras praestare debeat. dixi, si a semet ipso exigere eum oportuit, debiturum usuras: quod si dies solvendae pecuniae tempore quo negotia gerebat nondum venerat, usuras non debiturum: sed die praeterito si non intulit rationibus creditoris cuius negotia gerebat eam pecuniam a se debitam, merito usuras bonae fidei iudicio praestaturum. sed quas usuras debebit, videamus: utrum eas, quibus aliis idem creditor faenerasset, an et maximas usuras: quoniam ubi quis eius pecuniam, cuius tutelam negotiave administrat, aut magistratus municipii publicam in usus suos convertit, maximas usuras praestat, ut est constitutum a divis principibus. sed istius diversa causa est, qui non sibi sumpsit ex administratione nummos, sed ab amico accepit et ante negotiorum administrationem. nam illi, de quibus constitutum est, cum gratuitam certe integram et abstinentem omni lucro praestare fidem deberent, licentia, qua videntur abuti, maximis usuris vice cuiusdam poenae subiciuntur: hic bona ratione accepit ab alio mutuum et usuris, quia non solvit, non quia ex negotiis quae gerebat ad se pecuniam transtulit, condemnandus est. multum autem refert, incipiat nunc debitum an ante nomen fuerit debitoris, quod satis est ex non usurario facere usurarium.

Nel passo appena riportato, il giurista tratta delle *usurae* che possono essere richieste nell'ambito di una *negotiorum gestio*, chiedendosi, appunto, se nell'ambito di tale rapporto fosse possibile richiedere tali importi, sperando l'*actio negotiorum gestorum*, e rispondendo che sì, ciò era possibile proprio in forza dell'essere l'*actio* in parola un'azione di buona fede⁷⁵⁸. Nello specifico, il caso è quello di un debitore tenuto al pagamento di un «debito non usurario»⁷⁵⁹ che aveva assunto la gestione di un affare del proprio creditore. Il giurista specificava che, qualora il debito non fosse scaduto, non sarebbero maturati interessi, mentre, una volta

⁷⁵⁸ Nella ricostruzione di D. MANTOVANI, *Le formule*, cit., 56, l'*actio* diretta suonava così: *C. Aquilius iudex esto. quod N. Negidius A. Agerii negotia gessit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito*; quella contraria, viceversa suonava come la precedente «mediante lo scambio nella *demonstratio* dei nomi delle parti» (così D. MANTOVANI, *Le formule*, cit., 56, che richiama O. LENEL, *Das 'Edictum Perpetuum'*, cit., 104). Sulla natura di buona fede del giusizio vale anche richiamare il celeberrimo Gai 4.62: *Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto uendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae.*

⁷⁵⁹ G. CERVENCA, *Contributo*, cit., 86.

scaduto tale termine, e in assenza di adempimento da parte del *negotiorum gestor*, si sarebbero viceversa maturati gli interessi.

È poi interessante vedere come il giurista articoli il proprio ragionamento intorno alla misura degli interessi che potevano essere posti a carico del debitore. A tal fine egli richiamava alcune costituzioni imperiali nelle quali si diceva che il tasso poteva essere quello massimo qualora il debitore, ricoprendo l'ufficio di tutore o di amministratore dei beni di un privato, distraeva a proprio vantaggio le somme affidategli. Il giurista ricordava, tuttavia, come le previsioni appena richiamate presentassero un forte carattere di penalità, che non poteva, viceversa ravvisarsi nel caso considerato dal momento che, a rigore, in quest'ultimo caso non poteva parlarsi di distrazione di beni o di somme, quanto piuttosto di un debito non adempiuto. L'applicazione delle norme fissate dal potere imperiale (non pare possibile attribuire con certezza le costituzioni citate ed attribuite genericamente a *Divi principes*), avrebbero trovato applicazione qualora il *negotiorum gestor* avesse convertito a suo favore, distraendolo, il denaro del *dominus* (*convertit in usus suos*), mentre appare problematica la definizione della misura dell'usura qualora non vi fosse stata tale distrazione.

Tralasciando la soluzione che Trifonino, pur senza prendere fermamente posizione, sembra lasciar intravedere, è interessante vedere come nell'incedere del suo ragionamento la soluzione del quesito, che si articolava tanto sull'*an* degli interessi, quanto sulla misura che le *usurae* dovevano presentare, sia condotta tutta sul filo della logica giuridica: da un lato, il giurista riconosceva che non vi erano specifiche disposizioni imperative in materia e che, sul piano dell'ermeneutica, l'analogia con le norme più vicine non poteva essere condotta sulla base della diversità delle fattispecie. Dall'altro, e quasi direi preliminarmente, egli affermava la possibilità di richiedere degli interessi sulla scorta della natura dell'azione dalla cui *interpretatio* il giurista poteva trarre la conseguente doverosità della prestazione usuraria.

Quanto all'ampiezza dell'*officium iudicis* si possono svolgere alcune precisazioni. Anziutto, si ricava il fatto che qualora il debitore avesse distratto a proprio favore i beni del *dominus* non si sarebbe certamente potuto parlare di un *officium* libero, essendo viceversa il giudice tenuto ad applicare la disposizione di origine imperiale. Nel secondo caso, quello dubbio discusso da Trifonino, poi, il giudice, allo stesso modo in cui era

tenuto all'ossequio della normativa promanante dall'imperatore, avrebbe dovuto tenere in considerazione gli *iura* provenienti dalla giurisprudenza. In altri termini, egli avrebbe potuto (e forse anche dovuto, qualora il tenore degli *iura* giurisprudenziali fosse stato coerente) tenere a mente la soluzione, pur dubitativa, prospettata dal giurista severiano. Il che equivale a dire che il libero *officium* del giudice doveva conformarsi alle indicazioni della giurisprudenza e delle altre fonti normative.

Non mi pare che la prospettiva cambi in modo sostanziale qualora si accolga la proposta di Cervenca il quale, ravvisando nella risposta di Trifonino un rinvio al *mos regionis*⁷⁶⁰, indichi in quello il criterio a cui il *iudex* era tenuto a conformarsi: in ogni caso risulterebbe provata la rilevanza del pensiero giurisprudenziale in un caso in cui si dovevano determinare le modalità esplicative dell'*officium iudicis*. È possibile proseguire con gli esempi che si traggono dalle fonti in materia di usura relativamente alla *negotiorum gestio*, in particolar modo per quanto attiene alla *ratio* sottostante l'imposizione della corresponsione delle usure da parte del debitore. Secondo quanto è possibile trarre da un passo di Scevola, le usure si giustificerebbero in relazione al fatto che il *negotiorum gestor* avesse lasciato tali somme inoperose, pur trattandosi di un principio che soffriva di notevoli limitazioni alla propria operatività. Si legga, infatti:

Scaev. 1 resp. D. 22.1.13.1: *Quaesitum est, an iudicio negotiorum gestorum vel mandati pro pecunia otiosa usuras praestare debeat, cum dominus nullam pecuniam faeneravit. respondit, si eam pecuniam positam habuisset idque ex consuetudine mandantis fecisset, non debere quicquam usurarum nomine praestare.*

Il testo, tratto dai *Responsa* di Scevola, e rilevante anche per la propria provenienza, riporta il parere dato dal giurista circa il dubbio sulla doverosità delle usure, nell'ambito di un giudizio per mandato o per *negotiorum gestio*, qualora la *pecunia* fosse stata lasciata *otiosa*. Il giurista risponde, circa l'*an* dell'obbligazione accessoria, che le usure non sono dovute qualora il deposito infruttifero della somma di denaro effettuato dal gestore (o dal mandatario) si fosse rivelato aderente alle consuetudini

⁷⁶⁰ G. CERVENCA, *Contributo*, cit., 89.

del gerito (o del mandante). Dunque dal testo si ricava il principio della non immediata e automatica imposizione delle usure qualora la somma di denaro fosse stata impiegata in modo infruttifero. La soluzione proposta dal responso di Scevola non pare, tuttavia, essere stata accolta in modo pacifico, se è vero che in altri testi del Digesto è possibile trovare menzione di una visione nettamente opposta. Un testo di Papiniano, tra i diversi che è possibile citare, afferma, infatti, in termini generali il principio per il quale al gerito sono dovute le usure sulle somme che siano state impiegate in modo infruttifero. Così suona la regola generale in un passo di Papiniano, proveniente dal secondo libro dei *Responsa* di questo giurista, del quale i compilatori hanno preservato solo l'enunciazione generale del principio.

Pap. 2 resp. D. 3.5.30.3: *Qui aliena negotia gerit, usuras praestare cogitur eius scilicet pecuniae, quae purgatis necessariis sumptibus superest.*

Circa il testo e il contenuto che in esso è versato, è stato del resto posto in luce dalla dottrina come il principio richiamato da Papiniano abbia trovato maggior fortuna rispetto alla enunciazione di Scevola e abbia ricevuto successivamente avvallo anche in virtù di un rescritto di Diocleziano conservato nel *Codex*.

C. 4.32.24: *Si mater tua maior annis constituta negotia quae ad te pertinent gesserit, cum omnem diligentiam praestare debeat, usuras pecuniae tuae, quam administrasse fuerit comprobata, praestare compelli potest.*

Il testo presenta l'ipotesi in cui una madre maggiore d'età (ossia maggiore di venticinque anni) aveva gestito i beni della propria figlia e veniva dunque ritenuta gravata dell'obbligo di prestare anche gli interessi esattamente come ogni altro *negotiorum gestor*⁷⁶¹, in forza di un principio che sembrerebbe essere stato ritenuto di portata «generale»⁷⁶². Il confronto tra i brani proposti (di Papiniano e di Scevola, cui è possibile

⁷⁶¹ È quanto si ricava dal confronto con il corrispondente passaggio dei Basilici, (23.3.72) secondo il quale, in lingua latina, *mater maior viginti quinque annis, quae filiorum suorum negotia gerit, sicut quilibet negotiorum gestor, pecuniae, quam administravit, usuras praestat.*

⁷⁶² G. CERVENCA, *Contributo*, cit., 94.

affiancare anche un testo di Paolo⁷⁶³) già svolto efficacemente da Cervenca⁷⁶⁴, segna in modo netto la differenza invero assai forte che divide le concezioni di Scevola da quelle degli altri due giuristi. La contrapposizione tra le opinioni salvate dai compilatori è degna di nota.

A meno che non si voglia attribuire la discrasia ad una malaccorta redazione o rielaborazione dei passi in ambito giustiniano, il che sarebbe possibile ravvisando una interpolazione che pur è stata sospettata in passato, un modo ragionevole per armonizzare la serie di testi richiamati risiederebbe nel riconoscervi uno spaccato di *ius controversum* ed un cambiamento del regime giuridico dei quali è possibile anche indicare – a grandi linee – gli orizzonti cronologici: tale mutamento si collocherebbe tra il periodo in cui Scevola stese i propri *Responsa*, secondo i più sotto Settimio Severo⁷⁶⁵, e quello in cui Papiniano attese alla composizione dei propri, tra il regno di Severo e quello di Caracalla.

Secondo Cervenca, tuttavia, sarebbe possibile immaginare che la differenza di trattamento sia da giustificarsi in base alla circostanza per la quale in D. 22.1.13.1 si tratterebbe di usure dovute dal *procurator*, (la menzione al quale sarebbe scomparsa dal testo per una modifica compilatoria) mentre negli altri passi si tratterebbe di interessi dovuti da parte di colui che gerisce negozi altrui senza alcuna procura⁷⁶⁶. Dal che deriverebbe che «la valutazione degli interessi c.d. legali veniva fatta diversamente, a seconda che il rappresentante fosse stato un *procurator* o, invece, un *negotiorum gestor* privo di *procurator*, e con maggiore severità a quest'ultimo»⁷⁶⁷. Comunque, anche in questo caso la distinzione sarebbe da attribuire all'opera della giurisprudenza.

Una volta stabilito che era propria della giurisprudenza la determinazione delle usure, e dopo aver saggiato la possibile presenza di

⁷⁶³ Si tratta precisamente di Paul. 2 *ad Ner.* D. 3.5.18.4: *Non tantum sortem, verum etiam usuras ex pecunia aliena perceptas negotiorum gestorum iudicio praestabimus, vel etiam quas percipere potuimus. contra quoque usuras, quas praestavimus vel quas ex nostra pecunia percipere potuimus quam in aliena negotia impendimus, servabimus negotiorum gestorum iudicio.* Dal testo si ricava che con il *iudicium negotiorum gestorum* il *dominus* aveva la possibilità di ottenere oltre al capitale anche le *usurae*, tanto quelle percepite quanto quelle che avrebbe dovuto e potuto percepire impiegando in modo redditizio i capitali del *dominus*.

⁷⁶⁴ G. CERVENCA, *Contributo*, cit., 95.

⁷⁶⁵ F. SCHULZ, *Storia*, cit., 418 e 504.

⁷⁶⁶ G. CERVENCA, *Contributo*, cit., 95.

⁷⁶⁷ G. CERVENCA, *Contributo*, cit., 96.

un'evoluzione da Scevola a Papiniano è possibile affrontare il problema della latitudine del potere del giudice. Relativamente alle *usurae*, infatti, è possibile imbattersi in una collezione di testi dai quali si ricaverebbe che nel giudizio relativo alla possibilità di imporre o meno le *usurae* stesse il giudice godesse di un margine di valutazione che si porrebbero in netto stridore con quanto abbiamo appreso dalla disamina acuta e penetrante di Carcaterra.

In tema, infatti, come è stato messo in luce⁷⁶⁸, alcuni testi rilevanti, che paiono porre in primo piano proprio la libertà del giudice nel valutare la presenza di usure all'interno della condanna del convenuto, sembrano essere stati interpretati in modo troppo letterale e soprattutto senza avere riguardo al contesto nel quale gli incisi presi in esame sono collocati.

Il primo testo, celeberrimo, è estratto da una sequenza di Papiniano, e suona così:

Pap. 9 *quaest.* D. 16.3.24: *et est quidem constitutum in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio.*

Sono da leggere, poi:

Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.12.9: *et (ut est constitutum) totum hoc ex aequo et bono iudex arbitrabitur.*

e

Ulp. 36 *ad ed.* D. 27.7.4.2: *Usuras quoque eius pecuniae, quam pupillarem agitavit, praestare debet heres tutoris: quantas autem et cuius temporis usuras praestare debeat, ex bono et aequo constitui ab iudice oportet.*

Il frammento papiniano si situa nell'ambito di una sequenza assai vasta in materia di deposito di denaro⁷⁶⁹ e ricorda un principio, di matrice

⁷⁶⁸ G. CERVENCA, *Contributo*, cit., 223 ss.

⁷⁶⁹ Pap. 9 *quaest.* D. 16.3.24: *"Lucius Titius Sempronio salutem. centum nummos, quos hac die commendasti mihi adnumerante servo Sticho actore, esse apud me ut notum haberes, hac epistula manu mea scripta tibi notum facio: quae quando voles et ubi voles*

imperiale – essendo espresso in costituzioni imperiali non meglio specificate – per il quale «l'*officium iudicis* (o *arbitri*) avrebbe la medesima latitudine di poteri – relativamente alla facoltà di stabilire gli interessi nei *iudicia bonae fidei* – che è propria di chi conclude una *stipulatio*»⁷⁷⁰. Il che,

confestim tibi numerabo". quaeritur propter usurarum incrementum. respondi depositi actionem locum habere: quid est enim aliud commendare quam deponere? quod ita verum est, si id actum est, ut corpora nummorum eadem redderentur: nam si ut tantundem solveretur convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos. in qua quaestione si depositi actio non teneat, cum convenit tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi non facile dicendum est. et est quidem constitutum in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio: sed contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit. si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur.

⁷⁷⁰ G. CERVENCA, *Contributo*, cit., 224. Si deve osservare come in epoca classica il limite legale debba riconoscersi nella *centesima*. La notizia si ricaverebbe da un passo di Cicerone, Cic. *Att.* 5.21.13: *quae si Bruto non probatur, nescio cur illum amemus. sed avunculo eius certe probabitur, praesertim cum senatus consultum modo factum sit, puto, postquam tu es profectus, in creditorum causa ut centesimae perpetuo faenore ducerentur. hoc quid intersit, si tuos digitos novi, certe habes subductum. in quo quidem, hodie parergon, (L.) Luceius M. f. queritur apud me per litteras summum esse periculum ne culpa senatus his decretis res ad tabulas novas perveniat; commemorat quid olim mali C. Iulius fecerit cum dieculam duxerit; numquam rei publicae plus. sed ad rem redeo. meditare adversus Brutum causam meam, si haec causa est contra quam nihil honeste dici potest, praesertim cum integram rem et causam reliquerim. Contra, invece, sempre richiamando un testo della stessa epistola, si potrebbe arguire che il limite all'imposizione delle usure non derivasse da un intervento normativo legislativo, bensì fosse imposto dagli editti magistratali; dal testo si ricava infatti che Cicerone aveva fissato il limite della *centesima usura* nel periodo in cui egli era governatore in Cilicia (Cic. *Att.* 5.21.11: *quid multa? ut ei fidem meam praestarem, cum ad me Salaminii Tarsum venissent et in iis Scaptius, imperavi ut pecuniam solverent. multa de syngrapha, de Scapti iniuriis. negavi me audire; hortatus sum, petivi etiam pro meis in civitatem beneficiis ut negotium conficerent, dixi denique me coacturum. homines non modo non recusare sed etiam hoc dicere, se a me solvere quod enim praetori dare consuessent, quoniam ego non acceperam, se a me quodam modo dare atque etiam minus esse aliquanto in Scapti nomine quam in vectigali praetorio. conlaudavi homines. "recte" inquit Scaptius, "sed subducamus summam. interim cum ego in edicto translaticio centesimas me observaturum haberem cum anatocismo anniversario, ille ex syngrapha postulabat quaternas". "quid ais?" inquam, "possumne contra meum edictum?" at ille profert senatus consultum Lentulo Philippoque consulibus, VT QVI CILICIAM OBTINERET IVS EX ILLA SVNGRAPHA DICERET; si veda anche *Att.* 6.1.6: *atque hoc tempore ipso impingit mihi epistulam Scaptius Bruti rem illam suo periculo esse, quod nec mihi umquam Brutus dixerat nec tibi, etiam ut praefecturam Scaptio deferrem. id vero per te exceperamus <ne> negotiatori; quod si cuiquam, huic tamen non. fuerat enim praefectus Appio et quidem habuerat turmas equitum quibus inclusum in curia senatum Salamine obsederat, ut fame senatores quinque morerentur. itaque ego, quo die tetigi provinciam, cum mihi Cyprii legati Ephesum obviam venissent, litteras misi ut equites ex insula statim decederent. his de causis credo Scaptium iniquius de me aliquid ad Brutum scripsisse. sed tamen hoc sum animo. si Brutus putabit me quaternas centesimas oportuisse decernere, cum***

sembrerebbe equivalere a dire che in materia il giudice non incontrava alcun limite, nell'esplicare il proprio *officium*, se non quelli, generalissimi, cui le stesse parti avrebbero soggiaciuto qualora avessero concluso una *stipulatio* relativamente alle stesse usure.

Come ha osservato Cervenca⁷⁷¹, il tenore esplicito del brano, nonché il suo contenuto, facilmente potrebbero indurre a pensare che in tema di usure la latitudine dei poteri del giudice fosse estremamente ampia, giungendo dappresso ai poteri discrezionali tanto in relazione al *quantum*, quanto – soprattutto – all'*an* delle *usurae* da richiedere nel caso concreto, allo stesso modo un cui era consentito alle parti determinarsi in esplicazione della propria autonomia.

A tal proposito si possono richiamare i successivi due testi che abbiamo già indicato. Nei due passi ulpiani si dice chiaramente che il giudice è chiamato a determinare gli interessi secondo il *bonum et aequum*.

Il primo testo (D. 17.1.12.9) afferma che, nell'ambito di un'esposizione di fattispecie nelle quali il giurista di Tiro ricorda come fosse il mandante a dover prestare gli interessi al mandatario, «tutta questa materia è rimessa all'arbitrio del giudice, il quale deciderà *ex aequo et bono*, com'è statuito da costituzioni imperiali»⁷⁷². In D. 27.7.4.2 Ulpiano tratta delle *usurae* dovute dall'erede al tutore; anche in questo caso, il giudice avrebbe dovuto individuare, secondo il *bonum et aequum*, il tasso e il periodo di tempo «per cui l'erede sarà tenuto al pagamento degli interessi»⁷⁷³

Sul punto sovviene un'importante notazione di Cervenca. Laddove si ponessero i frammenti nell'ambito completo dei brani⁷⁷⁴ a cui

tota provincia singulas observarem itaque edixissem idque etiam acerbissimis faeneratoribus probaretur, si praefecturam negotiatori denegatam queretur, quod ego Torquato nostro in tuo Laenio, Pompeio ipsi in Sex. Statio negavi et iis probavi, si equites deductos moleste feret, accipiam equidem dolorem mihi illum irasci sed multo maiorem non esse eum talem qualem putassem.

⁷⁷¹ G. CERVENCA, *Contributo*, cit., 224.

⁷⁷² G. CERVENCA, *Contributo*, cit., 226.

⁷⁷³ G. CERVENCA, *Contributo*, cit., 226.

⁷⁷⁴ Devo qui richiamare nella sua interezza Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.12.9: *Si mihi mandaveris, ut rem tibi aliquam emam, egoque emero meo pretio, habebō mandati actionem de pretio recipiendo: sed et si tuo pretio, impendero tamen aliquid bona fide ad emptionem rei, erit contraria mandati actio: aut si rem emptam nolis recipere: simili modo et si quid aliud mandaveris et in id sumptum fecero. nec tantum id quod impendi, verum usuras quoque consequar. usuras autem non tantum ex mora esse admittendas, verum iudicem aestimare debere, si exegit a debitore suo quis et solvit, cum uberrimas usuras consequeretur,*

appartengono, si vedrebbe come i passi mostrino «una portata diversa rispetto a quanto potrebbe apparire da una prima lettura»⁷⁷⁵.

Per quanto attiene al tratto papiniano occorre rilevare come, subito dopo aver affermato che il solo limite che incontrava il giudice nella determinazione delle *usurae* risiedeva in quello che le parti avrebbero incontrato concludendo una *stipulatio poenae*, il giurista ricorda come nel caso di un deposito di denaro con facoltà per il depositario di usarne, quest'ultimo non potesse essere chiamato a rispondere degli interessi *ante moram: sed contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit*.

Il fatto che la richiesta delle *usurae*, e la conseguente condanna si ponessero, nell'ottica del giurista classico contro la buona fede che doveva informare l'agire del giudice nell'ambito del proprio *officium*, sembra confermare, secondo la condivisibile opinione di Cervenca, che il comportamento del giudice non potesse «in nessun caso svolgersi in modo assolutamente arbitrario, dovendo dispiegarsi sempre secondo i principi della buona fede»⁷⁷⁶. Questo inciso, inoltre, confermerebbe un dato estremamente rilevante ai fini di questa ricerca, ossia dimostrerebbe «altresì che sono i giureconsulti a stabilire quale soluzione sia conforme o meno ai principi della buona fede e, quindi a indirizzare il giudice»⁷⁷⁷ nella decisione del caso concreto.

In D. 17.1.12.9, Ulpiano dice che il giudice era chiamato alla determinazione delle *usurae* spettanti al mandatario secondo l'*aequum et bonum*, e ciò soltanto al termine di una trattazione più ampia nella quale il giurista enuncia non solo i casi in cui le *usurae* sono dovute, «ma persino l'ammontare preciso dei relativi tassi»⁷⁷⁸. Il principio enunciato alla conclusione del passaggio da Ulpiano, che pare confermare l'ampiezza dei poteri del giudice chiamato a svolgere la propria opera di determinazione

aequissimum enim erit rationem eius rei haberi: aut si ipse mutuatus gravibus usuris solvit. sed et si reum usuris non relevavit, ipsi autem et usurae absunt, vel si minoribus relevavit, ipse autem maioribus faenus accepit, ut fidem suam liberaret, non dubito debere eum mandati iudicio et usuras consequi. et (ut est constitutum) totum hoc ex aequo et bono iudex arbitrabitur.

⁷⁷⁵ G. CERVENCA, *Contributo*, cit., 226.

⁷⁷⁶ G. CERVENCA, *Contributo*, cit., 227.

⁷⁷⁷ G. CERVENCA, *Contributo*, cit., 221.

⁷⁷⁸ G. CERVENCA, *Contributo*, cit., 227.

secondo il *bonum et aequum*, in realtà trova la propria applicazione solamente in forza della interpretazione porposta «per opera della giurisprudenza»⁷⁷⁹, dal momento che è ancora l'attività dei giureconsulti a precisare, a beneficio del giudice, quali fossero i casi e quali i tassi di usura da assegnarsi in concreto di volta in volta secondo il *bonum et aequum*⁷⁸⁰.

Infine, D. 27.7.4.2, sembrerebbe effettivamente riconoscere al giudice «una certa autonomia ... non essendoci pervenuti testi giurisprudenziali che illustrino quale significato abbia l'invito rivolto a quest'ultimo di determinare *ex bono et aequo quantas et cuius temporis usuras* debba prestare l'erede del tutore». Certo, questo testo costituisce un problema. Se è vero che l'assenza di testi non costituisce di per sé prova dirimente per escludere che i giuristi avessero comunque «precisato che cosa debba intendersi in questo caso per *bonum et aequum*»⁷⁸¹, ponendo paletti precisi alla condotta del giudice, mi sembra essere più convincente la successiva disamina dello stesso Cervenca. Secondo questo autore, Ulpiano, mandando al giudice di individuare *cuius temporis* debbano essere corrisposte le usure, si sarebbe riferito al fatto che lo stesso *iudex*, in tale opera di individuazione fosse tenuto a distinguere il caso in cui l'erede fosse stato responsabile per l'azione del tutore, oppure se egli rispondesse per fatto proprio. Seguendo il pensiero di Cervenca, tale distinzione farebbe «sentire i suoi effetti non solo per ciò che attiene alla misura della responsabilità ... ma anche in materia di usure, giacché, a seconda che il giudice accerti il verificarsi dell'una o dell'altra ipotesi» diverso sarebbe stato «il momento a partire dal quale ... calcolare gli interessi gravanti sull'erede e diverso quindi il *tempus* complessivo di decorrenza degli interessi medesimi»⁷⁸².

Nel campo delle usure è anche possibile cercare di saggiare la teoria del Carcaterra dal momento che in alcuni passi, citati dallo stesso autore e contestualmente commentati, è possibile rinvenire elementi che sembrerebbero far riferimento ad una attività del *iudex* chiamato ad attingere, nell'esplicazione del proprio *officium*, ad un piano extragiuridico.

Il primo passo da scrutinare, pur non relativo alle usure, è

⁷⁷⁹ G. CERVENCA, *Contributo*, cit., 228.

⁷⁸⁰ G. CERVENCA, *Contributo*, cit., 228.

⁷⁸¹ G. CERVENCA, *Contributo*, cit., 229.

⁷⁸² G. CERVENCA, *Contributo*, cit., 226.

un'affermazione delle *Pauli Sententiae* in tema di frutti, che è comunque significativo per la logica del procedimento mediante il quale procedeva la giurisprudenza classica che da esso è possibile ricavare.

Paul. Sent. 2.13.2: *Quidquid creditor per fiduciarium servum quaesivit, sortem debiti minuit.*

Il testo dell'epitome paolina si segnala anzitutto per la sua concisa brevità: secondo il giurista classico, tutto ciò che il creditore ottiene per mezzo del servo fiduciario deve essere scomputato dalla somma capitale. Il procedimento è, in certa misura, l'opposto degli interessi dal momento che essi aumentano il capitale, mentre qui il percepimento dei frutti grazie al servo implica la diminuzione dell'ammontare del capitale stesso. Dalla brevità del passo, è possibile ricavare una massima metodologica di carattere generale: «ogni volta che una motivazione manca, vuol dire che il giurista deduce per via logica la sua decisione dal diritto positivo o in particolare dal tenore stesso della *formula*»⁷⁸³. Il passaggio, fra l'altro, è uno dei pochi che conserva memoria della *fiducia*. Il quesito attiene al dubbio se l'acquisto avvenuto per mezzo del servo debba o no essere restituito al debitore o scomputato nel suo debito. Considerando che il servo fiduciario è di proprietà del creditore, la risposta dovrebbe essere stata negativa⁷⁸⁴.

Paolo, diversamente, sembra aver percorso una strada diversa, «non per motivi extragiuridici, sibbene, al contrario, strettamente connessi all'ordinamento positivo ed a quello processuale»⁷⁸⁵. In tal modo il giurista ed il giudice avrebbero dato rilievo al *pactum* sottostante alla *mancipatio* o alla *in iure cessio* mediante la quale veniva trasferito il servo. Difatti, nonostante il servo sia passato in proprietà del creditore, non è possibile dimenticare come tale passaggio di proprietà derivi da un patto di garanzia: «esiste fra le parti un vincolo schiettamente giuridico e pienamente operante, il *pactum conventum*»⁷⁸⁶. Del resto, sotto il profilo processuale, la *formula* imponeva al giudice di condannare il convenuto ad un *quidquid*, il che implicava che il giudice dovesse prendere in

⁷⁸³ A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, cit., 140.

⁷⁸⁴ A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, cit., 140.

⁷⁸⁵ A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, cit., 140.

⁷⁸⁶ A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, cit., 140.

considerazione l'intero rapporto. Pertanto, è comprensibile come si possa ritenere che fosse dunque per una *plenior interpretatio*, fosse per quest'ordine di idee chiaramente giuridiche e processuali, che Paolo (ed i giudici) abbiano rifiutato la prima proposta e, tenendo conto dell'effettivo risultato pratico voluto dalle parti e dalla *formula*, abbiano deciso «in favore del debitore»⁷⁸⁷.

In alcuni testi vi è ricordo «sporadico»⁷⁸⁸ di menzioni ad *aequitas* e *arbitrium*, il che potrebbe lasciare intendere proprio la sussistenza di poteri ampi in capo al giudice, financo normativi. Cominciamo con l'*arbitrium*. In tema si veda il seguente testo.

Pap. 2 *quaest.* D. 22.1.1 pr.: *Cum iudicio bonae fidei disceptatur, arbitrio iudicis usurarum modus ex more regionis ubi contractum est constituitur, ita tamen, ut legi non offendant.*

Il testo fa parte di un «nutrito gruppo di testi»⁷⁸⁹, in cui il giurista

⁷⁸⁷ A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, cit., 140.

⁷⁸⁸ A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, cit., 141.

⁷⁸⁹ Pap. 2 *quaest.* D. 22.1.1.2: *Nec tamen iudex iudicii bonae fidei recte iubebit interponi cautiones, ut, si tardius sententiae condemnatus paruerit, futuri temporis pendantur usurae, cum in potestate sit actoris iudicatum exigere. Paulus notat: quid enim pertinet ad officium iudicis post condemnationem futuri temporis tractatus?;* il già citato Pap. 9 *quaest.* D. 16.3.24: *“Lucius Titius Sempronio salutem. centum nummos, quos hac die commendasti mihi adnumerante servo Sticho actore, esse apud me ut notum haberes, hac epistula manu mea scripta tibi notum facio: quae quando voles et ubi voles confestim tibi numerabo”. quaeritur propter usurarum incrementum. respondi depositi actionem locum habere: quid est enim aliud commendare quam deponere? quod ita verum est, si id actum est, ut corpora nummorum eadem redderentur: nam si ut tantundem solveretur convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos. in qua quaestione si depositi actio non teneat, cum convenit tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi non facile dicendum est. et est quidem constitutum in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio: sed contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit. si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur;* Paul. 5 *resp.* 19.2.54: *Inter locatorem fundi et conductorem convenit, ne intra tempora locationis Seius conductor de fundo invitus repelleretur et, si pulsatus esset, poenam decem praestet Titius locator Seio conductori: vel Seius conductor Titio, si intra tempora locationis discedere vellet, aequae decem Titio locatori praestare vellet: quod invicem de se stipulati sunt. quaero, cum Seius conductor biennii continui pensionem non solveret, an sine metu poenae expelli possit. Paulus respondit, quamvis nihil expressum sit in stipulatione poenali de solutione pensionum, tamen verisimile esse ita convenisse de non expellendo colono intra tempora praefinita, si pensionibus paruerit et ut oportet coleret: et ideo, si poenam petere coeperit si qui pensionibus satis non fecit, profuturam locatori doli exceptionem.*

enuncia un principio in tema di *usurae* non volontarie riferendolo a tutti i *iudicia bonae fidei*, ovvero, trattando in particolare degli interessi perseguiti attraverso un dato *iudicium*, generalizza il principio estendendolo anche a tutti gli altri che sono di buona fede»⁷⁹⁰. Discettando in tema di giudizi di buona fede, la misura delle usure deve essere identificata secondo il *mos regionis* del luogo ove si è concluso il contratto, *arbitrio iudicis*, di modo da non vulnerare i limiti legislativi. L'inciso relativo all'*arbitrium iudicis* è stato a lungo sospettato. A me pare che il testo, assumendone per ipotesi l'autenticità, in se stesso dia il senso da attribuire all'*arbitrium iudicis*: esso non può certamente essere letto quale rimando alla discrezionalità a tutto campo del giudice; la discrezionalità potrà certamente essere impiegata nella valutazione del fatto, (dal quale si traggono le conseguenze giuridiche, come ovvio, dal momento che nel ragionamento ipotetico del giudice le conseguenze si producono nel mondo del diritto qualora siano verificate le premesse di fatto), mentre la misura delle usure dovrà essere rispondente al criterio oggettivo rappresentato dal *mos regionis*. Il che, per come è strutturato il passo, che si riferisce chiaramente ai giudizi di buona fede, equivale a dire che il riferimento al *mos regionis* risponde al criterio di buona fede oggettiva, nei limiti legislativi imposti. In altri termini, il giurista affermava che il giudice aveva il «potere di *aestimare (arbitrium)* gli interessi *ex more regionis*»⁷⁹¹.

A me sembra che il termine *arbitrium* abbia senso analogo rispetto a quello che esso assumeva nella clausola arbitraria nella quale al giudice era demandata, oltre che l'accertamento discrezionale sulle circostanze di fatto che consentivano la restituzione, anche la misura della restituzione, la cui portata era definita dalla giurisprudenza sulla base dell'interpretazione della clausola formulare del restituere. In altri termini, *arbitrium* conserva «il significato originario di valutazione di un *quantum*»⁷⁹². Tanto è vero che questo testo, che potrebbe essere letto nel senso di rimettere alla discrezionalità del giudice ogni valutazione in merito alle usure, deve essere inteso nel senso anzidetto e, precisamente, «quando Papiniano scrive che interviene nei *bonae fidei iudicia*, l'*arbitrium iudicis*, dice in tutte lettere che quell'*arbitrium* riguarda l'ammonatare delle *usurae*,

⁷⁹⁰ G. CERVENCA, *Contributo*, cit., 220.

⁷⁹¹ A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, cit., 143.

⁷⁹² A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, cit., 105.

soggiungendo per altro che il tasso ne è fissato dal *mos regionis*⁷⁹³. E dunque, non vi sarebbe modo più luminoso per dimostrare «che qui l'*arbitrium* si riduce, niente di più, che alla valutazione di un *quantum*, ed anzi ad una pura e semplice operazione matematica, i cui termini stessi sfuggono alla discrezionalità e al potere normativo del *iudex*»⁷⁹⁴.

Vediamo ora alcuni testi in tema di *aequitas*, principiando con un testo ulpiano:

Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.1.13.20: *Veniunt autem in hoc iudicium infra scripta. In primis pretium, quanti res venit. Item usurae pretii post diem traditionis: nam cum re emptor fruatur, aequissimum est eum usuras pretii pendere.*

Per poi proseguire con due passi paolini

Paul. 6 *ad Plaut.* D. 22.1.38.7: *Si actionem habeam ad id consequendum quod meum non fuit, veluti ex stipulatu, fructus non consequar, etiamsi mora facta sit: quod si acceptum est iudicium, tunc Sabinus et Cassius ex aequitate fructus quoque post acceptum iudicium praestandos putant, ut causa restituatur, quod puto recte dici.*

Terminando con

Paul. 5 *resp.* D. 19.2.54 pr.: *Quaero, an fideiussor conductionis etiam in usuras non illatarum pensionem nomine teneatur nec prosint ei constitutiones, quibus cavetur eos, qui pro aliis pecuniam exsolvunt, sortis solummodo damnum agnoscere oportere. Paulus respondit, si in omnem causam conductionis etiam fideiussor se obligavit, eum quoque exemplo coloni tardius illatarum per moram coloni pensionum praestare debere usuras: usurae enim in bonae fidei iudiciis etsi non tam ex obligatione proficiscantur quam ex officio iudicis applicentur, tamen, cum fideiussor in omnem causam se applicuit, aequum videtur ipsum quoque agnoscere onus usurarum, ac si ita fideiussisset: “in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse iubes?” vel ita: “indemnem me praestabis?”*

⁷⁹³ A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, cit., 106.

⁷⁹⁴ A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, cit., 106.

Anche questi testi sono «sospettatissimi»⁷⁹⁵. Secondo Carcaterra, il termine nei passi citati può essere salvato qualora allo stesso si conferisca «significato conforme a quello etimologico di “equilibrio (nella pesatura)”, di “proporzione economica” e non di “potere discrezionale, arbitrio”»⁷⁹⁶.

In D. 19.1.13.20, non si direbbe altro «se non che l’equilibrio delle prestazioni (fissato dalle parti in contratto), turbato dal compratore che non ha versato il prezzo, è ristabilito ponendosi nella bilancia (*pendere!*) le *usurae*»⁷⁹⁷. In generale, nell’ambito dei giudizi di buona fede, il giudice deve aver a che fare con il fatto che un prezzo non sia stato pagato, e sia stata invece trasferita una cosa: il giudice sarà chiamato a «ristabilire lo squilibrio causato dal compratore, cioè per “equilibrare pesando, valutando”, e per sanare ed eliminare la violazione della *bona fides* (programmata nella *formula*), del nesso sinallagmatico negoziale»⁷⁹⁸.

Come si avrà subito modo di vedere, scorrendo alcuni casi rilevanti, la materia delle usure legali appare di singolare interesse in relazione al fatto che in molti esempi è possibile rintracciare «la paternità di un dato principio in tema ... ovvero della decisione di concedere o meno gli interessi in un caso concreto»⁷⁹⁹, attribuendola ad un certo giureconsulto. Ciò, per inciso, conferma come «sia stata la giurisprudenza ad attuare, per il tramite dell’*officium iudicis*, il riconoscimento di molti casi di *usurae* c.d. legali»⁸⁰⁰.

Si legga ad esempio

Pomp. 13 *ad Sab.* D. 17.2.60 pr.: *Socium, qui in eo, quod ex societate lucri faceret, reddendo moram adhibuit, cum ea pecunia ipse usus sit, usuras quoque eum praestare debere Labeo ait, sed non quasi usuras, sed quod socii intersit moram eum non adhibuisse: sed si aut usus ea pecunia non sit aut moram non fecerit, contra esse: item post mortem socii nullam talem aestimationem ex facto heredis faciendam, quia morte socii dirimatur societas.*

Qui Pomponio attribuiva a Labeone il principio secondo il quale il

⁷⁹⁵ A. CARCATERRA, *Intorno ai ‘bonae fidei iudicia’*, cit., 142.

⁷⁹⁶ A. CARCATERRA, *Intorno ai ‘bonae fidei iudicia’*, cit., 142.

⁷⁹⁷ A. CARCATERRA, *Intorno ai ‘bonae fidei iudicia’*, cit., 142, nt. 83.

⁷⁹⁸ A. CARCATERRA, *Intorno ai ‘bonae fidei iudicia’*, cit., 142.

⁷⁹⁹ G. CERVENCA, *Contributo*, cit., 230.

⁸⁰⁰ G. CERVENCA, *Contributo*, cit., 230.

socio, caduto in mora nella restituzione del denaro lucrato sul patrimonio sociale, e che avesse usato il denaro a proprio vantaggio, sarebbe stato tenuto a pagare gli interessi che dovevano essere computati in modo da «costituire un risarcimento del danno inflitto alla società»⁸⁰¹.

Gaio riferiva a Salvio Giuliano la paternità dell'innovazione per «cui le *usurae* vengono fatte decorrere *ex mora*, alla stregua del fedecommesso, anche nel caso del legato *sinendi modo*»⁸⁰².

Gai 2.280: *Item fideicommissorum usurae et fructus debentur, si modo moram solutionis fecerit, qui fideicommissum debebit; legatorum uero usurae non debentur, idque rescripto diui Hadriani significatur. scio tamen Iuliano placuisse in eo legato, quod sinendi modo relinquitur, idem iuris esse, quod in fideicommissis; quam sententiam et his temporibus magis optinere video.*

È poi possibile ricordare un responso di Scevola, dove il giurista si dimostrava propenso ad ammettere la decorrenza, a carico del tutore, degli interessi sulle somme, parte del patrimonio pupillare, che il tutore stesso avesse ommesso di «investire in prestiti fruttiferi»⁸⁰³.

Scaev. 11 *dig.* D. 26.7.58.3: *Pupillo herede instituto filiae exheredatae duo milia nummorum aureorum legavit eosdemque tutores utrisque dedit: quaesitum est, an ex eo die, quo duo milia potuerunt a substantia hereditatis et in nomina collocare neglexerint, usurarum nomine pupillae tutelae iudicio teneantur. respondit teneri.*

Molti altri sarebbero gli esempi citabili, ma certamente non è questa la sede opportuna, né il taglio conferito alla ricerca richiede, a ben guardare, un'analisi completa di tutte le testimonianze che in merito sarebbe possibile richiamare. Gli estratti che si sono forniti, peraltro, hanno fatto ritenere a Cervenca, «che la giurisprudenza abbia notevolmente contribuito al riconoscimento dei vari casi in cui decorrono gli interessi c.d. legali, influenzando con la propria autorità l'attività del giudicante»⁸⁰⁴. La conclusione di Cervenca mi pare calzi in modo

⁸⁰¹ G. CERVENCA, *Contributo*, cit., 230.

⁸⁰² G. CERVENCA, *Contributo*, cit., 231.

⁸⁰³ G. CERVENCA, *Contributo*, cit., 231.

⁸⁰⁴ G. CERVENCA, *Contributo*, cit., 232.

particolarmente efficace con quanto siamo andati osservando nel corso del presente capitolo e nei due che precedono; secondo lo studioso, infatti, «al fine di poter valutare gli effettivi poteri inerenti all'*officium iudicis* nei *bonae fidei iudicia*» è necessario «tenere nel debito conto l'apporto dei giuristi»⁸⁰⁵. L'opera della giurisprudenza, della quale abbiamo visto soltanto fugaci esempi, avrebbe individuato «i vari casi in cui, per il tramite» dell'*officium iudicis* «gli interessi dovevano essere riconosciuti»⁸⁰⁶.

Resta inteso che il giudice avrebbe potuto condannare agli interessi il convenuto proprio in virtù del proprio *officium*, il cui contenuto specifico, per quello che riguardava le usure non convenzionali, era demandato alla giurisprudenza. Il che significa che l'*officium iudicis* non attingeva, nemmeno nell'ambito dei giudizi di buona fede, dal puro arbitrio, bensì il giudice era tenuto ad attenersi «a un criterio obiettivo» da identificarsi in «ciò che doveva intendersi per *bona fides*... e l'interpretazione di ciò che doveva intendersi per *bona fides* era compiuta appunto dalla giurisprudenza»⁸⁰⁷. Si venne così a formare «un complesso di norme a carattere giurisprudenziale che dispongono in materia di *usurae*, stabilendo quando esse vengono a decorrere ed enunciando principi in materia; man mano che queste norme vengono formulate, esse si affermano nella pratica dei tribunali, imponendosi così all'*officium iudicis*»⁸⁰⁸.

⁸⁰⁵ G. CERVENCA, *Contributo*, cit., 232.

⁸⁰⁶ G. CERVENCA, *Contributo*, cit., 232.

⁸⁰⁷ G. CERVENCA, *Contributo*, cit., 233.

⁸⁰⁸ G. CERVENCA, *Contributo*, cit., 234. L'opinione era già stata espressa da G. ARCHI, *Componenti pregiuridiche del diritto privato romano dell'ultima repubblica e del principato*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche, Atti del primo congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto*, Firenze, 1966, 83, secondo cui «il *liberum officium iudicis* venne nel corso del tempo e specie ad opera della giurisprudenza del principato, sempre di più obiettivizzato, nel senso che i giureconsulti determinarono sempre meglio il contenuto delle obbligazioni a seconda delle diverse figure».

CAPITOLO IV

GIURISTI ED 'ONERE PROBATORIO'. L'ELABORAZIONE GIURISPRUDENZIALE DELL'ISTRUZIONE PROBATORIA INNANZI AL 'IUDEX PRIVATUS'.

SOMMARIO: 1. Premessa. *Formula* e *onus probandi*. 2. La conferma delle testimonianze retoriche. 3. La dottrina risalente. 4. Regole probatorie nel rito *per legis actiones*. Cenni. 5. L'onere probatorio nei frammenti delle opere giurisprudenziali. 6. L'onere della prova nei testi. Celso. 7. L'onere probatorio nei testi giurisprudenziali. Ulteriori cenni. 8. Ulpiano e l'*exceptio interrogatoria*. 9. La controversa testimonianza di Gellio. 9. Cenni conclusivi.

1. Premessa. *'Formula'* e *'onus probandi'*.

Procedendo nella prospettiva 'antologica' che ha presieduto alla presente ricerca, si analizzerà in questo capitolo la produzione giurisprudenziale che i giuristi dedicarono alle regole relative alla conduzione del *iudicium*⁸⁰⁹. Qualora si cercasse di stabilire se i giuristi romani di epoca classica avessero spinto la loro indagine scientifica sullo svolgimento concreto della fase *apud iudicem*, ci si troverebbe innanzi alla risposta che tradizionalmente la dottrina romanistica più risalente forniva in ordine a qualsiasi quesito relativo alla seconda fase del processo *per*

⁸⁰⁹ Il campo di indagine è stato oggetto di interesse da parte della recente letteratura romanistica. Basti pensare alla recente monografia dedicata da Laura D'Amati all'assenza del convenuto, al *litem deserere* innanzi al giudice privato, L. D'AMATI, *L'inattività del convenuto nel processo formulare: 'indefensio', 'absentia' e 'latitatio'*.

formulas: la struttura del procedimento privato innanzi al giudice era lasciata priva della partecipazione dei giuristi dal momento che non vi erano regole sui quali essi potessero appuntare la propria attenzione, se non quelle frutto della prassi forense che si addicevano assai più al campo di attività dei retori e degli avvocati piuttosto che al ceto dei giuristi⁸¹⁰.

Un'impostazione siffatta, anche per quello che concerne le regole procedurali, tuttavia, deve essere misurata sul terreno delle risultanze testuali che il Digesto è in grado di offrire. È, difatti, noto che a far parte dell'immane collezione giustiniana siano stati chiamati proprio quegli *iura* provenienti dalle opere della giurisprudenza classica e come essi siano andati incontro, nell'opera compilatoria, a un'opera – più o meno massiccia – di alterazioni e aggiustamenti. Il fatto di rinvenire nelle Pandette un titolo interamente dedicato alle prove, il cui contenuto, quanto a provenienza, non si discosta in modo netto da quanto si verifica per gli altri libri o titoli compresi nella raccolta, rappresenta già un dato notevole da trattare con la dovuta considerazione, non potendosi limitare l'interprete a considerarlo *tout court* il frutto di una tarda falsificazione compilatoria.

Lo scopo precipuo della presente analisi, anche in questo caso, d'altra parte, non vuole essere quello di rintracciare i fili dello sviluppo della disciplina applicabile durante il principato per quanto concerne la gestione e la valutazione dell'attività probatoria svolta dalle parti. Quanto, piuttosto, interessa qui approfondire è la presenza e l'eventuale profondità del pensiero giurisprudenziale in ordine a questo tema, indipendentemente dalle soluzioni concrete di volta in volta adottate. La ragione di questa attenzione risiede essenzialmente in ciò: è noto che l'attività istruttoria era condotta dal giudice durante la seconda fase processuale e, sia pure in modo del tutto marginale, investiva parzialmente anche la *cognitio* del pretore il quale era già chiamato, in sede di rilascio della *formula* ad una sommaria valutazione dei fatti posti a fondamento delle pretese azionate in giudizio.

Su quest'ultimo aspetto credo valga la pena insistere ulteriormente, prima di addentrarsi nell'analisi delle soluzioni giurisprudenziali per individuare nell'ambito delle stesse, più che il contenuto di disciplina, le

⁸¹⁰ Rimando, su ciò, a quanto osservato nell'introduzione alla presente ricerca.

tracce di un pensiero scientifico debitamente sviluppato⁸¹¹.

È noto che l'attività cui era chiamato il pretore consisteva essenzialmente nel valutare l'idoneità astratta dei fatti dedotti dalle parti ad essere versati in una *intentio* ovvero in una *exceptio* (ovvero ancora in una *replicatio*) quali parti di una *formula*⁸¹² cui il giudice si sarebbe dovuto attenere nell'esercizio del proprio *officium*⁸¹³. L'accertamento della rispondenza al 'vero' dei fatti introdotti nella *formula*, e con esso il funzionamento del meccanismo formulare (che, è bene ricordarlo, consisteva in un giudizio ipotetico che, nell'eventualità più semplice di assenza di difese da parte del convenuto, grossomodo suonava come segue: 'se saranno verificati i fatti contenuti nella *intentio*, giudice, condanna il convenuto, se non saranno verificati, allora assolvilo') e cioè la realizzazione delle «conseguenze giuridiche previste» dal pretore spettava al giudice in quanto a questi «i fatti constassero»⁸¹⁴. Questa constatazione non è banale come può forse a tutta prima sembrare⁸¹⁵.

⁸¹¹ Una precisazione può essere necessaria. Lo scopo dell'indagine che sarà svolta nel presente capitolo non risiede nella ricostruzione delle regole che la prassi e la giurisprudenza avevano individuato per quanto concerneva l'istruzione della causa, o almeno tale ricostruzione non potrà che investire in modo del tutto marginale la nostra attenzione. Non mancano, del resto, nella letteratura romanistica opere di assoluto rilievo alla cui ricostruzione ben difficilmente si potrebbe aggiungere alcunché. La determinazione della vigenza di una data regola probatoria in un certo passo giurisprudenziale interesserà qui solo per saggiare la presenza, in quella certa affermazione giurisprudenziale, di un pensiero scientifico, di un ragionamento giuridico condotto dal giureconsulto indipendentemente, o forse in contrasto, da quella che si potrà individuare quale prassi meccanica dei tribunali del principato.

⁸¹² Cfr. C.A. CANNATA, voce 'Formula', in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, 580 ss., che significativamente definiva la *formula* in modo ampio quale «programma del giudizio (con relativa precisazione dei compiti e dei poteri del giudice)»; essa, inoltre, chiariva «il rapporto dedotto in giudizio e che il giudice doveva accertare»; infine, mediante la *condemnatio*, la *formula* enunciava anche il provvedimento che il giudice era chiamato ad emettere all'esito del giudizio.

⁸¹³ Cfr. V. GIUFFRÉ, 'Necessitas probandi', Napoli, 1984, 183, secondo cui, facendo riferimento le affermazioni delle parti essenzialmente a fatti (costitutivi della pretesa quelli allegati dall'attore, impeditivi o estintivi della stessa quelli fatti constare dal convenuto), «il pretore riteneva giuridicamente rilevanti e/o comunque meritevoli di tutela tali fatti» e provvedeva già a trarne «in abstracto le conseguenze in via alternativa, a seconda che risultassero veritieri quelli allegati dall'attore o viceversa quelli allegati dal convenuto».

⁸¹⁴ V. GIUFFRÉ, 'Necessitas probandi', cit., 183.

⁸¹⁵ Essa tale si dimostrerebbe senza dubbio, ad esempio, a mente di J.P. LEVY, *La formation de la théorie romaine des preuves*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Milano, 1948, per cui assai semplicemente, «le Préteur ne fait qu'organiser l'instance; seul le juge doit s'occuper des fait. C'est devant lui qu'on prouve».

Occorre, infatti, comprendere in che modo la cognizione del pretore *in iure* si atteggiasse, specialmente in relazione alla successiva azione di accertamento demandata al giudice. Infatti, qualora si dovesse ritenere che il pretore agisse su così ampio spettro da rimettere al giudice soltanto il riconoscimento della rispondenza al vero dei fatti posti a fondamento della pretesa, potrebbe residuare forse il dubbio che le testimonianze giurisprudenziali fossero in origine in realtà dedicate all'attività giurisdizionale del magistrato, più che a quella del giudice privato. Del resto, numerosi indizi paiono confermare il fatto che la *formula* non fosse un «mero 'appunto' dei termini della lite»⁸¹⁶, ma che viceversa oltre all'inquadramento dei termini giuridici della lite, essa precisasse «la posizione delle parti sintetizzandone le affermazioni»⁸¹⁷. Sulla scorta della chiara esemplificazione fatta a suo tempo da Vincenzo Arangio-Ruiz⁸¹⁸ e seguita da Vincenzo Giuffrè⁸¹⁹, sulla base della *formula de pecunia constituta*⁸²⁰, è possibile affermare che le parti, a seguito della concessione della *formula*, ben sapevano come si sarebbe svolto il rito processuale innanzi al giudice privato, proprio in relazione al tenore della *formula* stessa⁸²¹. Questa analisi ha portato Giuffrè, sulla scorta

⁸¹⁶ V. GIUFFRÉ, 'Necessitas probandi', cit., 181. È significativo l'argomento testuale che l'autore trae dalla lettura di C. 2.57.1: *Iuris formulae aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicitus amputentur. *constantius et constans aa. Marcellino praesidi phoenice*. Dalla lettura della costituzione imperiale si desumerebbe che le formule fossero tutt'altro che mere annotazioni, quasi informali, fornite allo sprovveduto giudice, ma fossero connotate da notevolissimo grado di complessità e specialismo, se è vero che ad un certo punto dello sviluppo processuale romano, allorché si affacciava sempre più il ruolo della *cognitio extra ordinem*, la redazione delle formule «risultò solo un impaccio al procedere» del nuovo modello processuale.

⁸¹⁷ V. GIUFFRÉ, 'Necessitas probandi', cit., 183.

⁸¹⁸ V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1966, 157 ss.

⁸¹⁹ V. GIUFFRÉ, 'Necessitas probandi', cit., 184.

⁸²⁰ O. LENEL, *Das 'Edictum perpetuum'*, § 97: *Qui pecuniam debitam constituit se soluturum... in eum iudicium dabo. SI PARET N. NEGIDIUM A. AGERIO SESTERTIUM DECEM MILIA CONSTITUISSE ET SOLUTURUM ... NEQUE FECISSE QUOD CONSTITUIT NEQUE PER A. AGERIUM STETISSE QUO MINUS FIRERET QUOD CONSTITUTUM EST, EAMQUE PECUNIAM CUM CONSTITUEBATUR DEBITAM FUISSE, QUANTI EA RES EST, TANTAE PECUNIAE, IUDEX, N. NEGIDIUM A. AGERIO CONDEMNATO; SI NON PARET ABSOLVITO.*

⁸²¹ Sono le stesse fonti a corroborare l'asserto di V. GIUFFRÉ, 'Necessitas probandi', cit., 185, secondo cui durante la fase *apud iudicem* si sarebbe svolto ciò che era stato previsto dal pretore, «nulla di più» e niente di «meno», pena la nullità della sentenza: Gai 4.57: *At si in condemnatione plus positum sit, quam oportet, actoris quidem periculum nullum est; sed reus, cum iniquam formulam acceperit, in integrum restituitur, ut minuat condempnatio*; Iav. 2 *epist* D. 10.3.18.: *Ut fundus hereditarius fundo non hereditario serviat, arbiter disponere non potest, quia ultra id quod in iudicium deductum*

dell'identificazione di un pensiero apparso assai più latente⁸²² che compiutamente affermatosi, ed in coerenza con questo assunto, a rideterminare in un perimetro assai più circoscritto l'operatività delle soluzioni prudenziali, riconoscendo nel magistrato l'arbitro delle sorti della prova⁸²³: ciò sarebbe accaduto secondo lo studioso in modo quasi inconscio sulla base della costruzione della *formula* di volta in volta rilasciata. In tal modo il problema probatorio non sarebbe stato colto in modo autonomo dal pretore⁸²⁴ ma viceversa avrebbe assunto rilevanza in modo mediato soltanto in relazione al tenore della *formula*.

Anche in questo caso, secondo il Giuffrè, in via mediata il fatto che all'attore convenisse dare sostegno ai fatti in virtù dei quali scaturiva la propria pretesa lo poneva nella condizione che fosse suo interesse provare la veridicità di quanto sostenuto *in iure*, e in questo senso peculiare lo si poteva dire onerato della prova. Ma è pur vero che se l'individuazione del fatto da provare atteneva assai più alla struttura della *formula*, in quanto fatto da cui scaturivano conseguenze giuridiche di rilievo, l'individuazione del soggetto chiamato alla prova di quello specifico fatto sembra attenere assai più al giudice, dato che è vero che la *formula* imponeva al giudice la valutazione di certi fatti, ma la loro dimostrazione appariva demandata alle parti sulla base di un loro interesse concreto, più che da vincoli formulari specifici.

Il dubbio si potrebbe, forse, rivelare ancor più serio ponendo mente a quanto la critica interpolazionistica ha ritenuto di aver acclarato, ossia la pressoché totale inaffidabilità della documentazione giurisprudenziale conservata nel titolo terzo del ventiduesimo libro del

est excedere potestas iudicis non potest.

⁸²² V. GIUFFRÉ, 'Necessitas probandi', cit., 29 ss.

⁸²³ V. GIUFFRÉ, 'Necessitas probandi', cit., 194 s.: «in un certo qual senso potremmo dire che fosse il pretore a distribuire di fatto l'onere della prova fra le parti: egli procedeva a ciò secondo regole predeterminate, quando la '*formula*' fosse già stata collaudata e si trattava soltanto di adattarla al caso concreto; procedeva invece indicando (implicitamente) di volta in volta l'onere, quando con riferimento alle singole nuove fattispecie che erano portate alla sua cognizione, egli 'costruiva' una *formula* non già presente nell'editto, vale a dire collaborava alla vera e propria *conceptio verborum*. Il che sarà accaduto più di frequente, com'è noto ed ovvio, ai primi passi del nuovo *modus procedendi*».

⁸²⁴ Tanto è vero che V. GIUFFRÉ, 'Necessitas probandi', cit., 195, subito precisa che «il magistrato giudicante non si poneva affatto il problema dell'onere della prova. Egli imponeva soltanto che la *condemnatio* fosse basata sul '*si paret*' in ordine alla sussistenza di determinati fatti (e magari sul '*nisi paret*' in ordine ad altri)».

Digesto. Se i brani ivi conservati mostrano tali segni di interpolazione e falsificazione, potrebbe essere addirittura congetturabile che i destinatari originari delle indicazioni colà contenute (e per la maggior parte perdute sotto una pesante coltre di falsificazione giustiniana) non fossero i giudici privati. Una conclusione del genere mi pare non possa essere accolta per le ragioni che si andranno articolando nel prosieguo della trattazione, ma mi sembra si possa fin da subito dire che, da una parte, la critica più severa ha col tempo mostrato notevoli punti di cedimento proprio per la rigidità di cui essa ha dato dimostrazione, dall'altra, diversa parte della dottrina ha persuasivamente tentato un'analisi assai più conservativa delle fonti di cui disponiamo, riconoscendovi, se non una piena affidabilità, almeno una traccia affidante del pensiero dei classici.

A me pare che si possa, però, precisare quanto affermato da Giuffrè, in un senso parzialmente differente rispetto a quello sostenuto dall'autore. Se non è certamente possibile revocare in dubbio che nella *formula* si condensassero, in modo brevilouquente, i fatti sulla base dei quali il giudice sarebbe stato chiamato ad emettere il proprio giudizio, altrettanto vero è che quei fatti, dovevano essere provati prima che il giudice li potesse utilizzare per pronunciare la propria decisione. Quello che constava al giudice destinatario della *formula* erano i fatti che egli era chiamato a verificare, e, verificati tali fatti, egli doveva pronunciare la sentenza. Ora, la verifica dei fatti non mi pare fosse necessariamente ancorata alla *formula*. In altri termini, la *formula* determinava quello che si potrebbe chiamare con linguaggio moderno il *thema probandum*, l'oggetto dell'attività istruttoria che il privato cittadino chiamato all'*officium iudicis* doveva svolgere. Valga riprendere l'esempio offerto da Giuffrè, e poc'anzi richiamato: in un caso quale quello prospettato si può ritenere che al giudice dovesse «parere in primo luogo che il convenuto (Numerio Negidio) avesse dato luogo al patto con cui si è impegnato a pagare ad una certa scadenza, un debito (proprio o altrui). Inoltre, dovevano essere accertati tutti gli altri presupposti la cui verifica era necessaria per condannare il convenuto: il mancato pagamento della *pecunia constituta*, l'esclusione dell'imputabilità del mancato pagamento al creditore/attore (Aulo Agerio); la preesistenza del debito al *constitutum*»⁸²⁵. Tutto ciò è sicuramente vero ed esatto, ed è sicuramente vero che, perché il magistrato

⁸²⁵ V. GIUFFRÉ, 'Necessitas probandi', cit., 185.

potesse rilasciare il *iudicium* tali fatti dovevano, almeno astrattamente essergli prospettati. Ma la prova era qualcosa di differente rispetto alla mera allegazione (potremmo dire di carattere puramente teorico ed ipotetico, in quanto non ancora verificata; il che mi pare sia del tutto coerente con l'incedere ipotetico della formula stessa) dei fatti a sostegno delle pretese delle parti contenute nel *iudicium*

2. La conferma delle testimonianze retoriche.

Una conferma, sia pure indiretta, della rilevanza *apud iudicem* delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza, almeno a partire il I sec. d. C., nello sciogliere i dubbi legati alla distribuzione del carico probatorio, e più in generale la rilevanza che questo tema assumeva innanzi al giudice privato, mi pare si possa ricavare mediamente dall'analisi delle opere retoriche, se è vero che occorre «tenere presente che allegare e discutere le prove nel processo era compito precipuo di quelli che noi diremmo avvocati, ossia degli oratori che esercitavano il patrocinio forense; e bisogna aggiungere che del patrocinio forense la retorica era considerata la teorizzazione, costituendo quindi la dottrina da cui quell'attività pratica traeva guida ed orientamento»⁸²⁶. Ben poco stupisce, allora che una vera e propria 'teoria della prova' si rinvenga più nelle opere dei retori che in quelle provenienti dal ceto dei giuristi⁸²⁷, circostanza che, secondo gli

⁸²⁶ G. PUGLIESE, *La prova nel processo romano classico*, in *Jus*, XI, 1960, 391. Ma cfr. anche, dello stesso studioso, circa la vicinanza naturale tra l'avvocatura e la retorica, G. PUGLIESE, *Cicerone tra diritto e retorica*, in *Scritti in onore di A. C. Jemolo*, IV, Milano, 1963, ora anche in ID., *Scritti giuridici scelti*, III, *Diritto romano*, Napoli, 1985, 84 s. (a quest'ultima sede si riferiranno anche le citazioni che seguono) secondo il quale «siccome l'oratoria era l'arte, oltre che dell'uomo politico, anche dell'avvocato (poiché le difese si facevano oralmente e i giudici erano in generale profani, che si poteva sperare di persuadere non solo con la forza logica delle argomentazioni ma anche con le immagini e i sentimenti suscitati dalla parola), l'avvocatura venne a risultare un'applicazione della retorica con scarsa e superficiale considerazione del diritto». V. anche V. GIUFFRÈ, *'Necessitas probandi'*, cit., 142, secondo cui «il carico di provare accadimenti ad uno piuttosto che ad un altro dei litiganti fu per un lungo tratto un 'meccanismo' che veniva fuori della dinamica processuale sul quale non si era andata formando la riflessione dei tecnici del diritto, perché era un problema che doveva essere normalmente risolto dagli *advocati* e *oratores* (o *patroni*) che assistevano la parti *apud iudicem*».

⁸²⁷ Cfr. sul punto J.P. LEVY, *La formation*, cit., 424, secondo il quale, a fronte della sostanziale povertà della documentazione giuridica in tema, «aussi bien est-ce dans les traités de Rhétorique que l'on va trouver cette étude d'ensemble des preuves vainement cherchée dans les ouvrages juridiques». Per Levy (J.P. LEVY, *La formation*, cit., 424 s.) il miglior esempio sarebbe da ravvisare nella *Institutio oratoria* di Quintiliano: «l'*Institutio oratoria* de Quintilien constitue le meilleur guide à cet égard. Elle est, puor

assertori della tesi tradizionale, sarebbe palese dimostrazione «del totale disinteresse dei giuristi per la materia delle prove»⁸²⁸.

Occorre, anzitutto, ricordare come la retorica latina, fiorita seppur più «esile»⁸²⁹ rispetto al modello donde originava, sul tronco di quella greca si componesse di almeno tre generi: *deliberativum*, *iudiciale*, *demonstrativum*⁸³⁰ ed essa fosse principalmente volta a «suscitare adesione ad una tesi»⁸³¹. Per quello che concerne più propriamente l'ambito dei giudizi tra i privati, l'arte retorica «si traduceva nel saper volgere gli elementi attinenti al caso controverso a favore della propria parte o a danno dell'altra, secondo l'opportunità»⁸³², elaborando in ogni circostanza «discorsi unilaterali... ma utili per portare in luce le ragioni delle parti»⁸³³.

Se nel torno di tempo compreso tra il II e il I secolo a.C., l'influsso del modello ellenico, nonostante i ben noti episodi di ripulsa violenta delle classi romane più conservatrici⁸³⁴, ha condotto, nell'ambito del processo privato, ad una sostanziale separazione tra il fenomeno della prova e la classe giuridica, allora, nella piena fase della propria definitiva strutturazione, a seguito del disseccarsi del filone retorico *deliberativum* in conseguenza dell'affermarsi del potere imperiale, è possibile ritenere che questo processo si sia accompagnato, in quel periodo, ad un più spiccato riavvicinamento della giurisprudenza agli organi giudicanti. Si sarebbe dato il caso di un'inversione di tendenza rispetto a quanto è testimoniato in numerosi passi retorici, primo fra tutti quello celeberrimo tolto dai ciceroniani *Topica*, già per altri aspetti richiamato.

cette manière comme pour beaucoup d'autres, fortement inspirée de la *Rhetorique* d'Aristote». Peraltro, come è stato messo in luce da una voce che non appartiene alla romanistica, pur essendo studioso avviato agli studi da Giuseppe Grosso, «a Roma, nell'epoca tardo-repubblicana, la didattica forense competeva ai retori: l'oratore tenta effetti persuasivi su consessi non educati al diritto; la prova è fenomeno legalmente amorfo» (Così F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1991, 555).

⁸²⁸ P. CERAMI - G. DI CHIARA - M. MICELI, *Profili processualistici dell'esperienza giuridica europea*, Torino, 2003, 99.

⁸²⁹ G. PUGLIESE, *La prova*, cit., 395.

⁸³⁰ Essi risultano ricalcati sul precedente aristotelico di cui a Arist. *Rhet.* 1.3.1378 b 7-8.

⁸³¹ Così C. BEDUSCHI, *Il 'ius controversum' fra razionalità e giustizia*, in *Ius controversum e processo fra tarda Repubblica ed età dei Severi*, cit., 21.

⁸³² C. BEDUSCHI, *Il 'ius controversum' fra razionalità e giustizia*, cit., 21.

⁸³³ C. BEDUSCHI, *Il 'ius controversum' fra razionalità e giustizia*, cit., 21.

⁸³⁴ Basti pensare ai noti episodi che, tra il III e il II secolo a.C. videro protagonista Marco Porcio Catone, fiero oppositore di qualsiasi influenza ellenica in Roma.

Cic. *top.* 50-51: *Sed locus hic magis ad coniecturales causas, quae versantur in iudiciis, valet, cum quaeritur quid aut sit aut evenerit aut futurum sit aut quid omnino fieri possit. Ac loci quidem ipsius forma talis est. Admonet autem hic locus, ut quaeratur quid ante rem, quid cum re, quid post rem evenerit. "Nihil hoc ad ius; ad Ciceronem", inquit Gallus noster, si quis ad eum quid tale rettulerat, ut de facto quaereretur. Tu tamen patiere nullum a me artis institutae locum praeteriri; ne, si nihil nisi quod ad te pertineat scribendum putabis, nimium te amare videare.*

Nel passo, secondo il Pugliese, si sarebbe trovata la riprova di ciò che, ai tempi dell'Arpinate, poteva essere ritenuta la «rinunzia dei giuristi ad occuparsi della prova»⁸³⁵: non si tratterebbe di un mero problema di ripartizione delle 'competenze' tra uno specialista e l'altro, ma, più significativamente, l'espressione utilizzata nel dialogo ciceroniano ed attribuita ad Aquilio Gallo, sarebbe la riprova di un «modo diverso da quello a cui noi moderni siamo abituati»⁸³⁶ di concepire la prova. Quest'ultima fu essenzialmente riguardata, in antichità, quale commistione⁸³⁷ tra prova (propriamente intesa⁸³⁸) e argomentazione, per cui nell'onere della prova ricadeva tanto la prova vera e propria del fatto, quanto l'argomento che da esso il retore credeva di poter ricavare al fine di suscitare il convincimento del giudice favorevole a sé e al proprio assistito⁸³⁹. In altri termini, non ci si limitava «a fornire al giudice un

⁸³⁵ G. PUGLIESE, *La prova*, cit., 394.

⁸³⁶ G. PUGLIESE, *La prova*, cit., 394.

⁸³⁷ Assai rapidamente J.P. LEVY, *La formation*, cit., 425, notava come la *probatio* fosse «souvent mal distinguée de l'*argumentum*».

⁸³⁸ Era questa la prova in senso logico-giuridico.

⁸³⁹ D'altro canto, «la *probatio* est une des èarties du discours judiciaire dont la list peut verier selon les auteurs mais l'englobe toujours. Elle se place d'après Quintilien au milieu du discours, après le *proemium* et la *narratio* ou expose des fait, avant la *refutatio* de la thèse adverse et la *peroratio* et de toutes est la plus indispensable puisqu'on peut concevoir un plaidoyer ans l'une des autres parties tandis que "*lis nulla est cui probatione opus non sit*"» (così J.P. LEVY, *La formation*, cit., 425). L'autore qui si riferisce ad un fondamentale passo dell'opera quintiliana, che subito riporto Quint. 3.9.1: *Nunc de iudiciali genere, quod est praecipue multiplex sed officiis constat duobus, intentionis ac depulsionis. cuius partes, ut plurimis auctoribus placuit, quinque sunt: proboemium narratio probatio refutatio peroratio. His adiecerunt quidam partitionem propositionem excessum; quorum priores duae probationi succidunt. Nam proponere quidem quae sis probaturus necesse est, sed et concludere: cur igitur, si illa pars causae est, non et haec sit? Partitio vero dispositionis est species, ipsa dispositio pars rhetorices et per omnis materias totumque*

elemento su cui questi avrebbe potuto fondare il suo ulteriore ragionamento e pervenire poi al giudizio, ma senz'altro gli proponeva il giudizio e lo sollecitava a emanarlo», mirando a in tal modo a convincerlo⁸⁴⁰. È evidente come questo peculiare modo di congegnare la prova recasse con sé un'innegabile commistione di fatto e di diritto⁸⁴¹.

*earum corpus aequaliter fusa, sicut inventio elocutio: ideoque eam non orationis totius partem unam esse credendum est, sed quaestionum etiam singularum. Quae est enim quaestio in qua non promittere possit orator quid primo, quid secundo, quid tertio sit loco dicturus? Quod est proprium partitionis. Quam ergo ridiculum est quaestionem quidem speciem esse probationis, partitionem autem, quae sit species quaestionis, partem totius orationis vocari! Egressio vero vel, quod usitatius esse coepit, excessus, sive est extra causam, non potest esse pars causae, sive est in causa, adiutorium vel ornamentum partium est earum ex quibus egreditur. Nam si quidquid in causa est pars causae vocabitur, cur non argumentum, similitudo, locus communis, adfectus, exempla partes vocentur? Tamen nec ius adsentior qui detrahunt refutationem tamquam probationi subiectam, ut Aristoteles. Haec enim est quae constituat, illa quae destruat. Hoc quoque idem aliquatenus novat, quod proboemio non narrationem subiungit sed propositionem; verum id facit quia propositio ei genus, narratio species videtur, et hac non semper, illa semper et ubique credit opus esse. In ogni caso, per G. PUGLIESE, *La prova*, cit., 401 s., benché «sia vero che la *probatio* o *confirmatio* (comprensiva delle prove e delle argomentazioni) costituiva il nucleo dell'orazione, questa tuttavia dedicava più ampio spazio ad altre parti come il *proemium*, la *narratio*, la *peroratio*; e parimente i trattati di retorica consideravano bensì l'*inventio* (ossia la scoperta e la raccolta di prove e argomenti insieme) il primo compito dell'oratore, ma impegnavano un maggior numero di pagine a insegnare quei modi e quegli accorgimenti (*dispositio*, *elocutio*, *actio*) che servivano a rendere più accetti gli argomenti svolti e a conquistare l'animo e i sentimenti del giudice».*

⁸⁴⁰ Qui si misurerebbe la distanza rispetto al procedere della giurisprudenza, che, pur svolgendosi con gli stessi mezzi, «doveva per statuto mantenersi *super partes*, e quindi doveva essere ancorato a premesse che in linea di principio potessero valere per entrambe. È qui che si può cogliere davvero il *proprium* che distingue l'attività giurisprudenziale e che rappresenta l'aspetto più delicato del suo compito, la *prudentialia*: saper trovare e valorizzare, nel conteso di vita da cui è sorto il contrasto tra le parti, le premesse che esse hanno in comune...»; così C. BEDUSCHI, *Il 'ius controversum' fra razionalità e giustizia*, cit., 21 s.

⁸⁴¹ Questa commistione, come ancora notava G. PUGLIESE, *La prova*, cit., 398, si rifletteva sulla riflessione retorica della prova e da questa, in qualche modo, risultava influenzata: «in sintesi si può dire che la retorica, quando guidava gli oratori a ideare e svolgere la *confirmatio* o *probatio*, univa insieme prova e argomentazione e in sostanza assorbiva la prima nella seconda. Parimenti la *refutatio* non consisteva tanto nello svalutare le prove dell'altra parte o nel contrapporvi prove contrarie, quanto nel confutare complessivamente gli argomenti svolti *ex adverso*». Del resto la stessa retorica puntava, quale disciplina, proprio al convincimento del giudice, essendo un'arte della persuasione: «nella sostanza poi la retorica non operava effettivamente come una tecnica dell'argomentazione allo stato puro, ma piuttosto... come una tecnica di persuasione; e pertanto, come non puntava sul ragionamento, così si valeva di un ragionamento che mirava piuttosto a colpire e a suggestionare che non a convincere con la sua esattezza e il suo rigore, era cioè ... un ragionamento ad effetto». Va ancora ricordato come la commistione di diritto e fatto fosse influenzata anche dalla prassi per cui, sicuramente nel

Quest'angolo prospettico, che per più versi non può che apparire sconcertante, fu con ogni probabilità influenzato dalla composizione, a quei tempi, degli organi giudicanti. Ancora Pugliese ha colto un importante spartiacque nella *lex Aurelia* del 70 a.C. a seguito della quale, «il corpo dei giudici venne a risultare notevolmente diverso da quello di età repubblicana, sia perché molti giudici... evitavano di esercitare il loro ufficio... sia perché, correlativamente, due nuove decurie di giudici furono create, previo abbassamento del censo in modo da includervi i così detti *ducenarii*»⁸⁴². Si venne perciò a creare una maggiore 'professionalità' in capo ai giudici ed essi cominciarono ad «aprirsi agli insegnamenti dei giuristi», al punto di ricorrere «al loro consiglio pure in materia di prova»⁸⁴³. La maggiore professionalità (seppure relativa) di cui diedero prova man mano i privati che vennero chiamati all'*officium iudicis* avrebbe in qualche modo privato di efficacia gli espedienti più elementari che di norma erano impiegati dalla retorica di origine greca.

Né va dimenticato come la commistione tra fatto e diritto dimostrata dalla retorica latina in tema di prove, per cui il fatto era anche accompagnato dal suo commento contenente le conseguenze giuridiche che il retore riteneva di potervi far discendere, derivasse a sua volta da una peculiare situazione propria del diritto dei greci⁸⁴⁴. Riandando all'opinione

processo greco, ma anche in quello romano fino almeno alla fine del I secolo, i retori dovessero dare prova del diritto: quanto serviva a provarlo rientrava nelle prove *inartificiales*. Per quanto attiene al mondo romano basti porre mente a Cic. *orat.* 2.116-117: *Ad probandum autem duplex est oratori subiecta materies: una rerum earum, quae non excogitantur ab oratore, sed in re positae ratione tractantur, ut tabulae, testimonia, pacta conventa, quaestiones, leges, senatus consulta, res iudicatae, decreta, responsa, reliqua, si quae sunt, quae non reperiuntur ab oratore, sed ad oratorem a causa [atque a re] deferuntur; altera est, quae tota in disputatione et in argumentatione oratoris conlocata est; ita in superiore genere de tractandis argumentis, in hoc autem etiam de inveniendis cogitandum est.* Per quanto concerne pur rapidi riferimenti al mondo greco, cfr. Arist. *Rhet.* 1.1375 a 24.

⁸⁴² G. PUGLIESE, *La prova*, cit., 396; come ricordano P. CERAMI - G. DI CHIARA - M. MICELI, *Profili processualistici dell'esperienza giuridica europea*, cit., 99, la prova retorica «tenderebbe non alla ricerca della verità ma alla persuasione, al convincimento dell'organo giudicante, fidando non sulle reali capacità valutative, bensì sulla suggestionabilità e debolezza dei suoi comportamenti».

⁸⁴³ G. PUGLIESE, *La prova*, cit., 396.

⁸⁴⁴ G. PUGLIESE, *Cicerone tra diritto e retorica*, cit., 85, metteva in rilievo il fatto che «i romani avevano un interesse per i problemi giuridici assai più vivo ed esigente che non i greci; ad essi importava non solo e non tanto di trovare e esporre gli argomenti utili a vincere un processo contro un avversario quanto di stabilire in concreto (ossia senza astrazione filosofica), ma da un punto di vista imparziale, la soluzione dei vari casi che si

tradizionale, che non è il caso di ridiscutere qui, si deve riconoscere che il diritto nato in Grecia si rivelasse carente di quell'elaborazione scientifica ad opera di una classe di esperti che colà mancò pressoché completamente⁸⁴⁵. Di poi, il fatto che, ben più che a Roma, gli organi giudicanti fossero del tutto ignari di questioni giuridiche, nonché la circostanza relativa alla sostanziale e drammatica dicotomia propria dell'alternativa proposta gli stessi giudici, che non potevano graduare la loro condanna, ma dovevano aderire all'una ovvero all'altra tesi loro sottoposta, rendono ben chiare le necessità della retorica greca, volta assai più a convincere e forse anche a spingere a commozione, che ad argomentare razionalmente.

Il concomitante decadere della retorica 'politica' durante il primo

potevano presentare, di collegare una soluzione all'altra e di riportare tutte le soluzioni singole a regole più o meno generali». Sarebbe questo il percorso con cui «si formò in Roma una categoria di studiosi del diritto (che si collegavano, del resto, all'antica tradizione dei Pontefici) e questi studiosi non solo si trovarono sin dall'origine posti su un piano diverso da quello dei retori, ma si sentirono anche con l'andare del tempo sempre più distinti dagli avvocati». Con le parole dello stesso G. PUGLIESE, *Cicerone tra diritto e retorica*, 87, possiamo ricordare quanto segue: «Da Aristotele in poi la retorica distingueva prove atecniche, non create dall'oratore, ma esistenti prima e all'infuori della sua opera (testimonianza, confessioni strappate con la tortura, giuramenti, scritti, ecc.), e prove tecniche, escogitate dall'oratore con il metodo retorico e col suo talento. Cicerone echeggiò questo insegnamento nel *De oratore* e lo applicò nelle sue arringhe. Con pari fedeltà ai precedenti retori concentrò la sua attenzione sulle prove così dette atecniche, anche se non trascurò, tra le prove a tecniche, quella testimoniale, esaltando la probità e l'autorevolezza dei testimoni favorevoli, denigrando invece ... i testimoni avversi. Egli era persuaso, come gli altri oratori del suo tempo, che le prove tecniche (o artificiale) ossia quelle che costavano di induzione, deduzione o congetture, fossero le più sicure, in quanto non dipendevano da dichiarazioni o scrittura, che potevano essere false, ma dalla forza logica del ragionamento, sì che il giudice non è invitato a prestare fede ad altri, bensì a se stesso. Pertanto le parti delle sue arringhe dedicate alle prove ossia la *confirmatio* e la *refutatio*, comprendevano essenzialmente, accanto all'esame delle testimonianze, lo svolgimento del commento, argomentazioni deduttive e induttive fondate su indizi, dati di comune esperienza o principi e tradizionalmente accettati, comprendevano cioè quelli che Quintiliano chiamò poi *argumenta* e *exempla* così traducendo le corrispondenti voci greche "enthymemata" e "paradigmata"»

⁸⁴⁵ Esempio al riguardo L. GAROFALO, *Diritti greci e scienza giuridica romana*, in ID., *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova, 2008, *passim*, il quale osserva come l'universo culturale greco non avesse consentito la creazione di una classe di esperti che trattassero la materia giuridica con lo strumentario scientifico proprio della giurisprudenza romana; l'autore, tuttavia precisava (p. 101): «assolutamente fuor di luogo sarebbe ipotizzare che la profondità di pensiero conquistata in seno all'universo greco non fosse tale da consentire a taluno dei suoi esponenti l'analisi e la concettualizzazione della fenomenologia giuridica, operazioni in cui svettarono i giuristi romani. Quella profondità, com'è risaputo fu straordinaria, per non dire ineguagliabile».

secolo (di cui dà conto Tacito *Dial. De orat.* 38.1: *Transeo ad formam et consuetudinem veterum iudiciorum. Quae etsi nunc aptior est [ita erit], eloquentiam tamen illud forum magis exercebat, in quo nemo intra paucissimas horas perorare cogebatur et liberae comperendinationes erant et modum in dicendo sibi quisque sumebat et numerus neque dierum neque patronorum finiebatur*) ed un generale miglioramento (almeno tendenziale) della preparazione dei giudicanti favorirono il graduale ingresso della scienza giuridica anche in questo ambito.

Come suggestivamente notava Pugliese, allorché «gli argomenti e gli espedienti suggeriti dalla retorica cominciavano... ad avere meno presa sui giudici ed apparire quindi meno utili agli avvocati», i tempi si mostrarono «maturi perché i giuristi estendessero la loro attenzione allo svolgimento del dibattito giudiziario e specificamente alla materia delle prove»⁸⁴⁶.

Certo, non è possibile dimenticare come una compiuta teorizzazione della prova non si rintracci nelle opere giuridiche⁸⁴⁷, i giuristi apparendo ben più interessati alla risoluzione del caso loro sottoposto piuttosto che alla elaborazione di un 'sistema' in sé compiuto. Sicché mi pare abbia ancora una volta colto nel segno Pugliese, allorché, in una nota allo scritto apparso sulla rivista milanese *Jus*, cui si è già più volte fatto riferimento, osservava come sia necessario «non confondere questo atteggiamento rispetto alla prova con la consueta riluttanza dei giuristi romani a teorizzare o a indulgere ad astrazioni»⁸⁴⁸: non si trattava della ben nota ritrosia che costantemente informa le elaborazioni giurisprudenziali in cui i principi sono utilizzati ed impiegati più che teorizzati ed enunciati, bensì di una spia del fatto che, per molteplici fattori concomitanti, nelle opere giurisprudenziali non trovasse posto una spiccata trattazione della prova quale materia a sé stante⁸⁴⁹. Rispetto all'elaborazione giurisprudenziale di molti altri ambiti dell'ordinamento giuridico romano,

⁸⁴⁶ G. PUGLIESE, *La prova*, cit., 397.

⁸⁴⁷ V., infatti, J.P. LEVY, *La formation*, cit., 420, secondo cui «en Droit classique existent certes des modes de preuve – à peu près tous les nôtres – ainsi que des règles le concernant, déjà assez nombreuses au deuxième siècle. Aucune véritable théorie des preuves n'a cependant été faite dans les sources juridiques. Par contre il en a été édifiée une, mais nullement juridique, dans la Rhétorique».

⁸⁴⁸ G. PUGLIESE, *La prova*, cit., 403, nt. 52.

⁸⁴⁹ G. PUGLIESE, *La prova*, cit., 403, nt. 52, secondo cui i giuristi «trattavano della prova allorché se ne presentasse loro l'occasione» desumendo «dalla retorica i termini e i concetti di cui sentivano il bisogno».

la trattazione delle prove, indipendentemente da un'attività concomitante, relativa all'allegazione dei fatti, che si svolgeva innanzi al pretore, pare aver incontrato l'interesse del ceto dei giuristi piuttosto tardi: «pare che i giuristi abbiano cominciato a esprimere opinioni al riguardo verso la fine del I secolo o all'inizio del II secolo d.C. e che Celso sia stato, se non il primo in senso assoluto, quello che più contribuì all'approfondimento del problema fuori degli schemi tradizionalmente seguiti dalla prassi»⁸⁵⁰.

Non indugeremo oltre su questo aspetto. Noteremo comunque, che, rispetto alla situazione registrata nel corso dell'ultimo secolo della repubblica ed il primo principato, il maturo periodo classico della giurisprudenza romana non pare segnare mutamenti di rilievo per quanto concerne la bipartizione processuale. In altri termini, l'evoluzione che ha portato la giurisprudenza ad interessarsi della prova innanzi al giudice è stata tutta di carattere sociale, frutto del concomitante allacciarsi di fattori retorici e sociali, senza che vi siano stati interventi autoritativi volti a snaturare la bipartizione, le cui origini debbono essere fatte rimontare già all'epoca delle *legis actiones*. L'abolizione di queste ultime (anche se non del tutto completa) non mi pare possa aver influito, sotto questo aspetto, sul ruolo del giudice al cavaliere del I secolo avanti e dopo Cristo, il che potrebbe lasciare intendere che la sua relazione con la prova si sia dipanata in modo continuo lungo l'intero torno di tempo preso in

⁸⁵⁰ G. PUGLIESE, *La prova*, cit., 397. Un'indicazione in tal senso, seppure vaga a fronte dell'incertezza della data della morte, si potrebbe ricavare dalla menzione al giurista Masurio Sabino fatta da Gellio in un suo celebre capitolo delle *Notti Attiche*. Gell. 14.2: *Quem in modum disseruerit Fauorinus consultus a me super officio iudicis. Quo primum tempore a praetoribus lectus in iudices sum, ut iudicia quae appellantur priuata susciperem, libros utriusque linguae de officio iudicis scriptos conquisiui, ut homo adulescens a poetarum fabulis et a rhetorum epilogis ad iudicandas lites uocatus rem iudiciariam, quoniam uocis, ut dicitur, uiuae penuria erat, ex mutis, quod aiunt, magistris cognoscerem. Atque in dierum quidem diffissionibus conperendinationibusque et aliis quibusdam legitimis ritibus ex ipsa lege Iulia et ex Sabini Masurii et quorundam aliorum iurisperitorum commentariis commoniti et adminiculati sumus. In his autem, quae existere solent, negotiorum ambagibus et in ancipiti rationum diuersarum circumstantia nihil quicquam nos huiuscemodi libri iuuerunt. Nam etsi consilia iudicibus ex praesentium causarum statu capienda sunt, generalia tamen quaedam praemonita et praecepta sunt, quibus ante causam praemuniri iudex praepararique ad incertos casus futurarum difficultatum debeat, sicut illa mihi tunc accidit inexplicabilis reperiendae sententiae ambiguitas*. Il fatto che nei commentari di Sabino, Gellio non trovasse risposte ai propri dubbi, che nel prosieguito del brano si chiariscono quali dubbi riguardanti l'onere probatorio, starebbe a dimostrare che al tempo di Sabino (I sec. d. C.) i giuristi non si occupassero della questione.

considerazione.

Se appare convincente la constatazione secondo la quale le opere ciceroniane (in modo particolare le orazioni di diritto privato e le opere retoriche) si collocano in quel periodo compreso tra la *lex Aebutia*, di incerta datazione, ma anteriore al termine del II secolo a.C., e le *leges Iuliae* di riordinamento processuale con le quali si abolirono le *legis actiones*, è altrettanto convincente che in quel periodo i due riti processuali abbiano convissuto, col che sarebbe possibile ritenere che le indicazioni fornite dal retore potessero attagliarsi tanto al procedimento per *certa verba* quanto a quello per *concepta verba*. Allora, se non si registrano mutamenti autoritativi di rilievo circa la bipartizione processuale, già tipica delle *legis actiones*, si può ritenere che tanto nel processo per *legis actiones* quanto nel processo per *concepta verba*, la prova, retoricamente intesa, spettasse al giudice. Certamente, allorché i giuristi cominciarono ad interessarsi della prova (grossomodo almeno un secolo dopo le leggi di riordino augusteo) non si segnalano provvedimenti riordinativi che ripartissero in modo innovativo le competenze e le funzioni tra il giudice ed il magistrato per cui quest'ultima tappa del percorso evolutivo che qui interessa è stata raggiunta in sostanziale continuità con quanto l'aveva preceduta, i fattori evolutivi dovendosi riconoscere in elementi per larga parte esterni al mondo giuridico rigorosamente inteso.

Preliminarmente va pure osservato come tale campo d'indagine, pur attenendo all'ambito processuale, non manchi di notevoli riflessi sul piano sostanziale, dal momento che l'attribuzione in capo all'attore ovvero al convenuto dell'*onus probandi*⁸⁵¹ non si limitava ad essere – come avremo

⁸⁵¹ È noto come l'impiego dell'espressione non possa che apparire problematico. Non va dimenticato, come sottolineava V. GIUFFRÈ, '*Necessitas probandi*', cit., 169 s., che «generalmente si ritiene che durante la vigenza della procedura *per formulas* dominasse in contestato, anche se implicito perché è quasi connaturato al 'sistema', il principio della ricostruzione ad opera o almeno su sollecitazione del giudice dei fatti addotti dalle parti a sostegno delle situazioni giuridiche rispettivamente vantate: sì che il convincimento in cui si sostanzia il momento logico della *sententia* poteva basarsi anche soltanto sulle prove richieste al convenuto quando era all'attore il quale avesse per avventura dato luogo invece ad un'attività istruttoria del tutto inadeguata, che veniva riconosciuta la ragione; e viceversa. Pertanto, non potrebbe intravedersi, nel sistema formulare, alcun meccanismo che corrisponde al gioco dell'onere della prova». Si tratta di un argomento che l'autore ricavava da quanto aveva a suo tempo ritenuto il Levy, il pensiero del quale V. GIUFFRÈ, '*Necessitas probandi*', cit., 170, nt. 2, così riassumeva: «solo i casi in cui il carico della prova veniva addossato ad una parte, comportavano che la mancanza di essa andasse sicuramente a suo danno, e quindi l'altra parte fosse esonerata della prova stessa: il

modo di vedere – applicazione di un canone meccanico di conduzione dell'attività processuale, ma rispondeva a precise necessità di ordine sostanziale e mostrava precipue caratteristiche del modo di procedere della giurisprudenza del principato.

3. *La dottrina risalente.*

In questo ambito di ricerca appare opportuno guardare anzitutto con grande attenzione alla dottrina più risalente che, come è noto, tendeva ad escludere la rilevanza dell'azione dei giuristi nell'individuazione di precise regole relative alla ripartizione dell'onere probatorio. La teoria delle prove può essere grossomodo distinta in due grandi tronconi: il primo concerne i singoli mezzi probatori (testimonianze, *documenta*, e così via)⁸⁵², mentre il secondo attiene più specificamente all'individuazione del soggetto su cui incomba l'*onus probandi*⁸⁵³. È evidente che in questo

giudice, infatti, poteva ben richiederla anche a questa e finire col pronunciare contro di essa. Il che implica, per l'appunto, l'inesistenza di un onere della prova nel senso tecnico dell'espressione». In senso solo parzialmente difforme, Kaser riteneva che il tratto di discontinuità più forte tra il procedimento arcaico e per *legis actiones* ed il successivo processo formulare fosse consistito nella conquista, nel secondo rito, di una libertà del giudice, che avrebbe potuto richiedere la prova a ciascuna delle parti, senza essere astretto alle maglie di un sistema probatorio che era stato viceversa assai stringente nel periodo delle *legis actiones*. *Contra*, v. V. GIUFFRÈ, 'Necessitas probandi', cit., 172 s., secondo cui «non persuade, non avendo peraltro alcuna base testuale o indiziaria, la ricostruzione di un mutamento (e di un mutamento seppure graduale) nel senso sopra riferito, per quanto riguarda l'atteggiamento verso la determinazione del chi dovesse provare le situazioni *sub iudice* nell'ambito del passaggio dalla pratica delle *legis actiones* a quella dell'*agere per concepta verba*. Un mutamento, peraltro, di cui non è individuata la motivazione d'ordine tecnico o storico». Il mutamento, secondo questo autore, sarebbe da individuarsi addirittura nel senso opposto rispetto a quello presagito da Kaser. Si veda, inoltre, U. BRASIELLO, voce *Istruzione del processo (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 133, che riteneva che «scomparse le prove da raggiungersi con mezzi soprannaturali si affermò il principio dell'*onus probandi* che sorse già nella procedura *sacramenti*, nel settore (privato) delle *legis actiones* (Gai 4.93), in quanto è l'attore che deve provare le sue affermazioni, *limitandosi* l'avversario a dire '*non oportere*', e che si sarebbe esteso anche le azioni reali attraverso l'*agere per sponsionem*».

⁸⁵² Lo mette in evidenza anche B. CORTESE, *L'onere della prova nella elaborazione della giurisprudenza romana classica*, in *Il giudice privato nel processo civile romano*, I, cit., 407; il primo filone ricomprende «le tipologie di mezzi di prova e la relativa efficacia probatoria, effettivamente rientranti nell'ambito operativo di retori per un verso, e del iudex, in qualità di organo giudicante per altro verso» (su questo G. BROGGINI, *La prova nel processo romano arcaico*, in *Jus*, 11, 1963, passim; P. DE FRANCISCI, *La prova giudiziale (a proposito di Gell. N.A., 14.2)*, in *Helikon*, I, 1961, 1 ss.).

⁸⁵³ V. ancora B. CORTESE, *L'onere della prova nella elaborazione della giurisprudenza romana classica*, cit., 407: «dall'altro vanno considerati l'oggetto delle prove ed i soggetti chiamati a provare, quali elementi derivanti dalla individuazione dei

secondo ambito si siano maggiormente concentrate le cure dei giuristi dal momento che, come emerge dall'analisi dei testi, proprio la concreta imposizione ad una ovvero all'altra parte della necessità di provare avanti al giudice quanto già affermato innanzi al magistrato rifletteva uno studio assai più peculiare dell'intima configurazione dei rapporti giuridici di volta in volta azionati.

È noto come gli alfieri della dottrina risalente siano stati, in opere successive il Levy ed il Kaser. All'apparire dello studio di Levy, in particolare, la romanistica ha cominciato a mettere discussione le idee tratlative che per lungo tempo hanno appagato la letteratura, avendo tale autore, per l'epoca, «creato un nuovo centro di interesse per gli studi romanistici»⁸⁵⁴. Allo studio di Levy seguì quello di Kaser, che pur sfumando talvolta il quadro storico fornito dal suo predecessore giungeva «alle medesime conclusioni, senza apportarvi il sostegno di più validi argomenti»⁸⁵⁵.

Pur con differenze interessanti tra i due autori, le loro teoriche condividevano due punti fissi: in primo luogo, si riteneva che il diritto romano non avesse conosciuto regole che guidassero nella determinazione del soggetto da gravare della prova; mentre, in secondo luogo, la mancanza della prova da parte del soggetto gravato non generava necessariamente conseguenze negative in capo allo stesso, potendo il giudice richiedere la prova anche alla controparte. Di contro a quello che si è descritto nelle pagine che precedono sulla struttura della *formula*, il Levy non si dimostrava per nulla fiducioso nei confronti della *formula* stessa: la sua struttura, infatti, non avrebbe fornito «sicure indicazioni circa la distribuzione fra le parti dei fatti da provare»⁸⁵⁶, indicando soltanto i fatti che sarebbero stati bisognosi di dimostrazione innanzi al giudice. Le attestazioni delle fonti, poi, secondo questo autore, in tal senso, non fornirebbero alcun dato affidante circa l'effettiva sussistenza di direttive sulla distribuzione del carico probatorio. Inoltre, il Levy⁸⁵⁷

termini giuridici della controversia, campo riservato al *ius dicere*, sotto forma dell'attività 'istituzionale' del pretore e sotto forma dell'attività creativa sostanziale del giurista»; v. U. BRASIELLO, voce *Istruzione*, cit., 136 ss.

⁸⁵⁴ Così G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 350.

⁸⁵⁵ G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 351.

⁸⁵⁶ G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 352.

⁸⁵⁷ E. LEVY, *Beweislast im Klassischen Recht*, in *Iura*, III, 1952, 170 s.

poneva in notevole risalto il tenore di due costituzioni imperiali⁸⁵⁸ per affermare che il giudice oltre ad essere «libero di richiedere la prova all'una o all'altra parte indifferentemente»⁸⁵⁹, non era nemmeno vincolato alla «richiesta di prova da lui rivolta ad una parte, giacché poteva poi esigere dall'altra la prova contraria e decidere, comunque, a favore di quella, il cui tentativo probatorio fosse fallito»⁸⁶⁰.

Sulla base di questi punti essenziali, fissati dal Levy ed approvati dal Kaser, quest'ultimo giungeva a ritenere che l'assetto classico del regime probatorio fosse una conquista del periodo classico frutto dell'abbandono delle strutture del processo arcaico, caratterizzato tanto da un meccanismo di prova legale, la cui esistenza appare «sufficientemente certa»⁸⁶¹, quanto da vincoli assai più rigidi. Il Kaser⁸⁶², infatti, osservava che il libero apprezzamento del giudice fosse una «conquista dell'età classica matura, giacché il diritto più antico non solo conosceva una specie di prova legale ... ma prevedeva pure vincoli probatori che determinavano il ricadere su una parte, in ispecie sull'attore del compito di provare»⁸⁶³.

Sulla scorta di un capillare e 'spietato' studio dei testi giuridici, conservati nella compilazione giustiniana, che ricordano le opinioni di diversi giuristi in merito alla *necessitas probandi*, questa dottrina, che,

⁸⁵⁸ C. 2.1.1: *Ipse dispice, quemadmodum pecuniam, quam deposuisse te dicis, deberi tibi probes. nam quod desideras, ut rationes suas adversaria tua exhibeat, id ex causa ad iudicis officium pertinere solet*; in questa prima costituzione, usando le parole di B. CORTESE, *L'onere della prova nella elaborazione della giurisprudenza romana classica*, cit., 407, «l'imperatore Antonino Pio, rispondendo ad una delle parti in un processo *per formulas* tratta del modo in cui l'attore deve dare la prova che gli è dovuta la somma di denaro che afferma di avere consegnato a titolo di deposito ed afferma che rientra nell'*officium iudicis* se costringere o meno l'altra parte ad esibire le prove richieste». C. 2.1.5: *Non est novum eum a quo petitur pecunia implorare rationes creditoris, ut fides constare possit*.

⁸⁵⁹ G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 352.

⁸⁶⁰ G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 352. In senso adesivo, B. CORTESE, *L'onere della prova*, cit., 411, riassume il pensiero dell'autore affermando che a parere del Levy questo testo «costituirebbe una testimonianza dell'ampia libertà del giudice anche di richiedere la prova ad una qualunque delle parti, nonché di esigere poi la prova contraria dall'altra, senza che tali risultanze probatorie costituissero un vincolo per la sua decisione».

⁸⁶¹ Così B. CORTESE, *L'onere della prova*, cit., 411; l'autrice richiama U. BRASIELLO, voce *Istruzione*, cit., 133; M. KASER, *Eigentum und Besitz*, Weimar, 1943, 6 ss., ID., *Beweislast und Vermutung im römischen Formularprozeß*, in *ZSS*, 71, 1954, 221 ss., G. FALCHI, *L'onere della prova nella "legis actio sacramenti in rem"*, in *SDHI*, XXXVIII, 1972, 247 ss.; G. BROGGINI, *La prova nel processo romano arcaico*, cit., 348 ss.

⁸⁶² M. KASER, *Beweislast*, cit., 224.

⁸⁶³ G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 352.

accanto ai due maestri sopra indicati, vedeva tra i più autorevoli sostenitori anche il De Sarlo e il Longo⁸⁶⁴, riteneva di non poter scorgere alcun elemento degno di fede nella ricostruzione del pensiero della giurisprudenza classica in merito alla questione della prova. La pressoché totale sfiducia rivolta da questi autori verso le fonti giurisprudenziali conservate nel Digesto comportava che si giungesse a ritenere provata proprio quella libertà del giudice nella gestione della fase processuale attribuitagli, vagheggiata dal Kaser. Si confermava sulla scorta di questa esegesi severissima, in altri termini, la teorica tradizionale che imponeva di ritenere del tutto silente la giurisprudenza per quanto concerneva la fase diretta dal *iudex privatus*.

A ben guardare, tuttavia, occorre valutare se questa considerazione così severa dei testi relativi alla prova, ben oltre il solo dato testuale, fungesse da effettivo argomento a sostegno della visione tralatizia intorno alla fase *apud iudicem* ovvero se fosse essa stessa condizionata da quello che si riteneva un criterio orientativo negli studi dedicati al processo formulare romano, vale a dire il dato ritenuto acquisito pacificamente dell'esclusione della giurisprudenza dall'orizzonte del giudice privato. È evidente che se le testimonianze giurisprudenziali si dovessero effettivamente ritenere del tutto svuotate del significato che la loro lettura, nel loro tenore letterale attuale, pare assegnare a questi, occorrerebbe in conseguenza ritenere pressoché inesistente il pensiero scientifico prudenziale sviluppato circa la *necessitas probandi* e ciò risulterebbe conforme all'impostazione generale che del problema relativo al tema della ricerca in corso dava l'autorevolissima dottrina novecentesca.

L'analisi dei frammenti raccolti nel titolo terzo del libro 22 del Digesto, condotta dagli studiosi maggiormente dediti alla critica interpolazionistica dimostrerebbe una sostanziale falsificazione dei commissari giustiniani che sarebbero intervenuti in modo tanto massiccio sui testi dei classici da falsarne in modo irreparabile il contenuto originario. In altre parole, i giustiniani avrebbero tratto dalle opere classiche alcuni passaggi dedicati a questioni particolari distorcendone i

⁸⁶⁴ G. LONGO, *L'onere della prova nel processo civile romano*, in *Iura*, XI, 1960, 150, ritenne che, in riferimento alla tesi di Pugliese relativa alla correlazione tra *onus probandi* e posizione attorea, i passi riportati in Digesto «non apparvero scevri da gravi, fondati, convergenti, segni di alterazione, proprio (e a parte più vaste corruzioni subite) nella parte dell'attuale loro redazione ove appare enunciata la correlazione fra ruolo di attore e *onus probandi* come regola di diritto».

tratti al fine di adattarli al quadro proprio della giustizia dell'epoca di Giustiniano. Gli interventi compilatori non sarebbero stati solo volti alla generalizzazione dei principi riscontrati ed applicati casisticamente nelle opere giurisprudenziali (falsando in questo modo proprio il tipico incedere della giurisprudenza classica che tendenzialmente rifuggiva dall'enunciazione di regole di portata generale, preferendo di gran lunga operare sul caso concreto), ma avrebbero in molti casi investito anche il tenore letterale dei testi, modificandone intrinsecamente il contenuto con la conseguenza che anche il regime probatorio così ricordato, pur formalmente riferito all'epoca classica non rifletterebbe affatto lo stato della giurisprudenza relativo a quel torno di tempo, ma rispecchierebbe una mutata sensibilità giuridica ed un differente assetto processuale. Le indicazioni date dalla giurisprudenza classica, per come essa fu distorta dall'opera dei commissari giustiniani, non ci direbbero nulla circa l'esistenza e l'effettivo atteggiarsi delle regole probatorie nell'epoca del processo formulare. In definitiva, la falsificazione operata dalla commissione di Triboniano avendo agito su un doppio livello, avrebbe generato un quadro di estrema incertezza sull'effettivo ed originale tenore letterale delle fonti.

Il risultato cui si giungerebbe portando alle estreme conseguenze questo ragionamento, consisterebbe nella negazione di qualsiasi apporto credibile nella ricostruzione dell'atteggiarsi della prova nel processo formulare. Su tali posizioni erano assestati gli autori illustri citati in precedenza. A fronte di posizioni tanto rigide, peraltro, va osservato come uno studioso quale Vincenzo Giuffrè, che si è mostrato certamente assai meno rigido nella propria ricerca dell'interpolazione nei testi antichi, abbia comunque tratto un tutt'altro che lusinghiero bilancio delle fonti a fronte del quale soltanto una ridotta porzione poteva validamente essere utilizzata in una seria ricerca dedicata alla *probatio* d'epoca classica⁸⁶⁵.

Tuttavia, quello che non sembra potersi immaginare, pur ammettendo, per ipotesi, che la rielaborazione giustiniana abbia investito gli antichi testi classici con la violenza presagita dalla critica più severa, è che l'opera dei commissari di Triboniano sia giunta al punto di collocare nella *sedes materiae* del titolo terzo del ventiduesimo libro delle Pandette, brani che nella loro stesura originale in realtà nulla avevano a che fare con

⁸⁶⁵ V. GIUFFRÈ, 'Necessitas probandi', cit., *passim*.

il tema cui il titolo è dedicato. In altre parole, si può anche immaginare che la penna dei giustinianeî sia intervenuta in modo massiccio ad alterare il tenore delle soluzioni prudenziali, ma non è ragionevolmente sostenibile che l'interpolazione abbia investito anche il fatto stesso che nei passi conservatisi affrontassero tematiche relative alla prova.

Infatti, Carlo Augusto Cannata in un'ottica decisamente piú fiduciosa nei confronti della documentazione antica, ha evidenziato da par suo come, in ordine a questo aspetto, fosse relativamente certo, pur nella manomissione subita dai testi, l'apporto prudenziale nella costruzione di un sistema probatorio imperniato sull'osservanza di alcuni principi, seppure non sempre enunciati in modo pienamente consapevole. Giova, difatti, precisare come un'esegesi meno radicale della documentazione, seppur non rinunciataria sul piano della critica testuale, abbia fornito, viceversa, convincenti indizi per ritenere che, pur in presenza di interventi correttivi di fattura giustiniana, in notevoli casi la sostanza classica di diversi passi si sia essenzialmente salvata, in misura tale da far intravedere l'operatività di quei principi in tema di istruzione probatoria, anche al di là dell'enunciazione paolina di cui a un celebre brano tratto dal commentario all'Editto (Paul. 69 *ad ed.* D. 22.3.2).

Non va nascosto come, conformemente alla natura della fase *apud iudicem*, assai piú che innanzi al magistrato, la regolamentazione dovesse essere demandata in modo consistente anche alla prassi forense: il problema del riparto e dell'addossamento dell'onere della prova veniva affrontato e risolto mediante soluzioni concrete e regole generali, talvolta formulate e talvolta presupposte frutto della giurisprudenza e della prassi, cui in certe circostanze si aggiungeva il 'suggerimento' finale dell'intervento dell'imperatore.

4. Regole probatorie nel rito 'per legis actiones'. Cenni.

Un gruppo di fonti pare confermare l'esistenza di una regola di origine antica, secondo cui l'onere della prova spettava all'attore. Correlativamente a ciò, quasi fosse una sorta di faccia di una stessa medaglia, già Bethmann-Hollweg a suo tempo affermava che «era massima generale ed antica ... seguita certo anche dalle autorità giudiziarie in quanto fondata sulla natura delle cose, di pronunciarsi a favore del convenuto, cioè di assolverlo dall'azione, quando mancava qualunque prova»⁸⁶⁶. Pugliese, per parte propria, riteneva che la successione tra il procedimento formulare e quello arcaico non avesse potuto far altro che accrescere il valore della regola stessa: essa sarebbe stata resa «operante proprio nel campo della rivendicazione, della *petitio hereditatis* e nei processi di *status*»⁸⁶⁷. Lo studioso, oltre ad alcune testimonianze collocate

⁸⁶⁶ L. DE SARLO, *'Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat': spunti di storia e di dogmatica sulla regola in diritto romano*, Modena, 1935, 188; il riferimento interno è a A. BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess, I, Legis Actiones*, Bonn, 1864, 182.

⁸⁶⁷ G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 356. La ragione dell'accresciuta importanza sarebbe da rintracciare nel diverso modo con cui si atteggiava il rimedio processuale della rivendica nei due successivi periodi storici. Basti ricordare il seguente passo gaiano (Gai 4.16): *Si in rem agebatur, mobilia quidem et mouentia, quae modo in ius adferri adduciue 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 SECVNDVM SVAM CAVSAM; SICVT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM INPOSVI, et simul homini festucam inponebat. 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 FECCI, 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. 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 centumuiralibus iudiciis hasta proponitur. Nella legis actio sacramenti in rem entrambe le parti erano, infatti, chiamate a dare prova della bontà del proprio sacramentum. Erano, cioè chiamate a dare prova della titolarità del diritto di proprietà. In tal modo non era possibile discorrere, a rigore, di attore e di convenuto dal momento che entrambi i litiganti affermavano il medesimo asserto, ossia che la cosa era a sé spettante. Durante la vigenza delle legis actiones, infatti, «la duplice vindicatio, caratteristica della legis actio sacramento, poteva far sì che entrambe le parti fossero chiamate a provare il loro assunto» (G. PUGLIESE, *L'onere*, cit., 356). La differente connotazione della rivendica formulare, per il tramite, come noto,*

dai compilatori nella *sedes materiae* opportuna, credeva di individuare la vigenza della regola mutuata dal periodo delle *legis actiones* anche in processi relativi agli *status*, alla rivendica, all'*hereditatis petitio* svoltisi per certo durante l'epoca classica. In tal senso si pensi al caso della *legis actio sacramenti in rem*, ove entrambe le parti, in un residuo dell'antica procedura ordalica⁸⁶⁸, erano chiamate al *sacramentum*: «dalla descrizione contenuta nelle *Istituzioni* gaiane⁸⁶⁹», puntualizza Laura Solidoro,

dell'*agere in rem per sponsionem* rivela come la regola antica, ammessa dallo stesso Kaser per cui l'onere della prova spetterebbe all'attore, si sia dovuta consolidare appunto grazie al graduale imporsi del procedimento formulare. Basti leggere la formula petitoria della rivendica (seguo la proposta ricostruttiva di D. MANTOVANI, *Le formule*, cit., 37 s.): *C. Aquilius iudex esto. si paret fundum quo de agitur ex iure Quiritium A. Agerii esse neque is funfus arbitrio C. Aquilii iudicis A. Agerio restitueretur, quanti ea res erit, tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absoluito*. Tutta la struttura della *formula*, non fosse altro che per la sussistenza dell'*arbitratus de restituendo*, rivolto al convenuto possessore della cosa su cui si controverte, necessita in modo chiaro della precisa individuazione del soggetto chiamato al ruolo di attore e di quello convenuto.

⁸⁶⁸ L. SOLIDORO, *Onere probatorio e giudizi di rivendica*, in *Diritto@Storia*, 2007, § 3; richiamo i riferimenti alla letteratura svolti dalla stessa autrice alla nt. 27: E. BETTI, *La 'vindicatio' romana primitiva e il suo svolgimento storico nel diritto romano e nel processo*, in *Il Filangieri*, 39. 3, 1915, 321 ss.; H. LÉVY-BRUHL, *Le simulacre de combat dans le 'sacramentum in rem'*, in *Quelques problèmes du très ancien droit romain. Essai de solutions sociologiques*, Paris, 1934, 3 ss.; P. FREZZA, *Ordalia e 'legis actio sacramento'*, in *A.G.*, 142, 1952, 83 ss., ora in ID., *Scritti*, II, Roma, 2000, 3 ss.; G. BROGGINI, *La prova nel processo romano arcaico*, cit., 348 ss., ora anche in *'Coniectanea'. Studi di diritto romano*, Milano, 1966, 133 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 407 ss.; G. FALCHI, *L'onere della prova nella 'legis actio sacramenti in rem'*, cit., 247 ss.; M. MARRONE, s.v. *Rivendicazione*, in *Enc. dir.*, XLI, 1989, 7 s. e nt. 31. Ultimamente v. anche B. CORTESE, *L'onere della prova*, cit., 411 che ricorda come «non è affatto pacifico che nell'ambito del procedimento per *legis actiones* esistesse anche un principio dell'onere della prova che ponesse a carico dell'attore i doveri probatori; ciò soprattutto considerata, sotto un profilo generale, la particolare natura del procedimento, improntato ad aspetti extragiuridici quali in particolare il *sacramentum*»

⁸⁶⁹ V. ancora Gai 4.16 che richiamo interamente: *Si in rem agebatur, mobilia quidem et mouentia, quae modo in ius adferri adduciae 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 SECVNDVM SVAM CAVSAM; SICVT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM INPOSVI, et simul homini festucam inponebat. 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 CAUSA 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. postea praetor secundum*

«apprendiamo che nell'antica procedura le parti erano (almeno nella fase iniziale) collocate sullo stesso piano, senza essere inquadrare rigidamente nei precisi ruoli di attore e di convenuto: ambedue effettuavano dichiarazioni solenni e identiche, nella forma e nel contenuto, con cui affermavano la titolarità del medesimo diritto (*aio hanc rem meam esse ex iure Quiritium*)»⁸⁷⁰. In casi consimili, non era possibile individuare un attore ed un convenuto, poiché le parti pronunziavano identiche dichiarazioni e Gaio non procede distinguendo un attore da un convenuto, collocando entrambe le parti su di un piano di piena parità⁸⁷¹. Sotto il profilo probatorio⁸⁷², il passaggio – mediato dall'*agere in rem per sponsionem*⁸⁷³ – alla rivendica formulare, con il suo chiaro discrimine che

alterum eorum uindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat, eumque iubeat 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 centumuiralibus iudiciis hasta proponitur.

⁸⁷⁰ Così L. SOLIDORO, *Onere*, cit., § 3.

⁸⁷¹ L. SOLIDORO, *Onere*, cit., § 3: «sul punto, ci sembra perciò di potere pienamente accogliere le conclusioni cui erano già pervenuti, sulle orme di Jhering, Arangio-Ruiz e Franciosi, osservando come nell'antica *l.a.s.i.r.* le parti processuali stessero su di un piano di perfetta parità: il carattere bilaterale dell'azione rendeva indifferente che l'iniziativa fosse presa dall'uno o dall'altro dei due contendenti, dal momento che l'onere della dimostrazione sarebbe comunque gravato su ambedue i soggetti del rapporto litigioso» (I rimandi sono a V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* cit., 115, nt. 2; G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà in diritto romano*, Napoli, 1961, 68 s.).

⁸⁷² L. SOLIDORO, *Onere*, cit., § 3, riconosce che sia corretto dedurre «che la duplicità delle affermazioni di *meum esse aio* dovesse comportare una duplicità del *thema probandum*: la proprietà di *qui prior vindicaverat*, la proprietà dell'*adversarius*» e cita a sostegno F. GIRARD, *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains* I, Paris, 1901, 193, nt.1; R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, 1924, 90 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* cit., 115; G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà* cit., 52 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 406 ss.

⁸⁷³ È estremamente verosimile quanto sostiene L. SOLIDORO, *Onere*, cit., § 3 e nt. 28, ossia che «sarebbe certamente improprio e anacronistico presupporre, con riferimento alla fase più antica della procedura sacramentale, l'esistenza di una vera e propria regola sull'attribuzione dell'onere probatorio; ciononostante, la struttura dell'azione lascia presumere che il giudicante dovesse valutare gli argomenti addotti in ordine ad ambedue le affermazioni di *meum esse aio*, indipendentemente da una eventuale assegnazione interinale del possesso (*addictio vindiciarum*)». Sull'*agere in rem per sponsionem*, con riguardo al problema che qui interessa, v. Gai 4.93 (*Per sponsionem uero hoc modo agimus: prouocamus aduersarium tali sponsione: SI HOMO, QVO DE AGITVR, EX IVRE QVIRITIVM MEVS EST, SESTERTIOS XXV NVMMOS DARE SPONDES? deinde formulam edimus, qua intendimus sponsionis summam nobis dari oportere; qua formula ita demum uincimus, si probauerimus rem nostram esse*) che

separava il convenuto dall'attore, dovuto all'opera del pretore (in forza di alcune applicazioni peculiari quali ad esempio la *legis actio sacramenti in rem* azionata dall'*heres*, antesignana della *hereditatis petitio* formulare) reca in ogni caso con sé l'impronta chiara della giurisprudenza facente parte, già dall'epoca repubblicana, del *consilium* che coadiuvava il magistrato. In tema di rivendica si legga ad esempio:

Ulp. 16 *ad ed.* D. 6.1.9: *Officium autem iudicis in hac actione in hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat: nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat: ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non obiecit aliquam exceptionem. quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrobi. denique ait ab eo, apud quem deposita est vel commodata vel qui conduxerit aut qui legatorum servandorum causa vel dotis ventrisve nomine in possessione esset vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse. puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse.*

In tema di *status* si legga, viceversa

Ulp. 54 *ad ed.* D. 40.12.7.5: *Si quis ex servitute in libertatem proclamat, petitoris partes sustinet: si vero ex libertate in servitutum petatur, is partes actoris sustinet qui servum suum dicit. igitur cum de hoc incertum est, ut possit iudicium ordinem accipere, hoc ante apud eum, qui de libertate cogniturus est, disceptatur, utrum ex libertate in servitutum aut contra agatur. et si forte apparuerit eum, qui de libertate sua litigat, in libertate sine dolo malo fuisse, is qui se dominum dicit actoris partes sustinebit et necesse habebit servum suum probare: quod si pronuntiatum fuerit eo tempore, quo*

risulterebbe, secondo L. SOLIDORO, *Onere*, cit., § 4, «inequivocabile, con riferimento all'*agere per sponsionem*». V. ancora L. SOLIDORO, *Onere*, cit., § 4, secondo cui «il meccanismo della *sponsio* caratterizzava l'azione posta a tutela dell'appartenenza non più come *iudicium duplex* (con *onus probandi* gravante su entrambi i contendenti), bensì come procedimento unilaterale, nel quale spettava al solo attore fornire la dimostrazione della sua pretesa. Al rivendicante si chiese allora di dimostrare il dominio del suo dante causa, risalendo fino a un acquisto a titolo originario. Benché in nessuna fonte a noi pervenuta ciò sia affermato in modo assolutamente esplicito, tutti gli elementi testuali a nostra disposizione depongono in tal senso».

lis praeparabatur, in libertate eum non fuisse aut dolo malo fuisse, ipse qui de sua libertate litigat debet se liberum probare.

Per vero, anche un brano tratto dalle *Notti Attiche* di Gellio⁸⁷⁴, «l'unico passo conservatoci all'onere della prova nella procedura *per legis actiones*»⁸⁷⁵ confermerebbe la sussistenza di una regola probatoria che, per essere richiamata da Catone, «era seguita nella procedura per *legis actiones*»⁸⁷⁶. La lettura del passo sembrerebbe confermare l'esistenza della regola, riferita a una *legis actio sacramenti in personam* (o una *condictio* o una *iudicis arbitrive postulatio*⁸⁷⁷). Il problema in relazione al quale Catone si riferiva ai *maiores* era relativo alla «distribuzione dell'onere della prova»⁸⁷⁸. Correlativamente alla distribuzione del carico probatorio si trattava di comprendere anche a chi porre in capo le conseguenze negative della mancata prova. Sul punto «Catone richiama il principio applicato nell'ipotesi in cui nessuna delle parti potesse provare la propria tesi (*duo res gessissent uti testes non interessent*), per decidere a chi dei due si doveva credere»⁸⁷⁹. La soluzione di individuare in chi era chiamato a provare colui che subisse lo svantaggio conseguente alla mancata prova dimostra che si trattava di «due facce della stessa medaglia»⁸⁸⁰.

Tuttavia il De Sarlo, dall'opera del quale sono tratte alcune delle righe che precedono, metteva in risalto come «il principio richiamato da Catone» non avesse «i caratteri di una prescrizione legale, la quale sarebbe difficilmente concepibile per il procedimento *apud iudicem*, che è

⁸⁷⁴ Gell. 14.2.26: *Verba ex oratione M. Catonis, cuius commemoravit Favorinus, haec sunt: "Atque ego a maioribus memoria sic accepi: si quis quid alter ab altero peterent, si ambo pares essent, sive boni sive mali essent, quod duo res gessissent, uti testes non interessent, illi, unde petitur, ei potius credendum esse. Nunc si sponsionem fecisset Gellius cum Turio, ni uir melior esset Gellius quam Turius, nemo, opinor, tam insanus esset, qui iudicaret meliorem esse Gellium quam Turium: si nom melior Gellius est Turio, potius oportet credi, unde petitur".*

⁸⁷⁵ L. DE SARLO, 'Ei incumbit probatio', cit., 188.

⁸⁷⁶ Così L. DE SARLO, 'Ei incumbit probatio', cit., 186, che ricorda, inoltre, che «Catone morì nel 605 a.U.c. e quindi probabilmente le sue orazioni sono anteriori all'introduzione della procedura formulare»

⁸⁷⁷ L. DE SARLO, 'Ei incumbit probatio', cit., 187, riteneva che «la frase *si quis quid alter ab altero peterent* fa pensare che la *l. a.*, in occasione della quale Catone richiamò la massima che c'interessa fosse o una *l. a. sacramenti in personam* o una *condictio*, o anche una *l. a. per iudicis arbitrive postulationem*».

⁸⁷⁸ L. DE SARLO, 'Ei incumbit probatio', cit., 187.

⁸⁷⁹ L. DE SARLO, 'Ei incumbit probatio', cit., 187.

⁸⁸⁰ L. DE SARLO, 'Ei incumbit probatio', cit., 187.

semplice, agile, libero, in cui è lasciata al giudice la maggior latitudine in fatto di prove»⁸⁸¹. Le affermazioni dello studioso, in questo senso non mi pare possano essere accolte. Difatti, egli non pareva scindere, come invece è opportuno fare, l'aspetto della valutazione, sulla quale non potevano esserci regole relative al libero convincimento del giudice, da quello dell'onere dell'allegazione e della dimostrazione dei fatti a sostegno di una certa pretesa. Se la formazione del vero e proprio convincimento del giudice, infatti, non poteva andare incontro ad alcuna regola, nemmeno assurta nell'ambito della prassi, non così per quanto concerne l'onere della prova e dell'allegazione dei fatti relativi alla pretesa azionata. Certo, è vero che, in linea di massima la natura giuridica della regola parrebbe infirmata dall'assenza di una sanzione per la sua inosservanza, dandosi che «il processo repubblicano» si svolgeva «in unica istanza, e contro la sentenza» non esistevano «gravami ordinari»⁸⁸². Ma che una regola o, se si vuole, un «principio» si fosse formato «nella prassi dei giudici delle *legis actiones*»⁸⁸³ non toglie la possibilità che esso avesse una qualche vigenza cogente nei confronti dei giudici medesimi per lo meno a livello di consuetudine. La natura consuetudinaria della regola di base, a mio giudizio, ben si concilierebbe, anzi, con la trattazione che i retori svolgevano intorno alle prove, confermando che l'attenzione dei giuristi abbia tardato nell'affermarsi in un campo che era ritenuto di pertinenza dei soli maestri di retorica.

Quello che sembra di potersi affermare, nell'analisi dei frammenti giurisprudenziali, è che i giureconsulti abbiano ricevuto dalla prassi, al volgere del I secolo a.C., conformemente a quanto riteneva il Pugliese circa il decadere della retorica, una 'regola' pratica seguita dalla prassi stessa e sulla quale operava il «controllo sociale»⁸⁸⁴. Ma la loro attenzione sembra essersi appuntata, non tanto sulle applicazioni 'ordinarie', che pur dovevano riscontrarsi nella prassi, quanto su quelle in cui la conformazione della regola pratica si prestava, nella propria applicazione, a conseguenze ritenute non immediate e risultavano caratterizzate di una

⁸⁸¹ L. DE SARLO, *'Ei incumbit probatio'*, cit., 188. Mi pare che questa posizione non possa essere accolta proprio perché fa perno su un presupposto che deve essere provato e che non può essere utilizzato per suffragare o confutare una posizione altrettanto bisognosa di essere attentamente valutata.

⁸⁸² L. DE SARLO, *'Ei incumbit probatio'*, cit., 188.

⁸⁸³ L. DE SARLO, *'Ei incumbit probatio'*, cit., 189.

⁸⁸⁴ V. GIUFFRÈ, *'Necessitas probandi'*, 115.

portata innovativa. Ferma la mancanza di intervento normativo pretorio in materia, ugualmente assai scarsi appaiono gli interventi normativi imperiali di portata generale, idonei ad inserirsi in un tessuto idoneo a riceverli, il solo mezzo per intervenire in un universo consuetudinario non poteva che essere l'analisi casistica da parte della giurisprudenza. Infatti, i frammenti di maggiore interesse, a mio giudizio, non sono tanto quelli in cui si enuncia una regola di portata generale, quanto quelli in cui, sulla base di applicazioni raffinate dello strumentario giuridico proprio della giurisprudenza, la regola generale veniva brillantemente superata. Ciò è avvenuto, nello scorrere le fonti, in casi non troppo numerosi, nei quali, tuttavia, l'analisi delle circostanze non poteva che essere condotta da un giurista. Dall'opera dei giuristi in certi casi non poteva, dunque, prescindere il giudice nell'espletamento del suo ruolo.

5. *L'onere probatorio nei frammenti delle opere giurisprudenziali.*

Più che dalla notissima enunciazione paolina, su cui ci intratterremo oltre, la correlazione tra onere probatorio e ruolo attoreo si può desumere da un tormentato brano ulpiano (uno dei quattro del giurista di Tiro contenuti nel titolo terzo del libro XXII del Digesto), tratto da una sequenza più ampia conservata in D. 22.3.18⁸⁸⁵, da cui è possibile principiare.

Ulp. 6 disp. D. 22.3.18 pr.: *Quotiens operae quasi a liberto petuntur, probationes ab eo qui se patronum dicit exiguntur: et ideo Iulianus scripsit, licet in praeiudicio possessor patronus esse videtur, verum partibus actoris non libertum fungi debere, sed eum qui se patronum esse contendit.*

Il passo afferma che qualora in un giudizio si chiedano a taluno le *operae* (intese, naturalmente, quali attività lavorative) come se costui fosse un liberto, la prova si esige da colui che si professa patrono. Si deve a Giuliano la precisazione secondo la quale, nonostante nel giudizio pregiudiziale relativo allo *status* (del liberto) il patrono risultasse essere il possessore, sarà costui, ossia colui che si pretende patrono (difatti l'inizio del passo recita '*quasi a liberto*', il che lascia intendere che la condizione di

⁸⁸⁵ Come nota V. GIUFFRÈ, '*Necessitas probandi*', cit., 115 il brano va studiato «partitamente» in quanto esso contiene tre distinte questioni, tutte «in materia di *liberalis causa* con particolare riguardo al gioco delle *exceptiones*».

liberto non doveva considerarsi un dato acclarato, bensì parimenti controverso) a rivestire il ruolo di attore e non il presunto liberto.

Si diceva che il brano appare ‘tormentato’. Se alcuni studiosi, tra cui soprattutto Giovanni Pugliese, ritennero salva la «genuinità sostanziale»⁸⁸⁶ del passo, altri, tra cui Giannetto Longo, considerarono il passo pesantemente corrotto, tanto da glossemi, quanto da interpolazioni, in modo tale da dover ritenere assente «ogni accenno alla prova»⁸⁸⁷. Quanto ai primi, Longo ne lesse uno palese nell’inciso *licet in praeiudicio possessor patronus esse videtur* che definì «intruso»⁸⁸⁸; quanto alle seconde, ne ravvide una «tipica»⁸⁸⁹ nella frase *probationes ab eo qui se patronum dicit exiguntur*, sì che il passo, letto dopo le conseguenti espunzioni, dovrebbe così suonare:

Ulp. 6 disp. D. 22.3.18 pr.: *Quotiens operae quasi a liberto petuntur Iulianus scripsit partibus actoris non libertum fungi debere, sed eum qui se patronum esse contendit* (o *dicit*⁸⁹⁰).

In questa prospettiva, il passo perderebbe di peso nella ricostruzione dello sviluppo mostrato dalla giurisprudenza classica in tema di onere probatorio, essendo esso espresso in termini oltremodo generali e riguardando, essenzialmente, chi debba vestire i panni dell’attore, in un caso quale quello di specie in cui si innestava anche una controversia (o *praeiudicium*) relativa allo *status* di una delle due parti (per come è espresso il pensiero ulpiano, anche in seguito all’espunzione già segnalata, il soggetto il cui lo *status* appare controverso è il convenuto).

⁸⁸⁶ V. GIUFFRÈ, ‘*Necessitas probandi*’, cit., 116.

⁸⁸⁷ V. GIUFFRÈ, ‘*Necessitas probandi*’, cit., 117.

⁸⁸⁸ G. LONGO, ‘*Onus probandi*’, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, CXLVII, 1955, 75.

⁸⁸⁹ G. LONGO, *L’onere*, cit., 153. Essa sarebbe stata volta a «spostare l’angolo visuale, dal quale la questione era trattata, sul tema dell’onere della prova. Ed essa è, per stile e collocazione, la sola parte che, nettamente, nel passo, rivela l’innovazione e il mutamento dell’originaria stesura del testo utilizzato: sì che è veramente inconcepibile, da parte nostra, di basarsi su di essa per restituire i lineamenti classici alla specie in esame».

⁸⁹⁰ G. LONGO, *L’onere*, cit., 153. La proposta di sostituzione, avanzata dallo stesso autore, non cambia la sostanza della lettura. Infatti, osserva ancora Longo, «non è improbabile ritenere ulteriormente che, per far ciò, il contesto può essere stato concentrato là ove non interessava; la frase “*patronum esse contendit*” è, molto verosimilmente, sostituita ad altra espressione, anche se la nozione, in sostanza, è rimasta invariata» (così G. LONGO, *L’onere*, cit., 153).

Donde la portata, supposta genuina, del ragionamento ulpiano confortato dall'autorità di Giuliano (*petuntur Iulianus scripsit, partibus actoris non libertum fungi debere, sed eum qui se patronum esse contendit*), consisterebbe nell'individuazione dell'attore nel soggetto che si pretende patrono, anche se questi nel possesso di *status*, a rigore, non dovesse essere chiamato a rivestire tale ruolo⁸⁹¹. Le interpolazioni, così ravvisate, altro non farebbero se non dimostrare come il passo sia «espressione di una sistematica estranea alla mentalità romana»⁸⁹² del periodo classico (e per quanto qui interessa relativo alla mentalità sottesa al procedimento formulare), bensì esemplificherebbe al meglio l'impostazione bizantina che si sovrappose, in sede di compilazione (a lato di interventi di natura glossematica che tuttavia non parrebbero infirmare la genuinità del contenuto ivi espresso), all'originario tenore del passo che, secondo Longo, non avrebbe contenuto riferimenti alla *necessitas probandi*.

Nell'ambito di una visione meno agguerrita sul fronte interpolazionistico – visione sulla quale, peraltro, pare assestata buona parte della dottrina successiva⁸⁹³ – il brano non appare privo di risvolti significativi. Come ritenne a suo tempo Pugliese, il brano si mostra in particolare degno di attenzione per l'equiparazione stabilita tra il rivestire il ruolo dell'attore e trovarsi nella necessità di dare prova delle proprie asserzioni; tale equiparazione pare da riferirsi a Giuliano e viene seguita, in adesione allo *scriptum* giuliano, da Ulpiano. Credo cogliesse nel segno lo stesso illustre autore nell'osservare come tra i due giuristi fosse possibile cogliere una linea di continuità. Infatti, la proposizione riferita a Giuliano (ove ricorre l'espressione *actoris partibus fungi*, che appare affine ad altra impiegata altrove *actoris partes sustinere*) può ben essere riferita, come Pugliese ammette aderendo ad una posizione critica del Levy, poi ripresa

⁸⁹¹ In una posizione di apertissima disfiducia G. LONGO, *L'onere*, cit., 154 «è anche ipotizzabile, d'altra parte, che l'attuale testo deponga, quanto allo stato del diritto romano puro, solo in quanto dimostra che i giuristi avevano considerato chi, nella particolare fattispecie, dovesse assumere figura di attore e chi figura di convenuto». Peraltro, già lo stesso autore metteva in luce il fatto che la sostanza del passo non fosse innovatrice il che porterebbe a ritenere che anche il finale di D. 22.3.18 pr. frutto dell'intervento di un glossatore, «ove evidente nozione post-classica è quella che sottolinea l'importanza della dilatata concezione del *commodum possessionis* e del possesso di stato».

⁸⁹² G. LONGO, *L'onere*, cit., 151.

⁸⁹³ Basti ricordare V. GIUFFRÈ, '*Necessitas probandi*', cit., 117, che affermava, con una punta di ironia: «non ci si ritenga inclini all'essere 'anti-interpolazionisti' se accettiamo la lettura conservativa dell'intero testo».

anche da Longo, ad un ventaglio assai vasto di posizioni processuali⁸⁹⁴: esso non appare necessariamente riferito al solo tema della distribuzione dell'onere probatorio, ma la stessa lettura che del testo implicitamente fornisce Ulpiano – ossia legando strettamente il pensiero giuliano all'ambito probatorio⁸⁹⁵ – induce a ritenere fosse nel giusto Pugliese quando osservava come non sia possibile vedere come la formulazione ampia connaturata al passo giuliano «possa significare che fra tali conseguenze» non vi «fosse quella inerente all'onere della prova»⁸⁹⁶. Il passo segnerebbe, se letto nella prospettiva prescelta da Pugliese, la sopravvivenza della generale regola antica per la quale l'attore era chiamato alla prova. Se così fosse, allora, non si ravviserebbero motivi di innovazione nel tenore del brano a parte la specificazione preziosa di chi,

⁸⁹⁴ Tra le diverse G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 357, ricordava i casi in cui potesse porsi il problema «di determinare chi fosse attore... in tema di *satisfatio*, di *indefensio* o magari di competenza», per cui in consimili circostanze «il giurista... non faceva allusione alla prova».

⁸⁹⁵ V. anche, in un senso assai peculiare, soprattutto per quanto si afferma nel tratto finale della citazione che segue, V. GIUFFRÈ, *'Necessitas probandi'*, cit., 117, secondo cui «sembra che l'affermazione del giurista di Tiro ben poteva essere sorretta dal ragionamento giuliano, il quale è imperniato sul *licet in praeiudicio possessor patronus esse videtur*. Ma la congruenza tra il ragionamento di Ulpiano e quello di Giuliano non sta nel fatto che il primo operasse un'equiparazione tra il rivestire nel processo la figura dell'attore e l'essere sottoposto all'onere della prova; tale equiparazione, infatti si ricaverebbe, se mai, già dal dettato della parte iniziale del passo; né il senso profondo della precisazione sta nel rilevare che l'attore è colui che si afferma *patronus*. La congruenza sta in ciò che Ulpiano prescinde, nonostante tutto dal ruolo di attore o convenuto, mentre pone l'accento sul fatto che un tale *patronum dicit*; e lo scritto di Salvio Giuliano, insistendo sul *licet in praeiudicio possessor patronus esse videtur*, era ispirato allo stesso ordine di idee, vale a dire che doveva attivarsi chi contestava l'altrui indipendenza». Se non mi inganno, quindi, Giuffrè pone l'accento su un dato letterale incontestabile che risiede nella circostanza che, non ravvisandosi alcun accenno in Ulpiano al ruolo di attore, il criterio per individuare il soggetto gravato della prova risiede nella provenienza dell'affermazione, indipendentemente dalla posizione processuale rivestita.

⁸⁹⁶ G. PUGLIESE, *L'onere*, cit., 357. Contro questa lettura, v. G. LONGO, *L'onere*, cit., 151, secondo il quale, l'accoglimento da parte di Pugliese della posizione di Levy non potrebbe consentire le conclusioni prospettate dallo stesso Pugliese in quanto egli incorrerebbe in una petizione di principio utilizzando l'oggetto della propria dimostrazione – ossia il rientrare dell'onere della prova nell'ambito delle conseguenze derivanti dall'essere nella posizione processuale di attore – quale argomento nella valutazione del testo per poterlo interpretare in senso conforme alla propria tesi. A me pare che il ragionamento di Pugliese non incorra in un vizio logico del genere. Se si ammette che il ragionamento classico è connotato da considerevole ampiezza di vedute, allora non vi sono ragioni per ritenere che l'aspetto probatorio fosse escluso dall'orizzonte del giurista nella redazione del frammento.

in casi di questo genere, dovesse essere ritenuto l'attore, indipendentemente dal possesso dello stato. In ogni caso, per quanto concerne l'aspetto letterale del frammento si deve osservare che accogliendo la lettura suggerita dalla critica di Longo, ci troveremmo dinnanzi ad un frammento che, non contenendo alcun riferimento alla prova, come già sostenne Naber, si troverebbe contenuto in un titolo soltanto in grazie della rielaborazione giustiniana, rendendo del tutto incomprensibile, nonostante il valore letterale che si crede di avergli restituito, le ragioni, che pur dovevano esservi state, che spinsero i compilatori alla scelta di inserirlo nell'antologia delle Pandette. Qui, come in altri casi, non si tratterebbe soltanto di un'alterazione del contenuto (rientrante nel tema cui il titolo è dedicato) del passo per renderlo coerente rispetto al regime giustiniano, ma saremmo in presenza di un vero e proprio snaturamento dello stesso tema di cui il passo tratta il che pare per molti versi paradossale.

Questo singolo esempio, mostra in modo chiaro – così credo – come sia necessario dare seguito, nello studio dei passi, pur problematici, contenuti nel titolo terzo del XXII libro del Digesto, all'invito, già echeggiato nelle pagine scorse, che era stato proprio di Pugliese e di Cannata e che è stato di recente raccolto da Barbara Cortese secondo cui «occorre superare la rigidità dell'interpolazionismo ed evitare di rifiutare la testimonianza di testi che, seppur in parte rimaneggiati, spesso non risultano alterati nella sostanza; ciò anche considerando che i dubbi sulla genuinità possono risultare irrilevanti se il tenore dei passi dimostra comunque che i giuristi utilizzano i principi che regolano l'onere della prova»⁸⁹⁷. Nel nostro caso, peraltro, è possibile essere confortati circa il contenuto del passo commentato laddove si ricordi che esiste un valido termine di confronto che si può ravvisare in un passo «divenuto notoriamente celebre»⁸⁹⁸, che unanimemente la dottrina ritiene genuino e che rappresenta una delle enunciazioni sulle quali più a lungo si è discusso.

⁸⁹⁷ B. CORTESE, *L'onere della prova*, cit., 413; la citazione interna è di G. PUGLIESE, *Per l'individuazione dell'onere della prova*, in *Studi in onore di De Francesco*, I, Milano, 1957, 548; v. poi, C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*. II., *Il processo formulare*, cit., 41 ss.

⁸⁹⁸ G. LONGO, *L'onere*, cit., 171.

Paul. 69 *ad ed.* D. 22.3.2: *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat.*

Nella sua formulazione attuale, che la maggior parte della critica più recente pare propensa a ritenere genuina⁸⁹⁹, il passo, da riferirsi alla procedura formulare⁹⁰⁰, enuncia una regola cui i compilatori, tradendo il probabile intento del passo originale – come accade anche per il passo papiniano racchiuso in D. 22.3.1⁹⁰¹ –, hanno conferito patente di portata generale⁹⁰². Nonostante una più benevola considerazione dottrinale goduta attualmente dal nostro frammento, ben più severa è stata, anche in questo frangente, la critica più datata che ha recisamente negato l'autenticità del

⁸⁹⁹ Fra questi, ad esempio, V. GIUFFRÈ, *'Necessitas probandi'*, cit., 105, ritenne che «se non certa, del tutto verosimile è, invece, la paternità paolina dell'affermazione». Rimarca la sostanziale unanimità della dottrina attuale, B. CORTESE, *L'onere della prova*, cit., 415.

⁹⁰⁰ Così ritenne L. DE SARLO, *'Ei incumbit probatio'*, cit., 189. Lo stesso De Sarlo, (p. 8), a mente dell'originaria collocazione nell'ambito della rubrica *De exceptionibus* del commentario all'editto (v. O. LENEL, *'Palingenesia iuris civilis'*, Leipzig, 1889, col. 774, 1084, *Paul. liber LXIX ad edictum*) riteneva il passo connotato da un significato circoscritto, «individuabile nella necessità che la prova dei fatti a fondamento dell'*exceptio* venisse fornita da chi la opponeva (il convenuto) e non da chi la negava (l'attore)» (così riassume la posizione di De Sarlo B. CORTESE, *L'onere della prova*, cit., 415); al riguardo della posizione di questo studioso, la stessa autrice richiama (B. CORTESE, *L'onere della prova*, cit., 415, nt. 67) altri testi dai quali si indurrebbe come il frammento paolino sarebbe a sua volta collegato a due passi del *liber disputationum* di Ulpiano in cui il giurista, in sostanza, afferma che quando il convenuto oppone l'*exceptio pacti conventi* deve provare il *pactum* in quanto fondamento dell'*exceptio*; i passi sarebbero Ulp. 7 *disp.* D. 22.3.19 pr.: *In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere ipsumque exceptionem velut intentionem implere: ut puta si pacti conventi exceptione utatur, docere debet pactum conventum factum esse*; Ulp. 6 *disp.* D. 22.3.18.1: *Qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admissum debet*; per lo stesso De Sarlo, non si tratterebbe di applicazioni pratiche, prive di portata normativa. Si cita a riprova della portata generale assegnata al passo dai compilatori, Bas. 22.1.2 che nella versione latina suona all'incirca: *is qui dicit, non qui negat probat*; per quanto concerne il '*dicit*' si riporta: *verbi gratia, sibi deberi. item qui se debere quidem fatetur, debitum autem exsolvisse affirmat, probare debet, se solvisse*; mentre per il '*probat*': *nota regulam generalem, eum, qui adfirmat, non eum qui negat onus probationis subire. Negationis enim probatio non est, nisi negatio praesumptioni adversetur.*

⁹⁰¹ V. G. LONGO, *'Onus probandi'*, cit., 62.

⁹⁰² L. DE SARLO, *'Ei incumbit probatio'*, cit., 189 osservò che «nella compilazione alla regola è attribuita una portata generale, una volta collocata nel titolo *De probationibus et praesumptionibus*».

«corto frammento»⁹⁰³. Relativamente all'enunciazione paolina, può generalmente osservarsi che studiosi eminenti come Pugliese e, in adesione, Cannata ritengano il principio ivi cristallizzato espressione di una sicura elaborazione giurisprudenziale, mentre, diversamente Vincenzo Giuffrè – come abbiamo fugacemente accennato poco fa – ha mostrato di ritenere preferibile discorrere, pur in presenza di enunciazioni di questo tenore, di un 'pensiero latente'⁹⁰⁴ dei giuristi romani intorno all'onere probatorio.

Il brano, pur brevissimo è di esegesi tutt'altro che semplice. Come lo stesso Pugliese ha ricordato, il passo è connotato da un «tenore equivoco»⁹⁰⁵; dal canto proprio, Giuffrè non ha esitato a parlare di un passo che ha determinato un certo imbarazzo tra gli interpreti⁹⁰⁶. Codesto imbarazzo trova la propria ragione – o almeno una delle proprie ragioni – in una possibile duplice interpretazione che il passo ha suscitato e che sembrerebbe giustificare. Una prima è quella che mette in rilievo il portato di regola generale, destinata ad essere utilizzata al fine di risolvere i problemi della pratica, nella generalità dei casi, in un mutato assetto processuale, quale quello proprio del processo dell'epoca giustiniana: questa visione è evidentemente quella dei compilatori e poi bizantina, e certo non è attribuibile al giurista Paolo. Al fondo di questo utilizzo, oltre e forse in una certa misura contro la dicitura testuale del frammento, sta proprio la sua formulazione che «per la sua asciuttezza polivalente e per l'autorevolezza derivante dall'essere espressa d un "grande" giurista» si prestava ad essere utilizzata in modo massiccio nelle scuole e nella prassi giudiziaria della tarda antichità, ove, come nota ancora una volta Giuffrè, l'enunciazione paolina poteva essere impiegata «anche per risolvere, ciascuno a suo modo, i problemi angosciosi se l'attore dovesse provare indefettibilmente lui proprio certi fatti e/o se si potesse esigere la prova di un "non accadimento"»⁹⁰⁷.

V'è poi una seconda lettura volta all'individuazione del contesto,

⁹⁰³ Credo abbia ragione V. GIUFFRÈ, *'Necessitas probandi'*, cit., 104, a ritenere che G. LONGO, *'Onus probandi'*, cit., 86, nell'affermare che «la non autenticità del corto frammento è certa», sia incorso in una mera petizione di principio».

⁹⁰⁴ V. GIUFFRÈ, *'Necessitas probandi'*, cit., 57 ss., intitola un capitolo della propria ricerca addirittura *'Il pensiero latente dei giuristi'*.

⁹⁰⁵ G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 356

⁹⁰⁶ V. GIUFFRÈ, *'Necessitas probandi'*, cit., 104.

⁹⁰⁷ V. GIUFFRÈ, *'Necessitas probandi'*, cit., 106.

certo più circoscritto, entro il quale si collocava l'affermazione paolina. Senonché, proprio questo secondo filone di ricerca ha dato la stura a notevoli dubbi interpretativi. Stando al tenore letterale, che emergerebbe seguendo ciò che «è reso palese dal succedersi delle parole»⁹⁰⁸, la prova spetta a colui che fa una certa affermazione, non a chi la contesta. Ebbene, tale lettura, che nel suo apparire strettamente aggrappata al senso letterale dei singoli vocaboli, in un contesto che, con ogni probabilità, si riferiva al problema specifico relativo all'*onus probandi* in tema di eccezione⁹⁰⁹, poteva forse sembrare di eccessiva semplicità, non è pacifica. Secondo una condivisibile⁹¹⁰ notazione di Pugliese, anche nel passo di Paolo si potrebbe notare il superamento dell'ingabbiamento derivante dalla struttura formulare e dalla posizione processuale rivestita nella determinazione del carico probatorio. Seppure in modo ipotetico, non è azzardato ipotizzare che le parole impiegate da Paolo «rispecchino con sufficiente fedeltà l'indirizzo seguito dalla giurisprudenza e dalla stessa cancelleria imperiale»⁹¹¹ con riguardo alle controversie che si presentavano di volta in volta alla loro cognizione, pur essendo piuttosto probabile che il giurista muovesse, come già ricordato, da un caso specifico relativo all'eccezioni⁹¹².

L'interpretazione tradizionale⁹¹³, nel cui ambito campeggia l'opinione che fu di Levy⁹¹⁴ che si appoggiava su evidenze testuali – tra cui una costituzione diocleziana⁹¹⁵ che dimostrerebbe come l'alterazione del pensiero paolino possa con probabilità farsi iniziare dall'epoca di Diocleziano, senza dover attendere l'epoca postclassica⁹¹⁶ – propendeva piuttosto, per intravedere nel passo la direttiva secondo la quale non

⁹⁰⁸ V. GIUFFRÈ, '*Necessitas probandi*', cit., 105.

⁹⁰⁹ V. GIUFFRÈ, '*Necessitas probandi*', cit., 105. Come ricorda G. LONGO, '*Onus probandi*', cit., 86, il passo di Paolo in D. 22.3.2 va avvicinato, sulla scorta della Palingenesi di Lenel, (O. LENEL, '*Palingenesia iuris civilis*', cit., col. 774, 1084, Paul. *liber LXIX ad edictum*), ai «fr. 18 §1 e 19, relativi, nell'originario loro contesto, anche essi, alla materia *de exceptionibus*».

⁹¹⁰ In questo senso B. CORTESE, *L'onere della prova*, cit., 416.

⁹¹¹ G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 386.

⁹¹² In questo senso anche G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 386.

⁹¹³ Così la qualifica, infatti, B. CORTESE, *L'onere della prova*, cit., 415.

⁹¹⁴ E. LEVY, *Beweislast*, cit., 168 s.

⁹¹⁵ C. 4.30.10: *Adseveratio debitum solutum contententis temporis diuturnitatis non excluditur. nec huic obloquitur, quod exceptio non numeratae pecuniae certa die non delata querella prius evanescat, cum inter eum, qui factum adseverans onus subiit probationis, et negantem numerationem, cuius naturali ratione probatio nulla est, et ob hoc ad petitorem eius rei necessitatem transferentem magna sit differentia.*

⁹¹⁶ G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 386.

sarebbe stato possibile fornire la prova di fatti negativi⁹¹⁷.

In ogni caso, il passo evidenzerebbe, se rettamente inteso, non tanto un divieto di prova sui fatti negativi (come ritennero gli interpreti di diritto comune), quanto la regola per cui l'onere della prova spetti a colui che *dicit*, non a colui che contesta l'affermazione; ciò importerebbe, quale conseguenza, che l'onere spetti di norma all'attore che è colui che *dicit* per eccellenza.

Infatti, come notò lo stesso Pugliese⁹¹⁸, è la stessa lettera del passo a smentire la tesi tradizionale, dal momento che in esso non si fa alcuna menzione alla prova di fatti negativi bensì si distingue tra l'attività di colui qui *dicit* e quella di colui che *negat*. Il verbo *nego*, contrapposto nel passo a *dico* (che non vale 'affermare un fatto positivo'), non vale, come osservò Pugliese⁹¹⁹, 'allegare un fatto negativo', bensì 'negare' o 'contestare' «quanto afferma l'avversario». *Dico*, infatti, significa di contro affermare «un fatto qualsiasi»⁹²⁰, non affermare esclusivamente un fatto positivo. Sicché, questa messa a punto lessicale conduce a ritenere che nei fatti allegati non sia in alcun modo possibile scorgere il riflesso dell'elemento positivo o negativo di colui che afferma o di colui che nega, come viceversa pretenderebbe la tradizionale opzione ermeneutica: saremmo dunque in presenza di un «salto logico»⁹²¹ che pertenne agli interpreti, e «di cui non si può far carico a Paolo»⁹²².

Come di recente ha ben messo in luce Barbara Cortese, «il *dicit* si riferisce all'affermare, che questo si traduca in *intentio* o in *exceptio* aventi

⁹¹⁷ In effetti, è questa l'opzione che traspare anche nelle fonti prodotte dalle scuole bizantine, «fino alla dottrina del diritto comune» (così B. CORTESE, *L'onere della prova*, cit., 415 s. che richiama, alla nt. 71 di p. 416, a riprova della fecondità dell'enunciazione paolina trasfusa nei brocardi dei commentatori medievali, il «celebre... brocardo irneriano»: *adfirmanti non neganti incumbit probatio*; G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 396 ricorda anche il brocardo *negativa non sunt probanda*, e mostra che entrambi i brocardi siano stati «considerati fedeli parafrasi dell'enunciato di Paolo»). Si vedano ad esempio sch. d. III 23 attribuibile a Cirillo, e sch. b. III 23 a Bas. 22.1.2: *a nemine negationis probatio exigitur*.

⁹¹⁸ G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 387.

⁹¹⁹ G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 387.

⁹²⁰ G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 387.

⁹²¹ G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 387.

⁹²² G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 387. Si tratta di una considerazione che trovò il consenso anche di G. LONGO, *L'onere*, cit., 173, che altrove si era mostrato assai critico con gli spunti esegetici e le tesi di G. Pugliese, dato che l'autore scrisse, in adesione a Pugliese, che «l'elemento positivo, o negativo, va ritenuto non già nel fatto che una parte afferma, ma nell'atteggiamento di essa».

ad oggetto un fatto positivo o negativo: il *negat*, invece, si riferisce al negare quanto affermato dall'avversario senza produrre alcuna affermazione»⁹²³, senza allegare alcun fatto.

Un secondo elemento che spinge a rifiutare la posizione tradizionale, addotto dallo stesso Pugliese, risiede nel fatto che nelle fonti non si ritrova alcun esempio nel quale si dia applicazione della presunta massima che vietava la prova dei fatti negativi⁹²⁴. Vero è che nella maggior parte dei casi «le allegazioni di cui accadeva di discutere, si riferivano a fatti positivi»⁹²⁵, il che implicava che nella grande maggioranza delle controversie il problema nemmeno si ponesse. E non è nemmeno da escludersi che nei casi in cui si fosse esclusa la prova di un fatto negativo non si facesse applicazione della presunta direttiva classica *negativa non sunt probanda*, bensì l'esclusione del fatto negativo derivasse da una più «esatta individuazione del *thema probandum*»⁹²⁶. Seguendo ulteriormente la linea di pensiero di Pugliese, che mi pare del tutto condivisibile, è possibile addurre un più decisivo argomento testuale ricavabile dai testi collezionati nei *Digesta*, secondo cui, «nessun testo classico accenna alla regola secondo cui i fatti negativi non possono essere provati»⁹²⁷.

Si prendano le mosse da D. 22.3.15:

⁹²³ B. CORTESE, *L'onere della prova*, cit., 416.

⁹²⁴ V. G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 387, secondo cui «un secondo argomento contrario si desume dalla constatazione che nessun altro testo classico accenna nemmeno velatamente a quella pretesa massima e che essa non risulta nemmeno applicata».

⁹²⁵ G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 387.

⁹²⁶ G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 388. Secondo l'autore sarebbe tale per esempio «il caso del credito che potesse essere stato estinto per pagamento ... Quanto all'*actio negatoria*, le fonti non dicono che l'attore, provando di essere proprietario, fosse esonerato dal provare pure l'inesistenza del diritto (di servitù o di usufrutto) esercitato o vantato dall'avversario, come conclusero i pandettisti e ammettono per lo più i civilisti moderni». Per quanto ancora concerne la medesima *actio negatoria* va ulteriormente osservato che ad ulteriore giustificazione dell'esclusione della prova del fatto negativo soccorre «il motivo svolto dai cultori del diritto moderno, secondo cui la proprietà importa di per sé l'esclusione di ingerenze altrui nella cosa, e tocca pertanto al convenuto, se vuole impedire tale esclusione, provare il diritto che gli consentirebbe l'una o l'altra ingerenza».

⁹²⁷ Le parole sono di V. GIUFFRÈ, '*Necessitas probandi*', cit., 106 nt. 68 che aderisce ai rilievi di Giovanni Pugliese.

Mod. 12 resp. D. 22.3.15: *Quidam quasi ex seia susceptus a Gaio Seio, cum Gaius fratres haberet, hereditatem gatii invasit et fratribus eiusdem quasi ex mandatu defuncti fideicommissa solvit, cautionem accepit: qui postea cognito, quod filius fratris eorum non fuisset, quaerebant, an cum eo de hereditate fratris possint, propter emissam manum ab eis quasi filio, agere. Modestinus respondit cautione exsoluti fideicommissi statum eius, qui probari potest a fratribus defuncti filius mortui non esse, minime confirmatum esse: sed hoc ipsum a fratribus probari debet;*

nonché da 22.3.19.2:

Ulp. 7 disp. D. 22.3.19.2: *Sed et si procuratoria quis exceptione utatur, eo quod non licuisset adversario dare vel fieri procuratorem, probare id oportet obicientem exceptionem.*

In entrambi i passi si esige la prova di un fatto negativo. Il secondo passo ha subito una storia critica assai articolata, ma, con buona pace dei più feroci critici interpolazionisti, si può consentire con Giuffrè nel ritenere che «i conti con l'agguerrita critica interpolazionistica in ordine alla fonte sopra trascritta siano stati già fatti»⁹²⁸. Anzi, siamo autorizzati a ritenere il brano un «ulteriore indizio dell'attenzione riservata da un giurista della portata di Ulpiano ai problemi della *necessitas probandi*»⁹²⁹. I passi richiamati in definitiva, fatta salva una loro genuina impronta classica depongono nel senso indicato da Pugliese e dimostrano come la pretesa regola, difesa dalla dottrina meno recente, si ponesse in contrasto con il *ius controversum* dell'epoca. Anzi, spogliato delle incrostazioni successive, il passo si mostra coerente con le soluzioni adottate negli altri frammenti dei *digesti* e da nessuno di queste contraddetto⁹³⁰.

Ma dalla regola paolina si desumerebbe pure come l'onere spettasse al convenuto in quanto, con riguardo all'*exceptio*, è proprio costui colui che *dicit*. Queste due regole, che in realtà sono due facce dello stesso principio, sarebbero, secondo la persuasiva impostazione di Pugliese, una certa conquista della giurisprudenza tardo-repubblicana. Per il nostro scopo, che, ricordo, consiste nella verifica circa la sussistenza

⁹²⁸ V. GIUFFRÈ, '*Necessitas probandi*', cit., 124.

⁹²⁹ V. GIUFFRÈ, '*Necessitas probandi*', cit., 125.

⁹³⁰ G. PUGLIESE, '*L'onere della prova*', cit., 387

dell'attenzione del ceto giuridico ai problemi pratici che attorniavano il giudice privato, risultano di speciale rilievo le osservazioni che Pugliese mette a partito con riferimento al passo paolino di cui si è svolta rapidamente l'esegesi. L'illustre maestro osservava, infatti, che il discorso del giurista severiano sembra associare in un unico concetto, riassunto nell'impiego del verbo *dicere*, tanto la prova di un fatto, quanto la sua allegazione⁹³¹, ma soprattutto, osservava che l'allegazione – e successiva prova – non procedeva in virtù di un mero frutto del caso, bensì scaturiva dalla natura della vicenda giuridica sostanziale sottostante. Infatti, «il criterio per l'attribuzione dell'onere della prova veniva non solo specificato e precisato, ma messo in rapporto, anziché con l'elemento formale dell'affermazione, col dato sostanziale costituito dalla natura giuridica del fatto da provare»⁹³². Questa considerazione mi pare di notevole rilievo e merita di essere posta in relazione con lo scopo della presente indagine. Si ricorderà come sia acclarata, nella grande maggioranza dei casi, la mancanza di caratura scientifica nel soggetto giudicante⁹³³. Un onere della prova quale appare dall'affermazione paolina, si presenta ben più complesso rispetto al semplice divieto di prova in ordine ai fatti negativi, e nel combinare allegazione di un fatto e sua prova, sembra rifuggire da qualsiasi secco meccanicismo processuale, esigendo che il giudice fosse in grado di riconoscere il soggetto dal quale pretendere non solo l'allegazione del fatto giuridicamente rilevante, che sarebbe stato con ogni probabilità un onere la cui mancata osservazione avrebbe potuto portare una *denegatio* già *in iure*, ma il soggetto cui richiedere la prova effettiva. È evidente che un'abilità del genere non sarebbe stata necessaria laddove si disquisisse di semplici 'fatti' e l'attore fosse sempre tenuto a provare in virtù ed in forza esclusivamente della propria posizione. Laddove, invece, le regole probatorie fossero state più sfumate, più complesse, più giuridicamente improntate e strutturate, esse,

⁹³¹ G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 390, osserva che seppure i romani conoscevano e distinguevano nelle orazioni giudiziarie la parte dedicata all'allegazione vera e propria degli accadimenti fatti constare al magistrato (e per conseguenza al giudice privato per il tramite del *medium* della *formula* apprestata innanzi al magistrato giudicante), la *narratio*, dalla *confirmatio* che consisteva nella prova vera e propria, che come si è discusso ampiamente *supra*, era demandata al giudice, gli stessi «univano i due oneri in uno solo che identificavano nell'onere della prova».

⁹³² G. PUGLIESE, *L'onere*, cit., 390.

⁹³³ Così M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, cit., 522.

proprio per il fatto che dipendevano da un'analisi giuridica e non si riducevano in una mera dimostrazione sul piano fattuale di una realtà già sgrezzata, ben difficilmente potevano essere interpretate sempre ed in ogni caso, da un profano, ma potevano esigere l'apporto di un esperto. Una constatazione del genere, credo, può contribuire a circoscrivere proprio uno dei capisaldi della dottrina tradizionale che divideva in modo rigoroso e netto il diritto dal fatto attribuendo quest'ultimo esclusivamente al giudice che sarebbe stato escluso da qualsiasi questione riguardante il diritto. V'è, tuttavia, che il fatto (inteso quale insieme di accadimenti rilevanti ai fini dell'impostazione della controversia prima e della sua decisione successivamente) per rilevare ai fini della decisione doveva essere ricostruito e plasmato sulla falsariga della *formula* e per far ciò occorreva una più profonda analisi della vicenda sostanziale che nella stessa *formula* si trovava trasfusa, come gli esempi che si sono addotti nei capitoli precedenti possono contribuire a dimostrare. Per far ciò non poteva bastare il solo giudice, ma era necessario il giurista.

Non mi nascondo che nella prassi i giudici potevano contare su una nucleo di norme consuetudinarie (e forse anche meccaniche⁹³⁴) che ben potevano essere interpretate anche dai laici – come sembrerebbe trasparire dal celebre passo delle *Noctes Atticae* di Gellio che si analizzerà nel prosieguo e che mette in scena proprio i dubbi di un giudice che, conscio di dover richiedere la prova all'attore, non si rivolgeva ai giuristi bensì a un filosofo in quanto i propri dubbi non erano di natura giuridica e, pertanto, non avvertiva la necessità di interpellare il ceto giuridico (ciò non tanto per una supposta indifferenza di questo al tema della prova, quanto, piuttosto, in ragione del fatto che la *quaestio iuris* sembrava ormai risolta). Credo che i passi salvati dai compilatori nel Digesto, testimonino proprio dei casi limite in cui la voce del giurista si era levata quando era proprio la natura giuridica sostanziale della controversia a richiedere l'ausilio di un esperto. Ciò testimonierebbe anche circa la frammentarietà della riflessione giurisprudenziale in materia, ma non ne incrina certamente i pur presenti meriti scientifici.

⁹³⁴ C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano. II. Il processo formulare*, cit., 181.

6. *L'onere della prova nei testi. Celso.*

Al di là del corretto contenuto delle regole probatorie, quello che conta rimarcare è che dai testi appare confermato lo sviluppo di un pensiero intorno alle stesse. Scorreremo ora alcuni frammenti attribuibili ad alcuni dei giuristi che sembrano aver dedicato maggior attenzione al tema che qui ci sta occupando. Si veda, per un primo esempio relativo alla certa attenzione dei giuristi classici della quale, tuttavia, la redazione odierna del passo nulla riesce a dirci d'affidabile, D. 22.3.9 tratto dall'opera di Giuvenzio Celso figlio:

Cels. 1 dig. D. 22.3.9: *Si pactum factum sit, in quo heredis mentio non fiat, quaeritur, an id actum sit, ut ipsius dumtaxat persona eo statueretur. sed quamvis verum est, quod qui excipit probare debeat quod excipitur, attamen de ipso dumtaxat ac non de herede eius quoque convenisse petitor, non qui excipit probare debet, quia plerumque tam heredibus nostris quam nobismet ipsis cavemus.*

Congiungendo il brano con uno diverso, conservato dai compilatori in D. 2.14.33 (accolto nel titolo *de pactis*), tratto dallo stesso primo libro dei *Digesta* di Celso, si avrebbe la conferma che qui il giurista trattasse del *pactum ne petam* o *quo profiteor, te non teneri*. Nel passo racchiuso in D. 22.3.9 si tratta di un'applicazione dell'eccezione del *pactum de non petendo*, onde il giurista si chiedeva se fosse il convenuto a dover provare i fatti posti alla base dell'*exceptio*, ovvero l'attore a dover dar prova dei fatti posti a fondamento della sua *intentio*. La dizione giustiniana informa che Celso avrebbe ritenuto che nel caso esaminato operasse una presunzione a favore del convenuto in base alla quale si presumeva che il paciscente pattuisse non solo per sé ma anche per i propri eredi: la conseguenza sotto il profilo probatorio sarebbe stata, infine, quella di sgravare il convenuto dalla dimostrazione dei fatti che lo stesso poneva a sostegno della propria *exceptio*. Già Rotondi, in una remota pubblicazione del 1913 aveva notato la patente interpolazione dell'intera risposta attribuita a Celso: «il testo rivela nel modo più reciso il punto di vista giustiniano, che, ispirandosi alla nuova concezione delle presunzioni esonera il paciscente dall'onere della prova, perché il patto si

presume reale»⁹³⁵.

Pur ritenendo con Vincenzo Giuffrè che «questo squarcio del pensiero giurisprudenziale classico... non può dirci nulla di affidante circa il gioco della distribuzione del carico delle prove»⁹³⁶, è del pari necessario convenire che il passo «ci testimonia però dell'attenzione prestata da Celso alla problematica probatoria, dato – come ho già anticipato – che è inverosimile ipotizzare che la sua collocazione nell'ambito del Digesto giustiniano *ratione materiae* sia avvenuta solo a seguito dell'interpolazione e che quindi Celso trattasse esclusivamente dell'efficacia sostanziale del *pactum*, ovvero della sua natura 'reale' o 'personale'»⁹³⁷. È possibile ritenere quindi che, pur nell'impossibilità di comprendere appieno quale fosse il tenore della risposta elaborata da Celso, questo giurista abbia comunque dedicato una certa attenzione al tema della distribuzione dell'onere probatorio.

In ogni caso, è possibile osservare come, in generale, l'attenzione dei giuristi classici non appaia quasi mai disgiunta da una raffinata interpretazione del fenomeno sostanziale, sottostante all'individuazione del soggetto tenuto a fornire la prova innanzi al giudice. Le regole che valgono al fine della determinazione del soggetto chiamato alla prova, e le eventuali deviazioni da canoni che si possono intuire più o meno generali, si dimostrano sempre aderenti alle rispettive posizioni delle parti non tanto – o meglio non solo – in senso processuale, quanto, soprattutto, in senso sostanziale. Difatti, nel brano celsino, a parte l'operatività della presunzione che altera il meccanismo di distribuzione della *necessitas probandi*, si comprende come il riconoscimento in capo al convenuto della necessità di fornire prova di quanto sostenuto nell'*exceptio*, non sia frutto di un mero calcolo meccanico, bensì risponda ad esigenze decisamente più raffinate di ordine sostanziale.

Il procedimento di individuazione della parte processuale chiamata alla prova appare in un ulteriore passo sempre attribuibile a Celso, che si può additare ad esempio della tecnica impiegata dalla giurisprudenza classica e che rileva anche in quanto proveniente dal «più antico giureconsulto da cui possiamo trarre qualche notizia sull'onere della prova

⁹³⁵ G. ROTONDI, *Di alcune riforme giustinianee relative al 'pactum de non petendo'*, Perugia 1913.

⁹³⁶ V. GIUFFRÈ, '*Necessitas probandi*', cit., 65.

⁹³⁷ V. GIUFFRÈ, '*Necessitas probandi*', cit., 65.

nella procedura formulare»⁹³⁸: in esso si fa questione della violazione della *lex Falcidia* secondo la quale all'erede era consentito richiedere la reintegrazione del patrimonio del *de cuius*, riducendo proporzionalmente i legati nel caso in cui al medesimo non fosse stata assicurata la quarta parte dell'asse ereditario in seguito a liberalità disposte da parte dell'eredando. In questo passo, l'addossamento dell'onere probatorio non appare determinato dalla posizione processuale dell'erede, bensì esso è determinato dalla violazione fatta valere in giudizio (la violazione della *lex Falcidia* ossia la circostanza che si potesse fare applicazione della medesima *lex*) indipendentemente dal fatto che essa fosse stata oggetto di azione, oppure venisse portata innanzi al giudice mediante opposizione di un'eccezione. Si legga il passo:

Cels. 2 *dig.* D. 22.3.17: *Cum de lege Falcidia quaeritur, heredis probatio est locum habere legem Falcidiam: quod dum probare non potest, merito condemnabitur.*

Nel brano «si tratta... dell'azione con cui l'erede che ha pagato integralmente il legato chiede al legatario la differenza fra l'ammontare del legato pagatogli ed il legato ridotto cui solo egli avrebbe avuto diritto in applicazione della *Falcidia*»⁹³⁹. Anche il brano appena riportato ha subito in passato – giova ricordarlo – sospetti di interpolazione: si sono espressi in tal senso Giannetto Longo⁹⁴⁰ e Luigi de Sarlo⁹⁴¹ che ritennero entrambi

⁹³⁸ L. DE SARLO, 'Ei incumbit probatio', cit., 207.

⁹³⁹ L. DE SARLO, 'Ei incumbit probatio', cit., 207 che si richiama all'autorità di O. LENEL, 'Palinogenesia iuris civilis', cit., 1, 136, n. 1.

⁹⁴⁰ G. LONGO, *L'onere*, cit., 167, ritiene questo luogo «idoneo a rivelare l'asserita e sistematica forma di alterazione». Più oltre, lo stesso autore conferma ulteriormente il proprio convincimento affermando che «l'interpolazione del fr. 17 del titolo dei Digesti *sedes materiae* sembra a me incontestabile». Secondo Longo, «è logico pensare che i classici, secondo il tenore della *formula* decidessero la sostanza della lite e che tale sostanza dipendesse dalla sussistenza, in linea di fatto, delle ragioni giuridiche delineabili a favore dell'una o dell'altra delle parti in causa, ma l'accollo dell'onere probatorio correlativo non è coerente con la libertà di apprezzamento del *iudex privatus* e, quindi, i classici nei loro responsi, non avrebbero potuto esprimersi come sembrerebbe emergere dall'attuale redazione dei testi». A me pare che queste considerazioni siano eccessivamente severe, e non prive di cedimenti dal momento che esse mi paiono reggersi non solo sull'esegesi finissima e spietata dei testi, ma sulla necessità di ritrovare confermata nei testi quella libertà del giudice che i testi inseriti in D. 22.3 non paiono viceversa confermare. Come si vedrà in seguito, anche il passo gelliano, sul quale non sono possibili dubbi di interpolazione, per ovvie ragioni, pur contenendo un caso in cui il

sospetta, in particolare, la frase finale *quod dum probare non potest, merito condemnabitur*. Con Vincenzo Giuffrè, viceversa, è possibile ritenere che la frase sospetta (il finale ‘*quod-condemnabitur*’) altro non faccia se non esplicitare parzialmente il contenuto, implicito ma chiaro, delle due proposizioni che precedono: questa frase, infatti, non fa che «specificare... quel che è implicito nelle proposizioni» forse, come rileva lo stesso studioso, in ragione di ciò che, con efficace neologismo, si potrebbe definire una sorta di «completomania»⁹⁴².

Difatti, la possibile interpolazione giungerebbe a falsare il testo (sulla scorta di una possibile incomprendimento di un glossatore⁹⁴³) soltanto ove, valorizzando il *condemnari* posto al termine della proposizione (che potrebbe lasciare intendere che l’erede si trovasse nella posizione di convenuto), si ritenesse che l’erede dovesse dare prova della lesione della *Lex Falcidia* esclusivamente in quanto convenuto, mentre è chiaro che il giureconsulto si esprimeva qui in termini generali⁹⁴⁴: l’onere della dimostrazione della violazione della *Lex Falcidia* incombeva a chi ne

giudice rimise la causa, dimostra come un apparato di regole rivolte al giudice fosse presente e se ne sentisse in qualche modo operante la cogenza nei confronti di coloro che erano chiamati all’*officium iudicis*. Nell’affermazione di Longo che ho appena riportato, quindi, mi pare assai bene esemplificato proprio l’atteggiamento di cui dicevo in corpo di testo e che si sostanzia, sia pure non esplicitamente affermandolo, nel sospetto evidente con il quale venivano guardate le testimonianze che non suffragassero l’idea di fondo predicante l’assoluta libertà del giudice da qualsiasi imposizione non solo di carattere legislativo ma anche di carattere giurisprudenziale. Mi sembra che un atteggiamento siffatto, possa in qualche modo consentire di superare molte delle critiche testuali appuntate, di volta in volta, sull’attuale stato dei testi conservati in D. 22.3 laddove se ne possa scorgere, come fu autorevolmente fatto da Pugliese, l’impronta classica.

⁹⁴¹ L. DE SARLO, ‘*Ei incumbit probatio*’, cit., 208, con maggior prudenza rispetto al Longo osservava che «la chiusa del frammento» lasci supporre che «l’erede – soggetto del periodo – sia convenuto» e proseguiva affermando «che questa frase rappresenta un’aggiunta compilatoria, la quale sarebbe innocente, se non tradisse la mano bizantina per l’inconciliabilità con la situazione processuale cui si riferiva il passo celsino. Con la collocazione nel titolo *De probationibus et praesumptionibus* i compilatori hanno perduto di vista il riferimento del testo».

⁹⁴² V. GIUFFRÈ, ‘*Necessitas probandi*’, cit., 71.

⁹⁴³ In tal modo, V. GIUFFRÈ, ‘*Necessitas probandi*’, cit., 71, pare salvare la sostanza del passo indipendentemente dalla possibilità che qualcosa nel tenore originario del frammento possa essersi perduto, non tanto a seguito di un intervento giustiniano quanto piuttosto per una cattiva comprensione del testo, il che porterebbe anche a spiegare il motivo per cui l’inciso sospetto si dimostri pleonastico, ove il frammento venga inteso nei termini generali che gli sono propri e che alla semplice lettura (privata della proposizione in odore d’interpolazione) appaiono già perfettamente a fuoco.

⁹⁴⁴ V. ancora, V. GIUFFRÈ, ‘*Necessitas probandi*’, cit., 71.

invocasse la lesione, fosse egli convenuto, fosse egli attore.

In tal senso si era già espresso Pugliese che, proprio enfatizzando la generalità dell'espressione impiegata da Celso, se rettamente intesa, ha ritenuto che «è chiaro invero che, tanto se era attore e chiedeva la restituzione di una cosa o di una somma indebitamente trasmessa al legatario, quanto se era convenuto e si opponeva all'esecuzione del legato, la prova era ... a carico»⁹⁴⁵ dell'erede. Anche in questo passo è evidente come l'attenzione del giureconsulto derivi più dalla sostanza degli istituti invocati che dalla stretta dinamica processuale, per cui è possibile affermare che in questo passo si ritrovi una specifica direttiva indirizzata al giudice che precisava in modo significativo una regola generale e che esulava dalla mera applicazione di una prassi meccanica. Certo, qualora l'erede avesse agito *ex lege Falcidia*, il rispetto della regola antica avrebbe di fatto coinciso che l'osservanza dell'indicazione celsina in quanto l'erede attore avrebbe dovuto in ogni caso assolvere l'onere di dimostrare la violazione della *lex Falcidia* stessa. Diversamente occorre opinare, invece, qualora l'erede avesse assunto le vesti del convenuto, magari vocato in giudizio dal legatario proprio in relazione ad un legato confezionato in spregio della *lex Falcidia* stessa. In questo caso, il legatario non sarebbe stato onerato della dimostrazione della liceità rispetto alla *lex* in parola della disposizione testamentaria a proprio favore, sarebbe stato bensì l'erede, che avrebbe potuto farla constare al giudice mediante apposita eccezione, ad essere chiamato a provare l'effettiva portata lesiva da parte del legato della quota del quarto a sé riservata.

Mi pare che De Sarlo abbia rettamente inteso il senso del passo quando osservava che «secondo il frammento di Celso sull'erede grava il rischio della mancata dimostrazione di quanto sostiene (*locum habere legem Falcidiam*). Adottando una classificazione, condotta sotto il profilo della prova, dei fatti e delle circostanze rilevanti per la nascita, la modificazione e l'estinzione del rapporto (o dello stato) dedotto in lite, il fatto *locum habere legem Falcidiam* appartiene ai fatti 'costitutivi'»⁹⁴⁶. Secondo l'autore, infatti, in una prospettiva spiccatamente sostanzialistica, «si tratta di uno di quei fatti che a norma del diritto sostanziale hanno la specifica efficacia giuridica di dar vita (costituire) al rapporto litigioso. Il

⁹⁴⁵ G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 373.

⁹⁴⁶ L. DE SARLO, *'Ei incumbit probatio'*, cit., 208 s.

principio che l'onere della prova incombe a chi afferma si può dire applicato, nel senso che Celso ritiene che al convenuto (legatario) «non incombe provare la negazione del fatto costitutivo»⁹⁴⁷.

Questa strettissima connessione tra la sostanza e l'azione, che nella realtà romana dei fatti altro non doveva essere se non l'unitario atteggiarsi del fenomeno giuridico (pensato nelle proprie categorie in funzione e con le strutture proprie del processo), sta a dimostrare anche l'unitarietà e la vastità dell'opera del giurista che spaziava dalla fase dell'impostazione della controversia fino alla conclusione innanzi al giudice⁹⁴⁸.

Ciò appare ancora più evidente in un terzo passo tolto dai *Digesta celsini*.

Cels. 17. dig. D. 22.3.12: *Quingenta testamento tibi legata sunt: idem scriptum est in codicillis postea scriptis: refert, duplicare legatum voluerit an repetere et oblitus se in testamento legasse id fecerit: ab utro ergo probatio eius rei exigenda est? prima fronte aequius videtur, ut petitor probet quod intendit: sed nimirum probationes quaedam a reo exiguntur: nam si creditum petam, ille respondeat solutam esse pecuniam, ipse hoc probare cogendus est. et hic igitur cum petitor duas scripturas ostendit, heres posteriorem inanem esse, ipse heres id adprobare iudici debet.*

⁹⁴⁷ L. DE SARLO, 'Ei incumbit probatio', cit., 209. A fronte delle condivisibili osservazioni riportate nel testo, stupisce come l'autore concluda nel senso di escludere che esso, per come è emerso nell'esegesi offerta dall'autore nelle pagine immediatamente precedenti a quella appena riportata, «si riferisca ad una prescrizione legale sull'onere della prova». Il motivo dell'esclusione mi pare si fondi su un preconcetto. «L'esistenza di prescrizioni legali del genere è altrettanto inconcepibile nella fase *apud iudicem* della procedura formulare, quanto in quella delle *legis actiones* e nel procedimento avanti ai giurati delle *questiones*». Peraltro credo che ancora esattamente lo studioso osservasse che «il principio che al convenuto non occorre provare la negazione del fatto costitutivo dovè essere una regola suggerita ai giudici dalla giurisprudenza», pur se immediatamente dopo, lo stesso autore dava del *ius controversum*, cui appartiene di diritto anche l'elaborazione giurisprudenziale svolta attorno all'onere probatorio, una visione del tutto superata e così sentenziava: «solamente quando il singolo parere del giurista acquistò valore di legge, esso si trasformò in norma giuridica».

⁹⁴⁸ Si ricordi, L. VACCA, *La giurisprudenza*, cit., 53, secondo la quale «l'intervento del giurista si estendeva a tutti gli aspetti dell'applicazione del diritto: dall'attività negoziale dei privati, in relazione alla quale lo sviluppo dei rapporti richiedeva come abbiamo visto il superamento degli schemi preesistenti, al momento processuale, con l'assistenza delle parti, ai magistrati e ai giudici per la corretta impostazione processuale e la consulenza nel merito della controversia sia per la formulazione della sentenza».

Il testo, molto complesso e anche in questo caso non privo di sospetti di mende testuali, come si dirà brevemente appresso, attiene alla possibile duplicazione di una disposizione testamentaria a titolo di legato. Celso affronta la fattispecie dell'esibizione della scheda testamentaria e dei codicilli contenenti due distinti lasciti a titolo di legato della stessa quantità di denaro, risolvendo la questione relativa all'onere probatorio affermando che lo stesso sarebbe ricaduto su colui che avesse affermato il sopravvenire di una circostanza invalidante, esattamente come accadeva con l'adempimento del credito ove l'onere della prova ricadeva su chi affermava di aver pagato. Una prima opzione ermeneutica prevedeva la possibilità che il lascito a titolo di legato fosse stato duplicato. L'opzione opposta concerneva, viceversa, la possibilità che la disposizione non fosse affatto stata duplicata, bensì solo confermata dal *de cuius*. In sostanza si poneva un problema d'interpretazione della volontà testamentaria: a chi sarebbe spettato l'onere di provare l'effettiva volontà del defunto? Celso pare avvertire l'inadeguatezza⁹⁴⁹ della regola generale e, sulla scorta di un efficace raffronto con altri casi nei quali era stato chiesto al convenuto di dare prova, mostra di propendere per la soluzione che addossava all'erede l'onere di provare l'inutilità della seconda disposizione contenuta nei codicilli, in quanto egli era apparentemente (in forza delle disposizioni testamentarie) obbligato alla prestazione di *dare*. La ragione della distribuzione dell'*onus probandi* anche qui attiene, come sembra di potersi affermare alla semplice lettura del brano a motivi di ordine sostanziale.

Il passo, «tartassato»⁹⁵⁰ dalla letteratura romanistica meno recente, è andato incontro a un numero rilevante di critiche relative al suo tenore formale e testuale che, a seguire la posizione più severa, impedirebbero di potervi fare il benché minimo affidamento soprattutto per la «proposizione secondo cui a primo aspetto sarebbe più giusto porre la prova a carico dell'attore»⁹⁵¹, nonché per l'innovativa soluzione contenuta

⁹⁴⁹ V. GIUFFRÈ, 'Necessitas probandi', cit., 75.

⁹⁵⁰ Così testualmente V. GIUFFRÈ, 'Necessitas probandi', cit., 74.

⁹⁵¹ G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 360. Contro le possibili mende formali, si può seguire l'esegesi proposta nel luogo appena indicato dallo stesso autore. Anzitutto *prima fronte* è espressione che ricorre una sola volta nel Digesto (ossia proprio in 22.3.12), benché sia non infrequente negli scrittori del primo impero (I-II secolo d. C.). Si veda, ad esempio Quint. *inst.* 7.1.56.2: *Numquid igitur lex ad absolutos tantum patres pertinet? Dura prima fronte quaestio. Non desperemus: credibile est hoc uoluisse legum latorem, ne auxilia liberorum innocentibus deessent. Sed hoc dicere rustico uerecundum est, quia innocentem fuisse patrem fatetur*; Ps. Quint. *decl.* 8.1.4: *Quamvis, iudices, plurimum*

nella chiusa del brano. A parte gli appunti testuali, che comunque non

*infelicissimae matris adversis miserationis abstulerit, quod ex duobus liberis pari desperatione languentibus alter evasit, et plerisque maximum dolorem prima fronte tractantibus videatur aviditas gaudiorum, ut modo ad totius orbitatis redacta patientiam iam non sit unius salute contenta, non possumus tamen affectibus vestris non hanc primam tristissimae calamitatis allegare mensuram, quae ex ipsa quoque solacii sui condicione descendit: minus misera quereretur de marito, si sanari nec ille potuisset, pro quo est frater occisus: nunc infelix par non est dolori, nunc non invenit ulla solacia, ex quo sibi videtur filium perdidisse victurum. super impatientiam tristissimae orbitatis increscit, quod intellegit illum non sine sanitate fuisse languorem, nec persuaderi miserae potest perituro laborasse fato, in quo inventum est, quod sanaret alium. captet licet crudelissimus senex parricidii immanitatem metu maiore protegere, non invenio, unde colligi possit utrumque fuisse moriturum; ex duobus aegris non perit nisi qui occisus est ; Ps. Quint. decl. 15.1.13: bene, quod et terribilis et minax est pauper, quod poenam nostram, quod sanguinem petit! non expectes, ut statim gratias agat, qui sanatur invitus. nobis tamen, iudices, hodiernam pauperis mentem non prima fronte tractantibus miserrimus iuvenis nondum videtur explicitus, et, si bene prioris ardoris impatientiam novi, quod cum maxime facit, ira, non odium est. alioquin, si profecisset remedium, et, a pristino furore iam liber, animo intellectum sanitatis admitteret, omnem adhuc puellae vitaret occursum, non sibi crederet ultionem et ipsum quoque iudicii timeret adire complexum. deprehensa est, puto, novissime potionis supervacua persuasio: amat, iudices, amat, qui queritur, quod non ametur. Non è comunque da escludersi che in questa espressione si possa riconoscere un ritocco giustiniano. Anche l'utilizzo del verbo *intendere*, senza una «sicura allusione alla *pars formulae*» ha suscitato perplessità, dovendosi intendere nel senso di 'avanzare la propria pretesa', dunque generico e non strettamente formulare ed anzi da legarsi all'ambito postclassico o giustiniano; in questo senso F. DE VISSCHER, *Études de droit romain*, Bruxelles - Paris, 1931, 432, nt. 1; ROTONDI, *Teorie postclassiche sull'actio legis Aquiliae*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 431, nt. 1. G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 362 s., nt. 23, condivisibilmente mostra di ritenere come «*intendit*» può benissimo significare «ciò che ha enunciato nell'*intentio*», ossia, nelle specie, che l'erede deve dare una certa somma *ex testamento*», ricordando al contempo l'esistenza di «numerosi passi in cui *intendere*» è seguito da una frase indicante, con una libera parafrasi dell'*intentio* formulare, il contenuto della domanda». Allo stesso modo desterebbe perplessità l'impiego di *nimirum*. *Nimirum*, ancora a seguire Pugliese, non è necessariamente vocabolo da sospettarsi dal momento che in altri due passi del Digesto dovuti allo stesso Celso si ritrova lo stesso termine (Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.2.52.2: *Utrum ergo tantum dolum an etiam culpam praestare socium oporteat, quaeritur. et Celsus libro septimo digestorum ita scripsit: socios inter se dolum et culpam praestare oportet. si in coeunda societate, inquit, artem operamve pollicitus est alter, veluti cum pecus in commune pascendum aut agrum politori damus in commune quaerendis fructibus, nimirum ibi etiam culpa praestanda est: pretium enim operae artis est velamentum. quod si rei communi socius nocuit, magis admittit culpam quoque venire; Cels. 19 Dig. D. 34.2.3: *Uxori legavit quae eius causa parata sunt et ante mortem divortit. non deberi, quia adempta videantur, Proculus ait. nimirum facti quaestio est: nam potest nec repudiatae adimere voluisse*) oltre ad essere attestato in autori latini lungo tutta l'epoca classica (intesa, evidentemente, in senso letterario). «Non tutti questi appunti hanno serio fondamento», tuttavia è «verosimile che qualche proposizione sia stata ritoccata o parafrasata» (così G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 3).**

sembrano incrinare la «precisa impronta classica»⁹⁵² che nel brano è impressa, non va sottaciuto, a conferma della classicità della soluzione ivi ricordata, come la soluzione qui accolta da Celso appaia in conflitto con una di segno opposto accolta dai compilatori in D. 30.34.3.

Si legga, infatti:

Ulp. 21 *ad Sab.* D. 30.34.3: *Sed si non corpus sit legatum, sed quantitas eadem in eodem testamento saepius, divus pius rescripsit tunc saepius praestandam summam, si evidentissimis probationibus ostendatur testatorem multiplicasse legatum voluisse: idemque et in fideicommisso constituit. eiusque rei ratio evidens est, quod eadem res saepius praestari non potest, eadem summa volente testatore multiplicari potest.*

Secondo «la migliore dottrina» questo passo va «riavvicinato» a quello conservato in D. 22.3.12⁹⁵³. Il passo da ultimo citato è apparso spurio alla maggior parte della critica che lo ha affrontato⁹⁵⁴. In esso, dunque, si rinverrebbe, seguendo la logica sottesa alle argomentazioni di Giovanni Pugliese, il tenore della risposta approntata dai giustinianeî in un caso assai simile rispetto a quello contemplato in D. 22.3.12⁹⁵⁵. Anche alla semplice lettura, il passo accolto nel trentesimo libro delle Pandette ricorda una soluzione del tutto differente rispetto a quella attribuita a Celso nel passo tratto dal titolo 22.3, che sto ora considerando. Secondo il tenore attuale del testo, contenente un rescritto di Antonino Pio reso nell'ambito di una fattispecie del tutto analoga a quella di cui in 22.3.12, il legatario che avesse agito in forza della validità di entrambi i legati sarebbe stato tenuto «alla prova irrefutabile... che il testatore avesse voluto duplicare i legati»⁹⁵⁶. Il fatto che D. 30.34.3 mostri chiari ed estesi segni di interventi compilatori, proprio nelle parole (*si evidentissimis probationibus ostendatur testatorem multiplicasse legatum voluisse*) volte ad armonizzare

⁹⁵² G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 362 e nt. 23, ove si conferma come, a lato delle mende formali o di eventuali ritocchi, si debba ritenere comprovata la genuinità sostanziale del passo.

⁹⁵³ G. LONGO, *L'onere*, cit., 165.

⁹⁵⁴ G. LONGO, *L'onere*, cit., 165.

⁹⁵⁵ G. LONGO, *L'onere*, cit., 165.

⁹⁵⁶ G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 372.

la posizione del giurista ivi originariamente considerata⁹⁵⁷ con il regime giustiniano, e la contraddizione con la quale tale passo si pone rispetto a D. 22.3.12 lascerebbero intendere che, in quest'ultimo testo, almeno nella sostanza il filo classico non si sarebbe del tutto perso. Mi sembra che l'argomento sia convincente⁹⁵⁸ e si possa «essere sufficientemente paghi della conclusione esegetica secondo la quale la soluzione non può appartenere ai giustiniani»⁹⁵⁹. Lo stesso Longo, peraltro, contrastando le deduzioni del Pugliese non mi pare riesca superare la logicità dell'argomentare dello stesso maestro.

Ciò considerato sotto il profilo esegetico, è dunque possibile supporre che il testo, sia pure non del tutto manomesso (come ritenevano i critici più severi) ma comunque parzialmente rimaneggiato (come ammetteva, del resto, lo stesso Pugliese), conservi la risposta genuina apprestata da Celso nel caso di specie.

Il caso esaminato da Celso appare di notevole importanza «dal punto di vista storico-dogmatico, in quanto mostra come giocasse», nella determinazione dell'onere della prova, «l'esatta individuazione del *thema probandum*»⁹⁶⁰. Questa corretta individuazione è condotta dal giurista sulla base di un'approfondita considerazione dell'assetto sostanziale della vicenda nonché degli interessi che in essa risultavano rilevanti.

Difatti, Celso non risolveva la questione ritenendo che fosse necessario fornire prova della sussistenza dei fatti costitutivi dei due diritti fatti rispettivamente valere, bensì concludeva nel senso della necessaria verifica della ricorrenza di una circostanza impeditiva che togliesse validità alla seconda disposizione *mortis causa*. In conseguenza di ciò, ossia in relazione a questa peculiare configurazione del rapporto sostanziale sottostante alla questione probatoria, il giurista ritenne coerente addossare l'onere probatorio al convenuto ragionando sulla scorta della parallela ipotesi per cui «come il fatto estintivo del pagamento deve essere provato dal convenuto, così per analogia, deve essere da lui provata»⁹⁶¹ la

⁹⁵⁷ G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 372, ritiene che con ogni probabilità, la decisione di Antonino Pio riportato da Ulpiano nel suo tenore originario fosse rispetto all'opinione celsina in D. 22.3.12, «ugualmente orientata».

⁹⁵⁸ Ritiene condivisibile la «fine esegesi» di Pugliese, V. GIUFFRÈ, '*Necessitas probandi*', cit., 74 nt. 22.

⁹⁵⁹ V. GIUFFRÈ, '*Necessitas probandi*', cit., 75.

⁹⁶⁰ G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 372.

⁹⁶¹ G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 372.

circostanza idonea a togliere l'efficacia del secondo legato (ossia al convenuto sarebbe spettato l'onere di provare la sussistenza di un errore che aveva condotto, in tale prospettiva, ad una duplicazione involontaria della volontà del *de cuius*).

In altre parole, non sarebbe stato il legatario che agiva per ottenere il pagamento anche del secondo legato a dover provare l'ultima volontà del proprio dante causa, bensì l'erede convenuto che avrebbe dovuto provare l'errore in cui il *de cuius* era caduto al momento della confezione del codicillo successivo, recante il secondo lascito. Credo che il passo celsino testimoni in modo inequivocabile la rilevanza della riflessione giurisprudenziale attorno alla prova. Il ragionamento condotto, che fa ampio e dichiarato impiego dell'analogia – che per propria natura richiede sicure conoscenze giuridiche –, è volto a suffragare una soluzione che doveva rivestire, agli occhi dello stesso Celso i caratteri della novità.

Il riferimento a 'casi precedenti' in cui già si richiesero al convenuto prove di fatti rilevanti (su cui altro non si può dire, data la breviloquenza della notizia) reca testimonianza in due distinti sensi: il primo, naturalmente, attiene alla reale sussistenza di una regola generale (l'esistenza della quale verrebbe confermata, per così dire, *a contrario*), magari di carattere meccanico, per cui è l'attore (in quanto soggetto che normalmente *dicit*, ossia afferma un fatto) ad essere chiamato e tenuto alla prova (una direttiva avvertita, per lo meno a livello di prassi, come sufficientemente stringente, tanto da costringere il ceto giurisprudenziale a ragionarvi attorno); il secondo, naturalmente, testimonia l'esistenza di una riflessione scientifica protesa a superare quella 'regola' o quella direttiva che, all'epoca in cui Celso redigeva i propri *Digesti*, non era ancora approdata ad esiti ragionevolmente consolidati (se non proprio certi) e che così mostrava tutta la propria natura controversiale.

Secondo Pugliese, il frammento D. 22.3.12 ci offre, appunto, «un esempio della formazione di regole attraverso l'estensione analogica di soluzioni circoscritte»⁹⁶². Credo, inoltre, che il passo in esame dica anche qualcosa in più, ossia dimostri come l'interesse scientifico della giurisprudenza per la prova non si estendesse all'intero possibile campo di indagine ma si limitasse ad intervenire laddove fosse necessario l'apporto scientifico per dominare al meglio una certa fattispecie concreta, al fine di

⁹⁶² G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 372.

realizzare, riandando alla definizione di *ius* attribuita, non a caso, allo stesso Celso⁹⁶³, proprio il *bonum* e l'*equum* richiesto dalla natura stessa del *ius*. Saremmo in presenza, quindi, di un prezioso esempio di come la giurisprudenza sentisse la necessità di intervenire, al di là dell'impostazione *in iure* dei termini della controversia anche nel corso della fase *apud iudicem*.

Un rescritto di Antonino Pio (restituito, pur con evidenti alterazioni, da D. 30.34.3, già ricordato) pare confermare il tenore della risposta di Celso che, per come è strutturata, doveva presentare una certa carica dirompente, dal momento che l'autore antico si premura di invocare l'autorità di un diverso esempio (non omogeneo alla tematica trattata e citato a mo' di 'precedente'⁹⁶⁴).

Una traccia analoga si riscontra in tema di prova dell'adempimento, ed in particolare fu forse nell'ambito dell'*actio in personam* contro la quale il debitore opponesse l'estinzione satisfattiva dell'obbligazione che si cominciò a superare la regola meccanica secondo la quale è l'attore a d essere chiamato alla prova. A parere di Pugliese, del cui ragionamento sto seguendo qui le piste, «seguendo la struttura della *formula* e la vecchia regola ... l'attore avrebbe dovuto provare la sussistenza del *dare oportere* al momento della *litis contestatio*, vale a dire non solo il sorgere di questo vincolo, ma il permanere fino a tale momento»⁹⁶⁵. Anche se questo potrà sembrare «inconcepibile»⁹⁶⁶, si chiedeva all'attore di fornire prova che il proprio credito non fosse stato adempiuto dall'attore, permanendo tuttora la vigenza del rapporto obbligatorio. In termini puramente 'meccanici', seguendo ancora il Pugliese, ciò avrebbe voluto dire che il convenuto stesso «fruisse del beneficio del dubbio»⁹⁶⁷, instillato laddove il convenuto, pur non giungendo ad una piena prova – comunque non posta a suo carico – avesse 'allegato' elementi tali da incrinare l'asserto attoreo soprattutto quando l'attore non fosse riuscito a contrastare in modo efficace

⁹⁶³ In D. 1.1.1 pr.: *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.*

⁹⁶⁴ Rimando al primo capitolo della presente ricerca per la questione relativa al valore dei precedenti nell'ambito dell'individuazione di regole nate dalla prassi.

⁹⁶⁵ G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 370.

⁹⁶⁶ Così ancora G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 370.

⁹⁶⁷ G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 371.

l'‘allegazione’ del convenuto. È chiaro che quanto viene qui in rilievo è precisamente l'‘effetto’ che una situazione del genere poteva esercitare sul giudice⁹⁶⁸. Proprio in casi del genere, allora si potrebbero ravvisare i ‘precedenti’ richiamati apertamente da Celso.

7. *L'onere probatorio nei testi giurisprudenziali. Ulteriori cenni.*

Sullo scorcio del termine del II secolo d. C. ed al principio del III secolo, il giurista Papiniano sembra ormai affrancato, nell'elaborazione dell'*onus probandi*, dalla posizione processuale ricoperta da ciascuno nella individuazione di chi fosse chiamato all'onere della prova. Purtroppo, come nota Giuffrè, «gli squarci dalle sue opere che potessero confermarci tale impressione sono molto esigui»⁹⁶⁹ e si limitano al solo frammento conservato dai compilatori in D. 22.3.1, in apertura del titolo dedicato alla nostra materia. Ne riporto ora il testo:

Pap. 3 *quaest.* D. 22.3.1: *Quotiens quaereretur, genus vel gentem quis haberet nec ne, eum probare oportet.*

Non è sfuggito a Giannetto Longo il fatto che il passo sia stato collocato, come si diceva, in apertura del titolo in esame, il che avrebbe contribuito a conferire «all'attestazione un valore di regola generale»⁹⁷⁰, che con probabilità non aveva nell'enunciazione originaria. È pur vero, come ha notato Giuffrè, che nel passo di Papiniano si riscontra «quel suo modo tipico – che ha fatto pensare all'uso consapevole (egli ebbe la responsabilità di *praefectus praetorio*) di formule di stampo normativo in funzione dell'esigenza di ridurre all'essenziale la *iuris doctrina*, in somma di convertire i risultati dei sin troppo elaborati discorsi scientifici in paradigmi di tipo legislativo, in proposizioni suscettibili immediatamente di applicazione nella pratica dei tribunali»⁹⁷¹; la qual cosa potrebbe giustificare la collocazione iniziale del passo in oggetto. In ogni caso, si tratta di un passo di cui è generalmente riconosciuta la genuinità, anche da

⁹⁶⁸ G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 371.

⁹⁶⁹ V. GIUFFRÈ, '*Necessitas probandi*', cit., 100.

⁹⁷⁰ G. LONGO, '*Onus probandi*', cit., 62.

⁹⁷¹ V. GIUFFRÈ, '*Necessitas probandi*', cit., 101; ID. *Papiniano: fra tradizione ed innovazione*, in ANRW, 2.15, Berlin - New York, 1976, 648 ss; *contra*, M. TALAMANCA, *Per la storia della giurisprudenza romana*, in BIDR, LXXX, 1977, 212 ss.

parte della critica più agguerrita⁹⁷². Esso, relativo probabilmente al tema dei *minores XXV annorum*⁹⁷³, vorrebbe significare: «ogni qualvolta s'impegni una lite circa la parentela o l'origine, l'onere della prova spetta a colui che ponendo in queste il fondamento della sua azione, o le sostenga per sé, o le contesti per il convenuto»⁹⁷⁴.

La 'regola' contro cui pare essersi mosso in Cels. 17. *dig.* D. 22.3.12 si ritroverebbe, a detta di Pugliese, enunciata in un brano attribuito a Salvio Giuliano che è bene scorrere velocemente:

Iul. 43 *Dig.* D. 22.3.20: *Si quis liberum hominem vi rapuerit, in vinculis habuerit, is indignissime commodum possessoris consequeretur, quia probari non poterit hominem eo tempore quo primum lis ordinaretur in libertate fuisse.*

Il brano enuncia il caso di colui che, in una controversia riguardante lo stato di libertà di un soggetto, si sia impadronito di quest'ultimo al solo scopo di non dover rivestire il ruolo di attore e conseguentemente il relativo onere probatorio. A mente di questo rilievo Giuffrè ha ritenuto che la soluzione offerta da Giuliano, ossia che fosse iniquo dispensare il rapitore dall'onere della prova, dimostri non già l'operare di una regola meccanica, bensì l'esatto contrario ossia dimostri che i giuristi classici fossero assai più attenti al dato sostanziale, per usare un'espressione che in ambito romanistico presenta sempre qualche sfumatura impropria, rispetto alla veste formale presentata dalle vicende

⁹⁷² È lo stesso G. LONGO, 'Onus probandi', cit., 62, ad ammettere che il testo «può essere sostanzialmente puro», pur essendo frainteso dai giustiniani che lo avrebbero impropriamente generalizzato; come ricorda V. GIUFFRÈ, 'Necessitas probandi', cit., 102, nt. 57, che condivide l'idea di Longo circa il tradimento del passo, è da accettare «l'osservazione che la iscrizione del testo come primo frammento del titolo *De probationibus* dà all'attestazione papiniana un valore di regola generale, in ordine a tutta la materia, al di là dell'intenzione del giurista classico».

⁹⁷³ O. LENEL, 'Palingenesia iuris civilis', cit., Pap. n. 91.

⁹⁷⁴ V. GIUFFRÈ, 'Necessitas probandi', cit., 103. Un altro passo in cui si può avvertire la frizione tra la regola 'arcaica' dell'ineluttabilità della necessità che fosse sempre l'attore a provare e riflessione giurisprudenziale si deve al giurista severiano Paolo. Paul. 9 *resp.* D. 22.3.5.1: *Idem respondit, si quis negat emancipationem recte factam, probationem ipsum praestare debere.* Sul passo, che si leggerà qui solo incidentalmente valgono i rilievi appena espressi con riguardo al passo celsino (Cels. 1 *dig.* D. 22.3.9). È chiaro, come nota Giuffrè, che il passo possa essere stato rimaneggiato e che «la formulazione» possa «non essere di Paolo» (V. GIUFFRÈ, 'Necessitas probandi', cit., 110). Brevi informazioni sul brano anche *infra* in corpo di testo.

processuali sottoposte al loro vaglio.

Certo non è possibile dimenticare, secondo quanto giustamente faceva notare Giuffrè in termini generali, che le testimonianze frammentarie confluite nel terzo titolo del ventiduesimo libro del Digesto lasciano trasparire come fosse la stessa sistemazione logica interna all'editto pretorio ad impedire una considerazione del momento della *probatio*⁹⁷⁵, allo stesso modo in cui non consentiva alcun riferimento a qualsiasi altro momento attinente alla fase *apud iudicem*. Tuttavia, nonostante questo indubbio dato testuale e cercando di formulare qualche conclusione in proposito, l'affermazione paolina, vista nei paragrafi precedenti, in combinato con il dettato di altre fonti sparsamente conservate in Digesto (non solo nella *sedes materie* donde sono stati tratti i pochi passi esaminati nella presente traccia), ha portato il Pugliese ad identificare addirittura la posizione dell'attore con quella di colui che è tenuto a dare la prova: si tratterebbe di una regola antica non sempre enunciata dai giuristi ma, consci dell'eventuale insufficienza della stessa, posta dagli stessi in continua discussione laddove il caso contingente lo necessitasse.

Sul punto, ancora una volta è da segnalare la contrapposizione che divide il pensiero del Pugliese da quello di Giuffrè⁹⁷⁶: quest'ultimo non ravvisava nella documentazione oggetto d'attenzione la dialettica, tipica dei giuristi classici, tra un principio normativo, l'applicazione del quale ne palesa talvolta l'inadeguatezza, e la casistica agglutinata ed analizzata da parte della giurisprudenza, bensì vi riconosce la riprova dell'oscillazione

⁹⁷⁵ Sul punto v. anche J. P. LEVY, *La theorie*, cit., 420 secondo cui «aucune loi, aucune sénatus-consulte ni aucune constitution impériale n'ont traité des preuves dans leur ensemble. S'autre part à l'époque classique, le seul monument d'ordre en quelque sorte législatif, l'Edit du Préteur, ne conteneit rien ou preque rien sur les preuves. Sans doute y trouve-t-on deux passages vivant le serment volontarie et le serment nécessaire. Amis ces deux serments, qu'aucune condamnation ne suit, ne sont, de par leur nature, pas de veritable modes de preuve, mais plutôt des sortes de pacte, de transactrions mettant obstacle au process ou à sa continuation». Lo stesso autore, del resto, metteva in luce come nella *Palingenesi* di Lenel «ne figure aucun titre, ni aucun paragraphe, soit sur les preuves, soit sur l'une d'elles». La collocazione interna alla compilazione giustiniana, per questo studioso non farebbe altro che confermare il fatto che «cette absence de place fixe dans les compilations de Justinien vient de ce que les preuves n'avaient aucune place dans l'Edit du Préteur», al punto che sarebbe possibile ritenere che «les trois titres qui leur sont consacrés ont fait l'objet, de la part de Tribonien, d'un accrochage un peu au hasard qui ne paraît obéir à aucune idée logique».

⁹⁷⁶ Il loro pensiero si coglie dalla globalità dei contributi già citati nelle pagine precedenti e dai quali abbiamo più volte attinto.

derivante dall'assenza di una regola, cui avrebbe sopperito proprio la giurisprudenza stessa, al fine di superare la meccanicità della prassi dei tribunali⁹⁷⁷. In ogni caso appaiono di particolare interesse, allora, anche perché consentono di lanciare specifici ponti tra l'ambito prettamente processuale e quello sostanziale e ne mettono in risalto il carattere controversiale, i casi, alcuni già visti, in cui i giuristi testimoniano deviazioni dal canone di cui a Paul. 69 *ad ed.* D. 22.3.2, lasciando al contempo intravedere precise ragioni giuridiche sottese al concreto atteggiarsi dei rapporti interni alla fattispecie.

Sulla scorta del rilievo, già formulato, per cui le soluzioni accolte nel Digesto, per quanto alterate, comunque testimoniano il fatto che i giuristi trattassero dell'onere della prova, credo si possa affermare che si sia raggiunto un primo risultato relativo alla funzione rivestita dalla scienza giuridica davanti al giudice privato. Anzitutto, cosa che di per sé non desta particolare stupore, la mancanza di fonti autoritative non sembra aver scoraggiato la riflessione giuridica in tema, dato che, come s'è visto, le opinioni dei giureconsulti appaiono sgorgare in massima parte da valutazioni di carattere sostanziale: la corretta distribuzione del carico probatorio deriverebbe da una attenta analisi della fattispecie, sempre informata a quel paradigma conservato in Ulp. 1 *inst.* D.1.1.1 pr.

Sul punto è suggestiva la prosa di Pugliese: «non ci potrebbe stupire che i giuristi si siano limitati a soluzioni di specie, dettate caso per caso, evitando di delineare regole o principi astratti»⁹⁷⁸, dato che «la casistica è senza dubbio la più tipica e forse la più importante attività della giurisprudenza romana e non costituisce il sintomo di una minore rilevanza giuridica della materia che ne era oggetto»⁹⁷⁹. Va ricordato, difatti, che la casistica esaminata dai giureconsulti non era una massa di soluzioni particolari suggerite dai soli casi pratici e del tutto prive di rapporti tra loro: «dentro e sotto la soluzione particolare ci sono principi»⁹⁸⁰.

La prova si pone, allora, come riflesso diretto del concreto modellarsi della fattispecie sostanziale ed anzi come parte integrante di esso: se nella maggior parte dei casi sarà l'attore a dover provare,

⁹⁷⁷ V. GIUFFRÈ, *'Necessitas probandi'*, cit., *passim*.

⁹⁷⁸ G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit. 354.

⁹⁷⁹ G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit. 374.

⁹⁸⁰ G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit. 374.

conformemente a quanto ricordato da Paolo, ciò avverrà in conseguenza della propria posizione sostanziale, e non tanto, o non solo, in forza di una meccanica regola processuale, la cui origine sarebbe da attribuire all'intervento della giurisprudenza già in epoca alto-repubblicana.

Non pare inutile ripercorrere brevemente ulteriori passi conservati nel nostro titolo, limitando il discorso – peraltro – ai soli paolini che si rinvencono nella nostra *sedes materiae*. Minore costrutto – va detto subito – si ricava, purtroppo, dall'analisi di un gruppo di frammenti giurisprudenziali tratti da *Responsa* o *Libri responsorum* di Paolo. In essi si riscontrano conferme di indirizzi già consolidati e solamente indirettamente i passi richiamano in qualche modo – seppur assai scorciata – la struttura del responso per come essa era indicata da Schulz. Valga in questa sede richiamare e leggere i brani attribuibili a Paolo⁹⁸¹ e collocati

⁹⁸¹ Di Paolo sono anche Paul. 18 *ad Plaut.* D. 22.3.8: *Si filius in potestate patris esse neget, praetor cognoscit, ut prior doceat filius, quia et pro pietate quam patri debet praestare hoc statuendum est et quia se liberum esse quodammodo contendit: ideo enim et qui ad libertatem proclamat, prior docere iubetur;* Paul. 3 *quaest.* D. 22.3.25: *Cum de indebito quaeritur, quis probare debet non fuisse debitum? res ita temperanda est, ut, si quidem is, qui accepisse dicitur rem vel pecuniam indebitam, hoc negaverit et ipse qui dedit legitimis probationibus solutionem adprobaverit, sine ulla distinctione ipsum, qui negavit sese pecuniam accepisse, si vult audiri, compellendum esse ad probationes praestandas, quod pecuniam debitam accepit: per etenim absurdum est eum, qui ab initio negavit pecuniam suscepisse, postquam fuerit convictus eam accepisse, probationem non debiti ab adversario exigere. sin vero ab initio confiteatur quidem suscepisse pecunias, dicat autem non indebitas ei fuisse solutas, praesumptionem videlicet pro eo esse qui accepit nemo dubitat: qui enim solvit numquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias iactet et indebitas effundat, et maxime si ipse qui indebitas dedisse dicit homo diligens est et studiosus pater familias, cuius personam incredibile est in aliquo facile errasse. et ideo eum, qui dicit indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod per dolum accipientis vel aliquam iustam ignorantiae causam indebitum ab eo solutum, et nisi hoc ostenderit, nullam eum repetitionem habere. Sin autem is qui indebitum queritur vel pupillus vel minor sit vel mulier vel forte vir quidem perfectae aetatis, sed miles vel agri cultor et forensium rerum expers vel alias simplicitate gaudens et desidia deditus: tunc eum qui accepit pecunias ostendere bene eas accepisse et debitas ei fuisse solutas et, si non ostenderit, eas redhibere. Sed haec ita, si totam summam indebitam fuisse solutam is qui dedit contendat. sin autem pro parte queritur, quod pars pecuniae solutae debita non est, vel quod ab initio quidem debitum fuit, sed vel dissoluto debito postea ignarus iterum solvit vel exceptione tutus errore eius pecunias dependit: ipsum omnimodo hoc ostendere, quod vel plus debito persolvit vel iam solutam pecuniam per errorem repetita solutione dependit vel tutus exceptione suam nesciens proiecit pecuniam, secundum generalem regulam, quae eos, qui opponendas esse exceptiones adfirmant vel solvisse debita contendunt, haec ostendere exigit. In omnibus autem visionibus quas praeponimus licentia concedenda est ei, cui onus probationis incumbit, adversario suo rei veritate iusiurandum ferre, prius ipso pro calumnia iurante, ut iudex iuramenti fidem secutus ita suam sententiam possit formare, iure referendae religionis ei servando. Sed haec, ubi de solutione indebiti quaestio est. sin autem cautio indebite exposita esse dicatur et*

fra i primi frammenti del titolo 22.3, donde si coglie in qualche modo l'operatività della direttiva di cui a 22.3.2:

Paul. 6 resp. D. 22.3.4 *Respondit emptorem probare debere, eum servum de quo quaeritur antequam emeret fugisse.*

Il brano tratta *de empto et vendito*⁹⁸², con particolare riferimento all'azione redibitoria, da «leggere tenendo conto anche di D. 22.3.7»⁹⁸³: in esso il giurista si chiedeva se qualora lo schiavo, consegnato al compratore si fosse dato alla fuga intenzionato a non ritornare fosse possibile per il compratore agire in redibitoria. «Dipendeva – risponde Paolo – dalla possibilità di provare che lo schiavo avesse il 'vizio' di essere *fugitivus* anche prima di essere venduto»⁹⁸⁴.

Va poi letto il seguente testo

indiscrete loquitur, tunc eum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit, nisi ipse specialiter qui cautionem exposuit causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit: tunc enim stare eum oportet suae confessioni, nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit sese haec indebite promisisse. Sui testi v. la sconfortante posizione di V. GIUFFRÈ, 'Necessitas probandi', cit., 111 s., se secondo cui dei passi «poco o nulla possiamo dire...dato lo stato loro attuale, assolutamente non rassicurante circa la formale e sostanziale paternità»; v., peraltro, v. GIUFFRÈ, 'Necessitas probandi', cit., 113 s., nt. 77, per una breve rassegna in letteratura. Lo stesso V. GIUFFRÈ, 'Necessitas probandi', cit., 113 avvicina ai passi paolini conservati *in sede materiae* anche Paul. 18 ad ed. D. 9.4.22.4, in tema di *actio noxalis*, segno di un certo «interesse di Giulio Paolo alla tematica della prova».

⁹⁸² Il brano va collegato a Paul. 5 resp. D. 21.1.58 pr.-2: *Quaero, an, si servus apud emptorem fugit et in causa redhibitionis esse pronuntiatus fuerit, non prius venditori restitui debeat, quam rerum ablatarum a servo aestimationem praestiterit. Paulus respondit venditorem cogendum non tantum pretium servi restituere, sed etiam rerum ablatarum aestimationem, nisi si pro his paratus sit servum noxae nomine relinquere. Item quaero, si nolit aestimationem et pretia rerum restituere, an servus retinendus sit et danda sit actio de peculio vel de pretio redhibiti servi ex duplae stipulatione. Paulus respondit de pretio servi repetendo competere actionem etiam ex duplae stipulatione: de rebus per furtum ablatis iam responsum est. Servum dupla emi, qui rebus ablatis fugit: mox inventus praesentibus honestis viris interrogatus, an et in domo venditoris fugisset, respondit fugisse: quaero, an standum sit responso servi. Paulus respondit: si et ei alia indicia prioris fugae non deficiunt, tunc etiam servi responso credendum est ^ ^ .*

⁹⁸³ V. GIUFFRÈ, 'Necessitas probandi', cit., 109; v. Paul. 2 sent. D. 22.3.7: *Cum probatio prioris fugae deficit, servi quaestioni credendum est: in se enim interrogari, non pro domino aut in dominum videtur.*

⁹⁸⁴ V. GIUFFRÈ, 'Necessitas probandi', cit., 109.

Paul. 9 resp. D. 22.3.5 pr.: *Ab ea parte, quae dicit adversarium suum ab aliquo iure prohibitum esse specialiter lege vel constitutione, id probari oportere. Idem respondit, si quis negat emancipationem recte factam, probationem ipsum praestare debere.*

Il brano del giurista severiano ricorda che la parte che affermava (dicit) che all'avversario fosse precluso un certo diritto, da una legge o da una costituzione, era altresì tenuta a darne prova. In conformità a codesto assunto, venne dato il principio in forza del quale colui che negasse la correttezza di una emancipazione fosse chiamato a risponderne. Alla critica recente apparve che almeno l'enunciazione del *principium* fosse genuina⁹⁸⁵, pur riconoscendo che «si tratta di una affermazione che, estrapolata com'è dal suo contesto⁹⁸⁶, assume impropriamente, il «valore di norma»⁹⁸⁷.

8. Ulpiano e l'«*exceptio interrogatoria*».

Per concludere con questa breve e parziale rassegna di testi è ora necessario considerare le testimonianze che ha lasciato Ulpiano⁹⁸⁸. In D. 22.3.18⁹⁸⁹, in particolare è racchiusa una testimonianza che per molti versi appare sconcertante. È il caso della problematica *exceptio interrogatoria*, della quale riferisce l'esistenza un tormentato passo ulpiano:

Ulp. 6 disp. D. 22.3.18.2: *Interrogationis factae probationem actori imponi debere, id est ei, qui in iure interrogatum dixit respondisse se solum*

⁹⁸⁵ V. GIUFFRÈ, 'Necessitas probandi', cit., 110.

⁹⁸⁶ O. LENEL, 'Palingenesia iuris civilis', cit., n. 1527, ipotizzava che Paolo trattasse *de tutelis*.

⁹⁸⁷ V. GIUFFRÈ, 'Necessitas probandi', cit., 110.

⁹⁸⁸ I testi si sono già parzialmente incontrati nel corso della ricerca. Essi sono Ulp. 6 disp. D. 22.3.18 (su cui *supra* e *infra*, sia in testo che in nota); Ulp. 7 disp. D. 22.3.19; e, tratto dai *Responsa* ulpiani, Ulp. 1 resp. D. 22.3.22: *Eum, qui voluntatem mutatam dicit, probare hoc debere.*

⁹⁸⁹ Ricordo che il testo, nella sua interezza, è il seguente: Ulp. 6 disp. D. 22.3.18: *Quotiens operae quasi a liberto petuntur, probationes ab eo qui se patronum dicit exiguntur: et ideo Iulianus scripsit, licet in praeiudicio possessor patronus esse videtur, verum partibus actoris non libertum fungi debere, sed eum qui se patronum esse contendit. Qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admissum debet. Interrogationis factae probationem actori imponi debere, id est ei, qui in iure interrogatum dixit respondisse se solum heredem esse. vel si tacuisse dicatur interrogatus, aequè tantundem erit dicendum impositam improbationem non ei qui excepit se non respondisse, sed actori.*

heredem esse. vel si tacuisse dicatur interrogatus, aequae tantundem erit dicendum impositam improbationem non ei qui excepit se non respondisse, sed actori.

Il brano è certamente assai rimaneggiato, come ammetteva lo stesso Pugliese⁹⁹⁰: secondo quella che è stata definita «*communis opinio*»⁹⁹¹, il brano sarebbe stato «del tutto manomesso» tanto che «a mala pena» si potrebbe «dire che in esso Ulpiano si interessasse di *onus probandi*»⁹⁹², ed allo stesso modo non è certo che esso, ricordando una particolare *exceptio*, a questa si riferisse effettivamente nell'originale ulpiano⁹⁹³.

Conviene, sull'interpretazione del testo, fare anche in tal caso riferimento all'autorità del Pugliese che, come ha notato Giuffrè, ha «tentato un convincente recupero» del «presumibile contenuto originario»⁹⁹⁴ mediante una «finissima analisi»⁹⁹⁵. Nel suo tenore il passo ulpiano concernerebbe l'ipotesi per la quale il convenuto pur opponendo *in iure* un'eccezione non era chiamato dinnanzi al giudice alla prova, conformemente alla regola che prevedeva che il convenuto nell'opporre un'*exceptio* assumesse le vesti dell'attore, ivi compreso l'ambito probatorio. La deviazione dal canone antico si chiarisce ancora una volta sulla scorta dell'analisi profonda del concreto svolgimento dell'intero meccanismo processuale che coinvolgeva il giurista in tutta la sua globalità e che era dallo stesso valutato in una prospettiva unica. Il caso riportato da

⁹⁹⁰ G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit. 374, secondo cui il passo è «sicuramente alterato».

⁹⁹¹ V. GIUFFRÈ, '*Necessitas probandi*', cit., 119. Fra questi LONGO, *L'onere*, cit., 174, secondo cui si tratta di un «passo notoriamente alterato» sul quale «non possiamo fare che scarso affidamento». Associando gli appunti mossi da Lenel e Longo, così J.M. PIQUER MARÍ, *La carga de la prueba en la jurisprudencia romana clásica: exegesis de D. 22.3*, Madrid, 2006, 349 s., restituisce il testo, emendato da tutte le possibili alterazioni, come segue: Ulp. 6 disp. D. 22.3.18.2: *Interrogationis factae probationem actori [imponi debere, id est ei, qui in iure interrogatum dixit respondisse se solum heredem esse. [vel si tacuisse dicatur interrogatus, aequae tantundem erit dicendum impositam improbationem] non ei qui excepit se non respondisse, [sed actori].*

⁹⁹² V. GIUFFRÈ, '*Necessitas probandi*', cit., 119.

⁹⁹³ V. G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit. 374. V. anche l'assai più scettica conclusione di G. LONGO, *L'onere*, cit., 174, secondo il quale «lo stato del passo rende problematico anche il riconoscere se esistesse una *exceptio interrogatoria* ed il paragrafo della legge in esame è del resto saldato al precedente che è tutto un florilegio di indizi di seconda mano».

⁹⁹⁴ V. GIUFFRÈ, '*Necessitas probandi*', cit., 119.

⁹⁹⁵ V. GIUFFRÈ, '*Necessitas probandi*', cit., 119, nt. 88.

Ulpiano concerneva una contestazione al contenuto dell'*interrogatio* di non pronta soluzione per il pretore che così non poteva determinarsi per la concessione ovvero per la denegazione dell'azione.

Vediamo il contenuto del testo: l'attore che intendesse agire contro colui che riteneva fosse erede di Tizio, era tenuto a dare prova non solo dei fatti donde sorgeva il suo diritto⁹⁹⁶ (noi diremmo i 'fatti costitutivi' della pretesa fatta valere in giudizio), ma anche della 'legittimazione passiva' del proprio convenuto (doveva cioè provare che «il convenuto fosse divenuto soggetto passivo rispetto a lui»⁹⁹⁷). A tal fine, come rileva il Giuffrè ricordando la difficoltà relativa alla dimostrazione della qualifica di erede⁹⁹⁸, «per dissipare *in limine litis* l'eventuale incertezza sulla legittimazione passiva era ammessa l'*interrogatio in iure* sul se si fosse erede di Tizio»⁹⁹⁹. È noto come, a seguito di tale *interrogatio*, il punto della legittimazione passiva fosse definitivamente e conclusivamente risolto¹⁰⁰⁰; tuttavia «se trascorrevà del tempo, il convenuto poteva contestare di essere stato interrogato o di aver risposto come assumeva l'attore»¹⁰⁰¹. Veniva in tal caso in considerazione la *causae cognitio* del pretore che avrebbe dovuto «appurare da sé»¹⁰⁰² la questione relativa all'avvenuta *interrogatio* ed avrebbe poi dovuto devolvere il giudizio al giudice privato. Qualora ciò non fosse stato possibile – in ragione delle più varie contingenze¹⁰⁰³ –, il pretore, nel devolvere la causa al giudice inseriva nella formula una

⁹⁹⁶ V. GIUFFRÈ, 'Necessitas probandi', cit., 119

⁹⁹⁷ V. GIUFFRÈ, 'Necessitas probandi', cit., 119.

⁹⁹⁸ Rammenta, infatti, V. GIUFFRÈ, 'Necessitas probandi', cit., 120, «a fini esplicativi, ben conoscendo la problematica che, benchè non se ne escluda la "intrinseca classicità", esso involge» (così a p. 120 nt. 89), un ulteriore passo, conservato in Paul. 17 *ad ed. D. 11.1.3*, ove ricorre la proposizione *difficilis probatio aditae hereditatis est: Quia plerumque difficilis probatio aditae hereditatis est*.

⁹⁹⁹ V. GIUFFRÈ, 'Necessitas probandi', cit., 120.

¹⁰⁰⁰ Così, secondo G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 378, il giudice avrebbe potuto senz'altro passare a decidere il merito.

¹⁰⁰¹ V. GIUFFRÈ, 'Necessitas probandi', cit., 120.

¹⁰⁰² V. GIUFFRÈ, 'Necessitas', cit., 120. Secondo G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 378, a risolvere la questione «è probabile che fosse il magistrato con la sua *causae cognitio*, e consultando, se era il caso, gli atti della sua cancelleria (dove una traccia dell'*interrogatio* e della risposta doveva rimanere) a dirimere egli stesso rapidamente questo punto della controversia».

¹⁰⁰³ V. G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit. 378, per il quale «tale *causae cognitio*, resa di necessità molto sommaria dall'accrescimento del numero dei processi, potè risultare in taluni casi meno agevole e meno rapida, specie se il processo di merito si svolgesse a distanza di tempo dall'*interrogatio*».

exceptio (appunto detta *interrogatoria*)¹⁰⁰⁴. Il giudice avrebbe dovuto appurare se l'*interrogatio in iure* avesse avuto luogo, nonché appurarne il contenuto; poi, egli avrebbe potuto passare al merito¹⁰⁰⁵. La particolarità risiedeva nel fatto che l'accertamento preliminare in merito all'avvenuta *interrogatio* doveva basarsi sulle prove fornite dall'attore, «nonostante la questione fosse stata sollevata dal convenuto con una *exceptio*»¹⁰⁰⁶.

Il passo, che si pone in apparente contrasto stridente con quanto siamo andati ricavando dalle altre enunciazioni giurisprudenziali, impone di essere considerato attentamente.

Il frammento, come si diceva, appare assai problematico anche sotto il profilo formale, ma come si accennava, appaiono tranquillanti¹⁰⁰⁷ le ragioni testuali¹⁰⁰⁸ addotte da Pugliese, sia pure quali «semplici

¹⁰⁰⁴ V. GIUFFRÈ, 'Necessitas probandi', cit., 120, osservava che alla devoluzione della questione alla cognizione del giudice era preposto un «mezzo tecnico», da riconoscersi per l'appunto nell'*exceptio interrogatoria*»

¹⁰⁰⁵ V. GIUFFRÈ, 'Necessitas probandi', cit., 120.

¹⁰⁰⁶ V. GIUFFRÈ, 'Necessitas probandi', cit., 121.

¹⁰⁰⁷ Tali almeno, secondo G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 376, da rendere «abbastanza verosimile la genuinità dell'accenno all'*exceptio interrogatoria*», che è per altro ciò che in questa sede maggiormente interessa. Per suffragare la propria posizione circa l'esistenza della *exceptio interrogatoria* Pugliese, appoggiandosi all'autorità del Lenel che già aveva posto «opportunitamente in risalto» la circostanza, richiama l'esistenza di due ulteriori eccezioni dalla portata analoga e «ugualmente, a prima vista, poco credibili», ossia l'*exceptio procuratoria* e l'*exceptio bonorum possessionis non datae* di cui è memoria rispettivamente in Pomp. 2 *ex plaut.* D. 3.3.62: *Ad legatum petendum procurator datus si interdicto utatur adversus heredem de tabulis exhibendis, procuratoria exceptio, quasi non et hoc esset ei mandatum non obstat*; Iul. 5 *ex minic.* D. 46.8.23: *Procurator cum peteret pecuniam, satisdedit amplius non peti: post iudicium acceptum extitit, qui et ipse procuratorio nomine eandem pecuniam peteret: quaesitum est, cum is, qui postea peteret, procurator non esset et propter hoc exceptionibus procuratoriis excludi posset, num fideiussores prioris procuratoris tenerentur. Iulianus respondit: verius est non obligari fideiussores: nam in stipulatione cavetur non petiturum eum, cuius de ea re actio petitio persecutio sit, et ratum habituros omnes, ad quos ea res pertinebit: hic autem, qui procurator non est, nec actionem nec petitionem habere intellegendus est*; e in Paul. *l.s. de concept. form.* D. 44.1.20: *Exceptiones opponuntur aut quia factum sit quod fieri oportet aut quia factum sit quod fieri non oportuit, aut quia factum non sit quod fieri debuerat. quia factum est, quod fieri oportuit, datur exceptio rei venditae et traditae et rei iudicatae: quia factum est, quod fieri non oportuit, datur exceptio doli mali: quia non factum est, quod fieri debuit, ut bonorum possessionis non datae.*

¹⁰⁰⁸ Come nota salacemente G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit. 375, «non si riesce in verità a capire come si trovino nel testo le parole "non ei qui exceptit", per giunta fuori posto, se non si suppone che facessero parte del nucleo genuino; e meno che mai si potrebbe immaginare che siano state inserite con tutta l'ultima parte dell'attuale testo, dopo la proposizione, pretesa genuina "vel si tacuisse – erit dicendum", giacché chiunque compiesse simile aggiunta non poteva non accorgersi che l'obiezione attribuita al

congetture»¹⁰⁰⁹ che, considerando in sé la testimonianza, al di fuori della questione relativa alla necessità di una clausola apposita nelle formule *ex responsione*¹⁰¹⁰, riteneva di poter scorgere nella fonte un «nucleo genuino» che, a detta dello studioso «si doveva imperniare sulla contrapposizione tra l'*actor* e *ei qui exceptit*»¹⁰¹¹. La testimonianza ulpiana, ricostituitane una certa – seppur limitata – credibilità, merita – come dicevo – di essere presa in attenta considerazione. Essa ci ragguaglia nel modo più chiaro del fatto che talvolta la giurisprudenza riteneva che l'onere della prova rispetto a quanto dedotto nell'eccezione spettasse ad un soggetto differente da quello che lo aveva addotto e che, a rigore, a mente di D. 22.3.2 (il celebre testo paolino), sarebbe stato tenuto a darne dimostrazione.

È chiaro che l'intervento della giurisprudenza, al tempo del giurista di Tiro doveva essere sollecitata da un caso che, senza l'apporto della stessa, non avrebbe potuto essere in tal modo risolto, essendo la massima concretamente seguita del tutto esorbitante rispetto all'applicazione che un normale giudice, privo delle competenze tecniche necessarie, avrebbe potuto fare della 'regola generale'. Io credo che nessun giudice privo dell'apporto giurisprudenziale, quale quello ulpiano, che non è escluso fosse affiancato anche da altre personalità scientifiche dell'epoca, avrebbe potuto richiedere la prova dell'avvenuta interrogazione, di cui all'*exceptio*, all'attore e non al convenuto. Non v'è nulla di meccanico né di scontato, infatti, nella fattispecie ricordata e versata nell'opinione ulpiana. Se, come credo, sia probabile che nel caso in parola il giudice si sia rivolto al

convenuto ("*se non respondisse*") coincideva con l'assunto dell'attore ("*si tacuisse sicutur interrogatus*"), se non si vuole stabilire l'assurdo presupposto che i maestri postclassici o addirittura i compilatori fossero del tutto privi di senno, bisogna ammettere che le parole "*ei qui exceptit se non respondisse*" siano state scritte quando nel testo non si leggeva ancora la proposizione "*vel si tacuisse... erit dicendum*". Seguendo la lezione esegetica di questo maestro (v. G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 376), dunque si riscontrerebbero due «alterazioni distinte»: la prima «esplicativa» è finalizzata a lumeggiare quale fosse il contenuto degli assunti delle parti; la seconda, «estensiva», il cui scopo era quello di far «adottare la medesima soluzione nel caso in cui l'attore fondasse la legittimazione passiva sul silenzio del convenuto»; secondo Pugliese, queste due alterazioni deriverebbero dalla fusione nel testo di note a margine o interlineari che poi vennero «malamente amalgamate».

¹⁰⁰⁹ Tali le definisce, appunto G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 376.

¹⁰¹⁰ Sulla questione, nonché sulle conseguenze derivanti dall'applicazione aprioristica delle tesi che richiedevano in ogni caso la presenza di una clausola formulare apposita, v. G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit. 374 s.

¹⁰¹¹ Così G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 375.

giurista, il quale ha espresso una massima cui il giudice era tenuto a conformarsi, v'è da chiedersi quali possano essere state le ragioni che hanno spinto Ulpiano a rendere questa opinione e, correlativamente, a quali ordine esse appartenessero.

Seguendo Pugliese, Ulpiano doveva essersi mosso, come Celso in D. 22.3.12¹⁰¹², spinto dalla volontà di individuare in modo esatto il *thema probandum*. È evidente che il *thema probandum* riguardava in modo palese la legittimazione passiva del convenuto (nel caso di specie, l'essere il convenuto erede del preteso debitore). Secondo lo stesso autore, sarebbe stato conforme al principio – su cui si fermò la riflessione giurisprudenziale – per cui l'attore era tenuto alla prova dei fatti costitutivi del diritto vantato, che lo stesso desse prova della qualifica di erede del proprio convenuto in quanto esso è un fatto costitutivo della pretesa fatta valere in giudizio¹⁰¹³.

Su questo aspetto, va rilevato ancora¹⁰¹⁴, si innestava una sorta di sposamento della prova con il meccanismo dell'*interrogatio in iure* che, in qualche modo, traslava l'accertamento e lo demandava alla risposta del convenuto (in certa misura sgravando l'attore dal carico probatorio relativamente a questo aspetto). Sotto questo profilo, che diremmo sostanzialistico, appare coerente che fosse l'attore a dare prova dell'assunto in quanto riferito ad un fatto costitutivo dell'intentio. Anche sotto il profilo processuale, poi va rimarcata la coerenza della soluzione ulpiana. Difatti, l'*exceptio interrogatoria* era connotata in modo peculiare rispetto alla normalità di questi mezzi processuali. «Con essa, in realtà, il convenuto non allegava un fatto diverso da quelli adottati dall'attore e idoneo, secondo il *ius honorarium*, a limitare o annullare la loro efficacia, bensì semplicemente contestava o poneva in dubbio un fatto già allegato,

¹⁰¹² Che, per agevolare il ragionamento articolato, riporto integralmente; Cels. 17. Dig. D. 22.3.12: *Quingenta testamento tibi legata sunt: idem scriptum est in codicillis postea scriptis: refert, duplicare legatum voluerit an repetere et oblitus se in testamento legasse id fecerit: ab utro ergo probatio eius rei exigenda est? prima fronte aequius videtur, ut petitor probet quod intendit: sed nimirum probationes quaedam a reo exiguntur: nam si creditum petam, ille respondeat solutam esse pecuniam, ipse hoc probare cogendus est. et hic igitur cum petitor duas scripturas ostendit, heres posteriorem inanem esse, ipse heres id adprobare iudici debet.*

¹⁰¹³ V. testualmente G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 377: «dal medesimo principio doveva derivare che egli fosse tenuto pure a provare come e perché il convenuto fosse o non fosse divenuto soggetto passivo di quel diritto».

¹⁰¹⁴ V. ancora G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 377.

esplicitamente o implicitamente, dall'attore». ¹⁰¹⁵ L'*exceptio* in questa peculiare applicazione non determinava l'allegazione di nuovi fatti che dovevano essere rigorosamente dimostrati dal convenuto innanzi al giudice (rispetto ai quali il convenuto assumeva le vesti di 'attore'), ma si limitava alla mera possibilità, grazie all'inserimento di questo mezzo formulare, concessa al giudice di accertare in modo esauriente il fondamento della mera negazione opposta *in iure* dal convenuto. La ragione dell'inserimento di questo mezzo processuale si doveva riconoscere nelle difficoltà incontrate dal magistrato di determinarsi in modo sufficientemente circostanziato. Il brano ulpiano, una volta accordatagli un'affidabilità nel senso appena indicato, rileva tanto per quanto attiene all'estensione delle valutazioni del giudice anche circa gli elementi che avrebbero dovuto sostenere l'operato dal magistrato, quanto per ciò che concerne il superamento cosciente e volontario, eppure coerente, delle regole elaborate dalla prassi più antica. Dunque, riportando le significative conclusioni rassegnate in merito da Pugliese ¹⁰¹⁶, «si capisce che il merito di Ulpiano, e forse di altri giuristi prima di lui, è stato quello di capire qual era la reale portata di questa *exceptio*, senza lasciarsi trarre in inganno dalla lettura esteriore della *formula*, né dalla regola sulla prova delle *exceptiones*. Egli si rese conto che il convenuto, opponendo tale *exceptio*, si limitava a contestare un fatto (la risposta all'*interrogatio*) già affermato necessariamente dall'attore e che, senza l'*exceptio*, sarebbe stato ritenuto pacifico e non bisognoso di prova» ¹⁰¹⁷. Accertamenti di questo tipo erano demandati al giudice al quale il pretore indirizzava una *formula* opportunamente congegnata. Ciò dimostrerebbe pure il fatto che la *causae cognitio* non privava affatto il giudice dell'istruzione probatoria (ed anzi che talvolta essa stessa, nei fatti, fosse svolta addirittura dal giudice), e dunque conferma, indirettamente, che le regole elaborate dalla giurisprudenza classica (poche, ma solidamente attestate), si rivolgevano anche e prioritariamente al giudice e non al pretore. Certo, il pretore poteva procedere ad una valutazione sommaria

¹⁰¹⁵ G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 377 s.

¹⁰¹⁶ Approvate anche da V. GIUFFRÈ, '*Necessitas probandi*', cit., 123, anche se con la specificazione per la quale sembra all'autore che «l'attenzione sia spostata, da parte del giurista antico dalla relazione pur sempre processuale tra chi opera l'allegazione ed il suo contraddittore alla condizione rispetto al *ius* in cui si trovano, correlativamente, le due parti».

¹⁰¹⁷ G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 379.

all'esito della quale poteva denegare l'azione, ma l'analisi rigorosa dei mezzi di prova, tuttavia, spettava al giudice.

8. *La controversa testimonianza di Gellio.*

È bene ora dedicare brevemente l'attenzione ad un celebre brano di Gellio¹⁰¹⁸. Per quanto, infatti, attiene alle fonti letterarie, gli autori maggiormente critici nei confronti dell'ipotesi dell'elaborazione giurisprudenziale circa l'istruzione probatoria nel processo civile di epoca classica, hanno creduto di poter utilizzare a sostegno dei propri asserti questo celeberrimo brano tratto dalle *Notti Attiche* di Gellio nel quale l'autore antico narra una vicenda che lo vedeva protagonista quale giudice privato in una controversia. Egli concluse la vertenza dinnanzi a sé discussa, rimettendo la causa ad altro giudice poiché, conoscendo egli le parti in causa e le loro differenti stature morali, non sapeva convincersi a giudicare secondo quanto provato dalle parti nonché secondo il principio di diritto correttamente individuato. La possibilità che Gellio si discostasse dalla linea di condotta dettata dall'applicazione delle norme giuridiche (anche in tema di onere probatorio) lascerebbe leggere in trasparenza l'inconsistenza e comunque la mancanza di vera e propria cogenza nei riguardi del giudice delle norme dettate in tema di gestione del giudizio, e con ciò anche la sostanziale libertà del giudice.

A prescindere da altri rilievi, non è possibile escludere che la narrazione di Gellio, ben lungi dal rappresentare un paradigma, sia da valutarsi più come un esempio che fuoriusciva dalla normalità dei casi, né

¹⁰¹⁸ In esso, come si dirà viene in rilievo la facoltà concessa al giudice di giurare *sibi non liquet*. Richiamano la medesima facoltà, seppure con «un'accezione leggermente diversa» rispetto alla narrazione gelliana (così A. PALMA, *Note sull'autonomia e discrezionalità del giudicante: 'non liquet' e 'denegatio actionis'*, in *Koinonia*, XXXIX, 2015, ora anche in A. PALMA, *Il luogo delle regole, Riflessioni sul processo civile romano*, cit., donde cito; il luogo indicato si trova a p. 111) anche altre fonti, «in dottrina... per solito ricordate» (come ricorda L. MANNA, *La facoltà del giudice di 'iurare rem sibi non liquere'*, cit., 510) e citate da G. POLARA, *Autonomia ed indipendenza del giudice nell'evoluzione storica delle forme processuali*, cit., 346 s.: Ps. Ascon. Verr. (p. 230.30): ... *ante legem Glauciae de comperendinatione aut statim sententia dicebatur, si absolvendus esset reus, aut 'amplius' pronuntiabatur, si videtur esse damnandus, cum dixisset iudices 'non liquet', hoc est 'obscura causa est;* p. 231.12: ... *cum condemnandi nota esset C littera, absolventi ampliandi signum N.L. iudices dabant, qui significabant non liquere; unde ampliatio nascebatur.* Per un'efficace panoramica sulle fonti appena richiamate, v. la disamina svolta da L. MANNA, *La facoltà del giudice di 'iurare rem sibi non liquere'*, in *Il giudice privato nel processo civile romano*, I. cit., 510 ss.

è da escludersi che nell'episodio raccontato abbia giocato un ruolo decisivo la personalità dell'autore antico. Del resto, va rimarcato il fatto che Gellio non pronunzi una sentenza discostandosi dalle evidenze probatorie emerse *in iudicio*, né applichi in modo difforme il principio di diritto impostogli dal pretore, bensì si limiti ad emettere una pronunzia di *non liquet*: non si darebbe il caso di un giudizio del tutto deviante, guidato non tanto dal diritto, quanto dalle concezioni filosofiche e morali del giudice, bensì il solo mutamento della figura del giudice.

Nella mancata applicazione difforme delle norme sostanziali e processuali da parte di Gellio, in qualche modo, si percepirebbe proprio la vigenza delle norme che si pretenderebbero disattese. Alla luce di queste considerazioni apparirebbe decisamente sminuito il valore della testimonianza di Gellio.

Se ne legga, anzitutto, il testo.

Gell. 14.2: *Quem in modum disseruerit Fauorinus consultus a me super officio iudicis. Quo primum tempore a praetoribus lectus in iudices sum ut iudicia quae appellantur priuata susciperem, libros utriusque linguae de officio iudicis scriptos conquisiui, ut homo adulescens a poetarum fabulis et a rhetorum epilogis ad iudicandas lites uocatus rem iudiciariam, quoniam uocis, ut dicitur, uiuae penuria erat, ex mutis, quod aiunt, magistris cognoscerem. Atque in dierum quidem diffissionibus conperendinationibusque et aliis quibusdam legitimis ritibus ex ipsa lege Iulia et ex Sabini Masurii et quorundam aliorum iurisperorum commentariis commoniti et adminiculati sumus. In his autem, quae existere solent, negotiorum ambagibus et in ancipiti rationum diuersarum circumstantia nihil quicquam nos huiuscemodi libri iuuerunt. Nam etsi consilia iudicibus ex praesentium causarum statu capienda sunt, generalia tamen quaedam praemonita et praecepta sunt, quibus ante causam praemuniri iudex praepararique ad incertos casus futurarum difficultatum debeat, sicut illa mihi tunc accidit inexplicabilis reperiendae sententiae ambiguitas. Petebatur apud me pecunia, quae dicebatur data numerataque; sed qui petebat, neque tabulis neque testibus id factum docebat et argumentis admodum exilibus nitebatur. Sed eum constabat uirum esse firme bonum notaeque et expertae fidei et uitae inculpatissimae, multaque et inlustrata exempla probitatis sinceritatisque eius expromebantur; illum autem, unde petebatur, hominem esse non bonae rei uitaeque turpi et sordida*

conuictumque uolgo in mendaciis plenumque esse perfidiarum et fraudum ostendebatur. Is tamen cum suis multis patronis clamitabat probari apud me debere pecuniam datam consuetis modis: expensi latione, mensae rationibus, chirographi exhibitione, tabularum obsignatione, testium intercessione; ex quibus omnibus si nulla re probaretur, dimitti iam se oportere et aduersarium de calumnia damnari; quod de utriusque autem uita atque factis diceretur, frustra id fieri atque dici; rem enim depetenda pecunia apud iudicem priuatum agi, non apud censores de moribus. Tunc ibi amici mei, quos rogaueram in consilium, uiri exercitati atque in patrociniis et in operis fori celebres semperque se circumundique distrabentibus causis festinantes, non sedendum diutius ac nihil esse dubium dicebant, quin absoluendus foret, quem accepisse pecuniam nulla probatione sollemni docebatur. Sed enim ego homines cum considerabam, alterum fidei, alterum probri plenum spurcissimaeque uitae ac defamatissimae, nequaquam adduci potui ad absoluendum. Iussi igitur diem diffindi atque inde a subselliis pergo ire ad Fauorinum philosophum, quem in eo tempore Romae plurimum sectabar, atque ei de causa ac de hominibus quae apud me dicta fuerant, uti res erat, narro omnia ac peto, ut et ipsum illud, in quo haerebam, et cetera etiam, quae obseruanda mihi forent in officio iudicis, faceret me, ut earum rerum essem prudentior. Tum Fauorinus religione illa cunctationis et sollicitudinis nostrae conprobata: 'id quidem,' inquit 'super quo nunc deliberas, uideri potest specie tenui paruaque esse. Sed si de omni quoque officio iudicis praeire tibi me uis, nequaquam est uel loci huius uel temporis; est enim disceptatio ista multiuigae et sinuosae quaestionis multaque et anxia cura et circumspicientia indigens. Namque ut pauca tibi nunc quaestionum capita attingam, iam omnium primum hoc de iudicis officio quaeritur: si iudex forte id sciat, super quare apud eum litigatur, eaque res uni ei, priusquam agi coepta aut in iudicium deducta sit, ex alio quodam negotio casuue aliquo cognita liquido et comperta sit neque id tamen in agenda causa probetur, oporteatne eum secundum ea, quae sciens uenit, iudicare an secundum ea, quae aguntur? Id etiam' inquit 'quaeri solet, an deceat atque conueniat iudici causa iam cognita, si facultas esse uideatur componendi negotii, officio paulisper iudicis dilato communis amicitiae et quasi pacificatoris partes recipere? Atque illud amplius ambigi ac dubitari scio, debeatne iudex inter cognoscendum ea, quae dicto quaesitoque opus est, dicere et quaerere, etiamsi, cuius ea dici quaerique interest, neque dicat neque postulet? Patrocinari enim prorsus hoc esse aiunt, non iudicare.

'Praeter haec super ea quoque re dissentitur, an ex usu exque officio sit iudicis rem causamque, de qua cognoscit, interlocutionibus suis ita exprimere consignareque, ut ante sententiae tempus ex his, quae apud eum in praesens confuse uarieque dicuntur, proinde, ut quoquo in loco ac tempore mouetur, signa et indicia faciat motus atque sensus sui. Nam qui iudices' inquit 'acres atque celeres uidentur, non aliter existimant rem, qua de agitur, indagari comprehendique posse, nisi is, qui iudicat, crebris interrogationibus necessariisque interlocutionibus et suos sensus aperiat et litigantium deprehendat. Contra autem, qui sedatiores et grauiore putantur, negant iudicem debere ante sententiam, dum causa utrimque agitur, quotiens aliqua re proposita motus est, totiens significare quid sentiat. Euenturum enim aiunt, ut, quia pro uarietate propositionum argumentorumque alius atque alius motus animi patiendus est, aliter atque aliter eadem in causa eodemque in tempore sentire et interloqui uideantur. 'Sed de his' inquit 'et ceteris huiusmodi iudicialis officii tractatibus et nos posthac, cum erit otium, dicere, quid sentiamus, conabimur et praecepta Aelii Tuberonis super officio iudicis, quae nuperrime legi, recensebimus. Quod autem ad pecuniam pertinet, quam apud iudicem peti dixisti, suadeo hercle tibi, utare M. Catonis, prudentissimi uiri, consilio, qui in oratione, quam pro L. Turio contra Cn. Gellium dixit, ita esse a maioribus traditum obseruatumque ait, ut si, quod inter duos actum est, neque tabulis neque testibus planum fieri possit, tum apud iudicem, qui de ea re cognosceret, uter ex his uir melior esset, quaereretur et, si pares essent seu boni pariter seu mali, tum illi, unde petitur, crederetur ac secundum eum iudicaretur. In hac autem causa, de qua tu ambigis, optimus est qui petit, unde petitur deterrimus, et res est inter duos acta sine testibus. Eas igitur et credas ei qui petit, condempnesque eum de quo petitur, quoniam, sicuti dicis, duo pares non sunt et qui petit melior est.' Hoc quidem mihi tum Fauorinus, ut uirum philosophum decuit, suasit. Sed maius ego altiusque id esse existimaui, quam quod meae aetati et mediocritati conueniret, ut cognouisse et condemnasse de moribus, non de probationibus rei gestae uiderer; ut absoluerem tamen, inducere in animum non quui et propterea iuraui mihi non liquere atque ita iudicatu illo solutus sum. Verba ex oratione M. Catonis, cuius commeminit Fauorinus, haec sunt: 'Atque ego a maioribus memoria sic accepi: si quis quid alter ab altero peterent, si ambo pares essent, siue boni siue mali essent, quod duo res gessissent, uti testes non interessent, illi, unde petitur, ei potius credendum esse. Nunc si sponsionem fecisset Gellius cum Turio, ni uir melior esset

Gellius quam Turius, nemo, opinor, tam insanus esset, qui iudicaret meliorem esse Gellium quam Turium: si non melior Gellius est Turio, potius oportet credi, unde petitur.'

Il passo¹⁰¹⁹, che ho riportato per intero vista la sua notevole importanza¹⁰²⁰ – essendo «probabilmente la testimonianza più importante sull'attività del *iudex privatus*»¹⁰²¹ –, è stato oggetto di molteplici interpretazioni ed è da sempre al centro dell'attenzione degli interpreti le cui «letture ... sono per certi versi del tutto contrastanti»¹⁰²², tanto da palesarsi talvolta quale «testimonianza molto imbarazzante»¹⁰²³.

Il capitolo gelliano riguarda la vicenda¹⁰²⁴ di un tale, che Gellio non nomina, che aveva agito, affermando di avere corrisposto una certa somma di denaro, mediante una *condictio*, nella sua forma dell'*actio certae creditae pecuniae*¹⁰²⁵, chiedendo la restituzione di quanto versato. L'attore, tuttavia, «non era in grado di dimostrare la sua pretesa attraverso i normali mezzi probatori»¹⁰²⁶. Per contro, il convenuto, assistito da un gran numero di avvocati, reclamava che l'attore fornisse la prova richiesta mediante testimonianze o documenti. Reclamava, inoltre, il convenuto, che in assenza di qualsiasi prova da parte dell'attore, egli fosse assolto secondo la prassi: «la conseguenza logica del mancato assolvimento dell'onere probatorio da parte dell'attore avrebbe dovuto essere, per l'appunto,

¹⁰¹⁹ Esso ha dato luogo a numerose qualificazioni da parte degli interpreti: tra le tante ricordo quella espressa da H. LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris, 1960, 216, che lo definì «un texte curieux».

¹⁰²⁰ V. GIUFFRÈ, '*Necessitas probandi*', cit., 136 s., ritenne che la testimonianza non «può essere trascurata o relegata fra quelle non decisive sulla base della considerazione che "i testi extragiuridici sono... malfidi, qui ove è materia di un problema di tecnica giuridica» (i rimandi interni si invengono in G. LONGO, '*Onus probandi*', cit., 99)

¹⁰²¹ B. CORTESE, *L'onere della prova*, cit., 399. In passato anche G. PUGLIESE, *L'onere*, cit., 413, riteneva che «dal celebre passo» si possa «intravedere come si comportava in concreto un giudice del processo *per formulas*».

¹⁰²² B. CORTESE, *L'onere della prova*, cit., 399; parla di «interpretazioni divergenti» V. GIUFFRÈ, '*Necessitas probandi*', cit., 136.

¹⁰²³ V. GIUFFRÈ, '*Necessitas probandi*', cit., 135.

¹⁰²⁴ Sottolinea opportunamente G. POLARA, *Autonomia ed indipendenza del giudice nell'evoluzione storica delle forme processuali*, cit., 339, «che Gellio non sta riferendo un caso a lui noto indirettamente, ma riporta un dato della sua esperienza occorsogli quando espletava la funzione di giudice in una causa civile».

¹⁰²⁵ G. POLARA, *Autonomia ed indipendenza del giudice nell'evoluzione storica delle forme processuali*, cit., 339.

¹⁰²⁶ A. PALMA, *Note sull'autonomia*, cit., 104 ss.

l'assoluzione del convenuto e la condanna *de calumnia*¹⁰²⁷. Tuttavia, Gellio, investito dai pretori (*a pretoribus*) dell'*officium iudicis* si dichiara dubbioso circa la decisione da adottare, che sarebbe stata con ogni probabilità sfavorevole all'attore, poiché lo stesso era «un uomo integerrimo e di condotta specchiata»¹⁰²⁸, anche se non era riuscito ad assolvere compiutamente all'onere probatorio su di sé gravante. D'altro canto il convenuto era soggetto di condotta turpe e disdicevole, in somma un «poco di buono»¹⁰²⁹. Con molta efficacia, Antonio Palma ha di recente definito il passo gelliano un «caso di coscienza»¹⁰³⁰ dal momento che il giudice aveva compreso che «la mera applicazione delle regole processuali avrebbe portato ad una decisione solo formalmente e d'apparentemente equa»¹⁰³¹. A fronte di codesto caso di coscienza¹⁰³², la cui soluzione sarebbe viceversa apparso piuttosto lineare sotto il punto di vista giuridico, Gellio, mostrando un notevole grado di scrupolo, che forse non era proprio di qualsiasi giudicante, ma che non manca di mostrarsi rimarchevole¹⁰³³, si rivolse ad amici e giuristi che diedero senza dubbio una

¹⁰²⁷ A. PALMA, *Note*, cit., 104. L. MANNA, *La facoltà del giudice di 'iurare rem sibi non liquere'*, cit., 501 s., ricorda per propria parte che l'assoluzione del convenuto «sembrava l'unica conclusione plausibile, a nulla valendo il giudizio morale sulle parti, il cui peso poteva farsi sentire in altri ambiti (quali, come ricorda l'erudito, i procedimenti dinanzi ai censori), ma non in quello del processo civile».

¹⁰²⁸ A. PALMA, *Note*, cit., 105.

¹⁰²⁹ A. PALMA, *Note*, cit., 105.

¹⁰³⁰ A. PALMA, *Note*, cit., 105. Già B. CORTESE, *L'onere della prova*, cit., 402, aveva sottolineato come tale fosse la natura del caso sottoposto a Gellio, precisando che «se egli non avesse avuto modo di conoscere alcunché delle parti, non avrebbe esitato a giudicare secondo i consueti criteri processuali».

¹⁰³¹ A. PALMA, *Note*, cit., 105.

¹⁰³² L. MANNA, *La facoltà del giudice di 'iurare rem sibi non liquere'*, cit., 503, afferma che la presagita «conclusione ripugnava a Gellio, intimamente convinto della veridicità delle asserzioni attoree e della sostanziale ingiustizia cui avrebbe dato luogo l'applicazione delle pure regole processuali», dando per «assodata la loro stessa esistenza».

¹⁰³³ Secondo G. POLARA, *Autonomia ed indipendenza del giudice nell'evoluzione storica delle forme processuali*, cit., 340, «costituisce un ulteriore dato di veridicità del ... racconto di Gellio», il fatto che egli si sia rivolto a «amici chiamati da lui stesso a far parte di un *consilium* ovviamente informale»; v. anche I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II.2, *Le 'legis actiones'*, Bologna, 1948, 230. Sulla scarsa cultura giuridica dei giudici, nonché dell'estrazione sociale generalmente bassa che si desumerebbe da una corretta analisi delle fonti letterarie, v. la già citata, interessante disamina compiuta da L. GAGLIARDI, *La figura del giudice nel processo civile romano*, cit., 199 ss.; v. anche G. FALCONE, *L'attribuzione della qualifica 'vir bonus' nella prassi giudiziaria d'età repubblicana (a proposito di Cato frg. 186 Sblend.= 206 (Malc))*, in *AUPA*, LIV, 2010-2011, 55 ss.

risposta favorevole alla posizione del convenuto, sostenendo «la necessità che si procedesse all'assoluzione del convenuto secondo il principio generale seguito dalla prassi»¹⁰³⁴. Tuttavia, Gellio non si rassegna «all'idea che venga assolto, sulla base di pure regole processuali, un uomo di cattiva fama e che l'attore, uomo probus, debba perdere la *lis* per non esser riuscito, con le prove assai labili da lui addotte a dimostrare il fondamento della sua pretese»¹⁰³⁵. A quel punto Gellio decise di ricorrere al filosofo Favorino di Arles, il quale consigliò, nella propria posizione di filosofo e non di giudice¹⁰³⁶, con una risposta «lungi dall'essere univoca»¹⁰³⁷, senza alcun riscontro nelle fonti giuridiche, di procedere al giudizio dando ragione al soggetto che, in una valutazione comparativa¹⁰³⁸, fosse maggiormente dotato di *dignitas*. Il consiglio, pur suggestivo, non apparve idoneo «a sopire le perplessità»¹⁰³⁹ non venne seguito dal giudice Gellio che, pur risultandone «compiaciuto»¹⁰⁴⁰, non ebbe il «coraggio di condannare il convenuto»¹⁰⁴¹ preferì, viceversa, giurare che *sibi non liquet*¹⁰⁴², evidentemente dimostrando di non volersi «assumere la responsabilità di giudicare né in modo difforme dalla prassi... ma

¹⁰³⁴ A. PALMA, *Note*, cit., 105.

¹⁰³⁵ A. PALMA, *Note*, cit., 106.

¹⁰³⁶ Concordo con la proposta ricostruttiva di A. PALMA, *Note*, cit., 106, nt. 26, in opposizione a quanto affermato da R. MARTINI, *La legislazione giudiziaria di Augusto e la durata dei processi*, in *Seminarios Complutense de Derecho Romano*, I. *Cuestiones de Jurisprudencia y Proceso*, Madrid, 1990, 93 ss., secondo il quale Favorino sarebbe intervenuto nella vicenda su invito di Gellio quale *iudex*.

¹⁰³⁷ G. POLARA, *Autonomia ed indipendenza del giudice nell'evoluzione storica delle forme processuali*, cit., 339

¹⁰³⁸ Ricorda L. MANNA, *La facoltà del giudice di 'iurare rem sibi non liquere'*, cit., 503, che a Gellio Favorino «aveva riferito che, stando a una affermazione di Catone..., pure nel processo civile il giudice aveva la facoltà di valutare la personalità dei contendenti, e gli aveva suggerito perciò, vista la pessima fama del convenuto e, di converso, l'ottima reputazione dell'attore, di accogliere la domanda di questo e di emettere senza timore una sentenza di condanna del primo».

¹⁰³⁹ L. MANNA, *La facoltà del giudice di 'iurare rem sibi non liquere'*, cit., 504.

¹⁰⁴⁰ G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 414.

¹⁰⁴¹ G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 414.

¹⁰⁴² G. POLARA, *Autonomia ed indipendenza del giudice nell'evoluzione storica delle forme processuali*, cit., 335, osservava «che l'affermazione del giudice che pronuncia il "*sibi non liquere*" è un dato certo, non è ricostruito sul piano della logica, ma è una espressione ricorrente nelle fonti sul cui contenuto è possibile discutere ma dalla cui esistenza non è possibile prescindere».

nemmeno, aderendo contro il suo sentire alla prassi, di assolvere il convenuto»¹⁰⁴³.

Circa l'interpretazione del passo e le informazioni che da esso si desumono, come si diceva, si pongono notevoli problemi, non essendo «del tutto chiaro ... se tali notizie possano essere considerate indicative dell'attività del giudice in generale o se riguardino il solo Aulo Gellio, personaggio certamente di raffinata cultura ed elevata statura morale»¹⁰⁴⁴.

¹⁰⁴³ A. PALMA, *Note*, cit., 106. Sul punto opportunamente B. CORTESE, *L'onere della prova*, cit., 400, nt. 21, richiama un passo di Cicerone ove si sostiene «l'incompatibilità con il concetto di decisione giusta del verdetto emesso sulla base di condizionamenti, come pregiudizi o dicerie; i giudici sono chiamati a giudicare sulle risultanze della causa e non su opinioni personali poiché ciò li priverebbe non solo dell'autorità ma anche del nome di giudici». Il passo è il seguente: Cic. *Cluent.* 2.5-6: *Etenim sicut aliis in locis parum firmamenti et parum virium veritas habet, sic in hoc loco falsa invidia imbecilla esse debet. Dominetur in contionibus, iaceat in iudiciis; valeat in opinionibus ac sermonibus imperitorum, ab ingeniis prudentium repudietur; vehementes habeat repentinos impetus, spatio interposito et causa cognita consenescat: denique illa definitio iudiciorum aequorum, quae nobis a maioribus tradita est, retineatur, ut in iudiciis et sine invidia culpa plectatur et sine culpa invidia ponatur. Quam ob rem a vobis, iudices, ante quam de ipsa causa dicere incipio, haec postulo: primum – id quod aequissimum est – ut ne quid huc praeiudicati adferatis (etenim non modo auctoritatem, sed etiam nomen iudicum amitteremus, nisi hic ex ipsis causis iudicabimus ac si ad causas iudicia iam facta domo deferemus); deinde si quam opinionem iam vestris mentibus comprehendistis, si eam ratio convellet, si oratio labefactabit, si denique veritas extorquebit, ne repugnetis eamque animis vestris aut libentibus aut aequis remittatis; tum autem, cum ego una quaque de re dicam et diluam, ne ipsi quae contraria sint taciti cogitationi vestrae subiciatis, sed ad extremum exspectetis meque meum dicendi ordinem servare patiamini: cum peroraro, tum, si quid erit praeteritum, animo requiratis.*

¹⁰⁴⁴ B. CORTESE, *L'onere della prova*, cit., 399; sul punto v. l'opinione di G. POLARA, *Autonomia ed indipendenza del giudice nell'evoluzione storica delle forme processuali*, cit., 339, secondo cui «non può ... per diminuire l'affidabilità della fonte, argomentarsi né sul fatto che la notizia è indiretta né sulla incompetenza dell'autore della fonte in quanto, per l'essere accaduto a lui personalmente il caso e per la natura privata del giudice, per questo stesso dato "incompetente", tali argomentazioni sembrerebbero palesemente pretestuose». Secondo lo stesso G. POLARA, *Autonomia ed indipendenza del giudice nell'evoluzione storica delle forme processuali*, cit., 351, da alcune fonti ciceroniane (*Cluent.* 76: *Hic tum iniectus est hominibus scrupulus et quaedam dubitatio quidnam esset actum. Deinde homines sapientes et ex vetere illa disciplina iudiciorum, qui neque absolvere hominem nocentissimum possent, neque eum de quo esset orta suspicio pecunia oppugnatum, re illa incognita, primo condemnare vellent, non liquere dixerunt. Non nulli autem severi homines – qui hoc statuerunt, quo quisque animo quid faceret spectari oportere – etsi alii pecunia accepta verum iudicabant, tamen nibilo minus se superioribus suis iudiciis constare putabant oportere; itaque damnarunt. Quinque omnino fuerunt qui illum vestrum innocentem Oppianicum sive imprudentia sive misericordia sive aliqua suspicione sive ambitione adducti absolverunt; e 106: *Uter igitur facilius suae sententiae rationem redderet: isne qui se et sibi et rei iudicatae constitisse dicit, an ille qui se in principem maleficium lenem, in adiutores eius et conscios vehementissimum esse respondet? Quorum ego de sententia**

Il problema che si pone, al fondo, riguarda la dubbia natura paradigmatica della narrazione gelliana, oppure se essa debba essere considerata quale esempio extravagante rispetto ad una prassi diversamente orientata. Certo, al principio del brano, Gellio ricordava come i giudici fossero chiamati a «formare il proprio convincimento sulla base delle situazioni così come si presentavano in causa», ma ricordava, altresì – ed è indicazione che appare preziosa – come i giudici necessitassero «di alcune prescrizioni di carattere generale che, ancor prima che iniziasse il giudizio, li guidassero nei casi dubbi»¹⁰⁴⁵.

Come ha ricordato di recente Barbara Cortese, nel passo di Gellio «alcuni autori hanno rintracciato la conferma di una mancanza di vincoli per il giudice in ordine alla gestione della fase *apud iudicem*, specie per quel che concerne la fase istruttoria»¹⁰⁴⁶. Fra questi, ad esempio, ancora una volta, Giannetto Longo il quale collocò il testo qui in esame tra quelli che avrebbero disconosciuto il «principio dell'onere, legalmente predeterminato e legalmente regolato»¹⁰⁴⁷ ed in quanto tale vincolante per il giudice. Dal passo estratto dalle *Noctes Atticae* emergerebbe, infatti, l'esclusione dell'onere probatorio dal sistema processuale formulare dal momento che «la possibilità che il giudice si esimesse dal pronunciare con

*non debeo disputare; neque enim dubito quin ii tales viri suspicione aliqua perculti repentina de statu suo declinarint. Qua re eorum qui absolverunt misericordiam non reprehendo, eorum qui in iudicando superiora iudicia secuti sunt (sua sponte, non Staieni fraude) constantiam comprobo, eorum vero qui sibi non liquere dixerunt sapientiam laudo, – qui absolvere eum quem nocentissimum cognorant, et quem ipsi bis iam antea condemnarant nullo modo poterant, condemnare, cum tanta consilii infamia et tam atrocis rei suspicio esset iniecta, paulo posterius patefacta re maluerunt), e naturalmente dal passo in commento, si ricaverebbe «non soltanto la possibilità processuale data al giudice di determinarsi per il *non liquet* ma, soprattutto, la valutazione morale di tale comportamento che configura la sapienza di chi tale decisione assume». Secondo L. MANNA, *La facoltà del giudice di 'iurare rem sibi non liquere'*, cit., 600, che ho già richiamato all'inizio di questa ricerca, in relazione al giuramento pronunciato dal giudice, «l'oggetto del giuramento, infatti, non è il rendere una sentenza quale che sia, ma il dare una sentenza che sia la concretizzazione del *ius* siccome descritto da Celso. In questa linea di continuità tra *fides*, *iustitia*, e *ius* inteso come *ars boni et aequi* si inserisce, col suo giuramento il giudice del processo formulare che, nell'ottemperare al *iussum iudicandi* del pretore, deve avere di mira una cosa sola: il perseguimento della giustizia in senso sostanziale».*

¹⁰⁴⁵ B. CORTESE, *L'onere della prova*, cit., 399.

¹⁰⁴⁶ B. CORTESE, *L'onere della prova*, cit., 401 s.

¹⁰⁴⁷ G. LONGO, *L'onere*, cit., 179.

il giuramento “*sibi non liquere*”, nonostante ogni prova, esclude» la sussistenza di tale onere e non la «include»¹⁰⁴⁸.

La libertà del giudice sarebbe comprovata dal fatto che egli, pur avendo ottenuto un contegno probatorio idoneo a fondare la propria decisione (un contegno, diremmo, di carattere negativo dal momento che esso consistette nella mancata prova da parte di chi aveva intentato l'azione e purtuttavia idoneo a determinare il giudice nel senso di emettere una sentenza favorevole al convenuto) scelse di agire in spregio della regola processuale contro la cui sussistenza si è espresso recisamente lo stesso Longo. Secondo questo autore, dunque, Gellio ci dice che il suo convincimento «poteva liberamente formarsi sulla base di altri elementi»¹⁰⁴⁹. In realtà a me pare che siano viceversa condivisibili le conclusioni di coloro che scorsero nel testo gelliano un diverso ordine di considerazioni possibili.

Anzitutto va sottolineato come il caso reputato difficile trovasse le ragioni della propria difficoltà in una valutazione di ordine morale che va attribuita con ogni probabilità alla peculiare caratura culturale e personale dell'autore stesso: ciò troverebbe conferma nel fatto che egli avesse scorto una possibile soluzione per i propri dubbi nel consulto con un filosofo e non con un giurista. Ciò porta a ritenere che l'inutilità dei consigli giuridici e delle letture di opere giurisprudenziali che Gellio pur dichiara di aver compiuto nell'accingersi all'*officium iudicis*¹⁰⁵⁰ rilevasse in quanto la difficoltà del caso non fosse eminentemente tecnica. Questo, a contrario,

¹⁰⁴⁸ G. LONGO, *L'onere*, cit., 179.

¹⁰⁴⁹ G. LONGO, *L'onere*, cit., 179.

¹⁰⁵⁰ Non si dimentichi che Gellio stesso «nella premessa al racconto della causa narra che la *lex Iulia* e le opere di Sabino e di altri giuristi gli erano state di aiuto in generale per le questioni tecniche, ma per i casi difficili e le questioni complicate su cui emettere un giudizio non erano di alcun ausilio» (così B. CORTESE, *L'onere della prova*, cit., 399: l'autrice riassume in tal modo le proposizioni di Gellio: *Quo primum tempore a praetoribus lectus in iudices sum ut iudicia quae appellantur priuata susciperem, libros utriusque linguae de officio iudicis scriptos conquisiui, ut homo adulescens a poetarum fabulis et a rhetorum epilogis ad iudicandas lites uocatus rem iudiciariam, quoniam uocis, ut dicitur, uiuae penuria erat, ex mutis, quod aiunt, magistris cognoscerem. Atque in dierum quidem diffissionibus conperendinationibusque et aliis quibusdam legitimis ritibus ex ipsa lege Iulia et ex Sabini Masurii et quorundam aliorum iurisperorum commentariis commoniti et adminiculati sumus*). V. GIUFFRÈ, 'Necessitas probandi', cit., 142 s., parla addirittura di diffidenza da parte di Gellio nei confronti della classe giuridica, nella quale spicca il nome di Masurio Sabino: «meraviglia, piuttosto, la sfiducia di Gellio verso i giuristi a lui contemporanei perché sappiamo, invece che un Celso aveva prestato molta attenzione, proprio in quegli anni, alla problematica della prova».

conferma – tra l’altro – come fosse una prassi largamente diffusa il consultare, a guisa di *consilium*¹⁰⁵¹, i giuristi, o le loro opere, laddove vi fossero questioni giuridiche la cui risoluzione non poteva basarsi esclusivamente sullo schema di giudizio costituito dalla formula concessa dal pretore. In ogni caso di deve concludere, come ebbe a sottolineare Pugliese, vista la natura della questione sottoposta a Favorino (che esula dall’applicazione di regole – purchessia – ed anzi origina proprio dalla necessità di giustificare in altro modo una possibile decisione, assunta oltre e contro alla corretta applicazione delle regole giurisprudenziali) «che l’atteggiamento di Aulo Gellio fosse dettato dalla sua stessa personalità, che gli impediva di accettare che il problema fosse risolto alla luce della regola del diritto»¹⁰⁵². Ad ulteriore suffragio di questo asserto, come abbiamo detto, starebbe il «ricorrere alla consulenza di un filosofo, piuttosto che di un ‘tecnico’»¹⁰⁵³.

¹⁰⁵¹ Si è autorizzati a parlare di *consilium*, in parallelo a quanto accadeva per il *consilium* del pretore giudicante nel quale, è noto, sedevano esperti giuristi, dallo stesso tenore del passo gelliano che afferma: *Tunc ibi amici mei, quos rogaueram in consilium, uiri exercitati atque in patrociniis et in operis fori celebres semperque se circumundique distrabantibus causis festinantes, non sedendum diutius ac nihil esse dubium dicebant, quin absoluendus foret, quem accepisse pecuniam nulla probatione sollemni docebatur*. Come ricordava già A. CHECCHINI, *I ‘consiliarii’ nella storia della procedura*, cit., 7 ss., «il giudice romano nell’esercizio delle sue funzioni, non seguiva già il suo arbitrio, ma, costume questo che ha i suoi precedenti nei più remoti tempi del regno e della repubblica, si circondava di amici scelti precipuamente tra i giureconsulti e, prima di pronunciare la sentenza, richiedeva il loro parere sul caso concreto»; lo stesso autore ricordava inoltre come «tutti i magistrati e i giudici romani potevano chiamare intorno a sé un tale *consilium*...»; al punto che «nel corso dell’impero si consolidò in un vero istituto giuridico questa consuetudine, estesa a tutti i magistrati e giudici romani, di circondarsi di un *consilium*, col quale potersi consultare e poter anche dividere la responsabilità delle più importanti e difficili decisioni riguardanti quel ramo della pubblica amministrazione che era loro affidato».

¹⁰⁵² Riprendo qui, con lievi modifiche imposte dalla *consecutio temporum*, il sunto prospettato da B. CORTESE, *L’onere della prova*, cit., 402, del pensiero di G. PUGLIESE, *Per l’individuazione*, cit., 551 ss. Sul punto ancora B. CORTESE, *L’onere della prova*, cit., 402, ritiene che la personalità di Gellio abbia influito «certamente» sul suo «modo di svolgere la funzione di giudice». In senso analogo si era espresso V. GIUFFRÈ, *‘Necessitas probandi’*, cit., 141, secondo il quale Gellio «ricorda una sua personale esperienza formatasi attraverso una coscienziosa meditazione, corroborata dalla illustrazione del parere di pratici (in materia di processo, almeno, se non *in omne ius*) ed illuminata dalle riflessioni di un acuto pensatore che documenta le sue affermazioni».

¹⁰⁵³ B. CORTESE, *L’onere della prova*, cit., 402.

Una volta appurato che le difficoltà incontrate da Gellio nella risoluzione del caso sottopostogli attenevano alla coscienza del giudice¹⁰⁵⁴, mi paiono di notevole interesse le conclusioni messe a partito dalla Cortese con riferimento alla conclusione della vicenda, ovvero al giuramento ‘*sibi non liquere*’, rimettendo la questione ad un altro giudice. La studiosa ritiene, condivisibilmente, che «se il giudice avesse avuto la facoltà di decidere in modo del tutto discrezionale, Gellio avrebbe condannato il convenuto»¹⁰⁵⁵, senza timore di incorrere in sanzioni o senza pericolo di infrangere la sfera del *ius*.

Il fatto che il giudice non abbia condannato il convenuto in assenza di un adeguato sostegno probatorio, si dimostra, a credere della studiosa – ma è opinione che sento di dover condividere¹⁰⁵⁶ – un sostegno assai solido alla teoria che ritiene esistente una regola probatoria la cui vigenza e cogenza dovevano essere intimamente sentite dal ceto dei giudici e, più in generale, di precisi argini entro cui si collocava l’agire del giudice¹⁰⁵⁷. Gellio, infatti, scelse di «non giudicare perché consapevole della circostanza che, seguendo il proprio giudizio avrebbe emesso una sentenza non giusta»¹⁰⁵⁸ sotto il profilo del diritto oggettivamente latamente inteso¹⁰⁵⁹. D’altro canto, egli scelse di non emettere alcuna decisione

¹⁰⁵⁴ Secondo V. GIUFFRÈ, ‘*Necessitas probandi*’, cit., 138, «Gellio, insomma, vuole rappresentarci lo ‘*status*’ psicologico e razionale di una scrupoloso *iudex privatus* il quale ... era invece proprio esso il soggetto processuale che doveva applicare gli eventuali principi in tema di onere della prova e/o ricercare soluzioni alle individue fattispecie nuove o anomale rispetto ai principi».

¹⁰⁵⁵ B. CORTESE, *L’onere della prova*, cit., 402 s.

¹⁰⁵⁶ Anche V. GIUFFRÈ, ‘*Necessitas probandi*’, cit., 146, riteneva che non fosse possibile concludere nel senso che «l’episodio gelliano testimoni di una ampia discrezionalità da parte del giudice».

¹⁰⁵⁷ Secondo G. POLARA, *Autonomia ed indipendenza del giudice nell’evoluzione storica delle forme processuali*, cit., 342, dalla testimonianza di Gellio non sarebbe possibile «desumere un’ampia discrezionalità ed autonomia nella sua funzione; né riesco ad immaginare il giudice dell’*ordo* sganciato dal rispetto di un gioco processuale già fissato all’interno della *formula* dalla volontà concorde delle parti e del pretore».

¹⁰⁵⁸ B. CORTESE, *L’onere della prova*, cit., 403.

¹⁰⁵⁹ È interessante l’osservazione di V. GIUFFRÈ, ‘*Necessitas probandi*’, cit., 147 ss., secondo cui la mancanza di vincoli avvertiti da Gellio nell’espletamento dell’*officium iudicis* deriverebbe anche dalla intrinseca controversialità che connotava la questione di diritto (processuale, si potrebbe aggiungere) sottoposta all’attenzione di Gellio: infatti, «gli indirizzi sull’onere della prova, la cui applicazione in danno dell’onestissima persona dell’attore (“*notae... et expertae fidei et vitae inculpatissimae*”) era reclamata dai patroni del preteso debitore (che invece “*plenum... esse perfidiarum et fraudum ostendebatur*”) e suggerita dagli “*amici*” chiamati a far parte del *consilium* non risultavano essere stati fatti

perché, seguendo la regola processuale, in coscienza era consapevole della possibilità di emettere una decisione iniqua sotto il profilo morale. Così conclude la studiosa, «la vicenda delle *Noctes Atticae* può quindi considerarsi una testimonianza evidente della presenza di regole che prevedevano la distribuzione dei doveri processuali, e non una testimonianza della totale discrezionalità del *iudex privatus*»¹⁰⁶⁰.

È pur vero, che circa la portata delle regole così individuate si possono aprire diverse fratture tra gli interpreti. Secondo Giuffrè, emergerebbe «dall'episodio ... la riprova che indirizzi circa l'onere di provare esistevano, sia pure, ed anzi soprattutto, a livello dei pratici»¹⁰⁶¹. Giovanni Pugliese, al termine dell'importante contributo cui abbiamo già attinto, ritenne che dal brano gelliano si ricavasse un «insegnamento ... semplice» che «concorda»¹⁰⁶² con quello che era andato sostenendo nel corso del contributo. Il passo di Gellio, infatti concorda con la regola riecheggiata nel passo di Paolo che affermava che la prova dovesse essere data da colui che affermava un fatto dal momento che lo stesso «è affermato dai pratici chiamati *in consilium* e ammesso tanto da Gellio che dallo stesso Favorino»¹⁰⁶³.

Dalla lettura del passo di Gellio emerge con chiarezza che «nessuno pensa che il giudice possa chiedere al convenuto la prova dell'inesistenza del credito e debba, se egli non la fornisce, condannarlo»¹⁰⁶⁴. Un secondo elemento va posto in risalto nella trattazione, pur breve, che Pugliese dedica al passo che stiamo commentando. Scrive l'autore: «Favorino, precisando un orientamento che è già dell'interrogante, sostiene che gli elementi che possono influire sulla decisione non sono soltanto le prove in senso proprio, ma anche tutto quanto vale a illuminare la figura morale delle parti»¹⁰⁶⁵. Il consiglio di Favorino, trova corrispondenza nelle trattazioni retoriche, ed in special modo in Quintiliano, che annoverava la fama tra i mezzi di prova cui

oggetto di specifici *responsa* (a cui, peraltro, non se ne fossero opposti altri egualmente autorevoli) né tanto meno avevano avuto il suggello dell'autorità imperiale»

¹⁰⁶⁰ B. CORTESE, *L'onere della prova*, cit., 404.

¹⁰⁶¹ V. GIUFFRÈ, *'Necessitas probandi'*, cit., 142 s.

¹⁰⁶² G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 414.

¹⁰⁶³ G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 414.

¹⁰⁶⁴ G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 414.

¹⁰⁶⁵ G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 414 s.

attingere per convincere il giudicante¹⁰⁶⁶. Certo si trattava di ‘prove’ non appartenenti all’ambito strettamente giuridico e non attenevano ai fatti (costitutivi, estintivi o modificativi) rilevanti per la decisione, sotto il profilo della ricostruzione tecnica della fattispecie. Erano, piuttosto, mezzi complementari che potevano accompagnare il convincimento del giudice, dal momento che, nonostante il loro indubbio ascendente sul giudice, inducendolo a propendere per l’una piuttosto che per l’altra parte, tanto Quintiliano nella *Institutio*, quanto le altre opere retoriche¹⁰⁶⁷, che «pure

¹⁰⁶⁶ V. G. PUGLIESE, *L'onere prova*, cit., 415 che cita a sostegno Quint. 5.3: *Famam atque rumores pars altera consensum civitatis et velut publicum testimonium vocat, altera sermonem sine ullo certo auctore dispersum, cui malignitas initium dederit, incrementum credulitas, quod nulli non etiam innocentissimo possit accidere fraude inimicorum falsa vulgantium. Exempla utrimque non deerunt: sicut in tormentis quoque, qui est locus frequentissimus, cum pars altera quaestionem vera fatendi necessitatem vocet, altera saepe etiam causam falsa dicendi, quod aliis patientia facile mendacium faciat, aliis infirmitas necessarium. Quid attinet de his plura? Plenae sunt orationes veterum ac novorum. Quaedam tamen in hac parte erunt propria cuiusque litis. Nam sive de habenda quaestione agetur, plurimum intererit quis et quem postulet aut offerat et in quem et ex qua causa: sive iam erit habita, quis ei praefuerit, quis et quo modo sit tortus, an credibilia dixerit, an inter se constantia, perseveraverit in eo quod coeperat an aliquid dolore mutarit, prima parte quaestionis an procedente cruciatu. Quae utrimque tam infinita sunt quam ipsa rerum varietas.*

¹⁰⁶⁷ V. Quint. 5.10.23-31: *In primis igitur argumenta saepe a persona ducenda sunt, cum sit, ut dixi, divisio ut omnia in haec duo partiamur, res atque personas: ut causa tempus locus occasio instrumentum modus et cetera rerum sint accidentia. Personis autem non quidquid accidit exsequendum mihi est, ut plerique fecerunt, sed unde argumenta sumi possunt. XXIV. Ea porro sunt: genus, nam similes parentibus ac maioribus suis plerumque creduntur, et nonnumquam ad honeste turpiterque vivendum inde causae fluunt: natio, nam et gentibus proprii mores sunt nec idem in barbaro, Romano, Graeco probabile est: XXV. patria, quia similiter etiam civitatum leges instituta opiniones habent differentiam: sexus, ut latrocinium facilius in viro, veneficium in femina credas: aetas, quia aliud aliis annis magis convenit: educatio et disciplina, quoniam refert a quibus et quo quisque modo sit institutus: XXVI. habitus corporis, ducitur enim frequenter in argumentum species libidinis, robor petulantiae, his contraria in diversum: fortuna, neque enim idem credibile est in divite ac paupere, propinquis amicis clientibus abundante et his omnibus destituto (condicionis etiam distantia est: nam clarus an obscurus, magistratus an privatus, pater an filius, civis an peregrinus, liber an servus, maritus an caelebs, parens liberorum an orbus sit, plurimum distat): XXVII. animi natura, etenim avaritia iracundia misericordia crudelitas severitas aliaque his similia adferunt fidem frequenter aut detrahunt, sicut victus luxuriosus an frugi an sordidus quaeritur: studia quoque, nam rusticus forensis negotiator miles navigator medicus aliud atque aliud efficiunt. XXVIII. Intuendum etiam quid adfectet quisque, locuples videri an disertus, iustus an potens. Spectantur ante acta dictaque; ex praeteritis enim aestimari solent praesentia. His adiciunt quidam commotionem: hanc accipi volunt temporarium animi motum, sicut iram pavorem. XXIX. Consilia autem et praeteriti et praesentis et futuri temporis: quae mihi, etiam si personis accidunt, referenda tamen ad illam partem argumentorum videntur quam ex causis ducimus, sicut habitus quidam animi, quo tractatur amicus (an) inimicus. XXX. Ponunt in persona et nomen: quod quidem*

potevano essere inclini a sottolineare l'importanza di simili tipi di prova, mostrano chiaramente che ad essi, isolatamente considerati non si attribuiva peso decisivo»¹⁰⁶⁸. L'inclinazione di cui discorreva Pugliese risiedeva appunto nell'idoneità della fama ad essere esaltata da parte del retore in modo immaginifico e colorito, calcando la mano su tutti gli espedienti possibili per far propendere il giudice a favore del proprio assistito, in correlazione con la altrettanto sistematica opera di demolizione della figura dell'avversario. Che un'opera di retorica non assegni al campo della fama un'importanza decisiva nelle sorti del giudizio innanzi al privato può lasciar supporre che ben altrimenti determinanti risultassero le argomentazioni giuridiche e la dimostrazione dei fatti posti a fondamento della pretesa (in via d'azione o d'eccezione a seconda dei casi).

In virtù del contegno di Favorino, credo sia possibile mettere a partito un'osservazione che riguarda la latitudine della discrezionalità del giudice. Dalla lettura del passo gelliano si ricava infatti che il giudice non era affatto svincolato da argini ben precisi entro cui collocare la questione sottoposta alla sua cognizione. «Se così non fosse Stato», osservava Polara, «Gellio non avrebbe con tanta incertezza cercato il metro di soluzione ma avrebbe deciso subito e autonomamente data, soprattutto, l'evidente sensazione di fastidio, che diviene quasi convinzione di colpevolezza, che lo separa dal convenuto, ritenuto un lestofante»¹⁰⁶⁹. Peraltro, il passo di Gellio, sotto il profilo della relazione intercorrente tra la *formula*, il pretore e il giudice, consente di formulare ulteriori osservazioni. Sul punto è significativa, un'altra osservazione di Polara, secondo cui «il condannare o assolvere non è la disposizione primaria data dal pretore al giudice, ma questa è la conseguenza necessitata della vera indicazione di fondo, cioè il

accidere ei necesse est, sed in argumentum raro cadit, nisi cum aut ex causa datum est, ut Sapiens, Magnus, Pius, aut et ipsum alicuius cogitationis attulit causam, ut Lentulo coniurationis, quod libris Sibyllinis haruspicumque responsis dominatio dari tribus Corneliis dicebatur, seque eum tertium esse credebat post sullam Cinnamque quia et ipse Cornelius erat. XXXI. Nam et illud apud Euripiden frigidum sane, quod nomen Polynicis ut argumentum morum frater incessit. Iocorum tamen ex eo frequens materia, qua Cicero in Verrem non semel usus est. Haec fere circa personas sunt aut his similia; neque enim complecti omnia vel hac in parte vel in ceteris possumus, contenti rationem plura quaesituris ostendere; V. anche Cic. part. or. 10.34-35:

¹⁰⁶⁸ G. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., 415.

¹⁰⁶⁹ G. POLARA, *Autonomia ed indipendenza del giudice nell'evoluzione storica delle forme processuali*, cit., 342.

raggiungimento del “*parere*”¹⁰⁷⁰ inteso come formazione della consapevolezza del giudice il quale, attraverso le prove addotte dalle parti, si determina per la colpevolezza o innocenza del convenuto»¹⁰⁷¹.

In altri termini, ciò che era il precipuo *munus* del giudice consisteva nel dovere di formarsi un convincimento¹⁰⁷², e di attuare, come se si trattasse di un’obbligazione di mezzi, tutti gli strumenti e le strategie volti alla formazione di codesto convincimento «e poi accertare con se stesso se sia riuscito o meno a formarsi un convincimento definitivo»¹⁰⁷³. Dunque, nello sciogliere il periodo ipotetico che si sostanzia nella *formula*, la protasi non va individuata nel comando del pretore quanto «nell’autonomia decisionale» del giudice «in relazione al convincimento che si è liberamente formato»¹⁰⁷⁴. Dovendosi porre la questione in «termini gnoseologici»¹⁰⁷⁵, riguardando la conoscenza soggettiva formata da parte del giudice e non l’individuazione di una verità oggettiva (verrebbe da dire, proseguendo nell’impiego di termini del lessico filosofico, della ‘verità in se stessa’), si potrebbe desumere che il convincimento potesse riguardare sia il *par* che il *non par* ma potesse anche non esservi, dando così luogo ad una terza alternativa, che si sostanziasse nella mancata formazione di un convincimento e nel

¹⁰⁷⁰ G. POLARA, *Autonomia ed indipendenza del giudice nell’evoluzione storica delle forme processuali*, cit., 345, di cui sto seguendo il ragionamento, osserva che «non vi è dubbio che un tal significato mentre ben si addice alla posizione intellettuale del giudice che deve formarsi un convincimento sulla base delle prove addotte dalle parti, altrettanto ben si confà alla sua condizione di soggetto privato che, chiamato a fungere da giudice dalla concorde volontà delle parti e investito di tale funzione dal pretore, non perde la natura di privato né le prerogative connesse a tale stato».

¹⁰⁷¹ G. POLARA, *Autonomia ed indipendenza del giudice nell’evoluzione storica delle forme processuali*, cit., 345.

¹⁰⁷² V. A. PALMA, *Note*, cit., 108, per il quale «l’emanazione della sentenza, pertanto, non è un dovere che deriva al giudice dall’ordine del pretore, ma essa discende soltanto dal soggettivo convincimento, se e quando, raggiunto dal giudice privato, il quale resta vincolato esclusivamente al dovere di svolgere attività di accertamento, vale a dire di assumere le prove e cercare di formarsi un proprio convincimento».

¹⁰⁷³ G. POLARA, *Autonomia ed indipendenza del giudice nell’evoluzione storica delle forme processuali*, cit., 346.

¹⁰⁷⁴ G. POLARA, *Autonomia ed indipendenza del giudice nell’evoluzione storica delle forme processuali*, cit., 346.

¹⁰⁷⁵ G. POLARA, *Autonomia ed indipendenza del giudice nell’evoluzione storica delle forme processuali*, cit., 346; in senso adesivo v. ora A. PALMA, *Note*, cit., 108: «il giudice doveva assumere le prove e fare tutto il possibile per raggiungere un convincimento definitivo, una certezza sulla questione di fatto collegata a quella di diritto già fissata nella *formula*».

conseguente giuramento di non *liquet*¹⁰⁷⁶. È evidente, allora, che «alla indicazione del pretore rivolta al giudice, ‘*si paret... si non paret*’ corrisponde nel caso affermativo, da parte del giudice, un ‘*liquet*’ che può avere come contenuto il convincimento della colpevolezza o dell’innocenza del convenuto»¹⁰⁷⁷.

Tutto ciò considerato, allora, mi pare che il passo di Gellio con il quale concludiamo la nostra analisi non supporti affatto le conclusioni che la dottrina tradizionale credeva di poter trarre, bensì sembri addirittura consentire una lettura che in filigrana sembra suffragare la presenza di un complesso di regole e una certa elaborazione scientifica che circondano e guidano il giudice.

9. *Cenni conclusivi.*

Dal complesso delle testimonianze che abbiamo scorso nel corso di questo capitolo si desume, se non mi inganno la vitalità della giurisprudenza anche in un campo nel quale tradizionalmente essa era ritenuta del tutto assente. Certo va sottolineato come l’analisi giurisprudenziale sia stata sporadica ed a tratti incerta, ma non si può negare che essa fosse ben presente. Non si può escludere che il giudice spesso facesse ricorso a regole frutto della prassi e con un elevato gradiente di meccanicità. I giuristi, tuttavia, riflettevano sui casi in cui non era possibile seguire il procedimento canonico perché si rinunciava a rimanere aderenti ai ruoli dati e formalmente indicati dalla *formula* e si badava molto più al concreto gioco degli interessi in gioco che alle mere posizioni processuali. Talvolta si fuoriusciva dallo schema della *formula*, dando corso a soluzioni che mostrano ancora oggi la loro carica innovativa. In casi del genere, in esito ai quali la giurisprudenza produsse tali soluzioni, è difficile immaginare che il giudice non avesse fatto ricorso direttamente all’autorità dei giureconsulti, proprio in relazione alle difficoltà tecnico-giuridiche che egli non era da solo in grado di sciogliere.

¹⁰⁷⁶ G. POLARA, *Autonomia ed indipendenza del giudice nell’evoluzione storica delle forme processuali*, cit., 347, osserva che «il verbo *liqueo*, invero, assume il significato di ‘esser manifesto, non essere ambiguo, risultare o essere certo’ e costituisce, dalla parte del giudice, il raggiungimento della situazione soggettiva di consapevolezza sui fatti in causa».

¹⁰⁷⁷ G. POLARA, *Autonomia ed indipendenza del giudice nell’evoluzione storica delle forme processuali*, cit., 347.

CONCLUSIONI

Concluderemo assai brevemente. Le pagine che abbiamo speso sono molte, eppure i problemi che un tema vasto come quello indagato nella presente ricerca lascia ancora aperti sono senza dubbio moltissimi. Fin dall'inizio abbiamo avvertito come il percorso che si stava per intraprendere non avrebbe potuto che procedere per grandi temi, scegliendo in ciascuno di questi degli esempi, dei settori paradigmatici che fossero in grado di suggerire una dimostrazione all'ipotesi di lavoro che avevamo fatto nostra all'inizio della ricerca. Si voleva cercare di comprendere se la giurisprudenza classica fosse del tutto assente rispetto alla seconda fase del processo formulare. Mi sembra che alla luce dei rilievi svolti, degli argomenti trattati e del confronto con la dottrina, emergano elementi concreti idonei a far ritenere fondata l'idea della presenza viva e vigile della scienza giuridica anche durante la fase *apud iudicem*. È evidente che una dimostrazione esaustiva di questa conclusione, che tenesse in debita considerazione tutti i possibili spunti offerti sul punto dalle fonti richiederebbe un'indagine di proporzioni enormemente superiori. Credo tuttavia, che si possa essere in una certa limitata misura paghi degli elementi che si sono acquisiti nelle molte pagine che precedono.

Da una parte si è ricavata una indicazione di carattere generale da fonti giuridiche di autori quali Gaio e Pomponio, noti anche per il respiro 'storico' che informa talune parti delle loro opere a noi pervenute: il rapporto tra giurista e giudice è apparso in quelle fonti fortissimo, ed è

apparso, inoltre, ancorato e riferito proprio a quell'attività interpretativa della giurisprudenza che generava e manteneva vivo il *ius*. L'*interpretatio prudentium* coinvolgeva, mediante le proprie *opiniones*, i propri *responsa* e le proprie *sententiae*, proprio i giudici, come rammenta Gaio in quel celebre passo che, pur scheletrico, si dimostra fondamentale. Si trattava di un rapporto che, visti i soggetti coinvolti e le relazioni biunivoche che li caratterizzavano, chiamava in causa in modo assai spiccato la prassi dei tribunali, la pratica quotidiana del foro. Si è visto come lo stesso concetto di *auctoritas*, sulla cui base i *prudentes* erano 'autorizzati' a svolgere il proprio magistero ermeneutico, prima che intervenisse la patente imperiale, fosse intrecciato strettamente con la prassi e, dunque, anche con l'attività dei giudici.

Dalle fonti letterarie è emersa, di poi, la conferma a tali idee, cui si è aggiunta anche l'ulteriore considerazione in forza della quale il giudice, nel periodo del declinare della repubblica e del primo principato, non fosse affatto libero di determinare le proprie decisioni senza alcun riscontro nel *ius* detto dai giuristi, ma dovesse a quest'ultimo fare specifico riferimento, quand'anche lo stesso giudice fosse un giurista di chiara fama.

Tuttavia, le conferme maggiori, pur non intendendo affatto svalutare le indicazioni provenienti dalla letteratura atecnica, credo siano venute dall'analisi degli istituti svolta nei successivi capitoli. Si è trattato di figure che, per la propria essenza, riguardavano e coinvolgevano in modo prepotente proprio l'attività del giudice, indaffarato nella concreta interpretazione ed applicazione dei diversi istituti.

La clausola arbitraria, in tale prospettiva mi pare si sia mostrata addirittura esemplare. L'enunciazione pomponina circa l'indispensabilità della *interpretatio* riassume al meglio l'altrettanto inderogabile necessità del continuo apporto della giurisprudenza. La *restitutio* aveva assunto tutta la sua struttura e aveva ricavato la sua disciplina in forza dell'*interpretatio* dei giuristi. L'interpretazione dell'*arbitratus de restituendo*, infatti, ha rivelato una complessità di prospettive che esulava dalla pura semplice restituzione della cosa oggetto della lite. La stessa vicenda storica che ha portato agli approdi dell'epoca più matura mi appare quale chiaro testimone di una costante dialettica che si alimentava, vicendevolmente, della prassi e dell'elaborazione scientifica. Dietro alla clausola arbitraria si è intravisto un coacervo di possibili problemi tecnici, talvolta travalicanti gli stessi confini della lite *sub iudice*, la cui risoluzione

non poteva essere affidata ad una mera verifica ‘di fatto’ del contenuto della *formula* che il pretore affidava al giudice. Tale risoluzione reclamava, viceversa, il dispiegamento di un’analisi raffinatissima quale quella della giurisprudenza dell’epoca classica. I pochi passi sui quali è stato possibile soffermarsi, credo abbiano mostrato quale fosse la complessità del pensiero dei giureconsulti.

Se possibile ancora più rilevante l’apporto dato dall’analisi delle *cautiones iudiciales*, la cui creazione, seppur formalmente rimessa al *iudex*, deve essere ritenuta di completa paternità della giurisprudenza. Un aspetto di particolare rilievo consiste nella circostanza per la quale nell’imposizione di una specifica *cautio*, spesso era richiesta una valutazione a tutto campo della vicenda storica in esito alla quale i privati chiedevano tutela. A tal punto che venivano considerati nella loro globalità i mezzi processuali possibili, mediante un’analisi che appare di notevolissima raffinatezza e che esulava dai confini formulari della singola azione esperita. Qui, davvero, è difficile immaginare un giudice laico, capace di un’analisi di concetti sostanziali e processuali (come quello della consunzione e della concorrenza delle azioni) senza il preziosissimo ausilio della scienza giuridica.

Conferme singole si sono avute anche dall’analisi, ancor più limitata – a fronte della vastità del tema – in materia di *iudicia bonae fidei*. Credo che un aspetto di interesse sia venuto dalla riproposizione della teorica di Carcaterra, soprattutto per quello che concerne l’aver saldamente posto il concetto di buona fede nell’ambito suo proprio, ossia quello schiettamente tecnico-giuridico. In altri termini, è risultato convincente ritenere questo fondamentale concetto, sganciato da altri, pur essenziali valori che si collocavano, tuttavia su di un piano extra giuridico. Il ritenere la *bona fides* quale esempio tra i massimi di idea strettamente appartenente al mondo della *scientia iuris*, induce a ritenere che il giudice nell’applicazione della clausola *oportere ex fide bona* non potesse affatto attingere al livello dei valori etici oggettivizzandoli in una direttiva da applicare al caso concreto, bensì fosse tenuto, ancora una volta per il tramite della *iurisprudencia*, a ricavare la massima da applicare al caso specifico, traendola dal serbatoio del diritto oggettivo, patrimonio della scienza giuridica. Si trattava ancora, dunque, di un attento e mirabile lavoro di interpretazione scientifica dei *verba* formulari, degli scopi del *iudicium* e dello spirito che li informava.

I pochissimi esempi che abbiamo dato, sulla scorta di quanto emerso nella dottrina più o meno recente, mi sembrano aver confermato questa posizione. Essi mostrano come due istituti quali la *compensatio* e le *usurae* derivassero in modo lineare proprio dall'*interpretatio* della giurisprudenza condotta sulle formule e sugli scopi dei *iudicia bonae fidei*. In particolar modo, si è visto come fosse la giurisprudenza a determinare, per quanto concerne le *usurae*, l'*an* e il *quantum* degli interessi, di volta in volta mediante ragionamenti condotti sulla globale struttura delle diverse fattispecie.

Da ultimo, giova ricordare come una elaborazione giurisprudenziale, certo maggiormente embrionale rispetto a quella dimostrata in settori del fenomeno giuridico romano indubbiamente più fecondi, si sia riscontrata anche nell'ambito di quelle che abbiamo definito 'regole processuali', con riferimento alla questione della ripartizione dell'*onus probandi*. Certo, si è visto come in questo campo gli indizi siano nettamente minori e l'analisi si sia dovuta scontrare contro lo scetticismo che a lungo ha connotato gli studi in materia, in primo luogo per quello che concerne il tenore formale degli stessi testi. Tuttavia, con le cautele del caso e soprattutto con il conforto di autorevolissime voci in dottrina, credo sia emersa la sussistenza di un pensiero scientifico, indirizzato anche in questo caso al giudice, anche per quanto concerne l'onere probatorio. Un pensiero scientifico che pare essersi appuntato specificamente sui casi più particolari, quelli, cioè, in cui maggiormente appariva necessaria la formulazione di una 'regola', di una 'direttiva' in qualche misura dirompente rispetto alle regole processuali, che – naturalmente – erano maggiormente legate alla prassi. Il fatto, tuttavia, che la prassi assumesse un ruolo centrale in quest'ambito, non autorizza a sminuire l'apporto, quantitativamente più limitato, della giurisprudenza. Mi pare infine che la testimonianza di Aulo Gellio, se correttamente letta si collochi proprio su questa specifica linea di pensiero.

In conclusione, mi sembra di poter affermare che le considerazioni svolte e gli esempi portati possano contribuire a far intravedere un ruolo attivo della giurisprudenza anche nel secondo segmento processuale dell'epoca classica, quando i giuristi si trovavano a dialogare, con le parti, con i patroni, i retori e soprattutto con i giudici.

BIBLIOGRAFIA

B. ALBANESE, *Appunti su D.1,2,2,48-50, e sulla storia dello 'ius respondendi'*, in *AUPA*, XLIX, 2004;

B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo'*, in *AUPA*, XXVIII, 1961;

B. ALBANESE, *Nota su Gai 1,7 e sulla storia del 'ius respondendi'*, in *AUPA*, XLIX, 2004;

B. ALBANESE, *Premesse allo studio del diritto privato romano*, Palermo, 1978;

V. ARANGIO-RUIZ, *L' 'exceptio' in diminuzione della condanna*, ora in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1974;

V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, Napoli, 2006;

G.G.ARCHI, *Componenti pregiuridiche del diritto privato romano dell'ultima repubblica e del principato*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche, Atti del primo congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto*, Firenze, 1966;

C. BEDUSCHI, *Il 'ius controversum fra razionalità e giustizia*, in *Ius controversum e processo fra tarda Repubblica ed età dei Severi*, Roma, 2012;

O. BEHREND, *Dalla mediazione arbitrale alla protezione giudiziaria. Genesi e vicende delle formule di buona fede e delle c.d. 'formulae in factum conceptae'*, in *Diritto e giustizia nel processo*, a cura di C. Cascione e C. Masi Doria, Napoli, 2002;

A. BERGER, *Encyklopedie Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953;

A. BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess*, I. 'Legis Actiones', Bonn, 1864;

E. BETTI, *La 'vindicatio' romana primitiva e il suo svolgimento storico nel diritto romano e nel processo*, in *Il Filangieri*, 39. 3, 1915;

E. BETTI, *La creazione del diritto nella 'iurisdictio' del pretore romano*, Padova, 1927;

E. BETTI, voce *Processo civile (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966;

E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, (a cura di G. Crifò), Milano, 1990,

B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, Cortona, 1927;

B. BIONDI, *Studi sulle 'actiones arbitrariae' e l' 'arbitrium iudicis'*, Palermo, 1913;

F. BONA, *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-repubblicana*, in *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana. Atti del Convegno (Pavia, 26-27 aprile 1985)*, Padova, 1987;

U. BRASIELLO, voce *Istruzione del processo (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973;

M. BRETONI – M. TALAMANCA, *Il Diritto in Grecia e a Roma*, Roma - Bari, 2015;

- M. BRETONE, *Motivi ideologici dell'Enchiridion di Pomponio*, in *Labeo*, XI, 1965;
- M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, Roma - Bari, 1995;
- M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli, 1984;
- G. BROGGINI, *L'arte forense di Cicerone*, in *Jus*, 14, 1963;
- G. BROGGINI, *La prova nel processo romano arcaico*, in *Jus*, 11, 1963;
- M. BRUTTI, *L'indipendenza dei giuristi (dal 'ius controversum' all'autorità del principe)*, in *'Ius controversum' e 'auctoritas principis'. Giuristi, principe e diritto nel primo impero. Atti del Convegno internazionale di diritto romano (Copanello, 11-13 giugno 1998)*, a cura di F. Milazzo, Napoli, 2002;
- M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, Roma, 1973;
- A. BURDESE, *L'eccezione di dolo generale da Aquilio a Labeone*, in *Diritto@storia*, 2006;
- A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1993;
- A. BURDESE, *Sulla responsabilità del 'iudex privatus' nel processo formulare*, in *Diritto e processo nell'esperienza romana. Atti del seminario (Torino, 4-5 dicembre 1991)*, Napoli, 1994;
- C. BUZZACCHI, *'Omnia iudicia absolutoria'. Il fecondo paradosso del processo civile romano*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2012;
- E. CALORE, *'Actio quod metus causa', Tutela della vittima e azione 'in rem scripta'*, Milano, 2011;

M. CAMPOLUNGI, *Potere imperiale e giurisprudenza in Pomponio e in Giustiniano*, I, Roma, 1983;

F. CANCELLI, *Il presunto 'ius respondendi' eistituito da Augusto*, in *BIDR*, XC, 1989;

C.A. CANNATA, voce 'Formula', in *Novissimo Digesto Italiano*, VII, Torino, 1961;

C.A. CANNATA, *La giurisprudenza romana*, Torino, 1974;

C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano. I Le 'legis actiones'*, Torino, 1982;

C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano. II. Il processo formulare*, Torino, 1982;

C.A. CANNATA, *Qualche considerazione sull'ambiente della giurisprudenza romana al tempo delle due scuole*, in 'Cunabula iuris', *Stuidi storico giuridici per G. Broggin*, Milano, 2002;

C.A. CANNATA, 'Iura condere'. *Il problema della certezza del diritto fra tradizione giurisprudenziale e 'auctoritas principis'*, in 'Ius controversum' e 'auctoritas principis'. *Giuristi, principe e diritto nel primo impero. Atti del Convegno internazionale di diritto romano (Copanello, 11-13 giugno 1998)*, a cura di F. Milazzo, Napoli, 2002;

A. CARCATERRA, *Ancora sulla 'fides' e sui 'bonae fidei iudicia'*, in *SDHI*, XXXIII, 1967;

A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, Napoli, 1964;

R. CARDILLI, 'Vir bonus' e 'bona fides', in ID., «Bona fides» *tra storia e sistema*, Torino, 2014;

R. CARDILLI, *La «buona fede» come principio romano di diritto dei contratti*, in ID., «Bona fides» *tra storia e sistema*, Torino, 2014;

F.P. CASAVOLA, *Interventi in Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. Atti del Convegno internazionale di diritto romano (Copanello 5-8 giugno 1996)*, Napoli, 1999;

C. CASCIONE, *Celso teorizzatore di criteri ermeneutici: un collaboratore 'malgré soi' della 'legum permutatio' giustiniana*, in, in *Celso teorico del diritto*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2016;

P. CERAMI - G. DI CHIARA - M. MICELI, *Profili processualistici dell'esperienza giuridica europea*, Torino 2003;

A. CERVENCA, *Contributo allo studio delle 'usurae' c. d. legali nel diritto romano*, Milano, 1969;

A. CHECCHINI, *I 'consilarii' nella storia della procedura*, in ID., *Scritti giuridici e storico-giuridici*, II, Padova, 1958;

L. CHIAZZESE, *'Jusiurandum in litem'*, Milano, 1958;

P. COLLINET, *Le rôle des juges dans la formation du droit romain classique*, in *Recueil Gény*, I, Paris, 1934;

A. CORBINO, *'Iudicia', 'ius varium' e giudici tra tarda repubblica e primo principato*, in *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile. Atti del convegno Internazionale della Società Italiana di storia del diritto (Napoli, 18-20 ottobre 2001)*, Napoli, 2003;

A. CORBINO, *Il caso di Visellio Varrone o Otacilia Laterense (Val. Max. 8.2.2)*, in *'Iuris vincula'. Studi in onore di Mario Talamanca*, II, Napoli, 2001;

F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1991;

B. CORTESE, *L'onere della prova nella elaborazione della giurisprudenza romana classica*, in *Il giudice privato nel processo civile romano*, I, a cura di L. Garofalo, Padova, 2012;

L. D'AMATI, *'Litem deserere'*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2012;

L. D'AMATI, *L'inattività del convenuto nel processo formulare: 'indefensio', 'absentia' e 'latitatio'*, Napoli, 2016;

F. D'IPPOLITO, *Questioni Decemvirali*, Napoli, 1993;

F. D'IPPOLITO, *Sulla data dell'actio de dolo*, in *Labeo*, XLI, 1995, 247 ss., ora anche in *'Fraterna munera'. Studi in onore di L. Amirante*, Salerno, 1998;

M. DE BERNARDI, *L'officium iudicis nell'azione arbitraria di rivendica. Appunti dalle lezioni*, Milano, 1997;

P. DE FRANCISCI, *La prova giudiziale (a proposito di Gell. N.A., 14.2)*, in *Helikon*, I, 1961;

L. DE SARLO, *'Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat': spunti di storia e di dogmatica sulla regola in diritto romano*, Modena, 1935;

M. DE SIMONE, *'Litis aestimatio' e 'actio pigneraticia in rem'. A proposito di D. 20.1.21.3*, in *AUPA*, LI, 2006;

F. DE VISSCHER, *Études de droit romain*, Bruxelles - Paris, 1931;

L. DI LELLA, *'Querela inofficiosi testamenti': contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli, 1972;

G. DUMÉZIL, *'Credo' e 'fides'*, in *Idee romane*, Genova, 1987;

A. ERNOUT - A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Parigi, 1959,

C. FADDA, *Le 'usurae quae officio iudicis praestantur'. A proposito di una nuova spiegazione del fr. 9 § 1 de a. e. et v. 19.1*, in *Risg*, II, 1886, ora in C.

FADDA, *Studi e questioni di diritto, I. diritto romano - diritto intermedio*, Napoli, 1913;

G. FALCHI, *L'onere della prova nella "legis actio sacramenti in rem"*, in *SDHI*, XXXVIII, 1972;

G. FALCONE, *L'attribuzione della qualifica 'vir bonus' nella prassi giudiziaria d'età repubblicana (a proposito di Cato frg. 186 Sblend.= 206 (Malc))*, in *Aupa*, LIV, 2010-2011;

L. FASCIONE, *Cenni bibliografici sulla 'bona fides'*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, 51 ss.;

R. FIORI, *'Bona fides'. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, IV, Napoli, 2011;

R. FIORI, *'Fides' e 'bona fides'. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, in *Modelli teorici e metodologici*, cit., III, Napoli, 2008;

L. FRANCHINI, *La recezione nel 'ius civile' dei 'iudicia bonae fidei'. Questioni di metodo e di merito*, Napoli, 2015;

L. FRANCHINI, *Osservazioni in merito alla recezione nel 'ius civile dei 'iudicia bonae fidei'*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di M. Talamanca*, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2011;

G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà in diritto romano*, Napoli, 1961;

G. FREYBURGER, *'Fides'. Étude sémantique et religieuse depuis les origines jusqu'à l'époque augustéenne*, Paris, 1986;

P. FREZZA, *'Ius gentium'*, in *RIDA*, II, 1949;

P. FREZZA, *Corso di storia del diritto romano*, Roma, 1974;

- P. FREZZA, *Ordalia e 'legis actio sacramento'*, in *A.G.*, 142, 1952, in ID., *Scritti*, II, Roma, 2000;
- B.W. FRIER, *The rise of the Roman jurists. Studies in Cicero's 'pro Caecina'*, Princeton, 1985;
- L. GAGLIARDI, *'Decemviri' e 'centumviri'. Origini e competenze*, Milano, 2002;
- L. GAGLIARDI, *La figura del giudice privato nel processo civile romano. Per un'analisi storico-sociologica sulla base delle fonti letterarie (da Plauto a Macrobio)*, in *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, a cura di E. Cantarella e L. Gagliardi, Milano, 2007;
- F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, Torino, 1993;
- F. GALLO, *La recezione 'moribus' nell'esperienza romana: una prospettiva da recuperare*, in *Iura*, LV, 2004-2005;
- L. GAROFALO, *Diritti greci e scienza giuridica romana*, in ID., *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova, 2008;
- A.M. GIOMARO, *'Cautiones iudiciales' e 'officium iudicis'*, Milano, 1982;
- A.M. GIOMARO, *D. 4,2,14,11. Sul valore della clausola restitutoria nell'actio quod metus causa e sull'officium iudicis*, in *Atti del II Seminario romanistico gardesano*, Milano 1980;
- F. GIRARD, *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains I*, Paris, 1901;
- F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1929;
- V. GIUFFRÉ, *'Necessitas probandi'*, Napoli, 1984;
- V. GIUFFRÈ, *Papiniano: fra tradizione ed innovazione*, in *ANRW*, 2.15, Berlin - New York, 1976;

- P. GIUNTI, *'Iudex' e 'iurisperitus'*. Alcune considerazioni sul diritto giurisprudenziale romano e la sua narrazione, in *Iura*, LXI, 2013;
- G. GROSSO, *Premesse generali al corso di diritto romano*, Torino, 1946;
- G. GROSSO, voce *Buona fede (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1969;
- A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 2001;
- G. GUIDA, *'Ius dicere' e 'iudicare'*. *'Iurisdictio' del magistrato e poteri del giudice*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, III, Padova, 2015;
- G. GUIDA, *Giudicato e fonti del diritto*, in *'Res iudicata'*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2015;
- F. GUIZZI, *In tema di 'cautio de rato'*, in *Labeo*, VII;
- O.E. HARTMANN, *Der 'ordo iudiciorum' und die 'iudicia extraordinaria' der Römer*, hrsg. Von Ubbelohde, Göttingen, 1886;
- R. HEINZE, *Vom Geist des Römertums*, Stuttgart, 1960;
- O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901;
- M. KASER - K. HACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, München, 1996;
- M. KASER, *'Quanti ea res est'*. *Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht*, München, 1935;
- M. KASER, *Eigentum und Besitz*, Weimar, 1943;
- M. KASER., *Beweislast und Vermutung im römischen Formularprozeß*, in *ZSS*, 71, 1954;
- M. KASER, *Nochmals über Besitz und Verschulden bei den 'actiones in rem'*,

in ZSS, XCVIII, 1981;

M. KASER, *Römische Privatrecht*, I, München, 1989;

M. KASER, *Das Urteil als Rechtsquelle im römischen Recht*, in *Festschrift Fritz Schwind zum 65. Geburtstag*, Wien, 1978;

L. KOFANOV, *Il ruolo dei 'responsa' dei giuristi nella 'disputatio forensis'*, in *Casistica e giurisprudenza*, a cura di L. Vacca, Napoli, 2014;

P. KRÜGER - G. STUEMUND, *Gai Institutiones*, Berolini, 1884;

P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts*, Leipzig, 1912;

W. KUNKEL, *'Fides' als schöpferisches Elementi im römischen Schuldrecht*, in *Festschrift P. Koschaker*, Weimar, 1939;

W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Graz - Wien - Köln, 1967;

P. LAMBRINI, *'Actio de dolo malo' e accordi privi di tutela contrattuale*, in *Seminarios Complutenses*, XXII, 2009, ora anche in EAD., *Dolo generale e regole di correttezza*, Padova, 2010, nonché in *Scambio e Gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011;

O. LENEL, *Das 'edictum perpetuum'. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig, 1927;

O. LENEL, *'Palingenesia iuris civilis'*, Leipzig, 1889;

H. LÉVY-BRUHL, *Le simulacre de combat dans le 'sacramentum in rem'*, in *Quelques problèmes du très ancien droit romain. Essai de solutions sociologiques*, Paris, 1934;

H. LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris, 1960;

- E. LEVY, *Beweislast im Klassischen Recht*, in *Iura*, III, 1952;
- E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im Klassischen römischen Recht*, I, Berlin, 1918;
- E. LEVY, *Zur Lehre von den sog. 'actiones arbitrariae'*, Weimar, 1915;
- J.P. LEVY, *La formation de la théorie romaine des preuves*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Milano, 1948;
- G. LONGO, 'Onus probandi', in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, CXLVII, 1955;
- G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, Padova, 1937;
- G. LONGO, *L'onere della prova nel processo civile romano*, in *Iura*, XI, 1960;
- C. LONGO, *Il criterio giustiniano della 'natura actionis'*, in *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto pubblicati in onore di V. Scialoja nel 25° anniversario del suo insegnamento*, Milano, 1905;
- G.I. LUZZATTO, *Il problema dell'origine del processo 'extra ordinem'*, Bologna, 1965;
- G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II.2, *Le 'legis actiones'*, Bologna, 1948;
- L. MAGANZANI, *Formazione e vicende di un'opera illustre. Il 'Corpus iuris' nella cultura del giurista europeo*, Torino, 2009;
- A. MAGDELAIN, *Les actions civiles*, Paris, 1954;
- L.MANNA, *Buona fede e doveri di protezione: tutele processuali*, in 'Actio in rem' e 'actio in personam'. *In ricordo di M. Talamanca*, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2011;

L. MANNA, *La facoltà del giudice di 'iurare rem sibi non liquere'*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, I, Padova, 2012;

D. MANTOVANI, *'Iuris scientia' e 'honores'. Contributo allo studio dei fattori sociali nella formazione giurisprudenziali del diritto romano (III-I sec. a.C)*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto. Ricerche dedicate al Prof. F. Gallo*, I, Napoli, 1997;

D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica di istituzioni di diritto romano*, Padova, 1999;

M. MARRONE, *Contributo allo studio della motivazione della sentenza nel diritto romano*, in *Mélanges en l'honneur de C.A. Cannata*, Genève, 1999;

M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2006;

M. MARRONE, *Nuove osservazioni su D. 50.16 'de verborum significatione'*, in *Seminarios complutenses de derecho romano*, VII, 1995;

M. MARRONE, *Sulla c.d. 'pronuntiatio' del giudice delle azioni reali nel diritto romano*, in *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offert à W. Wolodkiewicz*, I, Varsovie, 2000;

M. MARRONE, voce *Rivendicazione (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLI, 1989;

R. MARTINI, *La legislazione giudiziaria di Augusto e la durata dei processi*, in *Seminarios Complutense de Derecho Romano*, I. *Cuestiones de Jurisprudencia y Proceso*, Madrid, 1990;

G. MELILLO, *'Contrahere', 'pacisci', 'transigere'. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, Napoli, 1950, 1994, 138;

L. MOSSINI, *Studi Senesi*, 74, 1962;

G. NEGRI, *'Ius controversum' e incidenza dei 'responsa prudentium' sulle sentenze giudiziarie nel diritto romano*, in *Diritto e processo: rapporti e*

interferenze, a cura di F. Danovi, Torino, 2015;

G.NEGRI, *Giudici e 'responsa prudentium'*, in *'Ius controversum' e 'auctoritas principis'. Giuristi, principe e diritto nel primo impero. Atti del Convegno internazionale di diritto romano (Copanello, 11-13 giugno 1998)*, a cura di F. Milazzo, Napoli, 2002;

G. NEGRI, voce *Concorso delle azioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv.*, III, Torino, 1989;

G. NICOSIA, *'Tura condere'*, in *AUPA*, L, 2005;

D. NÖRR, *Pomponio o della intelligenza storica dei giuristi romani*, trad. it., in *RDR.*, II, 2002;

N. PALAZZOLO, *Il 'priniceps', i giuristi, l'editto*, in *'Res publica' e 'princeps'. Vicende politiche, mutamenti istituzionali e ordinamento giuridico da Cesare ad Adriano. Atti del Convegno internazionale di diritto romano (Copanello 25-27 maggio 1994)*, a cura di F. Milazzo, Napoli, 1996;

A. PALMA, *Lo 'ius controversum' quale espressione dell'artificialità del diritto romano*, in *Celso teorico del diritto*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2016, anche in A. PALMA, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, Torino, 2016;

A. PALMA, *Note sull'autonomia e discrezionalità del giudicante: 'non liquet' e 'denegatio actionis'*, in *Koinonia*, XXXIX, 2015;

J. PARICIO, *El 'ius publice respondendi ex auctoritate principis'*, in *Poder político y derecho en la Roma clásica*, Madrid, 1996;

J. PARICIO, *Genesi e natura dei 'bonae fidei iudicia'*, in *Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico. Atti del convegno in memoria di A. Biscardi (Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001)*, Milano, 2002;

L. PEPPE, *Riflessioni intorno all'esecuzione personale in diritto romano*, in

AUPA, LIII, 2009;

A. PERNICE, 'Labeo'. *Römisches Privatrecht im Jahrhundert der Kaiserzeit*, II.1², Halle, 1895;

J.M. PIQUER MARÍ, *La carga de la prueba en la jurisprudencia romana clásica: exegesis de D. 22.3*, Madrid, 2006;

G. POLARA, *Autonomia ed indipendenza del giudice nell'evoluzione storica delle forme processuali* in *Scritti in ricordo di B. Bonfiglio*, Milano, 2004;

F. PRINGSHEIM, *The Legal Policy and Reforms of Hadrian*, in *Journal of Roman Studies*, 1934;

G. PROVERA, *Ancora sul 'ius respondendi'*, in *SDHI*, XXVIII, 1962;

G. PROVERA, *Il valore normativo della sentenza e il ruolo del giudice nel diritto romano*, in *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, VII, 1982, anche in *Ledonline, Collana della Rivista di Diritto Romano – Giuseppe Provera, Scritti giuridici*);

G. PUGLIESE, *Lezioni sul processo civile romano. Il processo formulare*, Milano - Venezia, 1945-1946;

G. PUGLIESE, *Per l'individuazione dell'onere della prova*, in *Studi in onore di De Francesco*, I, Milano, 1957;

G. PUGLIESE, *La prova nel processo romano classico*, in *Jus*, XI, 1960;

G. PUGLIESE, *Cicerone tra diritto e retorica*, in *Scritti in onore di A. C. Jemolo*, IV, Milano, 1963, ora anche in *ID., Scritti giuridici scelti*, III, *Diritto romano*, Napoli, 1985;

G. PUGLIESE, *Diritto e processo nell'esperienza giuridica romana*, in *Diritto e processo nell'esperienza romana. Atti del seminario (Torino, 4-5 dicembre 1991)*, Napoli, 1994;

- F. PULITANÒ, *La violenza nella contrattazione: tutela processuale e legittimazione passiva*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'*. In ricordo di M. Talamanca, II, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011;
- S. RANDAZZO, *Bipartizione del processo e attività giudicante. Un'ipotesi di lavoro*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, I, Padova, 2012;
- S. RICCOBONO, voce *Equità*, in *Nuovo dig. it.*, 1910;
- G. ROTONDI, *Di alcune riforme giustinianee relative al 'pactum de non petendo'*, Perugia 1913;
- G. ROTONDI, *Teorie postclassiche sull'actio legis Aquiliae*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1922;
- F. RUDORFF, *Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Lipsiae, 1869;
- G. SACCONI, *Ricerche sulla 'stipulatio'*, Napoli, 1989;
- G. SANTUCCI, *'Fides bona' e 'societas'*, in *Il ruolo della buona fede nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, a cura di L. Garofalo, III, Padova, 2001;
- R. SCEVOLA, *La responsabilità del 'iudex provatus'*, Milano, 2004;
- A. SCHIAVONE, *'Ius'. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005;
- A. SCHIAVONE, *Immagini del 'ius' in Gaio e Pomponio*, in *'Ius controversu' e 'auctoritas principis'. Giuristi, principe e diritto nel primo impero. Atti del Convegno internazionale di diritto romano (Copanello, 11-13 giugno 1998)*, a cura di F. Milazzo, Napoli, 2002;
- S. SCHIPANI, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'. Criteri di imputazione e problema della 'culpa'*, Torino, 1969;

- F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it., Firenze, 1968;
- A. SCHWARZ, *Das strittige Recht der römischen Juristen*, in *Atti del congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto* (Verona, 1948), II, Milano 1953;
- V. SCIALOJA, *Procedura civile romana. Esercizio e difesa dei diritti*, Roma, 1936;
- G. SEGRÈ, *La denominazione di 'actio confessoria' in particolare per la rivendicazione dell'usufrutto e delle servitù*, in *Mélanges P.F. Girard. Études de droit romain dédiées à P.F. Girard à l'occasion du 60^e anniversaire de sa naissance* (26 octobre 1912), II, Paris, 1914;
- P. SENN, voce *Buona fede nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, II, Torino, 1988;
- H. SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, II, *Römisches Privatrecht*, Berlin, 1928;
- S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, I, Napoli, 1932;
- S. SOLAZZI, *Glosse a Gaio*, in *Studi in onore di S. Riccobono nel quarantesimo anno del suo insegnamento*, I, Palermo, 1936;
- L. SOLIDORO, *Onere probatorio e giudizi di rivendica*, in *Diritto@Storia*, 2007;
- T. SPAGNUOLO VIGORITA, '*Actio iniuriarum noxalis*', in *Labeo*, XV, 1969;
- P. STARACE, *Giudici e giuristi nel processo civile romano. Nelle pieghe di un circuito normativo*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, II, a cura di L. Garofalo, Padova, 2012;
- E. STOLFI, '*Bonae fidei interpretatio*', cit., 25 ss.;
- E. STOLFI, *Studi sui 'libri ad edictum' di Pomponio*. II. *Contesti e pensiero*,

Milano, 2001;

S. TAFARO, *Brevi riflessioni su buona fede e contratti*, in *Diritto@Storia*, III, 2004;

M. TALAMANCA, *Diritto e prassi nel mondo antico*, in *Règle et pratique du droit dans les réalités juridique de l'antiquité. SIHDA. Atti della 51^a sessione (Crotona - Messina, 16-20 settembre 1997)*, a cura di I. Piro, Soveria Mannelli, 1999;

M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, in *BIDR*, CIII-CIV, 2000-2001;

M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, in *BIDR*, XLII-XLIII, 2000-2001;

M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo del processo privato*, in *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. 'Princeps' e procedure dalle leggi giulie ad Adriano. Atti del convegno internazionale di diritto romano (Copanello 5-8 giugno 1996)*, Napoli, 1999;

M. TALAMANCA, *La 'bona fides' nei giuristi romani*, in *Il ruolo della buona fede nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, a cura di L. Garofalo, IV, Padova, 2001;

M. TALAMANCA, *Per la storia della giurisprudenza romana*, in *BIDR*, LXXX, 1977;

M. TALAMANCA, *Pom. sing. ench. D. 1.2.2.49 e le forme dei 'responsa' dei giuristi repubblicani: una vicenda forse esemplare*, in *'Fides humanitas ius'. Studi in onore di L. Labruna*, Napoli, 2007;

M. TALAMANCA, voce *Processo civile (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XXXV, 1987;

M. TALAMANCA, voce *Vendita (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano,

1993;

F. TAMBURI, *Il ruolo del giurista nelle testimonianze della letteratura romana*, I, Cicerone, Napoli, 2013;

S. TONDO, *Aspetti del principato e dell'ordinamento in Roma. Lezioni*, Milano, 1991;

L. VACCA, *Considerazioni sull'aequitas' come elemento di metodo delle giurisprudenza romana*, in EAD., *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*, Padova, 2006;

L. VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano, 1976, ora in EAD., *Diritto giurisprudenziale romano e scienza giuridica europea*, Torino, 2017;

L. VACCA, *Delitti privati e azioni penali nel principato*, in ANRW, II.4, Berlin - New York, 1982;

L. VACCA, *I precedenti e i responsi dei giuristi*, in *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Profili storico-comparatistici. Seminario ARISTEC (Perugia, 25-26 giugno 1999)*, a cura di L. Vacca, Torino, 2000, 37 ss., ora anche in EAD., *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*, Padova, 2006;

L. VACCA, *La svolta adrianea e l'interpretazione analogica*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor F. Gallo*, Napoli, 1997, ora anche in EAD., *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*, Padova, 2006;

L. VACCA, *Sulla rilevanza dei 'precedenti' nel diritto giurisprudenziale romano*, in *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*, a cura di U. Vincenti, Padova, 1998, ora anche in EAD., *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*, Padova, 2006;

B. VERONESE, *I rapporti tra le parti e il giudice*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, a cura di L. Garofalo,

III, Padova, 2015;

S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo' nelle formule del processo privato romano*, Napoli, 2012;

S. VIARO, *Note sul 'iussum de restituendo'*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, a cura di L. Garofalo, III, Padova, 2015;

U. VINCENTI, *Categorie del diritto romano. Corso di istituzioni*, Napoli, 2009;

U. VINCENTI, *'Res iudicatae' e diritto giurisprudenziale romano*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto. Ricerche dedicate al Prof. F. Gallo*, II, Napoli, 1997;

P. VOCI, *Azioni penali e azioni miste*, in *SDHI*, LXIV, 1998;

P. VOCI, *Manuale di diritto romano*, I, *Parte generale*, Milano, 1998;

P. VOCI, *Risarcimento e pena nel diritto romano classico*, Milano, 1939;

G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römische Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1911;

G. VON BESELER, *Miscellanea*, in *ZSS*, XLIV, 1924;

R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, 1924;

U. VON LUBTOW, *Miscellanea*, in *Studi Arangio-Ruiz*, Napoli, 1953, II;

L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, trad. it., Milano, 1938;

F. WIEACKER, *Quellen zur Hadrianischen Justizpolitik*, in *Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen*, V, 1, 1935;

F. WIEACKER, *Textufen klassischen Juristen*, Göttingen, 1960;

F. WIEACKER, *Zum Ursprung der 'bonae fidei iudicia'*, in ZSS, LXXX, 1963;

INDICE DELLE FONTI

TESTI LETTERARI	2.122: 123, nt. 323; 2.163: 241, nt. 696;
Aristoteles	<i>De natura deorum</i>
<i>Rhetorica</i>	3.30.74: 104, nt. 260;
1.1375 a 24: 289, nt. 841; 1.1378 b 7-8: 286, nt. 830;	<i>De officiis</i>
Auctor a Herennium	1.7.23: 226, nt. 636; 227; 3.3.11: 229, nt. 642; 3.15.61: 223, nt., 630; 3.16.65: 239; 3.16.66: 99, nt. 248; 229, nt. 643; 240; 240, nt. 691; 3.16.67: 239, nt. 691; 3.17.10: 229; 3.17.70: 205, nt. 597; 227, nt. 639;
<i>Rhetorica ad Herennium</i>	<i>De oratore</i>
2.12: 101, nt. 254; 2.13.19-20: 49, nt. 77; 55, nt. 90; 101, nt. 254; 2.29: 101, nt. 254;	1.38.175: 120, nt. 317; 121; 1.57.241: 18; 93, nt. 228; 106;
Cicero	
<i>Brutus</i>	
76.264: 112, nt. 288;	
<i>De inventione</i>	

1.57.242: 110;
1.58.250: 18; 108;
1.180: 124, nt. 326;
2.27.116: 101, nt. 254;
2.116-117: 289, nt. 841;
2.33.142: 45, nt. 57;
2.141: 123, nt. 323; 123, nt. 325;

Epistulae ad Atticum

5.21.11: 267, nt. 770;
5.21.13: 267, nt. 770;
6.1.14-15: 230, nt. 649;
6.1.6: 268, nt. 770;

Epistulae ad Familiares

7.21; 18; 105; 105, nt. 264;
16.10.12: 226, nt. 636;
16.21.6: 230, nt. 645;

De re publica

4.7: 226, nt. 636;

In Verrem

2.1.28.7: 112, nt. 288;
2.3.11.28: 92, nt. 223;
2.3.21.54: 92, nt. 223;

Partitiones oratoriae

10.34-35: 358, nt. 1067;

Pro Murena

29: 36, nt. 32

Pro Caecina

25.72: 93, nt. 228; 106; 106, nt.
269;

24.68: 107, nt. 271;
24.69: 125;
28.79-80: 107, nt. 271;
67: 124, nt. 327;

Pro Cluentio

2.5-6: 351, nt. 1043;
76: 351, nt. 1044;
106: 351, nt. 1044

Pro Roscio Comoedo

5.15: 223, nt. 630;
35.37: 21; 190, nt. 545;

Topica

17.65-66: 18; 62, nt. 111; 108;
128; 219;
17.66: 236, nt. 672;
5.28: 55, nt. 90; 99, nt. 248;
50-51; 287;
50-55: 74, nt. 153;

Gellius

Noctes attiacae

11.18.12-14: 94;
11.18.24: 94, nt. 234;
12.13: 106;
14.2: 292, nt. 850; 345;
14.2.26: 304, nt. 874;

Isidorus

Origines

5.14: 61, nt. 111;

Martialis

Epigrammata

6.19: 92, nt. 223;

Plautus

Mercator

278-280: 92, nt. 223;

Rudens

35: 92, nt. 223;

Plutarchus

Vitae parallelae

Cicero

24: 230, nt. 645;

Pseudo-Quintilianus

Decalnationes maiores

8.1.4: 325, nt. 951;

15.1.13: 326, nt. 951;

Quintilianus

Institutio oratoria

3.9.1: 287, nt. 839;

12.3.3-4: 110;

12.3.7: 61, nt. 111;

1.2.3.8: 111;

7.1.56.2: 325, nt. 951;

5.3: 357, nt. 1066;

5.10.23-31: 357, nt. 1067;

Svetonius

De vita Caesarum

Titus

8.1: 53, nt. 86;

Tacitus

Dialogus de oratoribus

38.1: 291;

Terentius

Heautontimorumenos

498-502: 92, nt. 223;

Valerius Maximus

Facta et dicta memorabilia

7.7.1: 120, nt. 317; 121;

7.7.2: 121, nt. 318;

7.8.2: 122, nt. 318;

7.8.4: 122, nt. 318;

8.2.1: 238, nt. 684;

8.2.2: 17; 111; 114, nt. 295; 116,
nt. 304;

8.8.8: 18;

FONTI GIURIDICHE

FONTI PREGIUSTINIANEE

Lex duodecim tabularum

1.6: 33, nt. 23;

8.9: 154, nt. 412;

8.14: 154, nt. 412;

Gaius

Institutiones

1.1: 55, nt. 92;
1.2-6: 54;
1.2-7: 52, nt. 86; 55, nt. 91; 61,
nt. 111; 72; 34, nt. 27;
1.7: 19; 35, nt. 31; 54; 65, nt. 122;
66, nt. 126; 68, nt. 131; 69, nt.
134; 77; 90; 100;
1.23: 63, nt. 113;
1.38: 63, nt. 113;
1.67-68: 63, nt. 113;
1.140: 160, nt. 439;
3.184: 96, nt. 241;
2.123: 120, nt. 317;
2.111-112: 63, nt. 113;
2.280: 276;
4.4: 168, nt. 531;
4.10: 237, nt. 679;
4.11: 84, nt. 192;
4.16: 300, nt. 867; 301, nt. 869;
4.30: 67, nt. 128; 68, nt. 128;
4.57: 282, nt. 821;
4.62: 205, nt. 597; 261, nt. 758;
4.63: 244, 256;
4.89: 139;
4.93: 294, nt. 851; 302, nt., 873;
4.114: 209; 259, nt. 755;
4.141: 171, nt. 475; 248;
4.163: 171, nt. 475;

Pauli sententiae

2.13.2: 271;

FONTI GIUSTINIANEE

Digesta

1.1.1. pr.-1: 57, nt. 96; 330, nt.
963;
1.1.1.: 334;
1.1.7 pr.: 57, nt. 96;
1.1.10 pr: 57, nt. 96;
1.1.9: 55, nt. 92;
1.2.2.2: 84, nt. 192;
1.2.2.5: 71; 82, nt. 189; 83; 85, nt.
196;
1.2.2.12: 82, nt. 189;
1.2.2.48-50: 36, nt. 31; 65, nt.
121; 69, nt. 135; 78; 78, nt. 169;
1.2.2.49: 14; 39, nt. 40; 52, nt. 85;
61, nt. 111; 69, nt. 131; 69, nt.
134;
1.3.17: 234;
1.3.18: 235;
1.3.19: 235, nt. 669;
1.3.23: 107;
2.1.4: 195, nt. 561;
2.14.4.2: 116, nt. 301;
2.14.33: 319;
2.9.5: 158, nt. 428;
3.3.62: 340, nt. 1007;
3.5.7.2: 98, nt. 247; 256, nt. 741;
3.5.18.4: 265, nt. 763;
3.5.30.1: 216, nt. 624;
3.5.30.3: 264;
3.5.37: 261;
4.2.9.7: 133, nt. 348;
4.2.14.4: 177, nt. 502;
4.2.14.5: 132, nt. 342; 215, nt.
624;

4.2.14.11: 168; 171; 211, nt. 618;
 4.3.7: 169, nt. 463;
 4.3.17 pr.: 169, nt. 463;
 4.3.18 pr.-1: 133, nt. 348; 167;
 169, nt. 464; 170; 182;
 4.3.18: 168, nt. 463;
 5.3.10.1: 206, nt. 600;
 5.3.31 pr.: 216, nt. 624;
 5.3.34.1: 206, nt. 600;
 5.3.36.1: 206, nt. 600;
 5.3.36.2: 207; 212, nt. 618; 217,
 nt. 624;
 5.3.40 pr.: 142, nt. 381;
 5.3.44: 207, nt. 600;
 5.3.57: 180, nt. 511;
 6.1.9: 303;
 6.1.10: 140, nt. 371;
 6.1.13: 142, nt. 381; 180, nt. 510;
 186, nt. 532; 203; 217, nt. 624;
 6.1.14: 204, nt. 594;
 6.1.20: 140, nt. 371; 143, nt. 381;
 6.1.27.2: 203, nt. 589;
 6.1.35.1: 133, nt. 348;
 6.1.57: 180, nt. 511;
 6.1.58: 180, nt. 511;
 6.1.68: 132, nt. 342; 133, nt. 348;
 166, nt. 461;
 9.4.22.4: 336, nt. 981;
 10.2.16 pr.: 211, nt. 618;
 10.2.18.6: 216, nt. 624;
 10.2.20.5: 211, nt. 618; 216, nt.
 624;
 10.2.20.10: 211, nt. 618;
 10.2.20.13: 211, nt. 618;
 10.2.25.13: 216, nt. 624;
 10.2.42: 211, nt. 618;
 10.3.18: 283, nt. 821;
 10.4.3.13: 132, nt. 342; 134, nt.
 348; 165, nt. 461;
 11.1.3: 339, nt. 998;
 13.6.3.1: 253;
 13.6.5.1-11: 43, nt. 51;
 13.6.7.1: 217, nt. 624;
 13.6.13 pr.: 215, nt. 624;
 13.6.18: 256, nt. 741;
 16.2.7.1: 98, nt. 247; 256, nt. 741;
 16.2.18 pr.: 246;
 16.3.20: 215, nt. 624;
 16.3.24: 166, nt. 462; 266; 267,
 nt. 769; 272, nt. 789;
 16.3.28: 260, nt. 757;
 17.1.8.10: 215, nt. 624;
 17.1.12.9: 266; 268; 269, nt. 774;
 269;
 17.1.45.2: 216, nt. 624;
 17.2.6: 247, nt. 712;
 17.2.38 pr.: 166, nt. 462;
 17.2.60 pr.: 275;
 17.2.52.2: 326, nt. 951;
 17.2.80: 247, nt. 712;
 18.1.33: 236, nt. 672;
 18.1.59: 240, nt. 691;
 18.1.66: 240, nt. 691;
 18.1.77: 236, nt. 672;
 19.1.11.1: 235;
 19.1.13.20: 274; 275;
 19.1.38.1: 166, nt. 462;
 19.2.25.1: 204;
 19.2.43: 206;
 19.2.54: 205, nt. 597; 272, nt.
 789;
 19.5.54 pr.: 274;
 19.4.1. pr.: 254;
 20.1.4.12.1: 197, nt. 568;

20.1.13.5: 196;
 20.1.16.3: 197, nt. 566; 211, nt. 618;
 20.1.16.3-4: 197, nt. 568;
 20.1.21.3: 197, nt. 566;
 20.4.12.1: 197, nt. 566;
 21.1.23. pr.: 176, nt. 498;
 21.1.23.7: 148, nt. 395;
 21.1.23.8: 216, nt. 624;
 21.1.25.8: 176, nt. 498;
 21.1.29 pr.: 176, nt. 497;
 21.1.29.3: 134, nt. 348;
 21.1.31.9: 134, nt. 348;
 21.1.31.13: 175;
 21.1.31.20: 252, nt. 730;
 21.1.43.9: 176, nt. 498;
 21.1.45: 216, nt. 624;
 21.1.58 pr.-2: 336, nt. 982;
 21.2.21.3: 216, nt. 624;
 21.2.65: 200; 212, nt. 621;
 22.1.1.: 146, nt. 387;
 22.1.1. pr.: 166, nt. 462; 272;
 22.1.1.2: 272, nt. 789;
 22.1.13.1: 263; 265;
 22.1.38.4: 172, nt. 485;
 22.1.38.7: 274;
 22.3.1: 311; 331;
 22.3.2: 27; 299; 311; 313, nt. 909;
 334; 336; 341;
 22.3.4: 336;
 22.3.5: 336;
 22.3.5.1: 332, nt. 974;
 22.3.8: 335, nt. 981;
 22.3.7; 336; 336, nt. 983;
 22.3.9: 319; 319; 332, nt. 974;
 22.3.12: 28; 324; 325, nt. 951;
 327; 328, nt. 957; 329: 332; 342;
 342, nt. 1012;
 22.3.15: 315;
 22.3.17: 28; 321;
 22.3.18: 306; 337; 337, nt. 988;
 nt. 989;
 22.3.18 pr.: 306; 307; 308, nt. 891;
 22.3.18.1: 311, nt. 900;
 22.3.18.2: 337; 338, nt. 991;
 23.3.19: 337, nt. 988;
 22.3.19 pr.: 311, nt. 900;
 22.3.19.2: 316;
 22.3.20: 331;
 22.3.22: 337, nt. 988;
 22.3.25: 335, nt. 981;
 24.1.39: 200; 212, nt. 621;
 26.7.25: 199, nt. 580;
 26.7.58.3: 276;
 27.3.3: 167, nt. 462
 27.3.20.1: 22; 198; 212, nt. 621;
 27.4.1.4: 98, nt. 247;
 27.7.4.2: 266; 268; 270;
 27.7.36: 246;
 30.107 pr: 212, nt. 618;
 30.34.3: 327; 330;
 32.11.21: 217, nt. 624;
 33.2.31: 153, nt. 411;
 34.2.3: 326, nt. 951;
 34.9.15: 247;
 38.5.1.12: 134, nt. 348;
 39.2.9.2: 166, nt. 461;
 39.2.13.6: 254;
 39.3.4: 132, nt. 342;
 39.3.6.6: 132, nt. 342; 169, nt. 366;

39.4.5 pr.: 177, nt. 502;
40.7.29.1: 222, nt.630;
40.12.7.5: 303;
44.1.20: 340, nt. 1007;
44.4.4.1: 116, nt. 301;
44.4.4.7: 132, nt. 342; 163, nt.
448;
44.7.34: 213, nt. 622;
44.7.34.1: 217, nt. 624;
45.1.5 pr: 22; 193;
45.1.26: 117, nt. 306;
45.1.27. pr.: 117, nt. 306;
45.1.27.1: 117, nt. 306;
45.3.39: 53, nt. 87;
46.5.1.4: 22; 193;
46.8.23: 340, nt. 1007;
47.2.9.1: 21; 132, nt. 342; 184;
186, nt. 532; 202; 202, nt. 588;
213, nt. 622; 217, nt. 624;
47.2.55.3: 184, nt. 525;
47.2.81.7: 167, nt. 462;
47.10.17.4: 21; 150; 151, nt. 402;
167; 171; 213, nt. 622;
50.16.22: 140, nt. 371; 173, nt.
485;
50.1.26 pr.-1: 195, nt. 561;
50.16.35: 173, nt. 485;
50.16.73: 178;
50.16.75: 142, nt. 381; 173, nt.
485; 180, nt. 510;
50.16.81: 173, nt. 485;
50.16.120: 120;
50.16.189: 205, nt. 596;
50.16.246.1: 20; 135; 142, nt. 377;
173, nt. 485; 179;
50.17.202: 47, nt. 67;

Institutiones

1.2.8: 65, nt. 121; 65, nt. 125; 66,
nt. 126; 69, nt. 135;
2.2.1: 55, nt. 92;
4.6.27: 132, nt. 342;
4.6.30: 245, nt. 707;
4.6.31: 145, nt. 387; 197, nt. 568;
4.17.2: 132, nt. 342; 139, nt. 368;
4.17.3: 140, nt. 371;

Codex

2.1.1: 296, nt. 858;
2.1.5: 296, nt. 858;
2.57.1: 282, nt. 816; 6.28.4.2: 122,
nt. 320;
4.30.10: 313, nt. 915;
4.31.14 pr.-1: 257, nt. 743, nt.
744;
4.32.24: 264;

FONTI BIZANTINE

Basilicorum libri

22.1.2: 311, nt. 900; 314, nt. 917;
23.3.72: 265, nt. 761.