



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Stefania Romeo

**Dal procedimento al processo
I percorsi della *iurisdictio* tra azione e diritto**

Numero XIII Anno 2020
www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciungio (Univ. Torino)

Redazione

P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Salerno), N. Donadio (Univ. Milano), P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, S. Papillo

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Inscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

Dal procedimento al processo I percorsi della *iurisdictio* tra azione e diritto

SOMMARIO: 1. Giurisdizione e azione. Le ragioni di una ricerca – 2. *Iurisdictio regia* ed il problema dei rapporti tra *iurisdictio* ed *imperium* – 3. La natura degli atti *magis imperii quam iurisdictionis* – 4. La *iurisdictio* pretoria – 5. *Actio* e *iurisdictio*. Il ruolo del magistrato *ius dicens* tra azione e diritto – 6. *Ius dicere* e processo formulare – 7. Conclusioni.

1. *Giurisdizione e azione. Le ragioni di una ricerca*

Giurisdizione e azione sono temi vastissimi e centrali nella storia delle istituzioni pubbliche e private romane e sono stretti da intensi nessi concettuali e di evoluzione storica. I loro contenuti, e con essi il rapporto tra diritto e processo, condizionati dal diverso assetto costituzionale dal quale il magistrato trae la propria legittimazione, si intrecciano lungo un percorso unico, le cui tappe, definibili con sufficiente approssimazione, condividono un elemento, il *ius*, che, nelle sue diverse declinazioni storiche, qualifica e condiziona sia il *ius dicere* sia l'azione.

Proprio la prospettiva unificante del *ius* oggetto del *dicere* magistratuale consente di affermare una visione comunque unitaria della funzione giurisdizionale nei sistemi dell'*ordo iudiciorum privatorum*, quale funzione pubblicistica di attuazione del *ius/iustitia*, di natura meramente procedimentale, speculare e strettamente connessa all'*actio* come potere di sottoporre al vaglio magistratuale la legittimità del diritto invocato. La *iurisdictio* assumerà un contenuto 'processuale' in senso stretto solo nel sistema della *cognitio*, dove all'*actio* del privato fa riscontro il processo nel

senso moderno dell'espressione, nel quale l'organo giudicante non si limita all'affermazione astratta del *ius/ iustitia*, ma decide il merito della lite mediante l'emanazione della sentenza.

Il processo romano quale sede in cui si incontrano e si confrontano l'interesse privato azionato e rappresentato dall'*actio* e l'interesse pubblico tutelato dal magistrato giudicante, pur tradizionalmente qualificato come 'processo privato', si colora così di sfumature pubblicistiche che assumono una impronta caratterizzante nella misura in cui la conflittualità 'privata' è governata e guidata da un organo statale sovraordinato, che applicando il criterio del *ius/ iustitia*, filtra le pretese delle parti e ne vaglia la legittimità, condizionandone il soddisfacimento prima ancora della emanazione della sentenza.

La necessaria prospettiva storica entro la quale va ricondotto il tema della giurisdizione¹, se impone di limitare l'indagine ai sistemi processuali dei *iudicia privata* che si svolgono *per legis actiones* e *per formulas*, ai quali i giuristi riferiscono le espressioni *ius dicere* e *iurisdictio*², suggerisce un

¹ Il problema della *iurisdictio* romana è anzitutto un problema storico ed impone uno sforzo ricostruttivo che è sicuramente sostanziale, ossia con riguardo al contenuto, ma è, anche e soprattutto, tentativo di ricostruzione storica di un concetto. Su tale essenziale premessa metodologica v. G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I. *Le origini. Corso di diritto romano*, rist., Torino, 1986, 11, che, a fronte della tendenza dottrinale a definire il contenuto positivo della *iurisdictio* muovendo da un «preformato concetto di essa, cioè da un preconetto», segnala la necessità di affrontare compiutamente il problema «solo dopo aver attentamente esaminato le manifestazioni concrete di tale *iurisdictio* nell'ambito prima delle *legis actiones* e poi del processo *per formulas* [...]; quindi dopo aver per lo meno ricostruito e analizzato il più antico meccanismo di funzionamento concreto delle *legis actiones* (dove sono da rintracciare le prime manifestazioni di *iurisdictio*), per poi passare alla nascita del processo *per formulas* e all'(eventualmente nuovo) atteggiarsi in esso delle manifestazioni di *iurisdictio*, e così seguirne concretamente l'evoluzione (ed eventualmente accertare le trasformazioni, più o meno profonde, che essa abbia potuto subire)».

² Con esclusione, dunque, dei *iudicia publica*, sia nella forma del processo comiziale che in quello delle *quaestiones*. In questo senso G.I. LUZZATTO, voce *Giurisdizione I Storia a) Diritto romano*, in *Enc. dir.*, 19, Milano, 1970, 195, per il quale «la nozione di *iurisdictio* è, per tutto il diritto classico, limitata al solo processo civile. L'impiego del termine in relazione al processo criminale si affaccia soltanto nel III

duplice livello di indagine che è relativo tanto ai profili soggettivi della *iurisdictio*, tanto a quelli oggettivi e contenutistici. Ciò che si presenta particolarmente rilevante per l'età arcaica, quando il problema della *iurisdictio* si infittisce per i complessi rapporti con l'*imperium*.

secolo d.C. (ed in testi per lo più interpolati) quando, per il prevalere della *cognitio*, la nozione di *iurisdictio* è del tutto snaturata». Con l'affermarsi del processo *extra ordinem* e la scomparsa dell'*ordo iudiciorum*, la nozione classica di *iurisdictio* «come indicazione della norma vincolativa nel processo» (p. 194) si offusca completamente: la *iurisdictio* si estende alla *cognitio* penale, e comprende «non soltanto l'istruzione della causa, *cognitio* vera e propria, ma anche tutto il complesso degli atti inerenti alla funzione del giudice (*iudicatio*), nonché tutti gli altri atti inerenti all'amministrazione del processo, sia nell'*ordo iudiciorum* che *extra ordinem*» (p. 194). Nel senso della esclusione dalla *iurisdictio* dei provvedimenti in materia amministrativa e penale, con i quali pure il magistrato statuiva il diritto nel caso concreto, v. anche G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II.1. *Il processo formulare*, Milano, 1963, 115, che, a tal fine, invoca il confronto tra la *lex Quinctia de aquaeductibus*, 20-24, ed i *SCC de aquaed.*, cap. 127 da una parte, e la *lex Iulia agraria* V, dall'altra, nonché la terminologia usata dalla *lex repetundarum*, 4 e 6: «solo nel II d.C., i giuristi cominciarono a parlare di *iurisdictio* riferendosi alla materia penale, mentre le fonti più antiche ignorano una simile accezione del termine. Così pure si deve attendere il II sec. a.C. per incontrare l'uso di *iurisdictio* esteso alla *cognitio*» (p. 116). Così è in Svet. *Octavianus* 33; *Nero* 15; Gai 2.278; Maecen. 16 *fideic.* D. 40.5.36.2; Pomp. *l.s. ench.* D. 1.2.2.32; ed in alcune costituzioni imperiali. Ma Ulpiano distingue la *cognitio* dalla *iurisdictio*, com'è appunto in Ulp. 59 *ad ed.* D. 42.1.5 pr., ed in Ulp. 1 *de off. cons.* D. 50.16.99: segno di un'accezione tecnica e ristretta di *iurisdictio*, che si era precisata storicamente con riguardo alle *legis actiones* ed al processo formulare, e che era venuta storicamente sfaldandosi. Sul punto anche F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937, 185, per il quale la rarità dell'uso di *iurisdictio* per il processo penale non è smentita dalle poche «eccezioni o deviazioni che s'incontrano nelle fonti», che, «quando non siano dovute a corruzioni postclassiche, sono certamente da attribuirsi al generalizzarsi nell'uso comune dell'espressione *ius dicere*, che si ripercuote sulla lingua dei giuristi». L'assenza di una *iurisdictio criminalis* è ricondotta alla mancanza di un vero e proprio *ius poenale* o un *ius criminale* da M. LAURIA, '*Iurisdictio*', in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, II, Milano, 1930, 498 ss.

2. 'Iurisdictio regia' ed il problema dei rapporti tra 'iurisdictio' ed 'imperium'

Se l'istituzione della carica del *praetor* munito di *iurisdictio* quale potere di amministrare la giustizia si afferma storicamente con il plebiscito Licinio Sestio del 367 a.C., un potere giurisdizionale esiste sin da età arcaica, secondo la tradizione che attribuisce al *rex* l'amministrazione della giustizia³.

³La *iurisdictio* regia è tema assai complesso, tanto quanto l'altro, ad esso strettamente legato, relativo all'origine del processo. Una lettura critica dell'intenso e datato dibattito dottrinale si legge in C. PELLOSO, "Giudicare" e "decidere" in *Roma arcaica. Contributo alla contestualizzazione storico-giuridica di Tab. 1.8, in Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese, I*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2012, 61 ss. In sintesi può dirsi che l'attribuzione del giudizio al re, che impersona l'autorità dello stato (sulla scia di M. WŁASSAK, *Die klassische Prozessformel*, Wien, 1924, 147 ss., v., tra i tanti, C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, 74), è stata messa in discussione da quanti hanno ritenuto che le affermazioni sporadiche delle fonti che dovrebbero suffragarla, «piuttosto vaghe e generiche, [...] obiettivamente non possono essere considerate affidanti. Si tratta di fonti che, o assumendo a modello la figura dei re greci dell'età eroica (che risolvevano personalmente le controversie a loro sottoposte dai sudditi) accennano ad un intervento del *rex* in qualità di giudice o arbitro, piuttosto che di organo esercente la *iurisdictio* (sintomatico in questo senso Cic. *de re publ.* 5.2.3 [...]), ovvero attribuiscono incidentalmente al *rex* la funzione di *iurisdictio* che spettò poi ai magistrati repubblicani (così Cic. *de re publ.* 2.21.38, Liv. 1.41.5). Che a tali fonti non possa attribuirsi valore probante risulta dallo stesso tenore e dalla considerazione che esse mostrano come non esistesse in proposito una tradizione storica coerente; si tratta di tarde elucubrazioni e ricostruzioni razionalistiche dell'età repubblicana, quando ormai nulla di certo si sapeva sulle istituzioni dell'età regia» (G. NICOSIA, *Il processo*, cit., I, 44). In chiave critica, è stato altresì considerato «poco verosimile un intervento dello stato nella difesa privata in tale periodo, tanto più se si tenga presente la netta separazione tra il diritto pubblico e il diritto privato man mano che si risalga alle origini di Roma, e l'originaria impotenza dello stato a regolare i rapporti privati mediante suoi organi» (G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana, Parte II. Le 'legis actiones'*, Bologna, 1948, 157). Se si considera che l'intervento degli organi statali si sovrappone all'impiego diretto della difesa privata relativamente tardi, sostanziosamente, nelle più antiche *legis actiones*, nel controllo da parte del magistrato del compimento degli atti di difesa privata con le forme previste dalla legge, allora

Come reggitore dello Stato, impegnato nella realizzazione degli interessi del popolo, spetta al *rex*, secondo un antico costume dei re della Grecia, testimoniato dai poemi omerici e conservato dal re Numa, la funzione di *explanare aequitatem, in qua iuris est interpretatio* (Cic. *rep.* 5. 2. 3): la 'pretesa di giustizia' (il *petere ius*) dei *cives* si dispiega davanti al *rex* che risolve personalmente la controversia in qualità di giudice.

La natura ed il contenuto del potere del *rex* rappresentano uno dei tanti profili dibattuti della storia arcaica di Roma. La scarsità e l'incertezza delle notizie sull'epoca antica si aggrava con riguardo alla posizione costituzionale del capo politico, per la tendenza degli scrittori romani a leggere il suo ruolo e le sue funzioni attraverso il modello deformante della costituzione repubblicana.

In questo contesto fortemente critico, la dottrina ha messo in dubbio l'impostazione tradizionale che riconosce l'attribuzione originaria al *rex* della funzione giurisdizionale. E, d'altro canto, il riconoscimento del potere regio di *ius dicere* appariva incompatibile con i caratteri del processo romano, e, segnatamente, con l'origine arbitrale e il suo carattere privato, rappresentati nelle importanti ricerche del Wlassak⁴.

non può parlarsi di «un'attività giurisdizionale nell'età regia, in quel senso che noi attribuiamo alla *iurisdictio* dei magistrati repubblicani» (p. 168), né, tanto più, nel significato ampio di *iurisdictio* piena, comprensiva della emanazione della sentenza, quale è stato ipotizzato da Wenger. D'altronde, le fonti che accennano ad una *iurisdictio* piena nell'epoca regia (Cic. *rep.* 5.2.3; Dion. Hal. 2.56; 10.1; Liv. 2.1.27) si fondano, come provato da Wlassak, «esclusivamente sull'immagine greca dei re dell'età eroica, che risolvevano direttamente le controversie che venivano loro presentate dai sudditi, in veste quindi più affine a quella del giudice arbitro che interviene nella fase *in iudicio* dell'*ordo iudiciorum privatorum*, che non del magistrato che esercita la *iurisdictio*» (p. 166).

⁴La discussione sull'origine del processo privato prende corpo in seguito agli studi di M. WLASSAK, *Die Litiskontestation im Formularprozess*, in *Festschrift zum Doctor-Jubiläum Prof. Dr. B. Windscheid, überreicht von der Juristen-Fakultät zu Breslau*, Leipzig, 1889; ID., *Römische Processgesetze*, II, Leipzig, 1891; ID., *Der Judikationsbefehl des römischen Prozesses: mit Beiträgen zur Scheidung des privaten und öffentlichen Rechtes*, Wien, 1921, che, muovendo dalla natura contrattuale della *litis contestatio* e della *formula*, suffragata da altre peculiarità 'privatistiche' del processo romano, ne ritiene la derivazione da un arbitro privato,

solo successivamente recepito nell'ambito dell'ordinamento statale: i *cives* convengono una soluzione razionale delle liti e, abbandonando la difesa privata, affidano ad un *arbiter* la composizione della conflittualità. Rispetto all'opinione dominante, che con K. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, VI, Berlin, 1847, 186 ss., riteneva la bipartizione solo facoltativa, in quanto il magistrato avrebbe potuto svolgere le funzioni decisorie, secondo Wlassak il processo romano ha natura privata e contrattuale. Il passaggio dai *cives* alla *civitas* determina l'evoluzione dell'arbitrato arcaico al sistema delle *legis actiones*: gli organi statali intervengono trasformando il ricorso meramente volontario e facoltativo all'arbitrato in ricorso obbligatorio, rispetto al quale il necessario intervento statale assume funzioni di controllo. Da questa sovrapposizione sarebbe derivata la distinzione tra la fase iniziale introduttiva del procedimento, *in iure*, governata dall'organo del potere pubblico, e la fase *apud iudicem*, affidata ad un *iudex* o *arbiter* scelto dalle parti. La *litis contestatio* è l'accordo tra le parti che segna il passaggio dalla fase *in iure* alla fase *apud iudicem*, e il giudice è l'organo corrispondente, in un contesto statale e pubblicistico, dell'arbitro privato. Per la tesi della originaria unità del processo, nel quale la funzione giudicante sarebbe stata assunta direttamente dal re, v. L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, trad. it. di R. Orestano, Milano, 1938, 21 ss., che considera la forma giudiziaria bipartita come «manifestazione di uno Stato liberale. Lo Stato vieta la difesa privata, con la quale è inconciliabile la sua esistenza. Ma esso esige dai cittadini contendenti, che si accordino nella scelta di un concittadino come giudice arbitrale privato». In questa prospettiva, la suddivisione del *iudicium privatum*, quale scissione di un unico procedimento, pure testimoniata dalla tradizione romana come molto antica e, talvolta, incidentalmente attribuita al re democratico Servio Tullio, alla stregua di tutte le istituzioni di spiccato carattere repubblicano, viene, pur in un contesto di forte criticità per l'oscurità delle fonti, ridimensionata. Il processo si svolge in un'unica fase, davanti al re, che decide anche il merito della lite: «[...] il re era al tempo stesso re, legislatore e giudice [...]» (p. 18). In questa direzione, M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, 23 ss., ipotizza l'istituzione del giudice, organo distinto dal magistrato, solo nel caso di *iudicis postulatio*, creata dalle XII tavole, laddove nell'*agere sacramento* il magistrato avrebbe mantenuto la funzione giudicante. E G. BROGGINI, *'Iudex arbiterve'. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz, 1957, 88 ss., ammette la facoltatività della bipartizione sia pure limitatamente al primo periodo repubblicano. Per una sintesi ed una storia delle diverse opinioni sul punto v. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano, I. Le 'legis actiones'. Corso di diritto romano Anno accademico 1961-62*, Roma, 1962, 77 ss., per il quale la ragione dell'originaria unità del processo privato non risiede in una presunta pienezza della giurisdizione regia,

quanto piuttosto «nella natura religiosa del giudizio sui *sacramenta*: finché il giudizio ebbe tale natura o fu, comunque, pronunziato sotto la guida di criteri religiosi, non era luogo alla nomina di un giudice, ma provvedeva il re in virtù della sua investitura e dei suoi poteri religiosi, valendosi, occorrendo, del consiglio dei suoi sacerdoti, come gli auguri o i pontefici» (p. 88). Tenuto conto che le norme decemvirali prevedono il ricorso al giudice, in via ordinaria, la bipartizione dovette essere presumibilmente introdotta «nell'ultima parte del periodo regio o nei primi decenni del periodo repubblicano» (p. 92). In realtà, conviene rinunciare alla indicazione di una data precisa, non solo perché, come tutte le questioni di diritto antico, non è «consigliabile», ma soprattutto in ragione del fatto istitutivo della bipartizione medesima: essa non è «stata istituita in un momento determinato per opera di un atto normativo, ma si [è] venuta introducendo gradualmente e attraverso la prassi» (p. 92), e sulla spinta di «ragioni storico-politiche connesse con la laicizzazione del processo e col passaggio dal *regnum* alla repubblica» (p. 96 ss.). In questa direzione, anzi, si ritiene che la stessa facoltatività originaria della bipartizione fosse solo 'teorica', perché di fatto «necessaria o – il che è lo stesso – sentita come necessaria» (p. 90). In senso contrario alla tesi di Wlassak, G.I. LUZZATTO, *Procedura*, cit., 6, ipotizza una diversa evoluzione, per la quale è l'arbitrato privato che si 'sovrappone' alla difesa privata, inserendosi nel processo «in un periodo più tardo e a procedimento già iniziato»: la difesa privata è all'origine del procedimento *per legis actiones*, che null'altro è se non «l'inquadramento entro schemi legali e forme rigidamente predeterminate dalla legge o dalla consuetudine di atti di difesa privata. L'arbitrato si sviluppa solo in un secondo tempo, in un'epoca nella quale il procedimento *per legis actiones* è già da tempo costituito, ed ha già ricevuto la propria sanzione legale, e soltanto nel caso in cui il convenuto contesti la fondatezza del procedimento svolto dall'attore, e sia quindi necessario il ricorso ad un arbitro, che determini se l'azione è compiuta *iure* oppure *iniuria*, ledendo un diritto altrui». Confermano la genesi del procedimento *per legis actiones* dalla difesa privata la «priorità storica» del procedimento *per manus iniunctionem* e *per pignoris capionem*, nonché la stessa struttura della *legis actio sacramento*, «che, in origine, è anch'essa un'azione esecutiva, e nella quale il ricorso al giudice arbitro si innesta soltanto per via indiretta e incidentale» (p. 7). D'altronde, la qualificazione stessa del procedimento *per legis actiones* ne denuncia la struttura intorno ad atti di difesa privata che l'ordinamento inquadra entro forme prescritte: il semplice *agere* diventa *lege agere* (p. 167).

Assumendo la bipartizione quale strutturale al processo arcaico governato da un'impronta religiosa⁵, il problema della *iurisdictio* del *rex* può trovare soluzione nella dimensione del suo *imperium*.

La dottrina, ridimensionata la tesi che collega l'*imperium* regio alle qualità carismatiche del capo, cui risale la prima organizzazione cittadina⁶, sotto l'autorità di Mommsen, qualifica il *rex* come un

⁵ La bipartizione nel sistema del *lege agere* è affermata nelle *Institutiones* gaiane, che pure rispecchiano una fase matura di applicazione, nella quale a *iudicare* è un *iudex*, laddove la fase *in iure* è gestita da un *praetor*. Per la fase precedente alle *leges Liciniae Sextiae*, istitutive di quest'organo, e successiva alla legge delle XII Tavole, ove la bipartizione è pienamente affermata, può pensarsi ad uno stadio transitorio nel quale la struttura bipartita assume una connotazione soggettiva coerente con la struttura costituzionale e con l'impronta religiosa che caratterizza gli istituti giuridici e, in specie, quelli processuali: la fase *in iure* è gestita dal *rex*; quella *apud iudicem* da un membro del collegio dei Pontefici. La laicizzazione delle strutture istituzionali, con l'affermarsi del potere magistratuale in luogo di quello regio, in uno con la laicizzazione delle stesse strutture giuridiche processuali, quale si riflette nella stessa conversione del *sacramentum* (da giuramento che provoca un giudizio di natura religiosa, a scommessa che provoca un giudizio laico) importa, ferma restando la forma, un mutamento degli elementi soggettivi del rito. A presiedere la fase *in iure* non è più il *rex*, ma i magistrati repubblicani: non si tratta di interpretare la volontà divina, ovvero di mediare tra dio e gli uomini, quanto piuttosto di accertare la ritualità processuale. Di conseguenza, nella fase *apud iudicem*, non avendo più il *sacramentum* un oggetto religioso, il *iudicare* è demandato ad un *iudex* laico, il cui compito non è quello di decidere mediante l'interrogazione degli dei e la rivelazione della loro volontà: il giudice pronuncia la sentenza a seguito dell'assunzione di mezzi di prova. Sul punto, e per la distinzione tra mezzi di decisione, che caratterizzano il giudizio religioso, e mezzi di prova che qualificano, invece, il *iudicium* laico, v. G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., I, 407 ss., che ne collega la comparsa nel processo *per legis actiones* alla sussistenza di un organo giudicante cui è devoluta la decisione della controversia. Sulla bipartizione nella procedura delle *legis actiones* v. anche M. TALAMANCA, voce *Processo civile (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, 36, Milano, 1987, 22 ss.

⁶ Così P. DE FRANCISCI, *'Arcana Imperii'*, III.1, rist. Roma, 1970, 30: «l'*imperium* del magistrato romano, e quindi tanto più quello del *rex* dal quale esso deriva, è un potere sovrano, originario, che non è attribuito o conferito da altri organi della costituzione, che ha in sè stesso il proprio fondamento di legittimità, che nemmeno nel periodo repubblicano trovò mai la sua giustificazione negli ordinamenti o nelle

magistrato, titolare di un ufficio, e perciò investito di un potere istituzionale⁷.

leggi della *civitas*, che spetta al magistrato perché egli è tale, e che per sua natura e tendenza è illimitato. Queste singolari caratteristiche dell'*imperium* del magistrato romano [...] non possono spiegarsi se non risalendo ad un'epoca in cui l'*imperium* era considerato quale la potestà spettante naturalmente al capo per il fatto che egli era capo in forza delle sue qualità personali: solo così si spiegano l'originarietà di questo potere sovrano ed il fatto che esso è teoricamente illimitato e quindi indifferenziato [...]». Sul rilievo delle qualità carismatiche con riguardo alla natura primitiva dell'*imperium* v. anche ID., *Dal 'regnum' alla 'res publica'*, in *SDHI*, 10, 1944, 1-2, 154; ID., *'Primordia civitatis'*, Roma, 1959, 384; F. LEIFER, *Studien zum antiken Aemterwesen*, I, Leipzig, 1931, 27 ss. In senso contrario alla teoria del Führertum, per la quale «la posizione del capo nella primitiva comunità romana, come del resto in tutti gli stati primitivi, sarebbe quella di un duce, di un Führer, il quale trae la sua investitura non già dal popolo o da un'assemblea, ma unicamente dalla sua forza personale, dal suo potere carismatico», F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*², I, Napoli, 1972, 97, per il quale essa ignora i «nessi tra la struttura della società ed il suo ordinamento costituzionale, il suo diritto e perfino le sue concezioni religiose e le sue credenze [...] e nell'impossibilità di intendere le reali cause, che determinano la formazione del diritto, ci si rifugia nel mondo della magia: l'*imperium* diviene il mana del condottiero, cioè la forza misteriosa emanante dalla sua persona».

⁷ Muovendo dalla configurazione della rappresentanza necessaria al compimento di ogni atto e, dunque, nel presupposto che «la magistratura, incorporazione del concetto di Stato e titolare della potestà pubblica, non può pertanto essere concepita come avente base giuridica nella volontà generale della cittadinanza, poiché questa volontà per se stessa non può divenire efficace; anzi nel concetto romano la magistratura romana è più antica del popolo», T. MOMMSEN, *Disegno del diritto pubblico romano. Traduzione di Pietro Bonfante*², a cura di V. Arangio-Ruiz, Milano, 1943, 112, tratta della regalità, del *regnum*, quale più antica forma dello Stato romano, come la prima tra le cariche dello Stato (p. 195). Sul punto v. F. DE MARTINO, *Storia*, cit., I, 97. In senso contrario V. ARANGIO-RUIZ, *Introduzione*, in T. MOMMSEN, *Disegno*, cit., 16; ID., *Storia del diritto romano*⁷, rist. Napoli, 1998, 23: «lungi dall'essere un padrone (κύριος, o *dominus*), come lo erano i re delle monarchie territoriali d'Oriente, il Re della monarchia cittadina è piuttosto il fiduciario della comunità, l'uomo che i concittadini stimano degno del comando, che di questo è perciò legittimamente investito: di fronte agli dei, alle comunità straniere, al singolo recalcitrante il Re rappresenta ed impersona la comunità medesima, non *rex Romae*, ma *Romanorum*, in qualche modo anticipazione di quel

Ne deriva che il contenuto di siffatto *imperium* è considerato comprensivamente inclusivo di tutti i poteri pubblici necessari e conseguenti al servizio da rendere alla comunità, ivi compreso, dunque, quello giurisdizionale: «il compito delle più antiche autorità statali è di mantenere la pace e di imporre ai gruppi gentilizi di sottoporsi alla disciplina collettiva della comunità»⁸.

Premessa la necessità storica di un potere centrale forte, «capace di cementare l'unità cittadina contro la forza centrifuga delle *gentes primitive*»⁹, e di garantire, dunque, con il comando unitario dell'esercito, un'amministrazione unitaria del culto, al di fuori di qualunque fondamento personale o carismatico, De Martino osserva che, se pure non può escludersi che l'intervento statale in tema di giurisdizione fosse affidato in origine ai pontefici¹⁰, l'*imperium regio* «tendenzialmente

che saranno nel successivo regime i *magistratus rei publicae*». Sulla figura del *rex* quale «capo stabile titolare di un potere unitario in seno alla comunità cittadina presumibilmente sin dal momento in cui questa si è presentata con una sua propria organizzazione al di sopra delle preesistenti comunità di villaggio o gentilizie», e sul suo porsi come tale non tanto per le sue qualità e per il suo ascendente personale, ma in ragione di una precisa investitura del potere da altre forze sociali, politiche e religiose operanti nell'ambito della comunità medesima, «sì da potersi considerare esso stesso organo di una struttura politico-costituzionale rispondente a regole tradizionali», v. A. BURDESE, voce *Magistrato (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, 25, Milano, 1975, 187.

⁸F. DE MARTINO, *Storia*, cit., I, 433, ove, con riguardo all'unità dell'*imperium*, mettendo in guardia da «esagerazioni formalistiche, le quali per amore di un concetto trascurano i concreti sviluppi storici», ammette, «sebbene non sia dimostrato, che la funzione giurisdizionale fosse compresa nell'*imperium* unitario».

⁹F. DE MARTINO, *Storia*, cit., I, 101.

¹⁰Così F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 4 ss., ed ivi per la discussione sulla tesi della primitiva 'giurisdizione pontificale' e della dottrina che dopo Jhering l'ha sostenuta. In realtà, secondo De Martino, non potrebbe a rigore neppure parlarsi di vera e propria giurisdizione che, nell'opinione dello Studioso, nasce con la riforma costituzionale del 367: si tratterebbe di un «attivo intervento pontificale nelle liti private» (p. 33), deputato a «determinare la norma del caso concreto» (p. 44). L'organo sacerdotale ha la competenza – ed integra il precedente storico da cui poi deriverà il *ius dicere* del pretore – a «rivelare alle parti quasi come il responso di un dio, la norma del singolo caso» (p. 44). L'opinione relativa all'esistenza di una

unitario ed illimitato», inscindibile dalla suprema magistratura, incontrerà via via dei limiti con lo sviluppo del diritto pubblico. Proprio con riguardo alla giurisdizione civile, da un originario arbitrato, puramente volontario e facoltativo, si passa, con l'accresciuta autorità dello Stato cittadino, ad un intervento pubblico coattivo, mirante ad imporre alle parti l'accettazione del processo e la rinuncia all'autotutela: «il processo privato si svolse da forme rozze di autodifesa e di arbitrato verso forme di sempre più accentuato intervento pubblico»¹¹.

originaria funzione 'giurisdizionale' pontificale è ridimensionata successivamente: «può essere dubbio se l'intervento statale fosse assicurato mediante i pontefici o mediante altri organi, sebbene il carattere di alcuni tra i più antichi mezzi giudiziari, come la *legis actio sacramento*, il monopolio dei pontefici sulla giurisprudenza nell'età arcaica e l'originaria confusione tra norme giuridiche e norme religiose autorizzi l'ipotesi che la funzione del *ius dicere* fosse ad essi riservata» (ID., *Storia*, cit., I, 211 e nt. 23). La tesi della c.d. 'giurisdizione pontificale' è rimasta sostanzialmente isolata. Se pure non può negarsi il rilievo del sacro nello sviluppo del primitivo diritto romano e l'intervento dei pontefici nella materia giuridica e processuale, con specifico riguardo alla elaborazione dei relativi formulari, «le stesse fonti non solo non parlano mai di *ius dicere* e *iuris dictio* in riferimento all'attività dei pontefici, ma, pur sottolineando l'importanza di tale attività, la configurano e qualificano come *iuris interpretatio*, ponendola chiaramente e correttamente su un piano di intervento, certo relevantissimo, ma diverso» (G. NICOSIA, *Il processo*, cit., I, 55). Tra l'altro, la stessa configurazione del processo civile più antico come insieme di atti di difesa privata inquadrati entro forme legali presuppone che il magistrato non si limiti ad una sorveglianza formale, ma, in forza dell'*imperium*, attribuisca al giudice arbitro l'autorità di giudicare. E poiché, evidentemente, l'*imperium* magistratuale manca al collegio dei Pontefici, se ne deduce che «la struttura stessa del processo romano originario non lascia quindi alcuno spazio per una giurisdizione pontificale, come esclude, d'altro lato, la possibilità di un'ingerenza di natura esclusivamente religiosa nelle liti dei privati, inconcepibile in un regime di difesa privata» (G.I. LUZZATTO, *Procedura*, cit., 156). Sul tema v. anche M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 18 ss.

¹¹F. DE MARTINO, *Storia*, cit., I, 212 e 208 ss., per cenni sul dibattito dottrinale. In questa direzione, si argomenta uno sviluppo del processo privato non già nel senso di una «progressiva limitazione dei pubblici poteri ed un passaggio da un originario illimitato potere giudiziario del re ad una molto circoscritta funzione del magistrato repubblicano, quella di impostare la lite» (p. 208). Si tratta, piuttosto, di un percorso opposto, che, da una funzione giurisdizionale/arbitrale puramente volontaria si

In breve, la necessità di un intervento statale sulla soluzione 'arbitrale' delle controversie genera la nascita della *iurisdictio* quale potere politico ulteriore rispetto all'*imperium*.

L'idea che in età arcaica il potere regio, pur non avendo carattere personale, fosse tuttavia assoluto e comprensivo, è sconfessata da altra parte della dottrina, che evidenzia già l'improprietà della sua qualificazione come *imperium*. Prendendo spunto da un passo di Livio, Voci qualifica la potestà regia come *auctoritas*, e nega che essa possieda quei caratteri di assolutezza e comprensività portati dal concetto di *imperium*: «l'*auctoritas* regia è la potestà di uno posta al servizio di un regime aristocratico: per questo [...] il rex è *primus inter pares* (intesi come *pares* i *patres*). Ma essa ha altresì carattere religioso, e ciò ha un grande significato. Se i poteri del re sono religiosi e non magici, ciò significa non solo che il re non ha nulla di esclusivamente proprio già come uomo (un 'mana' più energico), ma soprattutto che re e *cives* sono legati da un vincolo comune, la religione»¹². Sarà solo con il dominato etrusco che, spostandosi il fondamento del potere regio dalla religione alla forza delle armi, si determinerà un allargamento delle funzioni dello Stato, che non possono essere adempiute dal monarca. Solo in questo momento,

svolge verso un progressivo regolamento legale dei limiti dell'*imperium* e delle competenze della magistratura: «con il consolidamento dell'unità cittadina e del superamento dello Stato intergentilizio, i poteri della città aumentarono nella procedura ed organi statali furono in grado di imporre alle parti l'osservanza di forme legittime, nelle quali si stilizzava in modo ormai simbolico l'antica lotta violenta» (p. 210).

¹² Così P. VOCI, *Per la definizione dell' 'imperium'*, in *Studi di diritto romano*, I, Padova, 1985, 121 ss. (già in *Studi in memoria di E. Albertario*, Milano, 1950, 167 ss.): «[...] il concetto unitario dell'*imperium* cade, perché storicamente non può ammettersi che la giurisdizione penale e civile siano, alla loro origine, con esso collegate» (p. 127). L'*imperium* del magistrato repubblicano è un potere esecutivo, di ordinanza, che si esprime negli atti con i quali impone un ordine o crea una situazione giuridica diversa dal processo. La *iurisdictio*, invece, è il potere del pretore di riconoscere il diritto dell'attore, ed include dunque tutti gli atti che attengono al sorgere ed allo svolgersi del rapporto processuale (p. 138 ss.). In chiave critica C. GIOFFREDI, *Diritto*, cit., 82 ss.

dunque, l'amministrazione della giustizia civile diviene compito dello Stato: «giudici sono coloro che poi verranno chiamati consoli»¹³.

A prescindere dalle specifiche argomentazioni, la concezione che la *iurisdictio* non si fondi sull'*imperium*, e che non implichi, anzi, alcun potere di comando, era stata affermata da Lauria, cui non sembra comunque mancare la consapevolezza della difficoltà di trovare la distinzione tra i due concetti¹⁴.

In realtà, come giustamente è stato rilevato, non solo il problema del rapporto tra *iurisdictio* ed *imperium* è un falso problema¹⁵, ma la naturale

¹³P. VOCI, *Per la definizione*, cit., 125. Contro la dottrina che vede nella *iurisdictio* una derivazione dall'*imperium*, Voci qualifica l'*imperium* medesimo il «dominio etrusco, ch'è fondato sulla forza delle armi ed è essenzialmente un comando militare, cui mancano attribuzioni giudiziarie» (p. 143). Alla unità di un potere che si specializza in tante funzioni (De Martino e Lauria), Voci sostituisce la rappresentazione di poteri diversi, con una propria genesi ed un proprio sviluppo. All'*imperium* come comando militare si affianca, autonoma, la *iurisdictio*: «al criterio dell'unità è da sostituire l'altro, imposto dalla storia, della molteplicità nella spiegazione dell'origine dei vari poteri. E se deve ammettersi che in un dato periodo storico le principali funzioni della *civitas* sono concentrate in una medesima magistratura, ciò non importa la riconducibilità di esse a una figura giuridica onnicomprensiva» (p. 143). Allo stesso modo, lo Stato interverrà nell'amministrazione della giustizia penale, per quanto, in questo caso, si sarà limitato ancora a pochi casi: il primo è la *perduellio*, per la cui repressione vengono istituiti i *Ilviri*, di nomina regia, operanti 'collegialmente', ossia sulla base di una 'divisione del lavoro'.

¹⁴ Con questa consapevolezza M. LAURIA, '*Iurisdictio*', cit., 481, iniziava la sua indagine storica sul concetto di *iurisdictio*: «la distinzione *iurisdictio-imperium* è ancora da trovare, nonostante le numerose indagini dai glossatori agli studiosi moderni».

¹⁵ Così F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 255 ss., per il quale «il famoso problema che per secoli ha tormentato la scienza giuridica, intorno alla distinzione *imperium iurisdictio* non merita, in fondo, né storicamente né dommaticamente una profonda indagine. Esso non è, a ben considerare, neppure un problema. *Imperium* è il potere del magistrato, inteso in un senso indefinito e generale. *Iurisdictio* è al contrario qualche cosa di infinitamente determinato e specifico, anche se si voglia considerarla come emanazione dell'*imperium*. Premesso ciò, la distinzione esiste e non esiste. Esiste in quanto *imperium* è un insieme di potestà, mentre *iurisdictio* è

connessione della *iurisdictio* con il sistema normativo ed istituzionale, storicamente considerato, impone di riconoscere in essa null'altro che una funzione statale, e come tale soggetta agli sviluppi storici della comunità cittadina, delle sue istituzioni e del suo *ius*. La distinzione tra *iurisdictio* ed *imperium*, insomma, «non esiste se non nel suo progressivo porsi ed enuclearsi attraverso un processo storico, che è, in definitiva, il processo storico di trasformazione dell'originaria ed unitaria nozione dell'*imperium* e della *iurisdictio*, aspetti di un'unica realtà della configurazione e dell'esercizio del potere nell'organizzazione statale romana»¹⁶.

La tesi che nega che nell'*imperium* possa includersi la funzione giurisdizionale muove, insomma, da un dogmatismo estraneo al pensiero giuridico romano, che conosce il concetto di *imperium* come 'potere di comando' e ad esso lega la *iurisdictio* come intervento di autorità: «[...] *ius dicere* [...] è funzione di autorità [...]».¹⁷

una singola potestà; non esiste in quanto anche la *iurisdictio* è emanazione dell'*imperium*».

¹⁶M. SARGENTI, *Studi sulla 'restitutio in integrum'*, in *BIDR*, 69, 1966, 201, per il quale in un «ordinamento che non conosce la distinzione tra formulazione della norma astratta e sua applicazione concreta», né «la separazione di un potere legislativo da quello giurisdizionale, e che per gran parte della sua storia non è costituito da un sistema di norme generali e astratte», il significato «essenziale e pregnante del termine *iurisdictio* va ravvisato proprio nella indissolubile unità originaria di *iurisdictio* e di *imperium*, nell'essere la *iurisdictio* non solo fondata sull'*imperium*, ma immedesimata con questo. Il magistrato romano *dicit ius* perché è il titolare del potere, di un potere che non ammette, nella sua indifferenziata unità originaria, qualificazioni, che non è piuttosto militare che politico, ma è insieme militare e politico e religioso, è appunto, quello che per l'uomo moderno s'identifica col potere e con la sovranità dello Stato, e che per il romano, privo ancora dei concetti astratti di Stato e sovranità, si identifica nell'*imperium* del magistrato» (p. 203). Solo parzialmente coincidente è la posizione di G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., II, 118, per il quale, «[...] mentre l'*imperium* era un potere generale di comando (militare e politico), il cui contenuto non era specificato, la *iurisdictio* corrispondeva a una delle *potestates* che, pur comprese nell'*imperium*, potevano essere specificamente attribuite dalla legge a un magistrato come *potestates* a sé stanti».

¹⁷C. GIOFFREDI, *Diritto*, cit., 86, per il quale l'*imperium*, quale originario potere di comando, viene di fatto delimitato quando, negli ultimi secoli della repubblica, le

Con l'*imperium* il pensiero pubblicistico romano esprime una realtà anzitutto fattuale: *imperium* è la rappresentazione del supremo potere dello Stato; è la sovranità dello Stato che si specifica in tutte le funzioni necessarie al suo esercizio. Né può immaginarsi, almeno per l'età arcaica, una distinzione delle funzioni, che, com'è evidente, non può che appartenere ad una fase progredita di sviluppo delle istituzioni pubbliche, coincidente di fatto con l'evoluzione della *civitas* e dei suoi bisogni e, nella rappresentazione teorica, con una fase assai progredita del pensiero pubblicistico e delle sue elaborazioni¹⁸.

Si tratta di un percorso che muove dalla prassi, e che con la prassi si precisa e si specifica, caricandosi di quelle connotazioni di fluidità ed elasticità che sono proprie della pratica giuridica e del diritto, che di essa (ed in essa) vive, al di fuori di rigidi schematismi concettuali.

Orbene, proprio la prassi di diritto pubblico conosce nell'età arcaica, quella delle *gentes* che iniziano ad organizzarsi in comunità cittadina, la figura del *rex*, capo della comunità civile e religiosa, investito 'unitariamente' del potere su di essa: che è di natura militare, ma anche civile e religioso. L'*imperium* del *rex*, insomma, si precisa nel compimento di tutti gli affari utili alla vita della comunità: comando militare, gestione degli affari civili, compimento dei *sacra*.

single funzioni si specificano ed iniziano ad acquistare rilievo autonomo: «il concetto di *imperium* comincia ad acquistare in astrattezza e, considerato che per tradizione spetta ai supremi magistrati dello Stato, non può non venire concepito come il più alto potere di governo: un potere che implica la capacità generica di comandare e di farsi obbedire, e si contrappone a una singola funzione, la *potestas*» (p. 84). In questo contesto, l'attività giurisdizionale rientra nel generico concetto di *imperium*, e si estrinseca nelle forme di un intervento d'autorità. In un regime di istituzioni consuetudinarie, poi, «il *ius dicere* non può essere concepito come applicazione di norme, ma piuttosto come azione di autorità intesa a statuire, caso per caso, la soluzione più giusta della lite e ad evitare l'esercizio della forza» (p. 82).

¹⁸ Utili riferimenti sui 'parametri' costituzionali che giovano alla definizione dei concetti di *iurisdictio* ed *imperium* si leggono, in sintesi, in P. CERAMI - M. MICELI, *Storicità del diritto strutture costituzionali, fonti, codici. Prospettive romane e moderne*, Torino, 2018, 41 ss.

Né in senso contrario alla configurazione di un potere giurisdizionale del *rex*, incluso nel generale *imperium*, può addursi il carattere religioso della sua 'auctoritas' (Voci), ovvero quella confusione tra *ius* e *fas* che caratterizza l'ordine normativo nell'età risalente della storia di Roma: «non è possibile pensare ad una vera *iuris dictio*, quando non v'è un autonomo sistema di norme giuridiche»¹⁹.

In realtà, proprio il riconoscimento della intonazione anche e necessariamente religiosa del potere regio di età arcaica, nonché, e conseguentemente, quella innegabile commistione tra *ius* e *fas*, rende dubbia la negazione dell'esistenza di una *iuris dictio* demandata ai *reges*.

Se è ben vero che sul passaggio dalla monarchia alla repubblica, come sulla storia delle primitive magistrature repubblicane, la scienza romanistica continua a disporre di scarse informazioni, sembra tuttavia ragionevole ammettere un nucleo di potere del *rex* oggettivizzato nell'*imperium*, potestà illimitata di comando in campo militare e prima ancora religioso: «il *rex*, che troviamo nei più antichi ricordi della tradizione, era appunto il sacerdote e il comandante»²⁰.

Il carattere etrusco della monarchia in Roma riserva, come noto, pochi dubbi sul fatto che il contenuto del potere monarchico fosse qualificato dall'*imperium*. Espressione della sovranità dello stato, l'*imperium* etrusco è, senz'altro ed anzitutto, un potere militare, fondato sulla forza delle armi. Ma esso resta anche potere religioso, non essendo

¹⁹Così F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 30. Secondo De Martino, almeno nella fase iniziale del suo pensiero, quando *ius* e *fas* si confondono, ed il diritto è costituito da norme orali e consuetudinarie, manca una vera e propria *iuris dictio*. Sarà solo a partire dall'alta repubblica che, naufragando gli ordini gentilizi e decadendo gli organi sacerdotali, si attuerà una separazione precisa fra sacerdoti e magistrati civili: la *iuris dictio* come funzione riservata ai patrizi, ma 'laica' nella funzione giacché nasce come conquista della plebe di garanzia della uniformità nell'applicazione del diritto, presuppone, con la distinzione tra norme giuridiche e norme religiose, la netta divisione di competenze tra l'amministrazione della giustizia e la conoscenza delle *actiones* e dei rituali.

²⁰F. DE MARTINO, *Storia*, cit., I, 95. Sull'evoluzione della magistratura romana arcaica e del sacerdozio quali «aspetti paralleli di un fenomeno affine» v. S. MAZZARINO, *Dalla monarchia allo stato repubblicano. Ricerche di storia romana arcaica. Con l'introduzione di Augusto Fraschetti*, Milano, 2001, 57.

concepibile che venga ad un tratto obliterata quella componente religiosa sulla quale si era fondato il *regnum* latino-sabino.

Anzi, per una società prevalentemente patrizia e con una forte intonazione religiosa, la regalità è espressione di un potere anzitutto religioso: il *rex* è il sommo sacerdote della città. È parte, unitamente ai tre flamini maggiori, del collegio pontificale, e questo ha il controllo esclusivo della religione romana, pubblica e privata: i sacrifici, il calendario che segna il tempo della città, i riti che scandiscono la vita civile e politica. Si aggiunga poi che l'altro collegio più antico, oltre quello dei *pontifices*, è quello degli àuguri. *Augures* sono coloro che *auspiciis praesunt* (Cic. *nat. deor.* 1.122): raccolgono i segni celesti, gli auspici appunto perché derivati dall'osservazione degli uccelli. Le pronunce degli àuguri decidono della vita politica (riunioni dei *comitia*) e militare (l'avvio della battaglia) della città. E questa indissociabilità del potere religioso dal potere temporale rimarrà a caratterizzare la storia del potere politico a Roma. Basti pensare che, a partire da Augusto, i *principes* non rinunceranno alla carica del pontificato.

E poiché, poi, tra affari religiosi ed affari civili e militari non vi è alcuna netta distinzione, il *rex* deve essere anche conoscitore del *ius*: il 'possesso' ed il 'governo' della sacralità serve alla conoscenza ed alla pronuncia del *ius*. Tra *ius* e *fas* vi è, dunque, non solo una compenetrazione oggettiva, ma anche soggettiva: il *rex* è anche *pontifex*, ed in tale qualità è legittimato a *ius dicere*²¹. Il *ius* che il *rex dicit* è la parola

²¹ Pomponio, nella sua storia sull'origine del diritto, attribuisce la *gubernatio* alla *manus* del *rex*: *et quidem initio civitatis nostrae populus sine lege certa, sine iure certo primum agere instituit omniaque manu a regibus gubernabantur* (Pomp *l.s. ench.* D. 1.2.2.1). L'impiego del termine *manus*, come opposto a *lex*, è significativo di una 'potenza' senza limiti, che non si esaurisce nella mera *potestas* che sarà poi propria dei magistrati repubblicani (Pomp *l.s. ench.* D. 1.2.2.14), ma include anche, in una rappresentazione unitaria, le attribuzioni religiose dei pontefici e sacerdoti (Serv. *ad Aen.* 3.268: *maiorum haec erat consuetudo ut rex esset etiam sacerdos et pontifex*): il *rex* è 'potentissimus' (Fest., voce 'Ordo sacerdotum' [Lindsay, p. 198] su cui v. P. DE FRANCISCI, 'Primordia', cit., 365), e tutti i pontefici sono a lui gerarchicamente subordinati; a lui è riservato così il *divinare* (Cic. *div.* 1.40.89) come la custodia della *interpretatio iuris* (Cic. *rep.* 5.2.3). Sui poteri religiosi del

degli déi, giacché, in ultimo, sono sempre gli déi i giudici sommi della comunità.

Sicché ben può parlarsi per l'età arcaica di una *iuris dictio*, quale potere di *ius dicere*, riservato al *rex* nella qualità di titolare dell'*imperium*, che lo esercita da solo, quale *rex* e *pontifex*, e, con l'infittirsi dei *mores* e l'accrescersi delle difficoltà della *intepretatio iuris*, con la 'collaborazione' dei *pontifices*, i 'magistrati' ai quali è affidata la cura della religione e delle cerimonie e, dunque, la conoscenza del *ius/fas*²².

rex, e con una utile rassegna di fonti, v. F. DE MARTINO, *Storia*, cit., I, 130 ss. L'identificazione del potere regio con la *manus*, in un contesto di sostanziale indistinzione tra sfera religiosa e sfera politica, è espressiva di una «potenza indifferenziata» del *rex*, come tale inclusiva del potere di *ius dicere*: «la *manus* è *potens* e come tale irradiatrice di salute e di guarigioni» (P. DE FRANCISCI, 'Primordia', cit., 267), è autorità, è potere fisico, ma anche magico, religioso. Sull'efficacia dell'espressione *ius dicere* riferita all'età ed all'attività regia, in luogo di quella, ricavabile dalle fonti (Liv. 1.8.1; Virg. *Aen.* 1.507; 5.578; Ovid. *Fast.* 2.492; 3.61 ss.; Proper., 4.11.18), di *ius dare*, v. R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino, 1967, 158 nt. 1, 77 ss. e 157 ss. sul primitivo regime giuridico di Roma e sulle attribuzioni del *rex*. Sul tema, e con specifico riguardo alla locuzione '*iura dare*' v. anche, con precisi richiami alle fonti ed alla bibliografia, C. PELLOSO, "*Giudicare*", cit., 95 ss., nonché, e più in generale, sull'attività giurisdizionale primitiva del *rex* nella duplice veste di supremo organo autoritativo dello Stato e di interprete della volontà dagli dei, investito, in forza delle sue attribuzioni religiose, anche della creazione del *ius*, L. VACCA, *Diritto giurisprudenziale romano e scienza giuridica*, a cura di G. Rossetti, Torino, 2017, 71 ss.

²²L'oralità e la segretezza del *ius*, che solo i *pontifices* sono autorizzati a disvelare, denunciano, sin dall'età arcaica, una compenetrazione tra le funzioni giurisdizionali in senso stretto, prerogativa esclusiva del *rex* quale titolare di *imperium*, e quelle dei *pontifices*. Se in una fase assai risalente è possibile immaginare la concentrazione di queste funzioni nel *rex*, quella propriamente 'giurisprudenziale', di ausilio all'attività giurisdizionale in senso stretto, dovette nel seguito appuntarsi in capo ai *prudentes sacerdotes*. La pretesa di giustizia, il *petere ius* di cui parla Cicerone, si rivolge al *rex* in via istituzionale, ma, presupponendo ed imponendo la conoscenza del *ius*, da cui la *iustitia* (ovvero l'*explanatio aequitatis*) deriva, generò, con la specializzazione del sapere, una mediazione 'giurisprudenziale' pontificale. È probabile ritenere che nella fase precedente l'affermazione della *civitas*, le comunità di villaggio regolassero la conflittualità sulla scorta di un'attività di

Una intonazione religiosa nel potere sovrano residua non solo, ed all'evidenza, nel *rex sacrorum* o *sacrificulus* della tradizione repubblicana²³, ma proprio nel sistema processuale delle *legis actiones*: con il *sacramentum*²⁴

autodifesa e, ben presto, a misura della condivisione di una cultura, anche religiosa, in base ad un complesso di riti, controllati forse in via arbitrale, e magari dagli stessi sacerdoti, conoscitori in via esclusiva del *ius* e dunque anche dei riti da praticare per l'affermazione contenziosa delle pretese.

²³Sebbene figure nella organizzazione sacerdotale per tutta l'epoca repubblicana, e rivesta il rango più alto fra i sacerdoti («[...] occupa il primo posto nelle cerimonie, dà il proprio nome per indicare la data di alcune festività, è quindi eponimo, celebra un sacrificio espiatorio per il comune (*regifugium*) il 24 febbraio»: F. DE MARTINO, *Storia*, cit., I, 102), egli null'altro è se non «una larva dell'originaria monarchia» (V. ARANGIO-RUIZ, *Storia*, cit., 27), come d'altronde sembra confermato «dall'iscrizione del celebre cippo arcaico, scoperto nel Foro il 1889 dove appunto si parla di un re (al dativo *regei*) e di funzioni sacre da lui compiute [...]». Sul testo, e per la ricostruzione della figura del *rex*, v. S. MAZZARINO, *Dalla monarchia*, cit., 195 ss.

²⁴Sul *sacramentum*, nucleo della *legis actio sacramenti*, v. G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., I, 50. L'evoluzione storica del *sacramentum* è evidente dal confronto tra i luoghi gaiani ad esso relativi - riferiti, in particolare, al *sacramentum in rem*, attese le lacune del manoscritto veronese nella parte relativa al *sacramentum in personam*, nella quale Gaio doveva precipuamente esporre le modalità ed i caratteri del *sacramentum* -, nei quali il *sacramentum* ha per oggetto una somma di denaro destinata all'erario e versata solo dopo la decisione della lite, in caso di soccombenza, ed il passo di Varrone (Varro *l. l.* 5.180), nel quale il *sacramentum*, sempre identificato col denaro, non viene però semplicemente promesso e garantito con i *praedes*, ma viene versato, salvo recupero, in caso di vittoria della lite. In epoca antica, dunque, la *summa sacramenti* - che Gaio indica in 50 assi per le liti sulla proprietà di cose di valore inferiore ai 1000, e di 500 assi per le altre - era depositata quasi in funzione cauzionale da entrambe le parti prima del giudizio, e solo successivamente si attenuò l'onere economico della lite, stabilendosi che la stessa sarebbe stata pagata dal soccombente a conclusione del giudizio. Sul punto anche C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, I. *Le 'legis actiones'*, Torino, 1980, 16. A differenza di Gaio, però, Varrone valorizza l'aspetto sacrale del *sacramentum*, giacché, oltre all'etimologia (*sacramentum a sacro*), riferisce che, nell'epoca attestata, la somma veniva depositata *ad pontem* (o *ad pontificem*, secondo la sostituzione proposta da Mommsen: v. G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., I, 53 e ntt. 101 e 102 anche per ulteriori riferimenti bibliografici) e ritirata *e sacro*. Il denaro era dunque depositato presso i pontefici, e soprattutto

le parti si vincolano ad una soluzione 'sacrale' della controversia, sottoponendosi ad un giudizio (e ad un giudice) che obbedisce anzitutto ad criterio religioso.

Il processo, meglio la *lis* (o il *iudicium*)²⁵, è un 'fatto privato', ma deve essere guidato da un criterio approvato dalla comunità: il *ius* e la sfida al

aveva una destinazione sacra, pur se eventuale, cessando in caso di esito positivo della lite. Come infatti riferisce Festo (F. 344), il denaro era destinato alle *res divinae*: serviva a sostenere le spese delle cerimonie religiose ed il compimento di sacrifici. Da Cicerone (*rep.* 2.35.60), poi, si apprende che, in epoca precedente, prima del 455 a.C., l'oggetto del *sacramentum* era costituito non da denaro, ma da bestiame (buoi o pecore), fin quando la legge Aeternia-Tarpeia non trasformò in denaro l'oggetto del *sacramentum*. Lo stesso passo di Festo, F. 344, inoltre, identifica il *sacramentum* processuale con un giuramento «con cui ciascuna parte asseverava la propria dichiarazione, anzi la propria *vindicatio*, chiamando gli dei a testimoni della fondatezza del proprio assunto» (*ibid.*, 54 e nt. 107 per il richiamo a G. BROGGINI, *La prova nel processo romano arcaico*, in *Jus*, 3, 1960, 364). Forse accompagnato in origine da una *exsecratio* o da una *devotio* che «richiamava sul giurante la vendetta divina in caso di giuramento falso» (*ibid.*, 55), il giuramento falso, il *sacramentum iniustum*, integrava offesa agli dei ed il sacrificio degli animali serviva ad espiarne la colpa. In senso critico G.I. LUZZATTO, *Procedura*, cit., 107, per il quale all'identificazione del *sacramentum* con il *iusiurandum* osta «il senso religioso dei romani, che esclude che essi avrebbero, in tal caso, congegnato l'azione in modo da obbligare sempre entrambe le parti a giurare. Ciò perché essi darebbero in questo modo un incoraggiamento legale al *falsum sacramentum*, dato che una delle parti, ancorché in buona fede, rimane sempre convinta di falso». Si propone, invece, di considerare la pronuncia del *sacramentum* «una *damnatio*, e cioè un'autoconsacrazione di entrambe le parti alla divinità, nel caso che l'affermazione del proprio diritto sia stata compiuta a torto». Quale conseguenza del legame tra il giurante e la divinità, la *summa sacramenti* «può essere concepita o, fin dall'inizio, come un *piaculum* verso la divinità, cui la parte è vincolata in conseguenza della *damnatio*, o come un riscatto che è versato dal soccombente, dato che egli è caduto, in conseguenza dell'autoconsacrazione, in potere della divinità». Sul *sacramentum* e sulla sua evoluzione v. anche M. TALAMANCA, voce *Processo*, cit., 15 ss. (e in specie ntt. 103 e 104) e nt. 122.

²⁵ Come nota, il termine 'processo' non è romano. Nelle fonti compare il termine *lis* ad indicare la conflittualità (ed il suo oggetto) demandata, per il tramite della *litis contestatio*, alla soluzione giudiziale (Varro *l. l.*, 7.5.93; Gai 4.30). Si data, invece, al processo formulare, ed all'affermarsi, come elemento essenziale di quest'ultimo, dell'*accipere iudicium*, l'equiparazione dei termini *lis* e *iudicium*: Cic. *Verr.*

sacramentum integrano l'elemento pubblicistico all'interno di una dinamica processuale che, per il resto, resta tutta interna alle parti.

La rilevanza 'pubblicistica' del sacro nell'esperienza giuridica romana qualifica la dimensione religiosa propria dell'*imperium* del *rex*. Espressione della statualità, e dunque comprensivamente investito di tutti i poteri necessari alla organizzazione ed alla guida della vita della comunità, il *rex* è un *magistratus*, titolare di una serie di funzioni e, tra queste, di quella, essenziale per l'organizzazione della nascente comunità cittadina e della sua naturale e fisiologica contenziosità, relativa al *dicere ius*.

In questo senso, il *rex*, titolare di *imperium*, è un *magistratus* nel significato etimologico di 'guida', condottiero della comunità, così in pace come in guerra, *domi militiaeque*²⁶. Alla sua regalità inerisce così l'autorità religiosa come quella militare e civile.

2.3.13.32; *orat.* 2.24.99; *Herenn.* 4.23.33. Utili riscontri sull'impiego del termine in E. DE RUGGIERO, voce *Lis*, in *DE*, 6.33, Roma, 1959, 1415.

²⁶ Sul concetto di magistratura come comando v. D. MANTOVANI, *Il diritto e la costituzione in età repubblicana*, in E. GABBA - D. FORABOSCHI - D. MANTOVANI - E. LO CASCIO - L. TROIANI, *Introduzione alla storia di Roma*, Milano, 1999, 233, che richiama «la definizione di *magistratus* contenuta nel lessico di Festo: "magisterare significa guidare. Da qui prendono il nome di *magistri* (maestri) non solo gli insegnanti, ma anche i *magistri* dei villaggi, delle società, dei quartieri, delle associazioni, della cavalleria, perché tutti costoro *magis possunt* (possono di più) degli altri. Da qui prendono il nome anche i *magistratus* (magistrati), coloro che attraverso gli *imperia* sono potenti più dei privati" (Festo, *Pauli excerpta*, p. 113.11 L). Come quella greca, anche la definizione latina riconduce il *magistratus* al fenomeno del 'potere' [...] È una prospettiva suggerita dall'etimologia (per ristabilire i giusti rapporti, si noti che *magisterare* è il derivato verbale di *magister*, dal verbo viene, a sua volta, *magistratus*; [...]). *Magister*, dalla radice *mag-* di *magnus* con i suffissi comparativi *-is-* e *-ter(o)*, designa, infatti, chi si trova in una condizione di grandezza relativa, di prevalenza in una relazione. In ciò consiste, com'è noto, l'essenza del potere, che si manifesta nei più vari rapporti sociali [...] *Magistratus*, etimologicamente e semanticamente, appartiene a pieno titolo a questa tipologia, in cui occupa, anzi, un posto speciale, poiché designa in modo esclusivo il detentore del 'potere politico' (in contrapposto al *privatus*), il cui tratto specifico è, appunto, quello di esprimersi tramite comandi», per la cui esecuzione è legittimo il ricorso alla forza.

La semplicità degli affari contenziosi e la onnicomprensività dell'*imperium regio*, ancora sottratto ad ogni esigenza di specializzazione, rende, a questa fase storica, anacronistica qualunque distinzione tra *ius dicere* e *iudicare*²⁷. La portata assorbente della religione, che condiziona così il giudizio come il giudicante, unifica e semplifica la funzione giurisdizionale e rende verosimile l'inclusione nella *iurisdictio regia* anche del compito di *iudicare*, ossia di emettere la sentenza (una sentenza

²⁷La tradizione ascrive il sistema bipartito a Servio Tullio, che, anzi, nel racconto di Dionigi di Alicarnasso avrebbe introdotto il potere di nominare giudici privati (Dion. Hal. 4.25.2; 4.36.2). Poiché il *rex* ha facoltà di delegare ad un privato il compito di decidere nel merito, il *iudicare* del *iudex privatus* si atteggia come una restrizione all'*imperium* giurisdizionale illimitato del *rex*. È stato osservato che la notizia riferita da Dionigi, senza attestare in alcun modo la *iurisdictio regia*, si limita ad offrire forse «il ricordo di qualche fatto concreto (anche se la notizia non può certo essere accolta nel senso che prima i re giudicavano personalmente, ma va piuttosto riferita al fenomeno [...] del passaggio dall'originario ricorso ad un giudizio divino, al ricorso ad un giudizio umano, mediante appunto la scelta di un *iudex privatus*)» (G. NICOSIA, *Il processo*, cit., I, 45). Per altro verso, premesso un verosimile *ius dicere* pontificale per l'età più antica, il racconto tradizionale non può essere assunto per descrivere lo sviluppo storico del processo civile nel senso di una progressiva limitazione dei pubblici poteri, con il passaggio da un illimitato potere giudiziario del re al *ius dicere* del magistrato repubblicano cui spetta la sola «impostazione della lite». Piuttosto, l'accresciuta autorità dello stato cittadino determina un incremento dell'intervento pubblico che, attraverso il magistrato, impone alle parti l'accettazione del processo e la rinuncia all'autotutela: «è probabile che un'antica tradizione di ispirazione patrizia abbia tentato di mascherare questo corso, presentando il processo civile dell'età repubblicana come una conquista di libertà di fronte all'oppressivo imperio regio» (F. DE MARTINO, *Storia*, cit., I, 212). D'altronde, lo stesso Dionigi, «dopo avere accennato a una (inattuata) riforma di Servio Tullio, per l'affidamento a un terzo del giudizio [...], chiarisce immediatamente che quella competenza, oltre a esser stata trasmessa ai consoli, implicava anche un vero valore normativo di queste decisioni (V. MAROTTA, *Il diritto privato*, in *Storia giuridica di Roma*, a cura di A. Schiavone, Torino, 2016, 47). V'è da dire che la funzione giudicante del *rex* sembra trovare conferma nei luoghi ciceroniani (Cic. *rep.* 2.21.38; 5.2.3) nei quali si attribuisce al *rex* un generico potere di *ius dicere*. Servio esercitò il *ius dicere*, rese giustizia *regio ornatu*, nel suo ruolo regale, senza con ciò alludere ad alcuna distinzione tra *ius dicere* e *iudicare*, ovvero, e di conseguenza, ad alcuna delega della funzione giudicante.

‘religiosa’), laddove la funzione giudicante del *index privatus*, protagonista della fase *apud iudicem*, si ricollega al passaggio della *iurisdictio* ai magistrati repubblicani, ossia alla specializzazione e laicizzazione delle funzioni che è conseguenza della crescente complessità sociale e del rinnovato equilibrio di interessi e classi sociali.

Sembra cioè preoccupazione sistematizzante assolutamente astorica la valutazione della ricorrenza in età arcaica della distinzione tra fase *in iure* e fase *apud iudicem*.

Il passaggio dalla monarchia alla repubblica è segnato da profondi stravolgimenti sul piano delle strutture istituzionali. Sebbene non sia facile, per l’oscurità delle fonti, ricostruire i passaggi di un momento di rottura così importante nella storia di Roma, è possibile tuttavia, con sufficiente grado di approssimazione, ricostruire lo svolgimento della funzione giurisdizionale.

Una situazione di profonda fluidità istituzionale denuncia il tentativo di fissare nella differenziazione delle funzioni, dall’originario, generico ed onnicomprensivo, potere del *rex*, il nuovo assetto politico e sociale consolidatosi con la caduta del *regnum*: l’*imperium* del *rex*, concentrato di funzioni pubbliche, si sfalda, specificandosi – probabilmente attraverso la mediazione del *magister populi* – nelle funzioni dei magistrati repubblicani, che sono militari e giurisdizionali.

Se per la fase monarchica la *iuris dictio* si confonde con le altre funzioni regali connesse all’*imperium*, e si caratterizza dunque come l’unione di *ius dicere* e *iudicare*, sintesi di *ius/iustitia* e di comando (*imperium*/sentenza)²⁸, con il prendere forma della comunità cittadina quale *societas iuris* (Cic. *rep.* 1.32.49) – e la composizione sociale rappresenta dal plebiscito Licinio Sestio rappresenta un arresto importante del costituirsi della *civitas* –, nasce la *iuris dictio* quale autonoma funzione esercitata da un organo dello Stato a ciò specificamente legittimato, il *praetor*, con il compito ‘statuire’

²⁸ Come ben rileva L. WENGER, *Istituzioni*, cit., 48, «in quanto si tratta di sovrano assoluto, quale certo è stato un re etrusco, noi non possiamo rappresentarci il suo *imperium* senza la giurisdizione piena quindi dobbiamo pensarlo munito di *iudicatio*».

il diritto che le parti condividono quale norma regolatrice della controversia.

Ove poi la natura dell'atto richieda uno speciale intervento coercitivo, allora la giurisdizione come potere solutorio di una controversia tra privati si carica di un significato specifico, poiché la definizione della lite è possibile grazie al potere di comando, all'*imperium* del magistrato, da cui d'altronde tutti i poteri, compreso quello giurisdizionale in senso stretto scaturiscono.

L'emersione della *iurisdictio* in seno all'*imperium* può immaginarsi solo per una fase progredita di sviluppo delle istituzioni pubbliche, coincidente di fatto con l'evoluzione della *civitas* e dei suoi bisogni e, nella rappresentazione teorica, con una fase matura del pensiero pubblicistico e delle sue elaborazioni.

3. *La natura degli atti 'magis imperii quam iurisdictionis'*

A sostegno della distinzione tra *iurisdictio* ed *imperium* e, dunque, della configurazione della *iurisdictio* quale funzione autonoma, pur trovando nell'*imperium* il proprio fondamento, la dottrina ha, tra l'altro, invocato l'esistenza di una giurisdizione delegata: la giurisdizione è distinta dall'*imperium* non solo perché può essere conferita anche a magistrati privi di *imperium*, ma anche perché può essere oggetto di delega, laddove non sono delegabili quel complesso di provvedimenti magistratuali, sempre inerenti alla tutela dei diritti, che i giuristi severiani qualificano *magis imperii quam iurisdictionis* e che escludono dalla competenza dei magistrati municipali²⁹.

²⁹ Sui problemi legati alla definizione ed alla stessa denominazione della categoria degli atti *magis imperii quam iurisdictionis* si rinvia alla ricostruzione offerta da T. SPAGNUOLO VIGORITA, *'Imperium mixtum'. Ulpiano, Alessandro e la giurisdizione procuratoria*, in *Index*, 18, 1990, 113 ss. e 125 nt. 26, con specifico riguardo al passo papiniano (Pap. 1 *quaest.* D. 1. 21. 1 pr. e 1) che sembra implicitamente contenerla.

Ulp. 1 *ad ed. D. 2.1.4: iubere caveri praetoria stipulatione et in possessionem mittere imperii magis est quam iurisdictionis.*

Paul. 1 *ad ed. D. 50.1.26 pr.: ea, quae magis imperii sunt quam iurisdictionis, magistratus municipalis facere non potest. 1. magistratibus municipalibus non permittitur in integrum restituere aut bona rei servandae causa iubere possideri aut dotis servandae causa vel legatorum servandorum causa*³⁰.

Dicono i giuristi che i magistrati municipali non possono autorizzare una *missio in possessionem* (*rei servandae causa*, o *dotis servandae causa* o *legatorum servandorum causa*), ovvero disporre una *in integrum restitutio* o una *stipulatio praetoria*, trattandosi di provvedimenti che rientrano nell'*imperium* e non nella *iurisdictio*. Si tratta di istituti pretori la cui caratteristica è quella di fornire una tutela immediata al diritto del richiedente, che si sottrae alla

³⁰La tradizionale avversione dei giuristi romani nei confronti delle definizioni, che, fissando nel tempo il contenuto di un concetto, appaiono *periculosae* (Iav. 11 *epist. D. 50.17.202*, su cui v. A. CARCATERRA, *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo, mezzi e fini*, Napoli, 1966; R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966; B. ALBANESE, 'Definitio periculosa': un singolare caso di 'duplex interpretatio', in *Studi in onore di G. Scaduto*, III, Padova, 1970, 229 ss., ora in ID., *Scritti giuridici*, I, a cura di M. Marrone, Palermo, 1991, 701 ss.; A. GUARINO, *D. 50.17.202 'Interpretatio simplex'*, in *Labeo*, 14, 1968, 65 ss., poi ID., *Giavoleno e le definizioni*, in *Pagine di diritto romano*, V, Napoli, 1994, 155 ss.), non è smentita con riguardo alla *iurisdictio*, il cui concetto, nondimeno, doveva essere ben radicato nelle logiche dei *prudentes* se, ad un certo momento, Ulpiano e Paolo ne discutono soffermandosi sulle articolazioni operative del termine, che sembrano, invece, presupporre nella sua portata teorica. Nei passi escerpti nel Libro II, Titolo primo del Digesto, rubricato appunto *de iurisdictione*, i giuristi selezionati sono, appunto, prevalentemente quelli severiani, Paolo ed Ulpiano. Ma è incluso anche un passo di Giavoleno (Iav. 6 *ex Cassio D. 2.1.2*); uno di Giuliano (Iul. 1 *dig. D. 2.1.5*); due passi di Gaio (Gai 1 *ad ed. prov. D. 2.1.8*; Gai 1 *ad ed. prov. D. 2.1.22*); ed un frammento di Africano (Afr. 7 *quaest. D. 2.1.18*). Nel pensiero dei giuristi, la nozione di 'giurisdizione' si precisa nella sua portata applicativa, ossia in relazione al processo e con riguardo al rapporto rispetto all'*imperium*. Sul tema, in chiave generale, accanto alla dottrina già ricordata, v. anche A. STEINWENTER, voce *Iurisdictio*, in *RE*, 19, Stuttgart, 1918, 1155 ss.; G. NICOSIA, voce *Giurisdizione nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, IX, Torino, 1993, 120 ss.

tempistica del rito ordinario, mancando la nomina di un giudice e l'emanazione di una sentenza. Una sorta, insomma, di provvedimenti 'cautelari', che garantiscono una decisione immediata del magistrato a seguito di una *causae cognitio* e sono forniti di immediata esecuzione.

La dottrina qualifica questi atti ora come «mezzi ausiliari del processo pretorio, che si fondano tutti sull'*imperium* del pretore»³¹, ora come «mezzi complementari delle procedure formulari»³², ora come «mezzi stragiudiziali pretori», tali intendendosi quei «mezzi non diretti di per sé a rimettere la soluzione della controversia alla pronuncia di un organo giudicante, cui possono solo eventualmente dar luogo, concessi dal magistrato giurisdicente per lo più in base a previsione edittale e dietro valutazione più o meno sommaria del caso (*causae cognitio*), a tutela dell'interesse, non altrimenti garantito, di una parte rispetto all'altra»³³.

³¹M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 345; L. SOLIDORO, *I mezzi ausiliari delle procedure formulari ('magis imperii quam iurisdictionis')*, in A. LOVATO - S. PULIATTI - L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto privato romano*, Torino, 2014, 112, li definisce «mezzi ausiliari delle procedure formulari», trattandosi di provvedimenti «dotati di una funzione integrativa – cioè ausiliaria o complementare – delle procedure formulari di accertamento».

³²A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli, 2001, 235, che include nella categoria gli *interdicta*, le *in integrum restitutiones*, le *stipulationes praetoriae*, la *missio in possessionem*, la *bonorum venditio*, la *bonorum distractio*, la *datio bonorum possessionis*. In questa direzione anche F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 199, che esclude il carattere 'giurisdizionale' degli atti richiamati dai giuristi severiani (v. in specie 218 ss.); V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 2002, 141, che parla di «mezzi processuali complementari al sistema delle azioni [...] mezzi che molte volte sono in funzione l'uno dell'altro, e soccorrono lo svolgimento del processo ordinario». Sul tema v. anche, G.I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo 'extra ordinem'*, I. *Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretori*, Bologna, 1965, 118 ss.; M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, 388 ss.

³³A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, Torino, 1993, 121, che riconduce la certa inclusione nella categoria degli *interdicta*, delle *missiones in possessionem*, e delle *stipulationes praetoriae*, al loro essere «fondati piuttosto sul generale potere di comando spettante al magistrato munito di *imperium*, sicché non possono promanare da magistrati giurisdicenti, quali i magistrati municipali, che non siano titolari di *imperium* e non ne abbiano ricevuto delega». Evidenzia la funzione

La sottrazione di tali provvedimenti alla *iurisdictio* dei magistrati municipali è stata giustificata alla luce del criterio della *causae cognitio* che qualifica l'*imperium* giurisdizionale del pretore. Gli atti *magis imperii quam iurisdictionis* sarebbero dunque quelli che, pur rientrando nella *iurisdictio*, si qualificano per l'esercizio di uno speciale potere personale del magistrato, che emana una decisione immediata fondata su una valutazione discrezionale dei fatti sottoposti alla sua cognizione. Ne deriva che, poiché la *iurisdictio* dei magistrati locali è priva di *causae cognitio*, allora l'atto che si fonda su siffatta valutazione discrezionale, proprio perché esclusiva dell'*imperium*, è sottratto alla loro competenza³⁴.

Ritenuta l'insufficienza della discrezionalità a spiegare l'appartenenza di un atto all'*imperium* piuttosto che alla *iurisdictio*, argomentando da Paul. 1 *ad ed.* D. 50.17.105, nel quale lo stesso Paolo devolve al pretore l'emanazione dei provvedimenti che richiedono la previa *causae cognitio* (*ubicumque causae cognitio est, ibi praetor desideratur*), senza con ciò sussumerli nella categoria degli atti fondati sull'*imperium*, ai passi dei giuristi severiani è stata attribuita una giustificazione storica, relativa alla precisazione della nozione di *iurisdictio* ed ai suoi rapporti con l'*imperium*³⁵.

'integrativa' di siffatti provvedimenti rispetto alle *actiones* ed al processo da esse promosso G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*³, collab. F. Sitzia e L. Vacca, Torino, 1991, 335, trattandosi di provvedimenti destinati a fornire tutela a situazioni giuridiche in settori scoperti da *actiones*, ovvero ad assicurare il corretto svolgimento del processo ordinario, rendendo efficaci i suoi risultati.

³⁴C. GIOFFREDI, *Contributi allo studio del processo civile romano: note critiche e spunti ricostruttivi*, Milano, 1947, 26 ss.

³⁵G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., II, 121 ss. In questa direzione, N. PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi*, Milano, 1974, 135, inserisce la 'precisazione' di Ulpiano e Paolo «nel quadro dello sforzo di sistemazione che contraddistingue la giurisprudenza dell'età dei Severi, come un effetto della limitazione progressiva della «nozione storica» della *iurisdictio* al complesso delle attività del magistrato dirette a porre le premesse per la pronuncia del giudice, cosicché, secondo una classificazione rigorosa, avrebbero dovuto esserne esclusi quei provvedimenti che, pur rientrando nell'amministrazione della giustizia, probabilmente non erano ancora conosciuti all'epoca della cristallizzazione del significato tecnico più ristretto di *iurisdictio*».

L'elencazione degli atti *magis imperii quam iurisdictionis* proposta da Paolo ed Ulpiano comprenderebbe solo le figure più recenti di istituti pretori, privi di carattere processuale ed orientati ad una facile soluzione della controversia. La ragione della inclusione giurisprudenziale di tali rimedi 'più recenti' al potere di comando del magistrato è giustificata con la circostanza che essi vennero creati quando si era cristallizzato il significato di *iurisdictio* come una delle *potestates* che pur comprese nell'*imperium* quale potere generale di comando, militare e civile, dal contenuto non specificato, potevano essere attribuite dalla legge ad un magistrato quali *potestates a sé stanti*.

Con queste motivazioni, la questione relativa alla natura degli atti *magis imperii quam iurisdictionis* viene dalla dottrina impostata in funzione del tema relativo ai rapporti tra *iurisdictio* ed *imperium*³⁶, costituendo argomento centrale di quanti ritengono la connessione tra i due concetti³⁷. L'elaborazione degli *atti magis imperii quam iurisdictionis*, che

³⁶ Così, da ultimo, 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, a cura di L. Garofalo, Padova, 2015, 34 ss., che, collocando il tema entro la tradizionale distinzione tra *iurisdictio* ed *imperium*, individua due caratteristiche comuni a tali atti - «una caratteristica negativa, ovvero il non essere funzionali alla risoluzione della controversia, da un lato, un elemento positivo, sostanziantesi nel contenere un ordine diretto ad uno o ad entrambe le parti, tale da creare una situazione di 'soggezione' simile a quella derivante da un giudicato» - e ad esse riconduce la connessione con l'*imperium*, «che, come icasticamente osservato dal Cannata, si sostanzia essenzialmente nel "potere di dare ordini, con la possibilità di farli eseguire, anche con la forza"» (p. 37).

³⁷ Il problema della unitarietà dell'*imperium* quale potere comprensivo della *iurisdictio*, affermata da F. LEIFER, *Die Einheit des Gewaltgedankens im römischen Staatsrecht. Ein Beitrag zur Geschichte des öffentlichen Rechts*, München, 1914, 124 ss., e messa in dubbio da M. LAURIA, '*Iurisdictio*', cit., 481 ss. («assumere l'*imperium* a fondamento della *iurisdictio* equivalga a dir poco, ma affermare che questa sia l'*imperium* giurisdizionale è non dir proprio nulla», p. 488), è stato superato da G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., II, 118, per il quale, «[...] mentre l'*imperium* era un potere generale di comando (militare e politico), il cui contenuto non era specificato, la *iurisdictio* corrispondeva a una delle *potestates* che, pur comprese nell'*imperium*, potevano essere specificamente attribuite dalla legge a un magistrato come *potestates a sé stanti*». Sul punto v. anche ID., *Il processo*, cit., I,

partecipano delle caratteristiche di entrambi, dimostrerebbe la consapevolezza da parte della giurisprudenza classica della concatenazione fra *iurisdictio* ed *imperium*, da cui la prima trae il proprio fondamento.

La definizione del rapporto tra *iurisdictio* ed *imperium* sembra in effetti consolidato presso i giuristi severiani nei cui passi siffatti termini compaiono accostati insieme. Il *magis* utilizzato per legare *iurisdictio* ed *imperium* qualifica una relazione sicura nel segno della connessione e non confliggenza.

Paolo ed Ulpiano, nell'escludere la competenza dei magistrati municipali per gli atti giurisdizionali d'imperio, non sembrano insomma volersi occupare di un rapporto già definito, se non superato dall'ormai inarrestabile decadenza del processo formulare. Anzi, di fronte al prevalere della *cognitio* ed alla confusione tra i concetti, i giuristi sembrano piuttosto preoccupati di precisare una sorta di riserva di competenza per gli atti nei quali il potere di comando prevale sulla giurisdizione, trattandosi di provvedimenti la cui emanazione è governata un procedimento sommario che si conclude con un *ius dicere* esecutivo.

La sommarietà della procedura e l'esecutorietà del provvedimento sono legittimi solo se fondati sull'*imperium* del magistrato che presiede

163. Nella direzione del superamento di una rigida contrapposizione, come anche di una improbabile unitarietà v. G.I. LUZZATTO, *Procedura*, cit., 189 ss.: la *iurisdictio* trova il proprio fondamento nell'*imperium*, a ciò non ostando la circostanza per la quale la legge può isolare taluni aspetti dell'*imperium* ed attribuirli a magistrati ed organi che l'*imperium* non hanno, e questo procedimento di isolamento e di distacco è stato eseguito in taluni casi anche nei confronti della *iurisdictio*. L'esistenza di figure limite che partecipano delle caratteristiche di entrambi questi poteri dimostra la connessione tra i medesimi; G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*⁵, Torino, 1965, 184, per il quale la *iurisdictio* nasce e resta come emanazione del potere sovrano, ossia dell'*imperium*, pur precisandosi quale potestà di *ius dicere*, di statuizione del diritto da far valere nel caso concreto, individuata rispetto all'*imperium*, una volta che venne a determinarsi l'attività specifica del magistrato volta alla protezione del diritto dei singoli. Sui rapporti tra *iurisdictio* ed *imperium*, per una storia della dottrina, v. A. GIOMARO, *Ulpiano e le 'stipulationes praetoriae'*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, IV, Milano, 1983, 417, nt. 6.

alla procedura. Il profilo funzionale dell’atto, ottenuto mediante uno speciale procedimento, spiega la prevalenza dell’*imperium* sulla *iurisdictio*, ovvero, sotto il profilo soggettivo, la riserva di competenza ai magistrati muniti di *imperium* (giurisdizionale), e non di sola *iurisdictio*.

Non può dirsi certo assente il profilo giurisdizionale, azionato dalla richiesta di tutela del richiedente, né, d’altro canto, può dirsi mancante alla *iurisdictio* medesima quel profilo di discrezionalità valutativa che connota, in via generale, la competenza magistratuale.

In realtà, il magistrato che dispone una *missio in possessionem*, una *restitutio in integrum*, ovvero obbliga ad una *stipulatio*, comanda, ordina, *ius dicit*, ma al di fuori di procedimento ordinario: la *postulatio* del richiedente provoca una valutazione che è pur sempre ‘giurisdizionale’, ossia sulla opportunità e legittimità dell’intervento richiesto, ma, mancando essa della fase propriamente istruttoria, si conclude con un atto d’imperio. Se il magistrato valuta che i fatti posti a base della *postulatio* del richiedente rientrano in una delle fattispecie previste nell’editto, o comunque meritano tutela per la via decretale, allora *ius dicit*, emana l’ordine, dispone la *missio*, la *restitutio*, ordina la prestazione della *stipulatio*.

I testi dei giuristi severiani che ne fanno richiamo, nell’affermare in essi la ‘prevalenza’ dell’*imperium* sulla *iurisdictio*, non negano un intervento giurisdizionale, limitandosi piuttosto a valorizzarne la ‘specialità’ sia delle sue modalità procedurali che del suo esito, tale da giustificare l’attribuzione alla competenza esclusiva dei magistrati muniti di *imperium*. In essi il magistrato *dicit ius*, ed il suo *ius dicere* si specifica nell’affermazione del diritto del postulante che, in quanto munito di immediata esecutorietà, e sottratto alla verifica di una concreta attività istruttoria, palesa un intervento nel quale prevale il profilo del comando, dell’*imperium* appunto.

È nella logica di una «graduazione di concetti»³⁸ che si giustifica l’incisività di taluni provvedimenti ‘giurisdizionali’: la struttura

³⁸P. VOCI, *Per la definizione*, cit., 139, per il quale, tuttavia il termine *iurisdictio* ha origine antica e non deriva dall’*imperium*, trattandosi di figure che hanno natura diversa, diversità che si compone in una ‘graduazione’ per via degli sviluppi del *ius honorarium*.

processuale sommaria, priva di un reale contraddittorio, nonché la natura della pronuncia magistratuale possono ammettersi solo riconoscendosi nel magistrato giudicante la titolarità dell'*imperium*.

Il *magis*³⁹ utilizzato dai giuristi severiani non vuole dunque affermare un'alternatività (si tratta di atti d'imperio e non di giurisdizione), ma una complementarità: si tratta di atti giurisdizionali la cui procedura e la cui natura si giustificano in ragione del potere di comando del magistrato.

D'altronde, pur senza entrare nel merito della complessa questione relativa alla *iurisdictio* dei magistrati municipali⁴⁰, il divieto di emanazione

³⁹ Ritieni il *magis* del testo ulpiano «probabilmente istituito» F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 203, per il quale esso «comunque sta a dimostrare l'esistenza di dubbi intorno alla natura delle *stipulationes praetoriae*, dubbi che furono risolti nel senso di classificarle sotto il concetto di *imperium*». In senso contrario A. GUARINO, *Diritto*, cit., 235, nt. 12.1, per il quale «la genuinità dei riferimenti (Ulp. D. 2.1.4; Paul. D. 50.1.26) non è contestabile, ma non bisogna dare un valore tecnico preciso ai riferimenti stessi: sí che non si è autorizzati a ritenere che i mezzi «*magis imperii*», di cui comunque è assai incerto l'elenco, fossero estranei al concetto di «*iurisdictio*». Ritengono il *magis* genuino anche C. GIOFFREDI, *Diritto*, cit., 194, nt. 34, e G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., II, 124.

⁴⁰ Sul tema diffusamente U. LAFFI, *Studi di storia romana e di diritto*, Roma, 2001, 267 ss. (su cui v. la recensione di O. LICANDRO, in *Polis. Studi interdisciplinari sul mondo antico*, 1, 2003, 293 ss.), che evidenzia come in più punti le enunciazioni della *Lex Rubria de Gallia Cisalpina* non sono congruenti con quelle dei giuristi tardo classici. Nella *lex Rubria* i magistrati locali sono legittimati ad imporre una stipulazione, potere che, invece, è loro sottratto nelle elaborazioni della giurisprudenza severiana. La distanza cronologica tra le suddette testimonianze impone di considerare i concetti di *imperium* e *iurisdictio*, nonché i poteri dei magistrati locali, nella loro dimensione storica, dovendo delineare per entrambi delle modificazioni, ora nel senso dell'ampliamento ora della contrazione, che giustificano tali divergenze. Sulla *iurisdictio* dei magistrati municipali v. anche A. TORRENT, *La 'iurisdictio' de los magistrados municipales*, Salamanca, 1970, e la nota critica di F. GRELLE, *La giurisdizione municipale in età repubblicana*, *Recensione* a A. TORRENT, *La 'iurisdictio'*, cit., in *Diritto e società nel mondo romano*, a cura di L. Fanizza, Roma, 2005, 131 ss.; F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, IV.2, Napoli, 1975, 710 ss., che riconosce dei limiti per valore e per materia alla competenza dei magistrati municipali e fonda la loro incompetenza per gli *atti magis imperii quam iurisdictionis* sull'antitesi tra *imperium* e *iurisdictio*.

di atti d'imperio testimonia che la distinzione proposta dai giuristi severiani non si pone come antitesi tra nozioni diverse. Proprio la «connessione tra i due poteri, anzi la dipendenza 'logica' della *iurisdictio* dall'*imperium*»⁴¹ impone una sorta di 'riserva di competenza' per taluni atti che, pur non mancando da un punto di vista procedurale di profili giurisdizionali, sono caratterizzati tuttavia da un prevalente profilo di 'autoritarità': la gravità che li connota è tale che possono essere emanati solo dal 'magistrato specializzato' titolare di *imperium*.

Proprio perché introduttivo di un procedimento speciale oggetto di una riserva di competenza, l'elenco degli atti a questa assoggettati dovette essere verosimilmente tassativo. È possibile insomma pensare che Paolo ed Ulpiano non vi abbiano incluso gli interdetti, di più antica origine, pur essendo questi, come gli atti indicati, sottratti alla competenza dei magistrati municipali in quanto fondati sull'*imperium*⁴².

⁴¹ Così G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., I, 163, per il quale non rappresenta un'anomalia la distinzione, nel novero degli atti relativi all'amministrazione della giustizia, tra quelli veramente giurisdizionali e quelli ritenuti, invece, *magis imperii quam iurisdictionis*, costituendo essa null'altro che una «manifestazione fisiologica della differenza tra *imperium* come insieme di poteri o come potere non qualificato, e *potestas*, come potere singolo, avente una propria qualifica». Allo stesso modo anche G. GROSSO, *Lezioni*, cit., 184, premessa l'emanazione della *iurisdictio* dall'*imperium*, riconosce che, determinandosi ed individuandosi la *iurisdictio* quale attività di *ius dicere*, di affermazione del diritto da far valere nel caso concreto, essa venne a specificarsi rispetto a quegli interventi del magistrato espressivi del suo potere discrezionale. Con la categoria degli *atti magis imperii quam iurisdictionis* la giurisprudenza non esprime una contrapposizione tra concetti distinti, ma individua ciò che rientra nel concetto più determinato di *iurisdictio* in senso stretto. Quest'ultima, d'altronde, una volta precisata rispetto al complesso delle emanazioni dell'*imperium*, divenne suscettibile di delega e di attribuzione quale potere a sé stante a date magistrature cui non si riconosceva l'*imperium*, come la magistratura municipale, per la necessità di attribuire a quest'ultima una limitata giurisdizione.

⁴² In ragione del comune fondamento nell'*imperium* magistratuale, la dottrina solitamente assimila gli interdetti agli atti *magis imperii quam iurisdictionis* (M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 345), ovvero li include nell'elenco degli «strumenti complementari' (qualificabili anche 'ausiliari' o 'integrativi') del processo [...] poi complessivamente qualificati dalla tarda giurisprudenza romana come mezzi *magis imperii quam iurisdictionis* perché fondati sull'*imperium* magistratuale (potere

Così ragionando, la giurisprudenza severiana non si occupa del rapporto tra *iurisdictio* ed *imperium*. Di fronte alla nuova dimensione della *iurisdictio* nell’ormai prevalente sistema della *cognitio extra ordinem*, essa avverte la necessità di precisare una riserva di competenza per taluni atti qualificati da prevalente imperio, e, come tali, preclusi ai magistrati municipali, privi di potestà coercitiva, peraltro non delegabile⁴³.

Né è possibile scorgere nei frammenti richiamati la sottrazione ai magistrati municipali della *causae cognitio*. Il *causam cognoscere*, quale apprezzamento discrezionale delle circostanze di fatto e di diritto dedotte in giudizio, qualifica, senza preclusioni soggettive, la funzione giurisdizionale, anche quella esercitata dai magistrati municipali⁴⁴.

La categoria degli atti che i giuristi severiani qualificano come *magis imperii quam iurisdictionis* sembra includere così provvedimenti ‘speciali’, emanati all’esito di uno ‘speciale’ procedimento, e che, in ragione di questa ‘specialità’ qualificata dalla natura sommaria del procedimento e da quella coercitiva del provvedimento, vengono riservati alla competenza esclusiva dei magistrati titolari della *iurisdictio* in senso lato, ossia dell’*imperium*.

Il rapporto tra *iurisdictio* ed *imperium* nella dimensione storica del suo svolgimento nel sistema della *cognitio* sollecita una precisazione e giustifica una preclusione.

4. La ‘*iurisdictio*’ pretoria

Il magistrato con la specifica funzione giurisdizionale, il *praetor*, nasce, come noto, solo nel 367 a.C., da una ‘estensione’ della coppia consolare⁴⁵: all’*imperium* generico dei *consules* si sottrae la *iurisdictio*, che

coercitivo), piuttosto che sulla *iurisdictio* (potere di impostare la controversia nei suoi termini tecnico-giuridici)» (L. SOLIDORO, *I mezzi*, cit., 112).

⁴³Pap. 1 *quaest.* D. 1.21.1.1: *merum imperium quod lege datur non posse transire.*

⁴⁴Utili spunti sul punto in M. SARGENTI, *Premesse ad una ricerca sulla ‘discrezionalità’ del magistrato romano*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, Milano, 1972, 41 ss.

⁴⁵Così motiva Pomponio l’istituzione della pretura giudicante: *cumque consules avocarentur bellis finitimis neque esset qui in civitate ius reddere posset, factum*

viene delegata ai *praetores*, magistrati anch’essi e, in quanto tali, muniti di *imperium*, legittimati a *ius dicere*, ovvero, come già i *reges* ed i *consules*, legittimati ad affermare autoritativamente, in nome e per conto della comunità statale, il *ius*.

Non si ignora certamente quanto la stessa *iurisdictio* dei consoli sia stata messa in discussione⁴⁶. Ad essa, come già alla *iurisdictio* regia,

est, ut praetor quoque crearetur, qui urbanus appellatus est, quod in urbe ius redderet (Pomp. l.s. *enchirid.* D. 1.2.2.27).

⁴⁶ Per la negazione della *iurisdictio* dei consoli v. F. DE MARTINO, *Storia*, cit., I, 422. Secondo De Martino, alla giurisdizione, probabilmente pontificale, dell’età più antica, e, comunque, ad un intervento statale e pubblico su forme processuali private ed arbitrali, segue l’affermarsi della *iurisdictio* come potere autonomo: il pretore della riforma costituzionale del 367 a.C. è il solo magistrato con funzione giurisdizionale. Tale tesi, in realtà, muove da una premessa storica importante, relativa al nuovo assetto costituzionale inaugurato dalle *Leges Liciniae Sextiae*. Secondo lo Studioso, la riforma costituzionale del 367 non fece altro che «restaurare il sistema della magistratura collegiale impari, trasformando però in collegialità pari la posizione più elevata, allo scopo di consentire l’accesso alla plebe» (p. 428). I consoli, dunque, furono istituiti nel 367, mentre *praetores* è denominazione della più antica magistratura con collegialità diseguale, di cui i *consules* sono gli eredi. Sul punto v. anche V. ARANGIO-RUIZ, *Storia*, cit., 28 ss. che, nel presupposto che il potere dei due magistrati supremi non fosse originariamente eguale, giustifica la creazione del *praetor, collega minor* dei consoli, con la funzione esclusiva di rendere giustizia. V’è da dire che la tesi è rimasta piuttosto isolata nella dottrina romanistica, che ha per lo più incluso la *iurisdictio*, come manifestazione dell’*imperium*, nei poteri dei consoli, la cui nascita, pure in maniera graduale, ascrive all’avvento della repubblica. Le riforme Licinie Sestie avrebbero sottratto ai consoli la giurisdizione civile per attribuirlo al pretore. In questa direzione, tra i tanti, G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., I, 115 ss., per il quale gli organi chiamati a presiedere alla prima fase del processo si moltiplicarono nel tempo: prima il re, per definizione unico, poi i supremi magistrati repubblicani affiancati, nel 367 a.C., da un *conlega minor* chiamato *praetor*. Questi, però, non eliminò le competenze giurisdizionali dei *consules*, pur essendo ragionevole immaginare «il pratico accentramento della *iurisdictio* contenziosa nelle sue mani e la corrispondente atrofia del potere dei consoli i quali ne conservarono solo l’esercizio *dicis gratia*, in quanto esso era possibile anche lontano dal tribunale e non richiedeva, data la sua natura esclusivamente formale, nessuna cognizione tecnica e nessuna esperienza». Le leggi *Liciniae Sextiae* non privarono insomma i consoli della *iurisdictio*: i consoli

osterebbe non solo la non univocità delle fonti, ma soprattutto la struttura ed il meccanismo di funzionamento originari delle più antiche *legis actiones*, che «non solo prescindevano dall'intervento di un organo del potere politico, ma addirittura non lasciavano (e non lasciarono per lungo tempo) alcuno spazio concreto per un tale intervento»⁴⁷. L'*agere*

«conservarono quel potere allo stato latente, sebbene in pratica non lo esercitassero» (p. 136 e 164). Nella medesima direzione anche G.I. LUZZATTO, *Procedura*, cit., 157, che alla motivazione invocata da Pugliese, per il quale la partecipazione dei consoli all'*in iure cessio* altro non è che un aspetto della loro *iurisdictio*, rileva come «il fatto che taluni atti propri delle *legis actiones*, e già regolati alla legge delle XII Tavole siano indubbiamente [...] di giurisdizione, esclude la premessa del De Martino, che non si potesse parlare di quest'ultima fino alle leggi Licinia Sextiae». A partire da esse, è compito del pretore l'esercizio della giurisdizione in Roma fra cittadini romani. Sulla *iurisdictio* dei consoli v. anche A. GUARINO, *Diritto*, cit., 162, nt. 7.4, per il quale «la *iurisdictio* fu inizialmente una manifestazione dell'*imperium* e appartenne, in linea di principio, prima al *rex* e poi ai *magistratus cum imperio*; solo nel periodo preclassico poté avvenire che essa fosse intesa come un potere autonomo, praticamente esercitato da taluni magistrati, *cum imperio* (principalmente i *praetores*) e talvolta, a fini limitati, da magistrati *sine imperio* (come gli *aediles curules*)».

⁴⁷ Così G. NICOSIA, *Il processo*, cit., I, 157, per il quale tutte le posizioni dottrinali sull'origine del processo, tanto quelle che ne legano la nascita all'intervento ed al controllo di un organo investito di autorità superiore (statale e al limite religiosa, com'è nell'opinione di De Martino che ipotizza un originario intervento pontificale sostitutivo e precursore del più tardo intervento magistratuale), quanto quelle che immaginano o un periodo originario durante il quale sarebbe stato possibile solo il ricorso all'arbitrato volontario (Wlassak), o solo un'attività esecutiva stragiudiziale (Luzzatto), «sono condizionate dallo stesso preconconcetto, e cioè che non possa concepirsi un 'processo' (o per lo meno un vero processo) senza il controllo di un organo sovraordinato» (p. 179). Sulla scia di Wlassak, Nicosia ritiene che il *iudicium* nasca come *iudicium privatum* e solo successivamente, ad una certa epoca storica, esso venne fatto precedere da una fase, *in iure*, governata da un organo statale con funzione di controllo. Non ci sarebbe stata insomma una giurisdizione regia, e poi anche consolare, per l'assorbente considerazione che, come bene intuiva la teoria 'arbitrale' del giurista austriaco, non è da una originaria funzione processuale pubblicistica che si distacca una fase privatistica: «la bipartizione del processo in due fasi (*in iure* e *apud iudicem*) non derivò dall'aggiunta successiva della distinta fase *apud iudicem* (cioè dall'autonomizzazione e attribuzione ad un *iudex* della funzione di *iudicium*, prima ricompresa nella pretesa 'piena

processuale si svolge, alle origini e nella prima fase del suo sviluppo, attraverso la predisposizione di rigorosi schemi e di precise formalità, il cui rispetto, tuttavia, non è assicurato dall'intervento dell'organo giudicante, ma dall'interferenza del fattore religioso e dal controllo sociale. Il processo romano arcaico, insomma, può essere definito quale «formale meccanismo predisposto per l'attuazione e la difesa delle pretese dei singoli, quindi quale canale obbligato per la risoluzione delle controversie»: non vi è un magistrato davanti al quale il processo si svolge, e 'ius', nelle espressioni 'in ius' e 'in iure', non ha valore locativo, ma indica la «formalizzata contesa giudiziaria», il «procedimento formalmente instaurato»⁴⁸.

In realtà, per quanto qualsiasi assimilazione tra esperienze giuridiche diverse deve essere operata, anche con riguardo al dato linguistico, con enorme cautela, non può considerarsi un mero «preconcetto» la limitazione della nozione di 'processo' alla conflittualità privata governata e guidata da un organo statale sovraordinato. La nascita della comunità cittadina, del *populus* quale *societas* di *cives*, porta necessariamente con sé la regolazione delle funzioni di organizzazione statale e, tra esse, di quella giurisdizionale: una comunità politicamente organizzata non può non riconoscere tra i propri compiti anche il governo – che è controllo ed intervento – delle controversie private. Nel processo, lo Stato governa, attraverso propri organi, la conflittualità privata.

Né può ravvisarvi in questa concezione una anticipazione storica. Se pure la storia del processo privato mostra come le strutture processuali e gli organi giurisdizionali assumono una precisa configurazione

giurisdizione' del capo politico nell'ambito di un supposto processo monofasico), ma al contrario dalla circostanza che a una certa epoca storica il *iudicium* venne fatto precedere da un intervento di controllo di un organo 'statale', che determinò la scissione di questa fase introduttiva (*in iure*), ora sottoposta al controllo 'statale', rispetto alla fase del *iudicium*, rimasta 'privata'» (p. 52, ove pure prende la distanza dalla tesi della derivazione del 'processo' «quale canale formale obbligato per la risoluzione delle controversie» dall'arbitrato volontario, «configurato e regolato (si ricordi il *compromissum*) come istituto autonomo» (p. 51).

⁴⁸ G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, II. *La regolamentazione decemvirale*. *Corso di diritto romano*, rist. Torino, 1986, 3.

gradualmente e proporzionalmente allo sviluppo della comunità, è verosimile ritenere che già la comunità precivica, quella per intendersi delle *gentes* che riconoscono nel *rex* il capo politico, avvertisse l'esigenza di assumere il controllo e la regolamentazione delle liti private, ed assolvesse a questa esigenza attraverso gli strumenti che la comunità condivideva quali valori espressivi di un interesse superiore e comune.

Insomma, l'intervento statale nelle liti private matura con l'organizzazione della comunità cittadina, e la sua intensità, come il suo atteggiarsi, devono graduarsi in ragione dello svolgersi di quella. Fin quando la comunità si regge su una struttura politico sacrale, e riconosce nel *ius* e nel *fas* i limiti all'agire così dei singoli, come della comunità, allora il fattore religioso integra quel controllo sociale e statale che rende il processo e la funzione giurisdizionale un fatto pubblicistico.

Non v'è da stupirsi, insomma, di un intervento statale filtrato attraverso l'intonazione sacrale e religiosa che pervade la struttura ed il funzionamento dei più antichi schemi processuali: nella misura in cui la religione governa l'agire dei singoli e della comunità, essa afferisce al diritto pubblico, attiene al *populus* ed agli organi attraverso i quali quello esplica le sue funzioni.

D'altronde, se la valenza magico sacrale connaturata alla nozione di *ius* rende ragione della evoluzione semantica del suo *dicere*, l'atteggiarsi dei modelli contenziosi non può che conseguire alla struttura sociale ed alla organizzazione della comunità: la religione penetra nel processo e ne plasma il suo svolgimento. Nessuna rottura dunque tra la funzione giurisdizionale di età arcaica e quella di età repubblicana: solo un naturale sviluppo della stessa, e del processo in cui essa si riflette, secondo lo svolgimento della società e della organizzazione politica romana.

In questo percorso storico, alla *iurisdictio* dei consoli segue quella dei *praetores*. La legge Licinia Sestia consacra una nuova figura, quella del pretore con funzione giurisdicente, ma non una nuova funzione: la *iurisdictio* era già funzione regia e poi consolare. Il *populus*, che nella configurazione ciceroniana di *societas iuris* riconosce un nuovo assetto sociale patrizio-plebeo, ridisegna il quadro delle funzioni pubbliche: ai consoli, reclutati nella *nobilitas* patrizio-plebea, le funzioni militari e la

gestione amministrativa dello Stato; al *praetor*, di esclusiva ascendenza patrizia, la funzione giurisdizionale⁴⁹.

Nel rinnovato assetto repubblicano, dunque, le funzioni statali tendono, di fatto, ad acquistare una propria specificità. Senza con ciò ravvisare una progressiva limitazione democratica dell'*imperium regio*, né un incremento del potere statale, l'ampliamento dei bisogni della comunità porta con sé una inevitabile esigenza di specializzazione delle funzioni⁵⁰.

⁴⁹ In questa direzione, non può condividersi la posizione di F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 24, che, ascrivendo la nascita della magistratura consolare al 367 a.C., e facendo seguire alla giurisdizione pontificale, tra l'inizio della repubblica ed il 367 a.C., la *iurisdictio* del *praetor* come potere autonomo, conclude che, poiché prima delle leggi Licinie Sestie non esisteva un *imperium* giurisdizionale dei magistrati, le famose leggi «[...] istituirono una funzione nuova, quella giurisdizionale, affidandola ad una magistratura riservata ai patrizi». V'è da dire che questa interpretazione della riforma costituzionale del 367 a.C. muove dal presupposto della preesistenza di due *praetores* con collegialità dispari che succedessero al dittatore: nella nuova costituzione del 367 a.C., «il tribunato militare non venne più eletto in luogo dei supremi magistrati, né si restaurò il sistema arcaico della magistratura unica o della collegialità dispari; il sommo *imperium* fu conferito a due magistrati detti consoli, mentre l'antico *praetor minor*, [...] alle dipendenze del *praetor maximus*, ebbe più specifiche funzioni, pur senza perdere il suo *imperium*. La magistratura maggiore divenne quindi collegiale e fu possibile in tal modo assicurare alla plebe la possibilità giuridica di conseguire la più alta carica dello Stato» (ID., *Storia*, cit., I, 383).

⁵⁰ Sul 'principio di specializzazione delle funzioni' a fondamento della nascita di un'autonoma funzione giurisdizionale sembrano convenire sia P. VOCI, *Per la definizione*, cit., 142 ss., per il quale pure *imperium* e *iurisdictio* sono figure distinte ed hanno natura diversa (p. 138 ss.), sia F. DE MARTINO, *Storia*, cit., I, 433, che riconosce l'unità dell'*imperium* nel quale ricomprende, «sebbene non sia dimostrato» (p. 433), la funzione giurisdizionale. La specificità della funzione attribuita al *praetor* è così il frutto di una specifica evoluzione storica: «[...] le necessità di uno Stato, che si era esteso territorialmente, la cui popolazione era cresciuta ed i cui magistrati supremi erano il più delle volte impegnati in imprese militari, imposero ben presto di conferire a specifici organi la giurisdizione, non essendo concepibile che la repubblica restasse senza magistrati giudiziari per tanta parte dell'anno» (p. 433). Con la creazione di un organo con specifica competenza giurisdizionale «anche il concetto remoto dell'*imperium* dovè modificarsi e la

Non si tratta, come noto, di passaggio ‘costituzionalizzati’: la prassi istituzionale attribuisce la *iuris dictio* ai consoli nell’esercizio dell’*imperium*, e solo la ricomposizione sociale del 367 a.C. segna, sotto questo profilo, un punto di svolta. La *iuris dictio* entra nel compromesso tra patrizi e plebei, consacrando formalmente quale competenza specifica di un nuovo magistrato patrizio.

D’altro canto, proprio la creazione di una magistratura specifica, mentre limita il contenuto potenzialmente illimitato dell’*imperium* consolare, ne muta la cifra soggettiva. La rottura sociale si compone nella estensione del consolato ai plebei, ma incontra la resistenza patrizia

iurisdictio fu considerata come un potere a sè stante e del tutto autonomo» (p. 433). Così ritenendo, si ridimensionano le polemiche sul rapporto tra *iurisdictio* ed *imperium*. Premesso che siffatto rapporto deve essere storicizzato e non può affermarsi così l’unità come la separazione dei concetti una volta per tutte, va osservato che la *iurisdictio* è funzione autonoma solo a partire da un certo momento storico, e trova comunque nell’*imperium* il proprio fondamento e la propria ragion d’essere: l’*imperium* è espressione del sommo potere dello Stato e la *iurisdictio*, che ne è un aspetto, non può concettualmente configurarsi come distinto da esso. Non può in breve affermarsi che «la *iurisdictio* stessa trovava il proprio fondamento nell’*imperium* magistratuale» (lo dimostrerebbe la stessa terminologia di *iudicia imperio continentia*), e poi, e ad un tempo, che «il concetto di *iurisdictio* è distinto da quello di *imperium*» (G.I. LUZZATTO, voce *Giurisdizione*, cit., 191). Si tratta, piuttosto di una estensione del concetto di *imperium* che, ferma la rappresentazione quale sommo potere dello stato, si riflette in una molteplicità di funzioni, che cresce con l’evoluzione dei bisogni e tende ad acquisire una propria e specifica configurazione, la quale, sul piano concettuale, è specificazione dell’*imperium*, ma non autonomia da questo. La *iurisdictio* è legittimata dall’*imperium*: può essere delegata, esercitata in maniera autonoma, ma deve sempre trovare nell’*imperium* il proprio fondamento. Ne sono conferma – e non costituiscono dunque prova in contrario (così G.I. LUZZATTO, voce *Giurisdizione*, cit., 191) – la coppia di edili curuli, magistrati (almeno inizialmente, dopo il compromesso patrizio plebeo) di rango patrizio, eletti dai comizi tributa ed investiti, tra le altre funzioni, anche della giurisdizione sulle liti relative ai mercati. A tal fine, anzi, pubblicano annualmente un *edictum aedilium curulium* parallelo a quelli dei pretori urbano e peregrino, limitatamente alla materia di loro competenza. Sull’*imperium* degli edili curuli (nonché sulla *iudicatio censoria*) v. M. SARGENTI, *Studi*, cit., 206 ss.; M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 126, nonché, in senso contrario, F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 204.

proprio con riguardo alla *iurisdictio*: il *ius dicere* diventa prerogativa riservata al *praetor*, e questo deve essere di esclusiva estrazione patrizia.

Vi è una stretta connessione tra la funzione giurisdizionale e la connotazione sociale che questa specificamente assume dopo il compromesso Licinio-Sestio. Il *magistratus* munito di *imperium*, che a partire dal plebiscito Licinio-Sestio esercita la *iurisdictio*, è il *praetor*, un patrizio ‘specializzato’⁵¹, eletto, come i consoli ed i censori, dai comizi centuriati, che, durante l’anno della sua carica, *dicit ius*. In quanto affermazione del *ius/ iustitia* attraverso il controllo di legittimità della pretesa, il *ius dicere* deve essere attribuito ad organo del potere politico, un *magistratus*, che, inserito nella struttura costituzionale dello Stato ed espressione dunque della statualità, si pone dalla parte del diritto e realizza la *publica utilitas*. Solo in quanto titolare del sommo potere sovrano, l’*imperium* appunto, il *praetor* è legittimato, *ratione aequitatis*, ad intervenire *adiuvandi, supplendi, corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam* (Pap. 2 *defin.* D. 1.1.7.1).

Ma il pretore è un magistrato patrizio – e tale resta almeno fino alla pretura di Publio Filone nel 337 a.C. – ed il compromesso patrizio-plebeo non infrange questo esclusivismo.

⁵¹ Sulla specializzazione delle competenze del *magistratus* dotato di *imperium* quale conseguenza dell’accrescersi della *civitas* v. D. MANTOVANI, *Il diritto*, cit., 235, che, a conferma di questa ‘prospettiva specializzante’, richiama in particolare Pomponio *l.s.enchir.* D. 1.2.2.13-34. Sugli esiti del processo di differenziazione e di specializzazione delle funzioni in età imperiale e, dunque, sulla distinzione tra *imperium* del *princeps* ed *imperium* dei magistrati v. M. SAGENTI, *Studi*, cit., 207: l’unità sostanziale del potere espresso nella persona del principe, politicamente operante, non si riflette in una unità di forme giuridiche. Di modo che, da un lato, i poteri giurisdizionali esercitati ancora dagli antichi magistrati repubblicani si distaccano dall’*imperium*, inteso quale somma di poteri supremi; dall’altro, poiché il principe, cui non compete la *iurisdictio*, di fatto interviene sempre più frequentemente nelle controversie fra privati, l’esercizio dei poteri giurisdizionali non si fonda sulla *iurisdictio*, e talvolta, neppure sull’*imperium* quando i poteri giurisdizionali sono esercitati dagli organi della burocrazia imperiale. Si tratta di «uno degli aspetti della trasformazione del mondo antico» (p. 209), sintomatica di un particolare modo di concepire i rapporti tra privati e *res publica*, nonché della peculiare incidenza del potere pubblico sulle posizioni giuridiche dei singoli.

Non sembra potersi ravvisare, tuttavia, in questa riserva di competenza solo una distribuzione compensativa delle funzioni, come il racconto della tradizione lo rappresenta⁵².

Il diritto lega giuristi e pretori e, per tale via, resta baluardo inespugnato di una categoria sociale selezionata⁵³. E nel diritto è «il *logos* della repubblica, e il fondamento della sua virtù»⁵⁴: la *res publica* si

⁵²Pomponio (Pomp. *l. s. enchird.* D. 1.2.2.27) sembra indicare nella creazione della pretura giusdicente la funzione di alleggerire il carico dei consoli, impegnati nelle guerre con i confinanti: per colmare i vuoti di presenza dei *consules*, non rimanendo in città chi poteva rendere diritto, fu creato un pretore ‘urbano’, deputato appunto a *in urbe ius reddere*. E tuttavia in questa prospettiva, meramente funzionale ed organizzativa, sembra rimanere senza spiegazione la sottrazione della magistratura giusdicente all’accesso plebeo: solo uno dei consoli avrebbe dovuto essere plebeo, mentre la carica di *praetor* doveva essere riservata ai patrizi.

⁵³Come riferisce Livio 6.42.11; 7.1.6, nel quadro delle lotte di classe, i patrizi avrebbero rivendicato la carica di *praetor minor*: «se essi erano costretti a concedere ai plebei un console, non potevano senz’altro ammettere la medesima cosa per il pretore giurisdizionale, essendo l’amministrazione della giustizia nelle liti private tra le più gelose prerogative del patriziato, come si dimostra anche dal monopolio pontificale della giurisprudenza» (F. DE MARTINO, *Storia*, cit., I, 429). Non è qui luogo per soffermarsi su un ruolo, quello appunto del *prudens*, veramente centrale nella storia giuridica e sociale dell’antichità romana. Basti solo ricordare che, il giurista, per la sua esclusiva conoscenza delle cose divine ed umane (Ulp. 1 *reg.* D.1.1.10.2), è l’unico capace di indicare alle parti la forma giuridica giusta con la quale rivestire il proprio volere. E forma giusta significa quella conforme al diritto della *civitas* e, con esso, al volere degli dei, dunque capace di produrre effetti. La forma che veste il regolamento di interessi deve essere conforme al *ius civile*, ed è compito esclusivo del giurista indicarla. Sul ruolo della giurisprudenza nel sistema politico romano e con riguardo alle dinamiche sociali v., nella fitta ed importante bibliografia, M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², Napoli, 1982; A. SCHIAVONE, *Pensiero giuridico e razionalità aristocratica*, in *Storia di Roma*, progetto di A. Schiavone e A. Momigliano, II. *L’impero mediterraneo*, 1. *La repubblica imperiale*, Torino, 1990, 415 ss.; V. SCARANO USSANI, *L’ars’ dei giuristi. Considerazioni sullo stato epistemologico della giurisprudenza romana*, Torino, 1997; L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di lezioni*, Torino, 1989.

⁵⁴Così A. SCHIAVONE, ‘*Ius*’. *L’invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, 108, che richiama l’efficace rappresentazione ciceroniana di *populus* espressa nel

riconosce nel diritto e al diritto ascrive una importante funzione di condivisione sociale.

5. 'Actio' e 'iurisdictio'. Il ruolo del magistrato 'ius dicens' tra azione e diritto

Un tema strettamente connesso alla giurisdizione, e che giova a meglio disegnarne i percorsi, è quello dell'azione. La sua natura in rapporto al diritto ed alle sue fonti di produzione consente di chiarire il contenuto della *iurisdictio* e le modalità sostanzialmente unitarie del suo atteggiarsi nei sistemi dell'*ordo iudiciorum privatorum*.

Il tema dell'azione è invero non meno complesso di quello della giurisdizione, come dimostra il vivace, seppur datato, dibattito dottrinale intorno alla sua natura, processuale o costitutiva, nonché l'altro, connesso, relativo alla sua inclusione nella categoria concettuale del *ius*, quale emerge dalla definizione celsina: *nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat, iudicio persequendi* (Cels. 3 dig. D. 44.7.51).

In ordine alla prima delle questioni accennate, v'è da dire che l'idea di un diritto privato romano considerato dal punto di vista delle azioni (*Aktionenrechtlich*)⁵⁵ è stata messa in discussione, nella romanistica italiana,

De republica. Attorno al diritto si costruisce il *populus* quale *coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus* (Cic. *rep.* 1.25.39): «perché il popolo possa farsi repubblica non basta che sia moltitudine; occorre che questa massa si presenti intrinsecamente strutturata e coesa; che vi sia un disciplinamento condiviso, e la diffusa percezione di un bene comune. Il diritto, il *ius*, nelle sue molteplici manifestazioni – *ius civile, ius gentium, fides, aequitas, iustitia* – e nelle sue connessioni storiche con la religione – *religio, pietas* – è la trama di questo tessuto; la chiave di volta dell'intera costruzione: senza popolo non c'è repubblica, ma senza diritto non può darsi identità di un popolo» (p. 109). La letteratura sul *consensus iuris* ciceroniano è vastissima. Per i principali riferimenti si rinvia al saggio di M. VARVARO, 'Iuris consensus' e 'societas' in Cicerone. Un'analisi di Cic., 'de rep.', I, 25, 39, in *AUPA*, 45.1, 1998, 445 ss.; nonché a M. MICELI, 'Governo misto', 'quartum genus rei publicae' e separazione dei poteri, in *Tradizione romanistica e Costituzione*, diretto da L. Labruna, I, a cura di M.P. Baccari e C. Cascione, Napoli, 2006, 659 ss.

⁵⁵A partire dalla monografia di B. WINDSCHEID, *Die 'actio' des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf, 1856, e dalla

da Pugliese che, in polemica con la dottrina tedesca di metà Ottocento, ha avviato una intensa e feconda stagione di studi sul tema.

Nel suo primo lavoro, *Actio e diritto subiettivo* del 1939, Pugliese contesta l'identificazione dell'*actio* con la pretesa (*Ansprüche*)⁵⁶ e

successiva replica di T. MUTHER, *Zur Lehre von der römischen 'Actio', dem heutigen Klagerecht, der Litiskontestation und der Singularsukzession in Obligationen*, Erlangen, 1857 (entrambi si leggono nella traduzione italiana a cura di E. Heinitz e G. Pugliese, con l'introduzione di G. Pugliese: B. WINDSCHEID - T. MUTHER, *Polemica intorno all'actio*, Firenze, 1954), la dottrina romanistica si è soffermata, con puntualità e ricchezza di argomentazioni, sul problema dei rapporti tra azione e diritto soggettivo e sulla tendenza dei giuristi romani a ragionare più nei termini dell'azione che in quelli del diritto soggettivo. Fu per il primo il giurista tedesco a segnare una netta distinzione tra i moderni ordinamenti giuridici e quello romano: «per l'attuale coscienza giuridica il diritto è il *prius*, l'azione il *posterius*, il diritto è ciò che produce, l'azione ciò che è prodotto. Il diritto attribuisce ad ogni individuo la sfera di signoria, nella quale la sua volontà è legge per gli altri individui; se l'individuo non è riconosciuto in questa sfera di signoria, egli può dolersi e fare reclamo presso lo Stato, custode del diritto, e lo Stato lo aiuta ad ottenere ciò che è suo. L'ordinamento giuridico è l'ordinamento dei diritti». Nella configurazione romana, invece, «l'*actio* subentra al posto del diritto. L'ordinamento giuridico non dice all'individuo: tu hai questo e questo diritto; ma: tu hai questa e questa *actio*. Non dice: in questo punto la tua volontà è legge per gli altri individui; bensì: in questo punto tu puoi far valere giudizialmente la tua volontà di fronte agli altri individui. L'ordinamento giuridico non è l'ordinamento dei diritti, ma l'ordinamento delle pretese (*Ansprüche*) giudizialmente perseguibili. Esso dà diritti col concedere la tutela giudiziaria. L'*actio* non è nulla di derivato, essa è qualche cosa di originale e di autonomo» (B. WINDSCHEID, *Polemica*, cit., 8). *Actio*, dunque, è il diritto soggettivo, e come tale non è un potere secondario e strumentale rispetto al diritto, ma l'elemento primario da cui il diritto deriva. L'*actio* non è posta al servizio del diritto, «non è emanazione del diritto», ma «sta al posto del diritto», è espressione del diritto. L'*actio* romana equivale non all'azione moderna, ma alla pretesa: «l'*actio* [...] sta al posto della pretesa» (p. 12). In questa direzione F. SCHULZ, *I principi del diritto romano*, a cura di V. Arangio-Ruiz, Firenze, 1949, 36, risolve tutto il diritto romano nel *ius honorarium*: «la giurisprudenza classica non è orientata genericamente verso il diritto processuale, ma verso il diritto delle azioni».

⁵⁶ Il volume è stato di recente ripubblicato per la collana *Antiqua*, con nota di lettura di L. Vacca e postfazione di M. Brutti, Napoli, 2006. Sull'altro grande capitolo del diritto soggettivo, e nella impossibilità di farvi anche solo cenno, si rinvia alla

l'affermata priorità dell'*actio* rispetto al *ius*. Se l'*actio*, come ricorda Celso, è il potere di perseguire in giudizio quel che ci spetta, allora essa non può logicamente identificarsi con il diritto che si fa valere. L'*actio* viene sempre intesa dai Romani come un potere di agire nel processo, di promuovere attraverso il giudizio un certo risultato che consiste nella tutela di una situazione sostanziale preesistente, ossia nell'attuazione della sanzione per essa prevista⁵⁷.

Nella prospettiva del magistrato giudicante, l'opinione più radicale che gli attribuisce una funzione creativa del diritto⁵⁸ è stata temperata

posizione dello Studioso espressa in '*Res corporales*', '*res incorporales*' e il problema del diritto soggettivo, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, III, Napoli, 1953, 223 ss.

⁵⁷ Secondo PUGLIESE, '*Actio*', cit., 19, «*actio* non è una semplice facoltà, ossia la possibilità giuridica di compiere determinati atti di procedura, non è nemmeno un diritto soggettivo – perché [...] il diritto fa riscontro ad un obbligo, laddove il soggetto passivo dell'*actio* non è per nulla obbligato o meglio, se è obbligato, il suo obbligo non è simmetrico all'*actio* –, sibbene è un potere, in quanto gli atti con cui essa si esercita e che il titolare ha la possibilità giuridica di compiere, sono destinati a provocare un mutamento nella sfera giuridica e nella stessa sfera materiale di un soggetto privato, determinando quella che si può considerare un'invasione nelle sfere predette [...] L'*actio*, dunque, a differenza della pura facoltà, pone il titolare in una posizione di prevalenza giuridica rispetto a un altro soggetto, il quale correlativamente si trova in uno stato di soggezione; invero egli non solo non può impedire che il titolare agisca in giudizio, ma soprattutto non può materialmente sottrarsi alle conseguenze di tale azione, vi è in altri termini soggetto. Diremo pertanto [...] che l'*actio* è per noi il potere di *agere*». E per *agere* deve intendersi «l'attività, giudiziaria e non, che attiene alla realizzazione della sanzione» (p. 24).

⁵⁸ Per la funzione 'legislativa' del magistrato giudicante v. in specie E. BETTI, *La creazione del diritto nella 'iurisdictio' del pretore romano*, in *Studi di diritto processuale in onore di G. Chiovenda*, Padova, 1927, 71 ss.: «in quanto il pretore fa uso del potere discrezionale, denegando l'azione spettante per *ius civile* o concedendo l'azione che per *ius civile* non spetta, la sua *iurisdictio* non ha più carattere meramente giurisdizionale nel senso tecnico odierno della parola, perché non è più subordinata al diritto costituito, non è vincolata in alcun modo ai criteri legislativi del *ius civile*, ma è del tutto libera e indipendente da questo. La sua attività, allora, porta a disapplicare nel caso singolo la norma del *ius civile* ch'era destinata a regolarlo, o porta ad applicare al caso, che il *ius civile* non regola, una norma nuova, ispirata ad un peculiare criterio di politica legislativa [...] Nell'una

dalla considerazione che egli, comunque all'interno di una prospettiva processuale, 'crei' nuovo *ius* allorquando decide di «proteggere processualmente le pretese che nascevano da un rapporto avvenuto al di fuori dei rituali del *ius civile*»⁵⁹.

E non è mancato chi, di fronte all'imbarazzo di attribuire al magistrato una funzione latamente 'normativa', ha ritenuto trattarsi comunque di 'applicazione' del diritto, adottando, però, di questa un valore peculiare «che ha insieme la concretezza della 'regola' posta per il

ipotesi e nell'altra di *iurisdictio* libera il pretore, di fronte al diritto della *civitas*, esercita un'attività che, per noi moderni, esula dai poteri del giudice e rientra nella competenza esclusiva del legislatore [...] Il potere discrezionale, dunque, di cui il pretore romano è investito nella *iurisdictio* libera ha, di contro al *ius civile*, la portata di una vera funzione legislativa: di una funzione cioè, diretta a dettar norme capaci di derogare, nel caso concreto, alla *lex* ed alle altre fonti di quel diritto». V. anche ID., '*Iurisdictio praetoris*' e potere normativo, in *Labeo*, 14, 1968, 7 ss. (ora in ID., *Diritto Metodo Ermeneutica. Scritti scelti*, a cura di G. Crifò, Milano, 1991, 591 ss.). Sulla produzione 'edittale' del diritto v. M. KASER, *Zum Ediktsstil*, in *Festschrift F. Schulz*, II, Weimar, 1951, 21 ss.; C. GIOFFREDI, '*Ius dicere*' e '*cognitio*' pretoria, in '*Sodalitas*'. *Scritti in onore di Antonio Guarino*, V, Napoli, 1984, 2053 ss.; W. SELB, *Das prätorische Edikt: Vom rechtspolitischen Programm zur Norm*, in '*Iuris professio*'. *Festgabe Kaser*, Köln-Graz, 1986, 259 ss.; F. GALLO, *L'«officium» del pretore nella produzione e applicazione del diritto. Corso di diritto romano*, Torino, 1997.

⁵⁹ Così A. SCHIAVONE, *Diritto e giuristi nella storia di Roma*, in *Diritto privato romano. Un profilo storico*, a cura di A. Schiavone, Torino, 2003, 43: la prospettiva del pretore è solo processuale, «della *iurisdictio*: la sua funzione era di gestire il processo, non di creare *ius*». Ma «con il dare [...] qualificazione giuridica a prassi mercantili che nulla avevano a che fare con le stilizzazioni arcaiche», egli finiva «con il riconoscere nuovi diritti, e dunque con il creare nuovo *ius* [...]». Nella prospettiva che ridimensiona la funzione normativa del magistrato, altra dottrina identifica la *iurisdictio* ora con la «dichiarazione del diritto» (F. DE MARTINO, *La giurisprudenza*, cit., 149: «*iurisdictio* non è attuare la legge, perché attuazione è volontà, e neppure significa rendere giustizia nel caso concreto, perché dire il diritto è ben diverso dall'attribuire a taluno un bene delle vita», p. 64), ora con la «indicazione [...] della norma riferentesi al caso concreto, che il magistrato prescrive, di volta in volta, alle parti» (G.I. LUZZATTO, voce *Giurisprudenza*, cit., 191).

singolo caso, ma anche la possibilità di pervenire alla astrattezza di ‘principio’ da valere anche per il futuro, da quella deducibile»⁶⁰.

Azione, giurisdizione e diritto sono momenti di un unico percorso: l’*actio* provoca il *dicere* magistratuale⁶¹ e questo è «statuizione» del *ius*.

⁶⁰ Così C. GIOFFREDI, *Diritto*, cit., 68, se pure riconosce nel *dicere* il significato di «pronuncia intesa a porre in essere, a statuire una determinata situazione giuridica», e dunque attribuisce al *ius dicere* (ovvero alla *iurisdictio*) il significato di ‘statuizione di un regime giuridico’, avverte il limite di una siffatta costruzione per la quale «la funzione del magistrato verrebbe ad essere qualificata non come di applicazione, cioè giurisdizionale, ma come creativa, cioè legislativa [...]». La soluzione di compromesso si trova appunto grazie a questo peculiare concetto di diritto, di cui la funzione giudiziaria rappresenta la sintesi. Sul punto v. anche ID., ‘*Ius*’, cit., 2053 ss.

⁶¹ Con la richiesta di azione rivolta al magistrato (*postulatio actionis*), l’attore chiede l’emissione di un provvedimento necessario per la pronuncia definitiva (*sententia*) dell’organo giudicante. La domanda (*petitum*) rivolta in via immediata al magistrato svolge una funzione procedimentale e strumentale rispetto al *petitum* sostanziale, rivolto in via mediata al convenuto, che, identificandosi nell’interesse dell’attore, potrà trovare soddisfacimento solo mediante la pronuncia dell’organo giudicante. La distinzione tra *petitum* mediato e *petitum* immediato risale, nella dottrina processualciviltistica, a G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Roma, 1935, 326 ss., e giova bene ad esprimere la distinzione, propriamente romanistica e tipicamente formulare, tra l’oggetto sostanziale e di merito della domanda, che ha i suoi destinatari nella parte convenuta e nel giudice, e l’oggetto processuale della domanda che, invece, è diretto in via esclusiva al magistrato che emana il *decretum*. In quest’ottica, deve leggersi l’affermazione gaiana descrittiva dell’*intentio*: *intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit* (Gai 4.41). Il *desiderium* di cui al resoconto gaiano, che correntemente si identifica con il *petitum*, allude alla domanda dell’attore che è rivolta in prima battuta (com’è nell’anticipazione dell’*editio actionis*) al convenuto, e successivamente al giudice che dovrà decidere sul *dare oportere/darefacere oportere*, dedotto nella formula. D’altro canto, la realizzazione in via giudiziale di siffatto interesse presuppone un preliminare vaglio di ammissibilità da parte del magistrato che, col *decretum* autorizzativo della formula, comprensivo della nomina del giudice, realizza quella condizione procedimentale necessaria alla realizzazione, in via definitiva e sostanziale, dell’interesse dell’attore.

La misura di questa connessione e le questioni terminologiche ad esse legate si risolvono nella considerazione della concreta dinamica processuale⁶².

⁶² In questa prospettiva si muove, a ragione, quella dottrina che esclude implicazioni dogmatiche nell'impiego della terminologia processuale: «il linguaggio giuridico romano è più vario e meno scolastico del nostro. È più vicino alla vita; e perciò non è da intendere come traduzione rigorosa di un sistema pensato in termini logici. Può vedersi in esso non la prova di nozioni teoriche, ma l'espressione di esperienze vissute» (P. VOGLI, *Le obbligazioni romane. Corso di Pandette. Il contenuto dell'obligatio*, I.1, Milano, 1969, 25). E G. PUGLIESE, 'Actio', cit., 258, vede nella valorizzazione del profilo processuale l'influenza della «natura casistica della principale produzione letteraria dei giuristi romani, in quanto l'esame di singole fattispecie concrete, per lo più forse già oggetto di controversia, favoriva la valutazione della situazione processuale delle parti». In senso contrario G. PROVERA, *Diritto e azione nell'esperienza giuridica romana*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, IV, Milano, 1983, 326, per il quale la considerazione del diritto attraverso l'azione non può ascriversi né alla natura casistica della principale produzione letteraria dei giuristi romani né al loro spirito pratico, «che li avrebbe indotti a privilegiare la considerazione di ciò che si poteva fare in concreto per reagire con successo alla violazione di un diritto, piuttosto che indugiare nell'analisi della struttura del diritto medesimo». Essa deve piuttosto considerarsi quale «conseguenza necessaria di una originale impostazione dogmatica, assolutamente peculiare alla giurisprudenza romana, perché legata alla considerazione del modo in cui concretamente opera il diritto in una società storicamente determinata. Il vecchio *ius civile* attribuiva ai privati, per la soddisfazione e la tutela dei loro interessi, facoltà e poteri dotati di un'intrinseca forza di realizzazione, esplicantesi nell'*actio*, in virtù della quale essi risultavano qualificati alla stregua di pertinenze giuridiche del soggetto e quindi come diritti (in senso soggettivo). In questa prospettiva *ius* e *actio* apparivano come due facce di una stessa medaglia, due aspetti di un'unica realtà, al centro della quale emergevano i vari interessi di cui erano portatori i singoli *patres familias* ed i meccanismi predisposti per la loro difesa» (p. 327). D'altronde, anche nella più autorevole manualistica, la condivisione del linguaggio processuale non vale ad oscurare la rilevanza dell'aspetto sostanziale: se i giuristi romani 'pensano' il diritto attraverso il processo, non per ciò ignorano la situazione sostanziale. Non solo la stessa categoria dell'*actio* è intesa in modo sostanziale, ma laddove «si prevede una tutela giudiziaria, là si individua necessariamente una situazione soggettiva sostanziale [...]» (M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 279). Sulla questione v. da ultimo C. PELLOSO, *Il concetto di 'actio' alla luce della struttura primitiva del vincolo*

Come noto, sebbene il termine ‘azione’ ricorra frequente nelle fonti e nel vocabolario giuridico romano già in tempi assai risalenti, l’unica definizione dell’azione è quella, ‘negativa’, proposta da Celso, ed utilizzata, «con lievi e non tutte insignificanti varianti»⁶³ dai commissari giustiniane per aprire il titolo *de actionibus* delle Istituzioni (I. 4.6 pr.)⁶⁴.

Cels. 3 dig. D. 44.7.51: *nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat, iudicio persequendi.*

I. 4.6. pr.: *actio autem nihil aliud est quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur.*

La tradizione qualifica *per legis actiones* il sistema processuale arcaico, disciplinato già dalle XII tavole, caratterizzato, come dice Gaio, da *gesta et solemnia verba*, al quale Sesto Elio Peto Cato, console nel 198 ed iniziatore della letteratura giuridica, dedica la terza parte dei suoi *Tripartita*.

obbligatorio, in ‘Actio in rem’ e ‘actio in personam’. In ricordo di Mario Talamanca, I, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, 127 ss.

⁶³ Così L. GAROFALO, ‘Humanitas’, contratto e causa, ‘commodatum’, ‘depositum’, ‘permutatio’, ‘utilitas contrahentium’, ‘actio’, ‘actio redhibitoria’, ‘actio aestimatoria’, ‘condicio’, ‘exceptio doli’, in *800 años de historia a través del derecho romano*, a cura di A. Castresana, Salamanca, 2018, 203, che a ragione rileva come l’unicità della definizione nel panorama della giurisprudenza classica non significa che intorno ad essa non fosse sorta alcuna discussione tra i giuristi, ma che, al contrario, «il concetto di azione fosse al centro di una discussione protrattasi nel tempo, forse suscitata dallo stesso Celso, di cui non abbiamo memoria in conseguenza di una scelta di Giustiniano, il quale avrebbe valorizzato la definizione del giurista, ma appiattendola su quella, diversa, circolante nella *scientia iuris*, grazie alla sostituzione di *debeat* con *debetur*».

⁶⁴ Qualifica l’azione come diritto anche Quintiliano che, nelle sue *Institutiones Oratoriae*, discute del *ius actionis* e collega l’*accipere actionem* all’*eventum* e a ciò che il giudice sentenzierà: *hoc apertius: “occidisti hominem:” “non occidi”: quaestio an occiderit, status coniectura. Non est tale “habeo ius actionis”: “non habes”, ut sit quaestio an habeat, et inde status. Accipiat enim actionem necne ad eventum pertinet, non ad causam, et ad id quod pronuntiat iudex, non id propter quod pronuntiat (inst. or. 3.6. 73).*

Nel linguaggio giuridico d'età arcaica, *actio*, da *agere*, indica «non un agire qualsiasi, ma un agire secondo determinate modalità e con la recitazione di formule predisposte»⁶⁵: *actio* è l'atto o l'insieme di atti formali attraverso i quali si afferma un diritto verso l'avversario.

Agere, corrispondentemente, significa «compiere un'attività rituale» (così nel sacrificio, detto appunto *agonium*), che può consistere, particolarmente, nella pronuncia di parole e nel compimento di gesti rituali»⁶⁶. Come pronuncia di parole rituali, integrano *actiones* anche la *mancipatio*, la *in iure cessio* e la *stipulatio*⁶⁷.

⁶⁵Così G. PUGLIESE, voce *Azione. Diritto romano*, in *NNDI*, 2, Torino, 1958, 24, che ricorda i formulari di compravendita suggeriti da Manilio e denominati da Varrone *Manili actiones* (Varro *re rust.* 2.5.11/2.7.6); per i retori, *actio* era uno degli elementi dell'orazione, ossia la sua pronuncia o declamazione (Sen. *contr.* 1 pr., 12; Quint. *inst. or.* 3.3.1;11.3.1), e per i vari autori letterari era *actio* la recitazione teatrale. V. anche ID., *Il processo*, cit., I, 8, ove si contesta il significato materialistico di *actio*, come allusivo all'esercizio di un'attività materiale e violenta contro qualcuno (*agere* come equivalente a 'spingere', cacciare innanzi a sé, condurre). Contro questa accezione, che confermerebbe l'assunto per il quale il processo romano antico sarebbe derivato dalla difesa privata, si osserva che «il suddetto significato di 'agere' non risulta mai riferito a persone, bensì solo ad animali, e, a ben vedere, corrisponde in modo molto approssimativo al supposto modello materiale degli atti compiuti dalle parti nel processo. Inoltre quel significato materialistico non risulta essere stato assunto dal sostantivo 'actio'» (p. 8).

⁶⁶R. SANTORO, 'Actio' in diritto antico, in *Poteri 'negotia actiones'. Atti del convegno di diritto romano. Copanello 1982*, Napoli, 1984, 202 (ora in ID., *Scritti minori*, I, a cura di M. Varvaro, Torino, 2009, 297 ss.), ove si cita Fest. Paul 21.14 e Fest. 218.6. Nel suo contenuto di attività rituale, che si svolge attraverso parole solenni, *actio* designa anche il formulario dell'atto, e nella veste di schema, appunto, *formula*, l'*actio* coincide con la *lex*, quale, almeno in origine, complesso di parole solenni aventi carattere precettivo ed effetto costitutivo: *legis actio* «indica la pronuncia di parole solenni aventi [...] efficacia creativa» (p. 205).

⁶⁷Per la qualificazione della *mancipatio* come *actio* v. F.V. 47^a (Paul. 1 *man.*); per la *in iure cessio* Gai 2.24; per la *stipulatio* Paul. 32 *ad ed.* D. 17.2.65 pr. Sulla estensione della natura di *actio* alla *manumissio vindicta*, all'atto costitutivo del *consortium* tra *extranei*, se non del *consortium* tra *sui* v. R. SANTORO, 'Actio', cit., 202: il problema della loro natura di negozi o di finte forme processuali è superato, perché antistorico, in ragione del fatto che «questi atti non sono altro, anticamente,

Premessa la dimensione processuale dell'azione quale scolpita nella definizione celsina, Santoro valorizza lo svolgimento storico del concetto di *actio*, al quale riconduce il delinarsi della natura esclusivamente processuale che essa acquista in diritto romano classico: con il venir meno dei caratteri originari dell'azione, che ne definivano una nozione originaria assai ampia, estesa a tutto il terreno dell'esperienza giuridica, l'azione, com'è nella definizione di Celso, altro non è (*nihil aliud est*) che un fenomeno processuale e, come tale, si contrappone al diritto⁶⁸. L'*actio* romana delle origini copre, all'opposto, un campo semantico e concettuale assai vasto, che non si limita al processo, ma assume una portata sostanziale: il diritto si identifica con l'azione. Il carattere irrazionale del processo, riflesso di una più diffusa irrazionalità del diritto e della vita, dominata com'è da un complesso di rituali magico-religiosi, determina una nozione concreta del concetto di potere, che non può astrarre dal suo effettivo esercizio, e che, anzi, in esso e nel momento della sua attuazione, si afferma nella pienezza dei suoi contenuti. Ne deriva logicamente che il processo non si delinea come momento autonomo dell'esperienza giuridica, strettamente legato com'è al potere ed alla forza creativa dell'oralità e del formalismo. Sarà

che *legis actiones*, ossia pronunce di *verba solemnia* a carattere creativo» (p. 205). Sul significato atecnico degli impieghi extraprocessuali della nozione di *actio* v., in chiave critica, M. TALAMANCA, *Intervento*, in *Poteri*, cit., 248 ss., nonché ID., voce *Processo*, cit., 5, nt. 29.

⁶⁸R. SANTORO, '*Actio*', cit., 201 ss.: i requisiti necessari perché una determinata esperienza possa definirsi processuale – «a) l'esistenza del diritto (tanto nelle sue manifestazioni soggettive, che oggettive) come distinto dal processo, è perciò che l'azione persegue *quod sibi debeatur*; b) come caratteristiche proprie del processo: in primo luogo, l'esistenza di un terzo imparziale, che ha il compito di decidere la controversia (e perciò che l'azione è *ius iudicio persequendi*); in secondo luogo, l'esistenza delle parti, in contraddittorio (il *iudicium*, come atto del giudice, rinvia al *iudicium* come programma di giudizio, testo della *litis contestatio* compiuta dalle parti)» (p. 201) – «non contraddistinguono la nozione più antica di *actio*, poiché si sono venuti configurando a misura che l'azione, restringendo il suo campo di applicazione, è venuta assumendo carattere processuale» (p. 202).

solo con l'evoluzione dell'esperienza giuridica che il processo acquista una sua autonomia dal diritto e dalle sue manifestazioni⁶⁹.

La percepita necessità di storicizzare le nozioni di *actio* e di *ius* nell'esperienza antica si precisa, nella riflessione dello Studioso, nella ulteriore valorizzazione dei momenti sostanziali, rappresentati dal diritto oggettivo e dalle situazioni giuridiche soggettive. Affermare che il potere si esprime e si risolve nell'azione significa ridurre ad unità con l'*actio* anche il *ius* nelle sue manifestazioni oggettive e soggettive. Ammettere, invece, com'è per l'età classica, una funzione strumentale dell'azione, quale mezzo per la realizzazione del rapporto sostanziale dedotto in giudizio, significa anche riconoscere che il *ius* non si risolve nell'*actio*, ma gode di una sua autonomia concettuale e di una autonoma legittimazione derivante dal *ius (norma agendi)* che la crea. Il principio *omnia iudicia absolutoria* esse di cui a Gai 4.114, consentendo l'efficacia solutoria dell'adempimento dell'obbligazione o della *restitutio post litem contestatam*, vale a consacrare la pienezza della *facultas agendi*: un *ius (norma agendi)* attribuisce una *facultas* e concede un'*actio* per rendere concreta la meritevolezza giuridica dell'interesse.

Orbene, se la storicizzazione dei concetti di azione e giurisdizione rappresenta la giusta via per chiarirne così la natura giuridica come i rapporti tra di essi intercorrenti, la definizione del '*ius*', che sia dell'azione che della giurisdizione rappresenta il punto di riferimento necessario e comune denominatore, e che più di ogni altro risente delle concezioni

⁶⁹ Sulla originaria unità dell'*actio* v. anche R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in *AUPA*, 30, 1967, 103 ss.; *Il tempo e il luogo dell'actio prima della sua riduzione a strumento processuale*, in *AUPA*, 41, 1991, 283 ss. (ora in ID., *Scritti minori*, II, a cura di M. Varvaro, Torino, 2009, 411 ss.). V., inoltre, ID., '*Omnia iudicia absolutoria esse*'. *Atti del Convegno 'Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico'*, in ID., *Scritti*, cit., II, 631 ss.; e ID., *Per la storia dell'obligatio*. Il '*iudicatum facere oportere*' nella prospettiva dell'esecuzione personale, in *IAH*, 1, 2009, 61 ss. (ora in ID., *Scritti*, cit., II, 657 ss.), con particolare riferimento alla definizione di *obligatio*, la cui nozione si data all'età classica, e si pone in relazione all'emersione, all'interno dell'*actio*, del momento del debito, com'è nella definizione celsina di cui a D. 44.7.51.

della vita e del mondo, si propone come chiave interpretativa utile e conducente.

L'*actio* è definita *ius* da Celso; la *iurisdictio* indica l'attività del magistrato di *ius dicere*.

Nella varietà di significati che il termine *ius* assume nel linguaggio giuridico romano, due sono quelli rilevanti in relazione all'azione ed alla giurisdizione: *ius* è *norma agendi*; *ius* è *facultas agendi*.

Questa bivalenza è per l'età arcaica in qualche modo annebbiata da un valore superiore che abbraccia l'intero strumentario giuridico romano: è l'elemento religioso che permea di sé il diritto in tutte le sue manifestazioni⁷⁰.

I cinque *modi agendi* del sistema *per legis actiones* rendono evidenza di questo fenomeno ben noto e ben studiato. Essi si caratterizzano, come avvisa Gaio, per l'uso di un rigido formulario, il mancato rispetto del quale importa la perdita della lite (Gai 4.11).

In sistema fortemente condizionato dal fattore religioso, l'*actio* è un *ius* ed entrambi si identificano nel rito⁷¹. L'«azione di legge» è un rito, nel quale i *gesta* ed i *verba* ai quali le parti devono attenersi, dettati dalla legge, com'è in Gaio, ma più presumibilmente, anche e prima delle XII Tavole, dai *mores* e dalla sapienza pontificale, hanno la funzione di «procedimentalizzare» la volontà delle parti: l'*actio* provoca il *ius dicere* dell'organo statale e questo, come quella, svolgendosi nel segno del formalismo religioso, sono garantiti dalla protezione delle forze soprannaturali. Come il diritto è solennità e formalismo, così il *dicere ius* «si attua [...], nell'epoca più antica, attraverso forme solenni, e la

⁷⁰Nella vasta bibliografia v. anzitutto R. ORESTANO, *Dal 'ius' al 'fas'. Rapporto fra diritto divino e umano in Roma dall'età primitiva all'età classica*, in *BIDR*, 46, 1939, 194 ss. (ora in ID., *Scritti. Con una nota di lettura di A. Mantello*, II, sezione prima, *Saggistica*, a cura di M. Campolunghi e C. Lanza, Napoli, 1988, 561 ss.); ID., *I fatti*, cit., Torino, 1967, 108 ss.; C. GIOFFREDI, *Religione e diritto nella più antica esperienza romana. Per la definizione del concetto di 'ius'*, in *SDHI*, 20, 1954, 259 ss.

⁷¹Sul significato di *ius* come rito v. R. SANTORO, *Potere*, cit., 170 ss.

solennità, per un atteggiamento caratteristico dello spirito romano, è quella verbale»⁷².

A fronte dunque di un contraddittorio tra le parti svolto nel segno della ritualità, si pone la *iurisdictio* del pretore: garante del rito, il pretore sovrintende alla procedura, emanando i provvedimenti necessari alla instaurazione della fase processuale vera e propria che terminerà con la decisione. *Ius dicere* è controllo del *ius*/rito, e nessuna 'creazione' del diritto può ragionevolmente ascriversi al magistrato: il magistrato è «occhio della legalità fra le parti, con una funzione di controllo della esatta applicazione dei precetti civilistici»⁷³. I *gesta* ed i *verba* del resoconto gaiano integrano insomma quell'«involucro formale» capace di dare ingresso processuale ad una serie di situazioni sostanziali, il cui fondamento è nei *mores*, nella *interpretatio prudentium*, nella legge, ovvero nelle fonti di produzione del diritto proprie dell'età antica.

La richiesta di tutela, l'*actio*, attiva la *iurisdictio* e questa si risolve in un'attività ricognitiva della conformità al *ius* della situazione soggettiva reclamata. *Ius dicere* è l'affermazione della legittimità del diritto invocato ovvero di quei riti nei quali si esplica l'azione e nei quali si risolve il diritto stesso. E controllare la ritualità significa anche riscontrare la legittimità dell'azione e la legittimazione della successiva funzione giudicante (pontificale o laica).

La lite privata che si svolge alla presenza dell'organo pubblico è 'procedimentalizzata' e ricondotta entro i binari del *ius*.

Appare così evidente lo stretto nesso tra il diritto e la sua tutela, tra il *ius*, l'*actio* e la *iurisdictio*. Ma non si tratta di un nesso solo strutturale, direi tecnico: quando il diritto/*norma agendi* si concreta in prescrizioni orali e consuetudinarie, nei *mores* carichi di forza religiosa, *dicere ius* significa affermare, nella concretezza del conflitto privato, la forza disciplinante

⁷² Così M. SARGENTI, *Studi*, cit., 203. Il procedimento *per legis actiones* si presenta così come «una specie di dramma, nel quale vengono riprodotti simbolicamente gli atti di difesa privata che prima venivano compiuti dalle parti nella realtà» (G.I. LUZZATTO, *Procedura*, cit., 155).

⁷³ A. METRO, *La 'denegatio actionis'*, Milano, 1972, 68. Sul punto v. anche M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 259 ss.

del rito, che, per tale via, si afferma nel suo valore formale e sostanziale: esso è *ius* e *ius* è *institia*⁷⁴.

⁷⁴ In questa direzione, appare limitare le potenzialità del formalismo romano, così negoziale come processuale, l'opinione di M. LAURIA, '*Iurisdictio*', cit., 529, che ricollega il significato originario di *iurisdictio* al *ius dicere* del magistrato, la cui funzione «esauriva» nella pronuncia dei *verba legitima*. V. anche G. NOCERA, '*Reddere ius*'. *Saggio di una storia dell'amministrazione della giustizia in Roma*, Roma, 1976, 181, che indica nel trinomio varroniano la «sintesi della funzione del magistrato giudicante». Come osserva G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., I, 150, la pronuncia dei *verba* «può essere stata il modo o la forma, in cui si esplicò la *iurisdictio*, ma non può avere rappresentato il contenuto di questa attività» (p. 150). In realtà, la forma in cui si esplica la funzione del *dicere ius* ha un valore sostanziale nella misura in cui nella pronuncia di *verba solemnia* si riflette la forza rituale e conformativa del rito. Si tratta di quel 'simbolismo creativo' che arricchisce il formalismo romano di un valore causale: la parola ed il gesto danno concretezza ad una spettanza, dunque ad un diritto. Come giustamente osserva C. GIOFFREDI, *Religione*, cit., 259 ss., il 'simbolismo magico e sacrale' che caratterizza strutturalmente i principali istituti, così del diritto pubblico come del diritto privato romano, ed in cui si esprime la stretta connessione tra religione e diritto, che è peculiare alla primitiva esperienza giuridica romana, opera come «strumento di garanzia in luogo di quei mezzi che la società ancora non è in grado di apprestare». Insomma, le forme come rito (gesti e parole) assolvono ad una funzione che è primariamente pubblicistica: esse garantiscono la parola espressa ed il fine cui è indirizzata. Il formalismo delle *legis actiones* diventa criterio di controllo rispetto al *magistratus*, giacché la sua osservanza garantisce che l'*agere* si svolga nel rispetto dei parametri normativo religiosi, del *ius/fas* che governa la *civitas*. E poiché le ragioni sostanziali delle parti diventano giuridicamente rilevanti e fondano il *iudicium dare* dell'organo statale solo se espresse in una determinata forma, il *ius dicere* non si 'esaurisce' nella semplice verifica della ritualità come vuota conformità al formulario dei *gesta* compiuti e dei *verba* pronunciati. I *gesta* ed i *verba* devono esprimere quel titolo giustificativo dell'azione che il diritto riconosce giusto, e della cui conformità il *magistratus* deve essere controllore e garante. Ne deriva che l'*actio* come rito, diretta a provocare il *ius dicere* del *rex/magistrato*, contiene in sé, necessariamente, le ragioni sostanziali delle parti: i *verba certa* 'vestono' una molteplicità di *causae*, ossia di *iura*, per la tutela dei quali si agisce. Queste *causae*, poi, riposano sulle XII tavole, su altre leggi, ovvero, soprattutto per le applicazioni predecemvirali, sui *mores* e sulla *interpretatio prudentium*. Da questo punto di vista è da ritenere che il formulario predefinito si modellasse di volta in volta in funzione della 'causa' reclamata: i *certa verba* vestono una 'causa

Il rito, guidato dall'organo della comunità delegato alla custodia della pace pubblica, governa il confronto tra le pretese e consente l'affermazione del *ius/iustitia*. Nel rito è il criterio di soluzione della lite (la '*causa secundum ius*') e l'affermazione del *ius/iustitia*: il magistrato verifica il rito e, con esso e per esso, la legittimità delle pretese delle parti, che rimette poi al *iudex* quale criterio di decisione.

In questo rapporto tra *ius -actio- iurisdictio*, l'elemento pubblicistico è rappresentato non tanto dall'intervento dell'organo giudicante, quale organo della comunità dei *cives*, controllore della conformità rituale delle dichiarazioni delle parti. È l'elemento religioso che per il suo carattere 'politico' e 'pubblico' svolge, invero, un ruolo determinante: la pronuncia delle parole solenni e il rispetto dei rituali stabiliti obbediscono ad un superiore e condiviso criterio di giustizia, che, evocando la presenza protettiva degli dei sulla lite, garantisce, con la bontà della soluzione, l'affermazione del *ius*.

secundum ius' e si adeguano in ragione di essa, in una dinamica di 'formalismo costitutivo' al quale, forse, non è estraneo il *gestum* mancipatorio. Può ammettersi, in breve, che ciascun *modus agendi* contenesse vari formulari, e che questi si arricchissero per effetto della *sapientia prudentium*, a misura delle crescenti questioni sottoposte al consiglio dei giuristi, al cui *responsum*, tra l'altro, il privato si rimetteva per la stessa scelta del formulario. La peculiare flessibilità del *lege agere*, se non all'origine senz'altro nell'ultima epoca della sua vigenza, cui si datano le descrizioni gaiane, è messa in luce da A. CORBINO, *La struttura dell'affermazione contenziosa nell'agere sacramento in rem* ('*secundum suam causam*' in Gai 4.16), in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, VII, Milano, 1987, 139 ss., per il quale i formulari constavano di due affermazioni: una prima, 'mobile', con la quale si dichiarava la *causa* dell'agire, ed una seconda 'fissa', rigorosamente uniforme, di valore rituale. Con questa premessa, con specifico riguardo all'*agere sacramento*, Corbino ha convincentemente sostenuto e motivato l'idea che «il formulario dell'*actio sacramenti in rem* avesse una struttura elastica ed articolata» (p. 141). Escluso che le parole *secundum suam causam* appartengano ai *solemnia verba* pronunciati dal *vindicans*, la loro presenza nel contesto del discorso gaiano (Gai 4.16) ha il solo scopo di «avvertire che la prima delle due iniziali affermazioni del *vindicans* era quella descritta (dichiarava cioè l'appartenenza) unicamente perché quello era l'assunto processuale semplificato. Il *vindicans* faceva cioè l'affermazione iniziale «in conformità della *causa* che lo induceva ad agire», «*secundum suam causam*» appunto» (p. 162).

La connessione tra diritto-azione-giurisdizione si svolge, dunque, lungo la linea segnata dalla religione: *ius* e *fas* sono termini e concetti che si incrociano, ma non si confondono. L’azione li lega nel momento in cui il *rito*, dunque l’*agere*, consente la realizzazione di un diritto, di un *ius*, nel rispetto del *fas*.

Il ruolo del *ius* così specificato chiarisce la natura dell’*actio* ed il significato della *iurisdictio*.

Actio è il potere (*facultas*) di mettere in moto l’esercizio della *iurisdictio* e *legis actiones* sono le modalità di esercizio della stessa (i *modi agendi*). L’*actio* ha dunque natura processuale e strumentale: essa è una posizione di vantaggio riconosciuta al soggetto per la realizzazione di una posizione giuridica soggettiva che si assume violata.

Così d’altronde sembra pensare lo stesso Gaio quando, tentando di dare una spiegazione dell’origine di queste ‘azioni di legge’, lega la specificazione *legis* o alla istituzione delle stesse mediante leggi, o ai *verba legum* su cui sono modellati i formulari (Gai 4.11)⁷⁵.

⁷⁵ Premesso che della locuzione *legis actio* Gaio si limita a spiegare solo la specificazione *legis*, dando per scontato il significato di *actio*, G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., I, 11, pur ritenendo «calzante» la prima ipotesi (relativa alla istituzione delle leggi da leggi), non manca di evidenziarne il limite in relazione al periodo antico, anteriore alle XII tavole ed alle *actiones* allora esistenti. È allora possibile ritenere che la «specificazione ‘*legis*’ sia relativamente tarda [...] Una simile qualifica non si può spiegare se non a titolo di antitesi, per distinguere e contrapporre le antiche *actiones* ad altri procedimenti, ai quali la medesima qualifica non si applicava». Questi altri procedimenti sono identificati in quelli «*per formulas*, che effettivamente non avevano nessun fondamento legislativo, né immediato né mediato, ma riposavano allora interamente sull’*imperium* del magistrato. In confronto ad essi gli antichi procedimenti erano ‘della legge’ per antonomasia, a prescindere dalla lontana origine predecemvirale [...], nonché da eventuali ombre o deroghe, come quelli della *pignoris capio*» (p. 12). Gaio pone significativamente sullo stesso piano le leggi, anzitutto quelle delle XII tavole, e l’editto: la legge delle XII Tavole, come poi l’editto, introducono le azioni. Tanto l’una quanto l’altro, infatti, ‘codificano’ il diritto: quello frutto dei *mores* e della *interpretatio pontificum*, la legge delle XII Tavole; quello elaborato dalla giurisprudenza laica e condensato nei *responsa prudentium*, l’editto. In ordine al rapporto tra l’azione e la legge, Gaio usa il verbo *prodo* con riferimento alla legge della locuzione ‘azioni di legge’, ma usa ‘*introduco*’ con riferimento all’editto. La

compilazione delle XII Tavole ha avuto il ruolo di 'svelare', 'pubblicare', e dunque 'trasmettere' formulari di azioni prodotti dai *mores* e dalla *interpretatio*. L'episodio riferito da Pomponio (Pomp. *l. s. enchir.* D. 1.2.2.7), della divulgazione da parte di Gneo Flavio dei formulari delle *legis actiones*, compilati e raccolti da Appio Claudio, di cui era scriba, era forse ben presente al giurista che attribuisce alle XII Tavole quella funzione di pubblicizzazione con riferimento alle *actiones*, che l'episodio di Gneo Flavio vuole, al di là delle discussioni sulla sua storicità, rispecchiare. V'è da dire che l'episodio di cui è memoria nel passo pomponiano non trova conferma in altre fonti ove si parla della divulgazione del solo calendario pontificale (Cic. *Mur.* 11.25; *Att.* 6.1.8; Liv. 9.46.5; Plin. *nat. hist.* 33.17), e comunque la sua storicità è fortemente messa in dubbio dalla dottrina. Sul punto v. F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it., Firenze, 1968, 24, nonché, in generale, sul c.d. *ius Flavianum*, F. D'IPPOLITO, *Giuristi e sapienti in Roma arcaica*, Bari, 1986, 39, 121. In effetti, anche a prescindere dalla tradizione che attribuisce a Gneo Flavio, liberto di Appio Claudio la divulgazione dei rituali delle *actiones* gelosamente custoditi dai pontefici, la compilazione decemvirale, aprendo il diritto, così sostanziale come processuale, ai plebei, rimasti fino ad allora estranei, determina quella 'laicizzazione' che, quale rottura del monopolio pontificale ed apertura del diritto e delle sue tecniche ai plebei, approderà, attraverso la tappa, intermedia e fondamentale, del '*publice profiteri*' di Tiberio Coruncanio, alla trasmissione e conservazione scritta della *scientia iuris*. Della 'legge' per antonomasia Gaio valorizza, dunque, la funzione di annuncio, rivelazione e trasmissione: la forma scritta, che garantisce conoscibilità e certezza del diritto, era, all'epoca di cui si discute, una novità dirimpente, capace di sovvertire i rapporti e gli equilibri sociali. Al tempo dell'editto, invece, la scrittura è un dato acquisito nella formulazione del diritto: i *Tripertita* di Sesto Elio Peto Cato, console nel 198 a.C., esponendo per iscritto i *cunabula iuris* (Pomp. *l. s. enchir.* D. 1.2.2.38), rappresentano il punto di arrivo della c.d. 'laicizzazione' della giurisprudenza. L'editto dunque non ha agli occhi di Gaio analoga funzione di estrinsecazione, e dunque di generazione. L'editto del pretore 'introduce' le azioni, ossia fa entrare nel giudizio, attribuendone rilevanza processuale, *responsa* giurisprudenziali che, come noto, rappresentano la fonte prima del diritto privato romano. L'*'agere'* giurisprudenziale penetra nel processo grazie alla compilazione editale, alla quale attinge il pretore nell'esercizio della sua *iurisdictio*, ed attingono prima ancora le parti nella scelta della proposizione dell'azione. E tuttavia la valorizzazione del diverso ruolo 'storico' e 'sociale' della legge per antonomasia rispetto all'editto – quale può, forse senza eccessive forzature, ravvisarsi nel resoconto gaiano – non vale ad oscurarne l'identità di funzione rispetto al *ius dicere* magistratuale. Sul

Ma nessun legame pone il giurista tra il fondamento delle azioni ed il fondamento delle pretese alla cui tutela essa sono preordinate⁷⁶. Insomma, il ritualismo del *ius* e la portata costitutiva delle forme dell'antico diritto romano non valgono ad oscurare una differenza concettuale fondamentale: un conto è il diritto, altro è l'azione. Se pure il diritto assume rilevanza giuridica solo al momento della sua violazione, dunque in sede di azione, appare evidente che esso preesiste, almeno concettualmente e potenzialmente. E, sotto questo profilo, l'azione mantiene immutato il suo valore processuale per tutto il corso del diritto romano.

Il passaggio dal sistema delle azioni di legge a quello delle *formulae* non altera la sostanza dei poteri giurisdizionali né la natura dell'*actio*. Cambia solo il loro atteggiarsi in conseguenza della rinnovata concezione del diritto – ovvero del passaggio dal 'rito' al '*ius*' – che consegue alla laicizzazione delle strutture costituzionali e del pensiero giuridico.

Come informa Gaio, il sistema delle azioni di legge e la tutela ritualizzata dei diritti in esso consacrata vennero in odio per la *nimia subtilitas* di quei *veteres qui tunc iura condiderunt* (Gai 4.30)⁷⁷.

tema, con specifico riguardo alla c.d. laicizzazione della giurisprudenza, v. ampiamente L. VACCA, *La giurisprudenza*, cit., 28 ss.

⁷⁶ G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., I, 12, precisa, in polemica con A. MAGDELAIN, *Les actions civiles*, Paris, 1954, 8 ss., che le *legis actiones* erano «'legittime' solo in senso processuale, per quanto cioè riguardava il procedimento, mentre la situazione sostanziale a cui si riferivano e che facevano valere era bensì spesso fondata sulle XII tavole o un'altra legge, ma poteva anche avere trovato il suo riconoscimento solo nei *mores* o nell'*interpretatio prudentium*».

⁷⁷ Sulla nascita dell'*agere per formulas*, al cospetto dell'obsoleto *lege agere*, la dottrina ha a lungo discusso. Essa è ricondotta, con sufficiente grado di certezza, ad esigenze economico sociali. Il sistema delle *legis actiones*, ancorato ad una fissità formale, e di riflesso sostanziale, delle situazioni giuridiche, oltre che ad un esclusivismo soggettivo che ne riservava l'impiego solo ai *cives*, divenne ad un certo momento incompatibile con l'evoluzione della prassi commerciale, e di conseguenza contenziosa, e, in essa, con l'emergere di fattispecie giuridiche non suscettibili di essere inquadrate nelle 'azioni della legge'. E forse proprio la considerazione della pratica dei rapporti contenziosi, nei quali le situazioni si diluiscono a misura del progressivo assorbimento del nuovo, consente di

Diritto e processo, *ius* e *iudicium*, sono nell’ottica del giurista legati da un nesso soggettivo: i *conditores iuris* sono, in antico, anche coloro ai quali è demandata la competenza processuale. L’azione di legge è concessa (ovvero è negata, ed il litigante perde la lite) solo a chi rispetta quel rigoroso formalismo stabilito e controllato dai *conditores iuris*.

Il pensiero corre ai pontefici, i conoscitori dei *mores*, deputati a reggere le fila giuridiche della comunità. Si tratta di un dominio religioso e politico che si svolge lungo la condivisione *rex-pontifices*, qualificante l’età più antica, e si dissolve solo quando il diritto stesso si ‘laicizza’: i *veteres conditores iuris* non appartengono più, in esclusiva, alla casta sacerdotale dei pontefici, ed il *ius* stesso vive un processo di pluralizzazione, dai *mores* agli *iura*, a governare i quali non vi è più la coppia *rex-pontifices*, ma gli organi della *res publica*.

La perdita del monopolio del diritto da parte dei *veteres* ha, agli occhi del giurista, una portata importante. *Ius* è anche il rito, ed il suo controllo – ovvero il controllo della ritualità dell’*actio* – è sottratto ai *conditores iuris*. Cambiano i soggetti ‘fondatori’ del diritto, e muta la stessa concezione di ‘*ius*’. Il diritto si ‘laicizza’ ed il processo non si risolve più nella mera verifica del ‘rito’, anzi della ‘ritualità’.

Si inizia al litigare *per concepta verba, id est per formulas* (Gai 4.30)⁷⁸.

ridimensionare la questione relativa alle tappe giuridiche dell’affermarsi del nuovo modello processuale. Sul punto, tra i tanti, v. M. TALAMANCA, voce *Processo*, cit., 1 ss.; ID., *Lineamenti di storia del diritto romano*², Milano, 1989; D. MANTOVANI, *Il diritto*, cit., 211.

⁷⁸ Il passaggio dalle *actiones* alle *formulae*, che matura compiutamente tra II e I secolo a.C. – al II sec. a.C. si data la *lex Aebutia*; al I a.C. le due leggi Giulie, con le quali, come informa Gaio, ‘*sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta uerba, id est per formulas, litigaremus*’ (Gai 4.30) – è segnato nel testo gaiano dall’analitica descrizione delle parti della formula. Sul passo gaiano e sulla sua autenticità v. C. GIOFFREDI, *Su Gai 4,30*, in *SDHI*, 44, 1978, 429 ss. Sull’«istruttiva equivalenza tra *formulae* e *concepta verba*» v. D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, Como, 1992, 15: «*formula*, lat., è diminutivo di *forma*. ‘Forma’ è l’aspetto esteriore di una cosa; in senso concreto, è lo stampo, in grado di trasmettere ad un altro oggetto la propria struttura. ‘Formula’, in latino come in italiano, viene spesso usata a proposito della comunicazione, verbale o scritta [...] *Concipere* (da *con* +

Importante, perché segna un momento di rottura nella stessa concezione del processo e dell'azione, il *litigare per concepta verba* non rappresenta una innovazione isolata. La laicizzazione della organizzazione della comunità cittadina porta con sé la giuridicizzazione delle strutture istituzionali e la ristrutturazione, su nuove basi, oggettive e tendenzialmente razionali, dei rapporti tra i poteri e le funzioni⁷⁹.

Specularmente, il processo non vive più di un mero formalismo, di quella *nimia subtilitas* che caratterizzava il diritto dei *veteres*. Nella *formula*, dunque nei *concepta verba*, il *ius*, nel suo profilo processuale di regolamentazione della questione controversa, guadagna quella capacità di adattamento al caso, di flessibilità in ragione delle circostanze concrete di cui non aveva certo goduto colui che, nell'esempio gaiano, avendo agito per il taglio di viti in modo da nominare le viti nell'azione, perde la causa in quanto avrebbe dovuto fare menzione degli alberi, giacché la

cipio) significa mettere insieme. *Concepta verba* sono, dunque, un insieme di parole che non rappresenta solo una casuale combinazione, una fra le tante che si realizzano ogni volta che parliamo o scriviamo. È, invece, il risultato di una scelta e di una disposizione che conferiscono al testo, a quell'insieme di parole una propria identità, che dipende da ciascuna sua parte. Formula, dunque, è una espressione costante».

⁷⁹La laicizzazione del *ius dicere*, versato com'è nelle mani di organi statali, spogliati del potere religioso e portatori di interessi sociali diversi, specularmente alla laicizzazione del diritto, si riflette anche nella decisione, che assume appunto forme 'laiche', presieduta com'è da un *iudex unus*. Sul significato della sostituzione del *iudicium* laico alla decisione sacerdotale v. C.A. CANNATA, *Profilo*, cit., 61, per il quale non si trattò della «semplice laicizzazione, effetto della decadenza del senso religioso, oppure di una riforma tesa semplicemente a snellire le procedure; bensì dell'affermarsi di una concezione diversa dell'indagine processuale». Il giudizio sacerdotale sul *sacramentum*, infatti, si svolgeva mediante procedimenti religiosi, di esclusiva conoscenza e competenza pontificale, che escludevano la partecipazione rilevante delle parti al giudizio e non avevano carattere razionale: i sacerdoti, insomma, «usavano strumenti religiosi di decisione [...] e non assunzione di prove materiali dirette (in particolare, testimonianze) e loro valutazione razionale. Il passaggio, dunque, al *iudicium* significò soprattutto razionalizzazione (in questo senso 'laicizzazione') dei procedimenti decisori» (p. 62).

legge delle XII Tavole, in base alla quale l’azione per il taglio di viti competeva, parlava genericamente di alberi tagliati (Gai 4.11).

Quando il diritto si laicizza ed il formalismo degrada a mero baluardo probatorio dell’assetto di interessi delle parti, resta il *ius* dei *cives* a presidiare la meritevolezza delle pretese. Il sistema formulare è strutturato sulla conformità delle stesse al *ius* ‘codificato’ nell’editto⁸⁰.

⁸⁰*Ius dicere* e *ius edicendi* sono, come noto, prerogative del magistrato giudicante strettamente connesse. I pretori (urbano e peregrino), ma anche gli edili curuli, i quali pure non sono titolari di *imperium*, hanno l’esercizio della giurisdizione ed a tal fine hanno facoltà di emanare editti, la pubblicazione dei quali ha lo scopo di rendere conoscibile ai potenziali litiganti le *formulae*, quindi i termini della tutela delle situazioni giuridiche soggettive. Come informa Ulpiano (Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.13.1 pr.), chi vuole agire in giudizio per la tutela di un proprio diritto, deve indicare l’azione alla controparte. Condizione di procedibilità dell’*actio*, l’*editio actionis* risponde anzitutto ad una esigenza di equità: il convenuto deve conoscere l’azione che viene intentata nei suoi confronti affinché possa fondatamente decidere se resistere o desistere, e se decide di resistere, sia capace di difendersi essendo a conoscenza dell’azione con la quale è convenuto. Sulle modalità, poi, attraverso le quali siffatta *editio* può avvenire, lo stesso giurista indica la trascrizione, ossia la redazione di un documento scritto che viene consegnato, ovvero la redazione sotto dettatura. Ulpiano ricorda poi il pensiero di Labeone per il quale compie una valida *editio actionis* anche colui che conduce il suo avversario davanti all’albo ove sono pubblicate le clausole dell’editto e mostra ciò che intende dettare (la *formula*), o colui che pronuncia la formula che intende utilizzare per far valere contro di lui la sua pretesa (Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.13.1.1). Sul passo e sul fondamento dell’*editio* stragiudiziale, v. I. BUTI, *Il ‘praetor’ e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli, 1984, 202 ss. Non può qui soffermarsi sulla storia dell’editto e sulla vicenda stratificata di un testo che, noto grazie alla ricostruzione palinogenetica di Lenel, contemplava le regole processuali da seguire per l’instaurazione della lite, nonché i rimedi sostanziali concessi per una molteplicità di fattispecie. È certo, comunque, che l’editto, pubblicato annualmente (ma, in senso critico alla pubblicazione annuale dell’editto, v. A. GUARINO, *La formazione dell’editto perpetuo*, in *ANRW*, II.13, 1980, 62 ss., per il quale essa non riguarderebbe l’intero testo ma solo le nuove clausole ed azioni proposte dal singolo pretore. In senso contrario N. PALAZZOLO, *La ‘propositio in albo’ degli ‘edicta pepetua’ ed il ‘plebiscitum Cornelium’ del 67 a.C.*, in *‘Sodalitas’*, cit., 2427), è lo specchio delle pratiche giurisdizionali del pretore, e queste, riflettendosi nelle azioni, assumono una portata, procedurale e sostanziale, di tutto rilievo. Sia stato o meno

‘consolidato’ l’editto da Salvio Giuliano, esso rappresenta, soprattutto in una fase avanzata del suo sviluppo, il primo riferimento ‘regolamentare’ delle pretese delle parti: l’*agere* dei privati guarda anzitutto all’editto, poiché chi vuole intentare un’azione deve anzitutto verificare che la pretesa fatta valere rientri in una di quelle in esso previste. Per lo stesso senso, l’editto ‘codifica’ un tessuto di azioni, svolgendo rispetto alle potenziali pretese di tutela una funzione paideutica: esso rappresenta un precedente particolarmente affidabile su cui rimangiare l’azione che si intende promuovere. Per la bella immagine dell’editto come codice v. D. MANTOVANI, *L’editto come codice e da altri punti di vista*, in *La codificazione del diritto dall’antico al moderno. Incontri di studio. Atti*, Napoli, 1998, 129 ss. Com’è stato ben rilevato, «nella formula incubava il diritto che si voleva fare valere [...] L’approdo di una formula all’editto significava il riconoscimento, ad opera dell’una o dell’altra forza, di una posizione da tutelare. Ecco l’importanza della formula, come punto di arrivo visibile di una vicenda di creazione del diritto» (D. MANTOVANI, *Le formule*, cit., 18). Concentrato di formule e promesse di azioni, l’editto si presenta, dunque, come una sorta di prontuario del diritto, processuale e sostanziale, giudiziario e giuridico: a beneficio delle parti, che sui suoi contenuti misurano la ragione delle proprie pretese, giacché «calare la propria pretesa in una formula tradizionale era per tutti la migliore garanzia che ci si muoveva nel campo del già noto» (*ibid.*, 19). Ma anche, e forse soprattutto, a beneficio del pretore, il cui *dicere*, in mancanza di un *ius* codificato e scritto, trova in esso un sicuro punto di riferimento. La stessa stratificazione dell’editto nel tempo, la circostanza cioè per la quale ciascun pretore incrementa, senza cancellare, l’editto del predecessore, testimonia la volontà di conservare un patrimonio di formule che hanno già superato il vaglio del tempo e che si prestano a coprire aree sempre più vaste di potenziale contenzioso. Il testo scritto integra un precedente che, tuttavia, non è preclusivo di nuovo *dicere*. L’esigenza di certezza del diritto deve, di necessità, coniugarsi con l’altra, di adeguamento del diritto ai bisogni di una società in continua evoluzione. Il pretore, per la sua stessa estrazione politica, bene si presta a svolgere questa funzione di mediazione tra il diritto e la società, allo svolgimento dei cui valori il primo è orientato. Il tema è quello «enorme» ed «eterno» del pretore come «organo dell’*aequitas*». Così, efficacemente D. MANTOVANI, ‘*Praetoris partes*’. *La ‘iurisdictio’ e i suoi vincoli nel processo formulare: un percorso negli studi*, 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 2001*, Napoli, 2003, 33 ss., cui si rinvia anche per una efficace ricostruzione del ruolo del pretore e dell’editto sia con riguardo al problema del diritto soggettivo sia rispetto all’attuazione delle «aspirazioni della giustizia materiale» (p. 151) cui è orientato il suo *dicere*.

Proprio con riferimento alla *formula* ed al *ius* in essa contenuto si precisa il ruolo del magistrato: il *ius* che il *praetor dicit in iure* è quello prodotto a fronte di un *agere per concepta verba*. L'«affermazione del diritto» è, dunque, già all'evidenza, diversa rispetto al *dicere* delle *legis actiones* nel presupposto: il parametro normativo dell'*agere* non è la *lex*, ma sono i *verba concepta*. E questa diversità sostanziale sembra consacrata dalla forma del *dicere*, che non è una mera 'proclamazione' orale, ma un vero e proprio documento scritto. La scrittura, che già con la legge delle XII Tavole segna un momento di rottura rispetto alla segretezza ed arbitrarietà del *ius*, penetra nel processo. La *formula* contiene la regola giuridica scritta del caso che sarà sottoposto alla cognizione del *iudex*.

Si realizza, dunque, un percorso inverso rispetto all'*agere per legis actiones*: in questo, il *litigare*, nelle sue molteplici fattispecie, deve incanalarsi nei *certa verba* la cui esatta pronuncia è essenziale all'esito favorevole della lite. Nella *formula*, invece, sono i *verba* che si adattano alle fattispecie contenziose: nella *conceptio verborum* si esprime, con la convenzionalità, tutta la duttilità ed elasticità di un sistema processuale capace di adeguarsi a nuove esigenze e nuovi valori.

Le modalità dell'azione si evolvono – e si evolve la giurisdizione – ma non muta la natura dell'azione né quella della giurisdizione.

In questa direzione, non appare opportuno distinguere una natura formale dell'*actio* nel processo *per legis actiones* ed una natura sostanziale della stessa nel processo formulare, dove titolare dell'*actio* sarebbe stato «solo chi aveva ragione», era cioè «titolare di un diritto»⁸¹.

⁸¹ Così G. PUGLIESE, voce *Azione*, cit., 27, che cita Gai 3.81; 4.78; Iul. 10 dig. D. 12.1.19; Pomp. 22 *ad Sab.* D. 45.1.27.1; Paul. 32 *ad ed.* D. 17.1.22 pr.; Paul. 21 *ad ed.* D. 6.1.23 pr. e I. V. anche ID., *Il processo*, cit., I, 9, per il quale le *actiones* nel procedimento *per legis actiones* «non erano concepite come strumenti per fare valere una data situazione sostanziale, ma come involucri formali, in cui si potevano 'versare' diversi contenuti e che non avevano con questi un necessario rapporto». In ciò si ravvisa la differenza rispetto alla procedura *per formulas*, nella quale la nozione 'processuale' di azione del diritto antico (*actio* indica l'attività «di tutti i soggetti del processo e il medesimo processo nel suo insieme», p. 9), si carica di un significato sostanziale, riferendosi specificamente all'attività dell'attore («schema e quindi strumento processuale a disposizione dell'attore, potere = *ius* dell'attore»,

L'azione mantiene inalterata la sua natura strumentale e processuale. Essa serve alla tutela del diritto, ma non ne implica la titolarità. L'*actio* è un *ius (facultas)*, distinto concettualmente e funzionalmente tanto dal diritto oggettivo (sempre *ius/norma agendi* per i Romani), quanto dal diritto soggettivo (*ius/facultas agendi*) alla cui tutela è preordinato.

p. 9), e presupponendo un diretto collegamento dell'*actio* con la situazione sostanziale fatta valere, «nel senso che ad ogni situazione sostanziale suscettibile di essere affermata in giudizio si faceva corrispondere una distinta *actio*» (p. 9 e nt. 10: «questo rese possibile concepire l'*actio* come *ius* o *agere posse* dell'attore. E bisogna aggiungere che in tal caso il collegamento con la situazione sostanziale era per i Romani anche più stretta, poiché essi riconoscevano la sussistenza di tale potere solo se la situazione sostanziale fatta valere risultava realmente fondata»). Nel processo formulare, dunque, i termini *actio* e *agere* assunsero «un significato ristretto e specifico, poiché finivano con l'alludere all'assunzione dell'iniziativa processuale la quale culminava e si perfezionava con la *litis contestatio*. Nel processo più antico invece *actio* e *agere* indicavano l'attività processuale nel suo insieme, la quale comprendeva la pronunzia dei formulari solenni in tutta la fase anteriore alla *litis contestatio*, nonché in quei processi che (come per es. la *manus iniectio*) non sfociavano in una *litis contestatio*, sia inoltre [...] il dibattito *apud iudicem* fino alla sentenza» (p. 396). Con la conseguenza di ammettere l'efficacia estintiva-preclusiva della *litis contestatio* solo nell'*agere* formulare, ad essa ostando nelle *legis actiones* proprio la diversa nozione di *actio*: poiché una causa deve ritenersi *acta* solo quando il relativo processo si conclude con il *iudicatum*, «quell'efficacia preclusiva che nel processo *per formulas* risulta concentrata nella *litis contestatio*, sembra invece essere stata nelle *legis actiones* stemperata e diffusa in tutto il processo e non avere potuto perfezionarsi se non in seguito al *iudicatum* o nei processi non contenziosi in seguito all'*addictio* pronunziata dal magistrato» (p. 397). Per una nozione sostanziale di azione presso i giuristi romani dell'epoca classica v. anche C.A. CANNATA, *Profilo*, cit., 8, secondo il quale, a differenza dei moderni, che riconoscono nell'azione «un diritto soggettivo strumentale (cioè che funziona come mezzo per la realizzazione di un altro diritto, quello sostanziale), ma che esiste di per sé, autonomamente» ed indipendentemente dalla fondatezza della pretesa, per i giuristi romani dell'epoca classica «'avere azione' (*actionem habere*) per qualcosa contro qualcuno equivale a dire 'avere fondate ragioni per vincere un processo per quella cosa contro quel qualcuno'». L'azione dunque è, anche per i giuristi romani, un diritto soggettivo processuale, strumentale ad un diritto soggettivo sostanziale, «ma che in tanto spetta al soggetto in quanto il diritto soggettivo sostanziale, di cui essa è strumento, esista pure».

‘Avere un’azione’ significa più limitatamente disporre della possibilità di far valere un diritto, ovvero avere una titolarità solo potenziale⁸²: il diritto preesiste all’azione e non si identifica con essa. L’azione non si identifica con il diritto, e non ha rispetto ad esso una portata costitutiva⁸³.

⁸²A. PALMA, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, Torino, 2016, 130, argomentando dalla *denegatio actionis* quale «manifestazione di *potestas* e non di *iurisdictio*», per effetto della quale il magistrato può ‘denegare’ la procedibilità dell’*actio* al cittadino «nella qualità di soggetto bisognoso di tutela e non di soggetto portatore di diritti (in particolare, di un diritto all’*actio* in senso stretto)», qualifica l’azione come una «mera richiesta di tutela avanzata dal cittadino al magistrato, che quest’ultimo può o meno prendere in considerazione». Per una valutazione più estesa dell’azione v. L. GAROFALO, ‘*Humanitas*’, cit., 205, che qualifica l’azione quale potere di ottenere una *formula (iudicium)*, che si specifica, con riguardo all’inciso successivo della definizione celsina (*quod sibi debeatur*), nel potere di ottenere, tramite un processo che raggiunga lo stadio della *litis contestatio*, ovvero in virtù della fruttuosa richiesta al magistrato di una formula nei confronti di un altro soggetto, «quello che gli sia eventualmente dovuto da costui, a titolo di prestazione – almeno connessa a una formula *in personam non stricti iuris* – o di comportamento restitutorio collegato a una formula *in rem* o di adempimento di un’*obligatio iudicati*».

⁸³ Non sfugge certo quanto l’evoluzione del concetto di azione nell’esperienza storica del diritto romano risenta della stretta correlazione tra momento sostanziale e momento processuale, che l’affermazione dell’autonomia dello strumento processuale dal proprio sostrato sostanziale non vale certo ad obliterare. L’emersione della categoria del diritto soggettivo dall’azione e con l’azione è tema di grande respiro e complessità. Nel rinviare all’autorevole dottrina che ha affrontato compiutamente il tema, ed avanti già richiamata nelle sue voci principali, valga osservare, ai più limitati fini di questo contributo, che la distinzione concettuale, logica, tra azione e diritto non esclude la connessione pratica tra gli stessi. I giuristi romani hanno chiara contezza che le situazioni soggettive individuali costituiscono il sostrato sostanziale dell’azione che rappresenta, invece, il momento processuale deputato alla loro tutela. Ma una giurisprudenza che ragiona per casi e questioni, lontana da pignolerie dogmatiche, è naturalmente incline a far emergere la correlazione pratica tra diritto ed azione, a tal fine avvalendosi di una rete di concetti omogenei qual è evidente nella *summa divisio* gaiana delle obbligazioni (Gai 3.88) e delle azioni (Gai 4.2). Ma v. anche Ulp. 41 *ad Sab. D.* 5.1.57; Paul. 20 *ad ed. D.* 5.3.14. Il *vinculum iuris* in cui si sostanzia l’*obligatio* (I. 3.13 pr.) è pensato nella prospettiva della tutela giurisdizionale, come sembra d’altronde tradire l’enfasi attribuita alla coercibilità della situazione passiva che

Affermare che l'azione è una posizione di vantaggio (preordinata alla tutela di altro diritto) – un diritto mezzo per la tutela di un diritto fine – significa ammettere che i Romani hanno concepito la categoria del diritto soggettivo, pur adottando di questa una rappresentazione linguistica ('materiale', per l'epoca più antica) segnata dallo sviluppo storico delle concezioni giuridiche. E questo è, come noto, altro tema dibattuto della scienza romanistica⁸⁴.

esso genera. Su tutti questi temi densi di implicazioni, nella vasta bibliografia, v. per i primi essenziali riferimenti G. FALCONE, *'Obligatio est iuris vinculum'*, Torino, 2003; F.M. SILLA, *Sulla distinzione gaiana tra 'actio in rem' ed 'actio in personam'*; E. NICOSIA, *'Actio in rem' e 'actio in personam' nella impostazione di Gaio*, in *'Actio'*, cit., 3 ss.

⁸⁴La categoria della *res incorporalis*, entro la quale i Romani hanno versato, senza giungere ad una piena concettualizzazione, la nozione moderna di diritto soggettivo, costituisce tema vasto e complesso. Con specifico riguardo al rapporto del diritto con l'azione, giova appena richiamare il pensiero di Pugliese, per il quale è da ritenere che i Romani, pur non avendo definito il diritto soggettivo, ovvero proposto una qualche classificazione dei vari diritti, «non solo conferissero ai privati attribuzioni soggettive, ma avessero pure perfetta coscienza di questi conferimenti, in modo da adottare comunemente la visuale soggettiva nell'impostazione dei problemi giuridici» (G. PUGLIESE, *'Res'*, cit., 260). Del rapporto tra il diritto soggettivo e l'*actio* Pugliese si era già occupato nel fondamentale lavoro *'Actio' e diritto subiettivo* (v. nt. 55), ove criticava le tesi sostenute da Villey (in particolare v. M. VILLEY, *L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains*, in *RHD*, 24-25, 1946-1947, 201 ss.; ID., *Du sens de l'expression 'jus in re' en droit romain classique*, in *RIDA*, 3, 1949, 417 ss., anche *Mélanges Fernand De Visscher*, II, Bruxelles, 1949, 117 ss.) e Monier (R. MONIER, *La date d'apparition du 'dominium' et de la distinction juridique des 'res corporales' et 'incorporales'*, in *Studi in onore di Sirio Solazzi*, Napoli, 1948, 357 ss.), i quali sostenevano in contrario che la nozione di diritto soggettivo è sconosciuta alla scienza giuridica romana. Sul tema, nella romanistica italiana, v. B. ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, in *AUPA*, 20, 1949, 232 ss.; ID., *Gai II, 34-37 e l'"in iure cessio hereditatis"*, in *AUPA*, 23, 1953, 214, ora in ID., *Scritti*, cit., 44, in particolare la nt. 2; ID., *Appunti su alcuni aspetti della storia del diritto soggettivo*, in *Scritti in onore di A.C. Jemolo*, IV, Milano, 1963, 1 ss., ora in ID., *Scritti*, cit., 351 ss.; A. GUARINO, *Il diritto e l'azione nell'esperienza romana*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, I, Napoli, 1953, 389 ss., ora in ID., *Pagine di diritto romano*, I, Napoli, 1993, 230 ss.; C. GIOFFREDI, *Osservazioni sul problema*

Nella rappresentazione dei *prudentes*, l'azione cessa di essere un 'potere' di fatto, ed assume la veste formale di diritto, autonoma categoria concettuale, anzi sottocategoria degli *iura* in senso soggettivo, solo in conseguenza dei mutamenti della struttura costituzionale che, riflessi sul pensiero giuridico, segnano il passaggio dalla materialità all'astrazione, dalla *res* al *ius*.

Com'è consueto al pensiero giuridico romano, la rappresentazione linguistica segna la storia di un nome, il percorso di un concetto.

Il punto di arrivo di questo itinerario è segnato dall'incremento dei pubblici poteri, speculare all'affermarsi della concezione assolutistica della politica. Quando la tutela dei diritti diventa 'pubblica', l'azione assume il diverso contenuto di 'diritto' di pretendere la tutela giudiziaria nei confronti dell'organo a ciò istituzionalmente deputato⁸⁵. Quando il *populus Romanus* inizia ad assumere la configurazione di ente astratto distinto e contrapposto ai singoli consociati⁸⁶, allora l'individualismo

del diritto soggettivo nel diritto romano, in *BIDR*, 70, 1967, 227 ss., ora in *Studi in memoria di W. Cesarini-Sforza*, Milano, 1968, 361 ss.; R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in ID., *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, Bologna, 1978, 115 ss., già in *Jus*, 11, 1960, 149 ss.; ora in ID., *Scritti*, cit., 1401 ss. Sulla distinzione gaiana (Gai 2.12-14), v., con specifico riguardo al tema del diritto soggettivo, M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Bari, 1998, 143 ss.; A. BURDESE, *Considerazioni sulle 'res corporales' e 'incorporales' quali elementi del patrimonio. In margine al pensiero di Gaetano Scherillo*, in *Gaetano Scherillo. Atti del convegno*, Milano, 1994, 23 ss., nonché, e con rinvio alla bibliografia ivi richiamata, G. FALCONE, *Osservazioni su Gai 2.14 e le 'res incorporales'*, in *AUPA*, 55, 2012, 125 ss.

⁸⁵ Indicativa, in questa direzione, la ricostruzione del '*non liquet*' proposta da A. PALMA, *Il luogo*, cit., 100 ss., che, ammesso nell'*ordo iudiciorum privatorum*, è impossibile invece nella *cognitio*, allorché il giudice, da soggetto privato nominato dalle parti ed investito dello *iussum iudicandi* dal pretore, perde la propria autonomia e diventa «un giudice burocrate, subordinato gerarchicamente [...] costretto ad emanare sempre e comunque la sentenza, decidendo la controversia a lui sottoposta» (p. 115).

⁸⁶ La questione dei limiti entro i quali l'esperienza costituzionale romana ha conosciuto il concetto moderno di Stato è complessa, e la dimensione storica entro la quale deve essere versata si riflette nelle diverse locuzioni utilizzate per esprimere

sotteso all'*actio* come potere di tutelare un proprio diritto, assume la veste formale di diritto, in tutto rimesso alla disciplina ed agli organi statali.

Siamo fuori dall'*ordo iudiciorum privatorum*. Nasce il processo civile.

6. '*Ius dicere*' e processo formulare

L'atteggiarsi dell'azione nel sistema formulare giova a chiarire il ruolo del pretore giudicante ed il rapporto di questi rispetto al diritto.

L'azione quale *potere* di attivare un processo, che, a sua volta, non genera *ius* ma lo presuppone, soggiace ad un provvedimento autorizzatorio del magistrato che, con la sua verifica preliminare, rimuove un limite alla successiva valutazione della fondatezza nel merito della pretesa da parte del *iudex*.

differenti sfumature concettuali. In generale, per la dottrina che, muovendo ora dalla definizione di *res publica* (Cic. *rep.* 1.25.39), ora dalla considerazione del *populus* come *corpus* (Alf. 6 *dig.* D. 5.1.76), ha discusso della personificazione/sovranità del popolo, si rinvia anzitutto a R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, I, Torino, 1968; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979; P. CATALANO, *Diritto e persone*, I, Torino, 1990; *Persone giuridiche e storia del diritto*, a cura di L. Peppe, Torino, 2004; L. PEPPE, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, in *Studi in onore di Remo Martini*, III, Milano, 2009, 69 ss. Sul termine 'Stato' nelle elaborazioni tecnico-giuridiche e nella speculazione politico-filosofica, ed in rapporto alle modificazioni politico costituzionali, v. un quadro di sintesi, con utili spunti di riflessione, in P. CERAMI - M. MICELI, *Storicità*, cit., 41 ss. La complessità della tematica si infittisce se il passaggio dalla *res publica (populi)* ciceroniana allo *status rei publicae* ulpiano si considera un riflesso di quel fenomeno di razionalizzazione comune a tutti i concetti giuridici, per il quale da un approccio materialistico essi naturalmente evolvono verso l'astrazione. Sulla definizione ulpiana di *ius publicum* (Ulp. 1 *inst.* Dig. 1.1.1.2), densa di implicazioni concettuali importanti, nelle quali è possibile rinvenire una diretta ascendenza ciceroniana, v. V. MAROTTA, *Ulpiano e l'impero*, I, Napoli, 2000, 159 ss.; G. FALCONE, *Un'ipotesi sulla nozione ulpiana di 'ius publicum'*, in *Tradizione romanistica e Costituzione*, diretto da L. Labruna, II, a cura di M.P. Baccari e C. Cascione, Napoli, 2006, 1167 ss.; G. ARICÒ ANSELMO, '*Ius publicum*' – '*ius privatum*' in Ulpiano, Gaio e Cicerone. Estratto dagli *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo*, XXXVII, Palermo, 1983, 447 ss.

Si tratta di una importante fase di passaggio. Il pretore non è ancora il magistrato della *cognitio*, organo investito di poteri giurisdizionali, che decide la lite emanando una sentenza. Ma il suo potere è senz’altro decisivo in quanto importa un «vaglio di ammissibilità»⁸⁷ ‘autorizzativo’ della successiva fase giudiziale in senso stretto.

Il suo ruolo si precisa in una duplice direzione, che è processuale e sostanziale⁸⁸.

Da un lato, l’*actio* provoca l’intervento ‘pubblico’ del magistrato in relazione alla gestione della lite: *iurisdictio* è l’emanazione di tutti i provvedimenti processuali necessari allo svolgimento del giudizio⁸⁹.

⁸⁷ Così A. PALMA, *Il luogo*, cit., 117, per il quale il magistrato doveva verificare l’ammissibilità dell’istanza di tutela: «se, infatti, era l’attore che doveva preliminarmente formalizzare la sua pretesa, indicando la formula dell’editto che riteneva utile idonea per la sua richiesta di tutela (*postulatio actionis*), competeva però al *praetor* verificare se quella pretesa fosse effettivamente contemplata dall’editto e quali erano i presupposti sostanziali e processuali, ai quali era subordinata la sua tutela in concreto. Se, infatti l’azione invocata non era contemplata ovvero mancava nella fattispecie qualcuno dei presupposti richiesti per il suo esperimento, il pretore, nell’esercizio discrezionale delle sue potestà, avrebbe denegato l’*actio*. Si trattava, insomma, di un vero e proprio vaglio di ammissibilità, incentrato sulla meritevolezza dell’istanza di tutela, al superamento del quale era subordinato l’effettivo svolgimento del processo».

⁸⁸ In questa duplice prospettiva, i *tria verba praetoris* (*do, dico, addico*), con i quali Varrone (l.l. 6.30) sintetizza l’attività giurisdizionale, si caricano di un significato importante, giacché in essi si compendia l’attività del magistrato, che è processuale in relazione all’attività provvedimento necessaria alla instaurazione della fase decisoria; è sostanziale con riguardo al *ius* oggetto del *dicere*. E ciò sia nel sistema del *lege agere* che in quello formulare. La diversità tra i due sistemi è segnata dalla nozione di *ius*, e, conseguentemente, dal *dicere* che vi è connesso. Il dibattito dottrinale in ordine ai *tria verba* come mera forma o anche contenuto dell’attività giurisdicente è stato accennato alla nota 74.

⁸⁹ Questa funzione preparatoria e preliminare rispetto alla fase giudicante, *apud iudicem*, essenziale in un sistema non codificato di norme, sembra implicita nella stessa denominazione dei magistrati giurisdicenti: *praetores*, da *praeire*, erano, come noto, i generali che ‘precedevano’ l’esercito. Come bene avverte V. ARANGIO-RUIZ, *Storia*, cit., 30, deve esserci una qualche connessione semantica tra l’antico nome dei generali destinati al comando dell’esercito ed i *praetores* con funzione giurisdizionale: «se è plausibile che una magistratura originariamente destinata al

Dall'altro lato, il magistrato, senza dirimere la lite tra i contendenti, verifica che il diritto posto dalla comunità sia 'rettamente' impiegato dalle parti: in una visione di subordinazione delle pretese delle parti al *ius* posto dalla comunità, ma anche – e tanto più nel processo formulare e nel *ius honorarium* che è il riflesso 'normativo' – nella prospettiva di un *ius* che 'serve' al cittadino e deve piegarsi 'equamente' alle sue esigenze di giustizia.

Quale magistrato della *res publica*, la sua pronuncia è 'dal punto di vista del diritto'.

Il processo romano si presenta così come un terreno di confronto privilegiato tra l'interesse del privato e il potere pubblicistico di *dicere ius*. Presupposto per il *dicere* magistratuale è l'iniziativa dei contendenti e la condivisione della *formula*: la *litis contestatio* è il luogo ove il confronto tra interessi pubblici ed interessi privati diventa incontro, e la *formula*, quale

comando dell'esercito abbia poi avuto come sua competenza la giurisdizione, conservando per tradizione l'antico nome, non può pensarsi davvero che, creandola ai fini della giurisdizione, le si sia imposto un nome espressivo di tutt'altra cosa». In realtà, se la denominazione del nuovo magistrato tradisce la titolarità dell'*imperium*, giacché nell'esercizio della funzione giurisdizionale egli esprime la supremazia dello stato che reclama obbedienza, com'è d'altronde confermato dalla etimologia di *magistratus* (da *magisterare*, come ricorda Festo, su cui v. le osservazioni di Mantovani richiamate alla nota 26), vi è un ulteriore ed ugualmente importante significato che può ad essa attribuirsi e che attiene alle stesse modalità di esercizio del *ius dicere*. L'*imperium* dei *praetores* si esplica in un *praerere*: i *praetores* sono i generali che 'stanno innanzi' all'esercito, proprio come i *praetores* con funzioni giurisdizionali sono i magistrati che 'danno avvio' allo svolgimento del processo, consacrando il *ius* da applicare e, con esso e per esso, svolgendo tutte le attività preparatorie al compimento dell'istruttoria ed alla emanazione della sentenza. In ciò la stretta e pregnante connessione semantica e concettuale tra le nozioni di *magistratus* e *praetor*: il *magistratus* è colui che guida attraverso comandi, proprio come il *praetor* è colui che guida/orienta (l'esercito, come il processo), dando le istruzioni (militari e giuridiche) necessarie allo svolgimento successivo. D'altronde, quando Pomponio (*l. s. enchir. D. 1.2.2.13*) si accinge a descrivere la storia delle magistrature, afferma che l'effettività del diritto necessita di coloro che hanno il potere di governarlo. L'espressione impiegata '*regere iura*' allude alla gestione del diritto: *regere* è governare, ma è anche 'guidare', e quindi orientare la lite in funzione della decisione.

criterio di decisione della lite, ne è la sintesi. Ma la sua *datio*, come la sua *denegatio*, sono frutto di una ponderazione «discrezionale» del magistrato obbediente al principio superiore, che è parametro del suo potere, rappresentato dal *ius/institia*. Esso rappresenta ed esprime l'elemento pubblico rispetto ad atti ed interessi privati⁹⁰.

In questo senso, e per questo rapporto dialettico tra la *publica utilitas* e la *privata utilitas* gestito alla luce del criterio del *ius/institia*, deve ravvisarsi la peculiarità della *iurisdictio* formulare quale funzione di 'amministrazione della giustizia' qualificata dalla discrezionalità: «una discrezionalità che rasenta l'arbitrio ma che rappresenta l'elemento che consente al magistrato di svolgere quel ruolo formante [...] nell'ambito dell'ordinamento giuridico romano»⁹¹. E ciò è perfettamente coerente con la genesi del processo formulare e del *ius honorarium*, cioè quella di spezzare la rigidità del *ius civile* ed il formalismo delle *legis actiones*, per dare ingresso a pretese nuove aderenti al canone dell'equità.

⁹⁰ Sotto questo profilo, il carattere pubblicistico del processo formulare sembra derivare non tanto dalla «centralità del ruolo del pretore» quale «arbitro del *iudicium*», a cui compete il potere di concedere l'azione o di denegarla (così G. GUIDA, '*Ius*', cit., 38, che, in tale senso, «recuperando un'intuizione di De Martino», valorizza il momento della concessione del *iudicium* rispetto al *iudicare iubere*), ma proprio dal *ius* alla cui pronuncia tutta l'attività del magistrato è preordinata, e che, quale elemento di identificazione collettiva e di controllo sociale, afferisce al *populus* quale *societas* di *cives*.

⁹¹ A. PALMA, *Il luogo*, cit., 127: «quella stessa discrezionalità che consentiva al magistrato, tramite il suo editto, di *supplere, adiuvare e corrigere* il *vetus ius civile*, adeguandolo costantemente al fluire della vita ed evitando che un'applicazione rigorosa del diritto astratto desse luogo, in concreto, ad una ingiustizia (*summum ius, summa iniuria*)» (p. 117). Sulla categoria della 'discrezionalità' entro la quale collocare il ruolo del pretore quale attuatore del proprio albo, v. D. MANTOVANI, '*Praetoris*', cit., 112, nt. 178: «la stessa categoria della discrezionalità, va da sé, è satura di storicità. Essa, in primo luogo, si ricollega alla teoria della divisione dei poteri che, proprio per inquadrare la *iurisdictio* del pretore, appare inadeguata. Inoltre, sottende una concezione normativistica, nel senso ch'essa presuppone una norma entro cui si eserciti la libertà di determinazione del magistrato e, per converso, implica che vi siano casi nei quali il pretore sia tenuto ad adottare senz'altro un determinato provvedimento quando accerti che ricorrano determinate condizioni stabilite dalla norma».

Questo profilo 'discrezionale' manca nel *lege agere*, ove l'accertamento della ritualità – che è certificazione della legittimità ed ammissibilità dell'*actio*, condizione di procedibilità per la successiva fase *in iudicio* – manca di alcun margine valutativo della pretesa dell'attore. Il diritto civile che vive nelle *legis actiones* è quello dei *mores*, delle XII tavole, dei *responsa* sacerdotali, e solo la laicizzazione del diritto determina un'apertura delle tecniche e dei contenuti che diventano più duttili in ragione delle varietà delle situazioni soggettive e degli interessi emergenti dalla prassi. Il pretore, dal punto di vista istituzionale, risente di questa laicizzazione allorquando arricchisce la sua giurisdizione di un contenuto discrezionale, dando ingresso a fattispecie, sempre di fonte giurisprudenziale, prima escluse dal sistema di tutela, alla luce dell'*aequitas*, infrangendo per tale via la rigidità del diritto civile.

Il *ius* oggetto del *dicere* magistratuale contiene tutta la pienezza di un concetto essenziale al pensiero politico e giuridico romano. Dal diritto deriva la giustizia ed il «pasticcio etimologico» nel quale Ulpiano, pur nel diverso contesto dell'impero, stringe *ius* e *iustitia* palesa proprio questo messaggio, «[...] vale a dire che non vi potesse essere diritto (*ius*), se non fondato sulla giustizia (*iustitia*). Il rovesciamento nella derivazione lessicale – la falsa etimologia – serviva solo a mostrare quale fosse, per Ulpiano, la vera connessione, l'autentica genealogia – dal punto di vista concettuale e non lessicografico – fra i due termini: la dipendenza del *ius* dall'idea di giustizia»⁹².

⁹² Così A. SCHIAVONE, *Giuristi e principe nelle Istituzioni di Ulpiano. Un'esegesi*, in *SDHI*, 69, 2003, 9. Sul celebre passo di Ulpiano *1 inst. D.1.1.1 pr.*, v. anche ID., 'Ius', cit., 364; G. FALCONE, *La 'vera philosophia' dei 'sacerdotes iuris'. Sulla raffigurazione ulpiana dei giuristi (D. 1.1.1.1)*, in *AUPA*, 49, 2004, 43 ss. Sulle corrispondenze dell'idea che fa derivare il *ius* dalla *iustitia* (un testo delle *Res gestae* di Ammiano Marcellino, 30.4.9-10; e un passo del *De civitate Dei* di Agostino 19.21), e per l'impiego di materiali tratti dal *De re publica* ciceroniano, cfr. V. MAROTTA, 'Iustitia', 'vera philosophia' e natura. Una nota sulle 'Institutiones' di Ulpiano, in *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, a cura di D. Mantovani e A. Schiavone, Pavia, 2007, 573 ss.

Il magistrato con funzione giurisdicente ha dunque il compito primario di affermare il *ius/iustitia* nel conflitto tra le parti. L'*aequitas* ne è lo strumento.

La realizzazione della giustizia solleva la *iurisdictio* dal conflitto tra le parti: è funzione pubblica giacché è giusto ciò che è conforme al diritto e si risolve nell'utile collettivo.

Questo intrecciarsi di concetti, nei quali è forte il peso della riflessione ciceroniana⁹³, schiarisce il ruolo della *iurisdictio* e la sua natura rispetto al diritto.

⁹³Cicerone definisce la giustizia e la sua origine naturale (*ab natura profectum*) nel *de inventione*, ove pure manca qualsiasi riferimento all'equità: *iustitia est habitus animi ommuni utilitate conservata, suam cuique tribuens dignitatem* (*inv.* 2.53.160). L'identificazione della *iustitia* con l'*aequitas* compare per la prima volta nella *Rhetorica ad Herennium* 3.2.3: *iustitia est aequitas ius uni cuique retribuens pro dignitate cuiusque*. Tracce di derivazione ciceroniana sono evidenti nella definizione ulpiana di *iustitia* contenuta nei libri *Regularum*: *iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* (Ulp. 1 *reg.* D. 1.1.10 pr.). Il trinomio *natura lex aequitas* racchiude l'argomentazione dell'Arpinate offerta nel *de legibus*: «la ragione suprema della *lex* riflette un principio di natura; e la *lex* esprime a sua volta una regola universale di giustizia chiamata *aequitas*, che consiste nel dare a ciascuno il suo» (A. SCHIAVONE, 'Ius', cit., 260). *Ius, iustitia* ed *aequitas* figurano insieme in un intreccio nel quale l'*aequitas* si presenta come una nozione complessa, che introduce nel mondo romano, «l'idea di un principio universale di equilibrio e di misura – di proporzionalità proprietaria, potremmo dire – che oltrepassava (pur senza necessariamente contraddire) la realtà costituita del *ius civitatis* (come di ogni diritto positivo)». Così A. SCHIAVONE, *Giuristi*, cit., 12, al quale si rinvia per l'esame dei concetti di *aequitas/bonum et aequum/iustitia*, e del loro impiego nel pensiero politico e giuridico tardorepubblicano ed imperiale. Un viaggio negli *itinerari* dell'*aequitas*, nei suoi contenuti e nelle sue funzioni, dalle radici, rintracciabili nella civiltà greco orientale e segnatamente nella speculazione filosofica greca, alla successiva ricezione in ambiente romano ed al suo autonomo e diverso impiego quale strumento della tecnica giuridica, è proposto da L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale e diritto. Gli itinerari dell'aequitas*. *Lezioni*, Torino, 2013, e in particolare p. 46 ss. sugli impieghi ciceroniani dell'*aequitas* nei suoi rapporti con il diritto. Sul tema anche L. PEPPE, "Jedem das Seine", '(uni)cuique suum', "a ciascuno il suo", in *Tradizione*, cit., II, 1707 ss.; G. FALCONE, 'Ius suum cuique tribuere', in *AUPA*, 52, 2007-2008, 133 ss. (ora in *Studi in onore di Remo Martini*, I, Milano, 2008, 971 ss.), ed ivi per ulteriori ragguagli

Il rapporto pretore-*ius* si esprime attraverso due livelli, lungo i quali peraltro si snoda il suo *officium* come comprensivo di *ius dicere* e *ius edicendi*: il *ius* che costituisce oggetto del suo *edicere* è quello oggettivo/*norma agendi* con riguardo all'astratta previsione edittale; è quello soggettivo/*facultas agendi*, con riguardo alla *formula*.

Un primo stadio, generale e preventivo, è quello dell'editto giurisdizionale; un secondo livello, specifico e calibrato sulla singola controversia, è quello della *formula*: il pretore concede la *formula/iudicium* sulla scorta della quale il *iudex* potrà decidere la lite.

Di fronte alla pretesa dell'attore avente ad oggetto un *ius/facultas agendi*, al magistrato giusdicente spetta il compito di verificarne la rispondenza ai principi del *ius (civile)/norma agendi* contenuto nell'editto, di cui egli è controllore e garante sia rispetto alla *societas civium* che gli ha delegato la *iuris dictio*, sia rispetto al *iudex* privato, che il pretore stesso investe del compito di *iudicare*, emanando la sentenza che riconoscerà la ragione o il torto delle parti.

L'azione è concessa solo allorquando il magistrato avrà verificato la conformità della pretesa ai parametri del *ius/norma agendi*: essa deve avere fondamento nel *ius civile*, o deve comunque essere meritevole di tutela *adiuvandi, supplendi corrigendi iuris civilis gratia*. Il *ius dicere* importa l'affermazione di un principio giuridico che realizza l'ideale di giustizia: «il magistrato si ergeva a garante della conformità della norma al comune sentire sociale, ovvero, in altri termini, della attualità della norma sottoposta, in relazione al caso concreto, ad un vaglio di equità»⁹⁴.

Il magistrato *dicit* il *ius*, ossia 'afferma' il *ius/norma agendi* con riguardo al (ossia nel momento in cui si pronuncia sul) *ius/facultas agendi* reclamato dalle parti. Il *ius civile* rappresenta l'interesse pubblico alla luce del quale effettuare la ponderazione tra l'interesse del privato che adisce l'autorità

bibliografici. Con specifico riguardo all'impiego dell'*aequitas* da parte dei giuristi artefici della *scientia iuris* v. L. VACCA, *Considerazioni sull' "aequitas" come elemento del metodo della giurisprudenza romana*, in EAD., *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*, Padova, 2006, 18 ss.

⁹⁴A. PALMA, *Il luogo*, cit., 117.

giudiziaria per la richiesta di tutela e l'eventuale interesse del privato contrapposto.

Se, dunque, il contenuto della *iurisdictio* quale funzione pubblica, sostanzialmente politica ed amministrativa, si identifica, in una prima approssimazione, nel controllo di legittimità delle pretese delle parti e nella emanazione degli atti processuali necessari e conseguenti, ed ha, dunque, un contenuto sostanziale di legittimità e processuale, non può parlarsi né di 'applicazione' né di 'creazione' del diritto.

Non vi è, all'evidenza, una norma astratta che si presti ad una mera e semplice 'applicazione', necessitando la forma aperta degli *iura* di una concretizzazione che solo un magistrato investito di 'poteri statali' è legittimato a porre in essere⁹⁵.

⁹⁵ Osserva G.I. LUZZATTO, voce *Giurisdizione*, cit., 190, che «è, anzi, da dubitare se, per quanto concerne il diritto romano, l'uso del termine italiano giurisdizione in luogo del corrispondente latino sia corretto o non generi, piuttosto, una certa ambiguità. Per quante siano, infatti, allo stato attuale delle nostre conoscenze, le incertezze ed i problemi intorno al contenuto della *iurisdictio* romana, è però fuor di dubbio che essa non è la giurisdizione attuale. Quest'ultima si identifica, infatti, col sillogismo del giudice, che adatta la norma giuridica astratta alla fattispecie concreta che vien sottoposta al suo giudizio». La *iurisdictio* romana, etimologicamente derivante da *ius dicere*, si identifica con «l'indicazione [...] della norma riferentesi al caso concreto, che il magistrato prescrive, di volta in volta, alle parti» (p. 191). In realtà, se non può ovviamente proporsi una assolutamente astorica ed acritica trasposizione di concetti, com'è in generale per tutte le questioni dell'antichità, non v'è motivo d'altro canto di prendere le distanze da una definizione che, opportunamente precisata, può giovare a descrivere anche la nozione romana, e che, forse, da questa trae spunto. Il magistrato romano con funzioni giurisdizionali non pronuncia certo una sentenza con la quale 'applica' la norma astratta al caso concreto. Ma non ha neppure quella funzione costitutiva del diritto che, attraverso il concetto di *ius honorarium*, la dottrina romanistica tende sovente ad attribuirgli. Il *praetor* con funzione giurisdizionale si limita a verificare che le pretese delle parti abbiano il giusto inquadramento giuridico, ossia siano 'rettamente' riportate entro il quadro del *ius civile*, che preesiste all'*actio*, e che l'attore deve invocare a fondamento della pretesa, ovvero che il convenuto deve invocare a fondamento delle sue *exceptiones*. Se così è, e dunque se il magistrato effettua un controllo, preliminare ed in diritto, sulla controversia, allora la funzione 'giurisdizionale' di cui è investito è più vicina a quella del moderno giudice civile

Ma non può neppure ravvisarsi nel magistrato giudicante una sorta di 'legislatore', pure del caso concreto. E, d'altronde, sarebbe difficile pensare ad una *magistratus* quale fonte di produzione del diritto privato in un contesto, quale quello romano, nel quale la *prudentia* privatistica del *ius civile* è affidata ad una classe specializzata di giuristi, quale solo i Romani conobbero⁹⁶.

La norma preesiste al magistrato che non ha il potere di crearla. E questo sia nel sistema processuale antico, connotato dalla fitta commistione tra *ius* e *fas*, sia in quello successivo, formulare, nel quale la laicizzazione del diritto e l'avvento della scrittura, pure fattori importanti, non hanno però la forza di mutare, sotto tale profilo, il ruolo del magistrato giudicante, garante del diritto, la cui creazione resta monopolio dei *prudentes*.

Se il *ius* che il magistrato *dicit* è quello che preesiste al caso, ma che nel caso si specifica e assume una propria peculiarità, allora il magistrato

di quanto la stessa dottrina romanistica abbia finora affermato. Se si esclude che il *ius honorarium* sia un sistema di norme giuridiche contrapposto al *ius civile*, null'altro essendo che un adattamento delle previsioni civilistiche secondo il criterio dell'*aequitas*, e più congruamente si ammette che il magistrato con funzioni giurisdizionali 'giudica' in diritto la controversia sottoposta alla sua cognizione, allora potrà ben applicarsi alla nozione di *iurisdictio* quella funzione di 'applicazione' del *ius/norma agendi* con la quale i moderni identificano la funzione giurisdizionale, da essa dovendosi scorporare l'analisi ed il giudizio sul merito che, demandati al *iudex privatus* della fase *apud iudicem*, si risolvono in una sorta di matematica applicazione delle circostanze di fatto risultanti dall'istruttoria alla regolamentazione di diritto statuita nella prima fase.

⁹⁶ Come noto, la comunità cittadina raramente interviene mediate *lex publica* nella regolamentazione degli interessi tra privati. Abbandonando la prospettiva legalistica moderna, il diritto privato dei Romani vive massimamente nella formulazione casistica del precetto normativo: le parti determinano, nell'esercizio della loro autonomia privata, il regolamento di interessi, guidati dall'autorevole competenza degli esperti del diritto. Come rileva D. MANTOVANI, *Il diritto*, cit., 195: «nell'esperienza romana, le regole del comportamento erano poste tendenzialmente dai consociati stessi, nei loro rapporti, attraverso un ampio uso della cosiddetta autonomia privata, cioè il potere di darsi da se stessi la norma per i propri interessi, guidati dal consiglio esperto dei giuristi in funzione «cautelare» (*cavere*)».

con funzioni giurisdicenti ‘applica’ il *ius/norma agendi* che l’attore invoca al caso concreto nel momento in cui ne verifica la congruità. Al tempo stesso, però, il magistrato giurisdicente ‘crea’ il diritto/norma nella misura in cui, estrapolandolo dalla massa consuetudinaria degli *iura*, lo ‘individua’ quale regime giuridico di una singola fattispecie, vincolante per il giudice del merito⁹⁷.

Espressione della sovranità dello Stato, la *iurisdictio* si presenta insomma quale funzione per la quale il magistrato ‘statuisce’ il diritto nella fase contenziosa: che è ‘gestione’ dell’*agere* delle parti, e dunque emanazione di tutti gli atti processuali necessari alla soluzione della lite; ma è anche, e soprattutto, affermazione del *ius/norma agendi*.

⁹⁷Il confronto dottrinale tra il valore dichiarativo ed il valore costitutivo del *ius dicere* magistratuale si compone nella felice constatazione di G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., I, 155 ss., per la quale la statuizione del diritto non consiste nel porre norme generali ed astratte, in deroga o ad integrazione dei *mores* e delle *leges*. Piuttosto, il magistrato, su un terreno diverso dai *mores* e dalle *leges*, statuisce il diritto allorquando, a fronte di un complesso ordinamentale che traccia il confine tra il lecito e l’illecito, ma manca (con l’eccezione della legislazione decemvirale) di norme astratte di precisa formulazione, stabilisce, con una pronuncia imperativa, la soluzione giuridica della controversia sottoposta alla sua *giurisdizione*. In questo senso, il magistrato, mentre statuisce il diritto del caso concreto, lo crea: quando non attinge ai *mores*, la sua soluzione è un precedente giudiziario costitutivo dei *mores*, e ad essi non derogabile. Siffatta caratterizzazione dell’attività magistratuale trova giustificazione nella considerazione che l’ordinamento giuridico romano, sia prima delle XII Tavole, sia in parte anche dopo di esse, trattandosi di un fenomeno importantissimo ma isolato, non era un compiuto sistema di norme astratte da cui ricavare, con un semplice sillogismo, la soluzione al caso concreto: «[...] in vari campi (anche dopo questa legislazione) operarono i *mores* o la consuetudine, ossia fonti che (quando avessero permesso di tracciare un rigoroso confine tra quanto vi era in essi di giuridico e quanto vi era invece di etico o di religioso) non mi sembra abbiano, comunque, avuto la caratteristica di operare attraverso norme astratte di precisa formulazione. Il magistrato quindi, se la controversia toccava uno di tali campi, non poteva limitarsi a desumere logicamente la regola giuridica concreta dalla norma astratta, ma doveva parzialmente crearla da sé; e sebbene rimanesse così nel ristretto ambito del caso sottopostogli, senza lontanamente pensare alla formulazione di norme, tuttavia contribuiva a individuare e in qualche misura (attraverso una serie di soluzioni singole aventi valore di precedente) anche a formare l’una o l’altra norma consuetudinaria» (p. 156).

La presunta creazione pretoria del diritto altro non è se non la formalizzazione di norme di creazione giurisprudenziale: la norma 'autorevolmente' dettata dal giurista, condivisa dalle parti e dal pretore in sede di *litis contestatio*, entra nel processo e per tale via, affrancandosi dalla mera dimensione dottrinale, è elevata al rango di *ius*, norma regolatrice della controversia⁹⁸.

In una esperienza, quale quella romana, nella quale il fenomeno giuridico è un 'fatto giurisprudenziale' – ed in ciò la sua originalità –, il magistrato giudicante è l'organo statale che sovrintende, nel pubblico interesse, alle attività 'private' della creazione e dell'applicazione del diritto, svolgendo, tra esse, il ruolo di 'mediazione necessaria'.

L'editto, quale espressione del suo *ius edicendi*, è l'approdo di questo percorso.

Produzione e applicazione del diritto sono legati da un nesso fortissimo. Sono i *prudentes* (sacerdoti e poi laici) a presiedere al processo di 'formazione del *ius*'⁹⁹: assistono le parti nella scelta dell'*actio*;

⁹⁸ In questa direzione, appare efficace l'immagine proposta di un «rapporto circolare» tra diritto e processo: «il processo ha [...] una funzione in qualche modo strumentale rispetto al diritto, ma il diritto è condizionato dal processo». Così G. PUGLIESE, *Diritto e processo nella esperienza romana*, in ID., *Scritti giuridici (1985-1995)*, a cura di L. Vacca, Napoli, 2007, 736, che pure ammette «l'eventualità della creazione del diritto nel e per effetto del processo, sia attraverso l'opera interpretativa ed evolutiva dei giudici, sia per l'esercizio dei particolari poteri riconosciuti ai pretori urbano e peregrino e ad altri magistrati giurisdizionali».

⁹⁹ Anche per l'età più antica, nella quale azione e diritto si riconducono ai *mores* ed alla loro *interpretatio*, *ius dicere* e *sapientia prudentium* sono strettamente connessi, il momento giurisdizionale avendo la funzione di portare ad evidenza, nella fase contenziosa, quello normativo. La creazione ha per l'antichità un significato tutto particolare: creazione del diritto non significa formazione dal nulla delle regole giuridiche, ma enucleazione dei precetti che vivono da sempre nella vita della comunità. Si tratta di quel sapere di natura oracolare la cui estrinsecazione si considera monopolio dei giuristi sacerdoti. La comunità si riconosce tale intorno ad un insieme di valori, che sono anzitutto religiosi e sociali: i *mores* esprimono questo tessuto connettivo, trasferiscono sul terreno della vincolatività giuridica un patrimonio assiologico. I protagonisti di questo processo di estrinsecazione dell'esistente sono quei *conditores iuris* cui Gaio imputa la *nimia subtilitas* delle

supportano il *rex*, poi il *praetor*, nella *iuris dictio* mediante la quale quel *ius*, da un *respondere* meramente privato assurge a criterio regolativo della controversia; interlocutori privilegiati del *iudex*, la loro *scientia* rappresenta supporto insostituibile del suo *indicare*¹⁰⁰.

Né questo rapporto speciale tra pretori e giuristi può dirsi contraddetto dal *ius praetorium*, ossia da quel diritto che i *praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam* (Pap. 2 def. D.1.1.7 pr.), pure incluso tra le fonti di produzione del diritto¹⁰¹.

legis actiones (Gai 4.30). Ad essi si ascrive la ‘produzione’ del diritto. Se i *prudentes* ‘creano’ il diritto e ne conservano la memoria nel tempo, l’organo pubblico (*rex* o magistrato) ne garantisce il rispetto e l’‘applicazione’.

¹⁰⁰ Il rapporto tra giurista e giudice, tra *interpretatio prudentium* e *disputatio fori*, e l’influenza del *responsum* giurisprudenziale sull’attività giudicante sono indagati da A. PALMA, *Il luogo*, cit., 36 ss. Sulla centralità della *scientia iuris* nella dinamica processuale v. anche P. GIUNTI, ‘*Iudex*’ e ‘*iurisperitus*’. *Alcune considerazioni sul diritto giurisprudenziale romano e la sua narrazione*, in ‘*Ius controversum*’ e *processo fra tarda Repubblica ed età dei Severi. Atti del convegno (Firenze, 21-23 ottobre 2010)*, a cura di V. Marotta ed E. Stolfi, Roma, 2012, 213 ss. Alle spalle del momento processuale, con la sua complessità strutturale e la molteplicità dei suoi protagonisti, vi è, «quale invitato di pietra», il giurista e la sua «presenza immanente»: «è il giurista che molto spesso orienta il magistrato 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 (ovvero nell’interpretare la clausola edittale); è il giurista, d’altra parte, che elabora il responso che la parte produrrà in giudizio» (p. 219). V. anche EAD., ‘*Iudex*’ e ‘*iurisperitus*’. *Alcune considerazioni sul diritto giurisprudenziale romano e la sua narrazione*, in *Iura*, 61, 2013, 47 ss. Sul *consilium* del giurista quale elemento imprescindibile del momento processuale v. M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 131; M. TALAMANCA, *Diritto e prassi nel mondo antico*, in *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l’Antiquité. Atti della 51a Sessione della SIHDA*, a cura di I. Piro, Soveria Mannelli, 1999, 151 ss.

¹⁰¹ Il tema del *ius honorarium* e la sua collocazione nel sistema delle fonti di produzione del diritto è importante, e per la pregnanza linguistica delle fonti che ad esso fanno riferimento, nonché per la vasta bibliografia, non può essere neppure accennato. Valga la considerazione che l’inclusione del diritto pretorio tra le fonti di produzione del diritto romano (Gai 1.1.7) sembra privilegiare, in un sistema non codificato di norme, l’aspetto formale del diritto, la sua emersione e consacrazione

Il diritto civile è ‘modificato’, ‘adattato’, ‘funzionalizzato’ dal pretore, ma non è autenticamente un nuovo diritto.

Nella realtà storica dell'impero, quando la posizione del giurista, come d'altronde quella del pretore, perdono il loro vero significato, l'immagine dei magistrati che *iura reddebant* (Pomp. *l.s. enchir.* D. 1.2.2.10), che garantivano effettività al diritto che non avrebbe avuto altrimenti senso di esistere se non ci fossero *qui iura regere possint* (Pomp. *l.s. enchir.* D. 1.2.2.13), giova al giurista burocrate per conservare memoria di quel ruolo esclusivo che aveva segnato la storia del diritto romano e lo avrebbe consegnato alla storia dell'Occidente.

Il diritto civile *in sola prudentium interpretatione consistit* (Pomp. *l.s. enchir.* D. 1.2.2.12): ai magistrati spetta il diverso compito di amministrarlo e, per tale via, ed in forza del ruolo istituzionale rivestito, diventarne *viva vox* (Marcian. 1 *inst.* D. 1.1.8).

Per un differente atteggiarsi della *iurisdictio*, che si avvicini alla moderna funzione giurisdizionale, bisognerà aspettare gli stravolgimenti costituzionali per effetto dei quali, ad una concezione forte ed accentrata della statualità, corrisponde, sul terreno processuale, il sistema della *cognitio extra ordinem*: la *iurisdictio* del magistrato, espressione del suo *imperium*, si frantuma e scolora nel più limitato compito di applicazione del diritto posto da altra fonte autoritativa e di emanazione della sentenza.

Il suo *ius dicere* assume funzione dichiarativa e contenuto decisorio: dal procedimento al processo.

7. Conclusioni

Il rapporto tra diritto e processo e il percorso storico della *iurisdictio* consegnano un'immagine ed un ruolo forte del magistrato giudicante nei sistemi dell'*ordo iuridiciorum privatorum*, e massimamente nell'*agere per*

nel momento della sua applicazione, senza con ciò infirmare il rapporto con la fonte giurisprudenziale quale proposto nel testo. Per un primo approccio e gli essenziali riferimenti bibliografici si rinvia a V. GIUFFRÉ, *La traccia di Quinto Mucio. Saggio su 'ius civile'/'ius honorarium'*, Napoli, 1993.

formulas. Espressione del potere politico, egli è deputato ad affermare la 'giustizia' nel caso concreto attraverso una ponderazione 'discrezionale' degli interessi, e la fase *in iure*, nella quale *ius dicit*, è il «luogo delle regole»¹⁰², ove il confronto tra gli interessi è risolto alla luce ed entro il limite dell'*utilitas publica*, rappresentata dal *ius* nelle sue diverse intonazioni.

La natura dell'azione, che è motore della giurisdizione, sembra confermare questo sviluppo.

D'altro canto, la 'statuizione del diritto' che qualifica la funzione giurisdizionale, tanto nelle *legis actiones* quanto nel sistema formulare, mentre conferisce natura procedimentale al momento 'giurisdizionale', privo com'è di alcun potere decisorio, si presenta quale punto di arrivo di un percorso conoscitivo che muove dalla *prudentia iuris* e trova nel processo la sua consacrazione ufficiale.

La *iurisdictio* si presenta così come un fenomeno complesso, sullo sfondo del quale si nasconde una fitta commistione tra profili pubblicistici e privatistici, sostanziali e processuali, che, sempre essenziale per una giusta comprensione dei fenomeni giuridici, si appalesa ancor più imprescindibile per l'esperienza antica. Emerge l'antichità nella sua complessità, che la pragmaticità e la fluidità del pensiero giuridico romano rendono così oscura talvolta per la dogmatica moderna, troppo incline alle schematizzazioni e concettualizzazioni, e poco propensa a cogliere l'immediatezza del fenomeno sociale e, conseguentemente, di quello giuridico.

Abstract

Il contributo analizza la *iurisdictio* nei modelli dell'*ordo iudiciorum privatorum*, tentando di chiarirne natura e funzioni. L'ampliamento dell'indagine ai connessi temi dell'azione e del diritto svela la complessità

¹⁰²A. PALMA, *Il luogo*, cit., 95 ss., ed ivi per aggiornati riferimenti bibliografici sul fenomeno processuale e sul rapporto tra norma e processo.

del fenomeno giurisdizionale e la peculiarità del suo atteggiarsi in un sistema, quale quello romano, nel quale il diritto è prerogativa giurisprudenziale.

Proprio in ragione del *ius* oggetto del *dicere* magistratuale, la *iurisdictio* si presenta quale funzione pubblicistica di natura meramente procedimentale, speculare e strettamente connessa all'*actio* da cui muove. Lo stretto legame tra diritto e processo, tra *ius*, *actio* e *iurisdictio* consente infine di valorizzare il rapporto speciale tra pretori e giuristi, e, con esso e per esso, la complessità ed assoluta originalità del momento processuale, nel quale produzione ed applicazione del diritto appaiono legati da un nesso fortissimo.

The paper analyzes the *iurisdictio* in the models of the *ordo iudiciorum privatorum*, attempting to clarify its nature and functions. The expansion of the investigation to the related issues of action and law shows the complexity of the jurisdictional phenomenon and the peculiarity of its attitude in a system, such as the Roman one, in which law is a jurisprudential prerogative.

Precisely, considering *ius*, which is the subject of the judicial statement, the *iurisdictio* presents itself as a public function, having a merely procedural nature, that is specular and strictly connected to the *actio* from which it moves. Finally, the close link between law and trial, between *ius*, *actio* and *iurisdictio* allows to enhance the special relationship between praetors and jurists, and, with it and for it, the complexity and absolute originality of the procedural moment, in which production and application of the law appear linked by a very strong connection.

Parole chiave

giurisdizione - azione - *ius*

jurisdiction - action - *ius*

STEFANIA ROMEO

Ricercatore di Diritto Romano e Diritti dell'Antichità

Università 'Mediterranea' di Reggio Calabria

Email: stefania.romeo@unirc.it

