

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. *Iurisdictio* e *iudicium*: i termini della questione. – 3. Le origini della *iurisdictio*. – 4. I *verba legitima*: *do, dico, addico*. – 5. In particolare sullo *ius dicere* nelle *legis actiones*. – 6. Lo *ius dicere* originario si identifica negli atti posti in essere dal magistrato. – 7. L'emersione della nozione di *iudicare*. – 8. I rapporti tra magistrato e giudice nelle *legis actiones*. – 9. Il carattere ancora non pienamente definito dello *ius dicere* nelle *legis actiones*. – 10. La *iurisdictio* nel processo formulare e i rapporti con l'*imperium*. – 11. L'Editto e la sua influenza indiretta sullo *iudicare*. – 12. I limiti alla discrezionalità del pretore nell'esercizio della *iurisdictio*. – 13. I controlli sull'esercizio della *iurisdictio*. – 14. La centralità della fase *in iure*. – 15. La formula quale strumento limitativo della discrezionalità del giudice. – 16. I limiti all'esercizio del potere di *iudicare*. – 17. I poteri ispettivi del magistrato. – 18. La *iurisdictio* quale momento essenziale dell'accertamento giurisdizionale.

1. Premessa.

Un angolo visuale privilegiato per comprendere il ruolo del giudice nell'ambito del sistema processuale romano è costituito dall'esame dell'esercizio del potere di *ius dicere* da parte del magistrato e dalle conseguenze che ne derivano sulla funzione di *iudicare* che progressivamente è riconosciuta al giudice.

Nell'impostare, dunque, l'analisi dei rapporti intercorrenti tra il magistrato ed il giudice nell'ambito del processo privato romano, deve preliminarmente precisarsi come, nonostante la stretta connessione linguistica tra *ius dicere*, il correlato *iurisdictio* e il moderno termine giurisdizione, si tratta di categorie assolutamente non sovrapponibili¹. La giu-

¹ La necessità di tenere nettamente separata la nozione attuale di giurisdizione da

risdizione, infatti, nel suo concreto operare è imprescindibilmente legata al contesto storico-politico di riferimento².

Né, invero, la funzione giurisdizionale si presta ad essere facilmente definita anche in rapporto ad un singolo periodo storico³, così come testimonia il dibattito⁴ della procesual-civilistica attuale⁵.

quella romana di *iurisdictio* è evidenziata dalla maggior parte degli autori che hanno affrontato la materia in parola, cfr. in via esemplificativa, G. NICOSIA, voce *Giurisdizione nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, IX, Torino, 1993, 120.

² Il Satta ha messo chiaramente in luce come la giurisdizione costituisce un aspetto essenziale della vita non solo giuridica, ma anche sociale, che presuppone una necessaria ed «integrale contemplazione di quella vita e delle sue profonde strutture». Cfr. S. SATTA, voce *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 218.

³ Emblematico in questo senso è anche un semplice accenno all'esperienza medioevale. Azzone, infatti, ritiene che la definizione di *iurisdictio*, quale «*iudicis dandi licentia*», contenuta in D. 2.1.3, «*non autem est definitio iurisdictionis ... Nam (ut ait Irnerius) non definit genus, sed generis praedicationem, vel nomen speciet ponit*» (AZO, *Summa Codicis, de iurisd. omnium iud.*, (III, 13), 1, Venetiis, 1584, col. 177). Al contrario, la *iurisdictio* andrebbe definita come «*potestas de publico introducta cum necessitate iuris dicendi, et aequitatis statuendae*» (GLO., *potest ff. de iurisd. omn. iud.*, l. *ius dicentis* [D. 2.1.1]). Ancor più esplicito è Bartolo di Sassoferrato, che la definisce come «*potestas de iure publico introducta cum necessitate iuris dicendi et aequitatis, tamquam a persona publica, statuendae*» (BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In primam Digesti Veteris partem*, Venetiis, 1585, ad. l. *Ius dicentis, ff. De iurisdictione*). Sul punto cfr. in particolare F. CALASSO, 'Jurisdiction' nel diritto comune classico, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, IV, Napoli, 1953, 423 ss. Più di recente ed in una prospettiva storica più ampia, cfr. N. PICCARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, 18 ss., nonché da ultimo P. ALVAZZI DEL FRATE, *Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari*, Roma, 2009.

⁴ Limitandosi alla dottrina italiana non possono, senza dubbio, mancare di richiamare E. REDENTI, *Intorno al concetto di giurisdizione*, in *Studi giuridici in onore di V. Simoncelli nel XXV anno del suo insegnamento*, Napoli, 1917, 3 ss.; G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Roma, 1935, 15 ss.; F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 17 ss.; A. SEGNI, voce *Giurisdizione (in generale)*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1961, 985 ss.; S. SATTA, *Il processo nell'unità dell'ordinamento*, in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, 116 ss.; L. MONTESANO, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Bari, 1981, 11 ss.; C. MANDRIOLI, voce *Giurisdizione (in generale)*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, IX, Torino, 1993, 127 ss.; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1985, 6 ss.; E. FAZZALARI, *Processo e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 1 ss.; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2011, 1 ss.

⁵ Può, in questa sede, incidentalmente ricordarsi come da un lato si è ricondotta l'essenza della giurisdizione alla funzione di «applicare le sanzioni previste ed imposte dal diritto», ricostruendo, dunque, la categoria dell'attività giurisdizionale mediante l'identificazione di tutte quelle attività dello Stato, che vengono a differenziarsi anche sotto l'aspetto disciplinatorio dalle altre proprio per il loro essere appunto destinate ad applicare sanzioni (cfr. E. REDENTI, *Intorno al concetto*, cit., 15). Dall'altro si è vista nella giurisdizione l'attività di «composizione delle liti» (in questo senso F. CARNELUTTI,

A ciò deve aggiungersi l'assoluta centralità del 'momento' dello *ius dicere*, come chiaramente messo in luce dal Pugliese. «Il diritto è condizionato dal processo: l'ipotesi da prospettare è quella di un rapporto circolare tra l'uno e l'altro. Questo rapporto comprende pure 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»⁶.

Sistema del diritto processuale civile, I, Padova, 1936, 49). Né si è mancato di valorizzare la funzione prettamente 'sostitutiva' o 'surrogatoria' dell'attività di altri soggetti. La funzione sostitutiva si declina nell'emanazione da parte del giudice di un atto statale, che risulta qualitativamente connotato dall'essere il giudice un soggetto 'estraneo' rispetto al rapporto sul quale viene ad incidere l'atto giurisdizionale. Con la conseguenza che è sì vero che l'atto del giudice viene a sostituirsi a quello che avrebbero potuto compiere le parti, ma esso non viene assunto in vece o in rappresentanza delle parti stesse: «la sostituzione è nel senso di un ordinamento (quello processuale) che si sostituisce ad un altro ordinamento (quello sostanziale)» (cfr. A. SEGNI, voce *Giurisdizione*, cit., 988. La stessa impostazione è rinvenibile in Id., *Tutela dei diritti. Art. 2909*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna - Roma, 1953, 305 ss.). In questo senso si è indirizzata anche una parte della dottrina più recente, mettendo a fuoco i tratti caratterizzanti dell'attività in analisi, la sua strumentalità e la sua sostituitività. Com'è stato incisivamente rilevato dal Mandrioli, «l'attività giurisdizionale è strumentale rispetto ai diritti che vuol tutelare, poiché costituisce appunto lo strumento per la loro attuazione, nell'ipotesi che tale attuazione non si verifichi spontaneamente» (cfr. Id., *Diritto*, cit., 5). Il carattere secondario della tutela giurisdizionale è strettamente connesso con l'altra caratteristica sopra evidenziata, ossia la sua natura sostitutiva, che si sostanzia nella sostituzione degli organi giurisdizionali a coloro che avrebbero dovuto tenere il comportamento previsto dalle norme sostanziali primarie, per attuare in via secondaria quella stessa protezione di interessi voluta in via primaria della norma sostanziale. Un'attenzione a parte merita la tesi del Satta, che ha avuto il merito di evidenziare la non riducibilità in una formula astratta della nozione di giurisdizione. Nello specifico viene dall'autore messo in evidenza come 'diritto' e 'fatto' esistano esclusivamente attraverso il giudizio e si presentino come inscindibilmente tra loro legati in esso: «l'ordinamento, in altri termini, si identifica col giudizio». Con l'immediata conseguenza che non può esistere un ordinamento senza la giurisdizione: non a caso, dunque, anche storicamente «la giurisdizione precede, non segue, la legislazione». Se ne può, quindi, inferire che la giurisdizione è l'affermazione o concretizzazione dell'ordinamento nel caso concreto e, al contempo, in tale affermazione la stessa viene ad esplicarsi. (cfr. S. SATTA, voce *Giurisdizione*, cit., 218 ss.)

⁶ G. PUGLIESE, *Diritto e processo nella esperienza romana*, in *Atti del seminario torinese (4-5 dicembre 1991) in memoria di G. Provera*, Napoli, 1994, 12 s.

2. *'Iurisdictio' e 'iudicium': i termini della questione.*

Procedendo in via di prima approssimazione, nel *dicere ius*, modernamente inteso, può vedersi l'esercizio di un potere volto a dettare la regola del caso concreto, dando così attuazione all'ordinamento giuridico. Non così nell'esperienza giuridica romana, se se ne eccettua l'ultima fase, ovvero a partire dal 342 d.C., quando una Costituzione di Costanzo e Costante elimina definitivamente il processo formulare, sancendo il definitivo trionfo del sistema unificato della *cognitio*⁷.

Quest'ultima, caratterizzata dall'essere interamente statale, è dominata dalla figura del giudice-funziario, il quale è rivestito della funzione di istruire i processi e di emanare la sentenza in nome dell'imperatore. La giurisdizione esercitata da quest'ultimo, dunque, viene ad estendersi all'intero giudizio.

Nel corso, invece, della pregressa esperienza romana, al fine di giungere all'attuazione dell'ordinamento nel singolo caso è necessario non soltanto l'esercizio della *iurisdictio* da parte del soggetto a cui la stessa è conferita dall'ordinamento, ma anche una successiva fase definita *iudicium*, dominata dalla figura dello *iudex*.

È di immediata evidenza come un'analisi dei rapporti che intercorrevano tra il magistrato, ovvero il titolare della *iurisdictio*, e lo *iudex* può essere condotta sia in riferimento al processo per *legis actiones* sia con riferimento al successivo processo formulare, entrambi fondati su una rigida bipartizione in fasi, ovvero quella *in iure* e quella *apud iudicem*, in cui vengono ad esplicarsi la *iurisdictio* e il *iudicium*.

In base a quanto si dirà tra breve, però, l'angolo visuale migliore appare essere quello del processo formulare.

Soltanto in relazione a questo schema processuale, infatti, risultano pienamente 'formate' le due differenti attività – *ius dicere* e *iudica-*

⁷ Non è naturalmente questa la sede per tentare di approssimare tale tematica. Ciò che preme evidenziare è che un primo avvicinamento, anche se forse non formalizzato a livello definitorio nelle fonti dell'epoca, ad una nozione 'diversa' di giurisdizione è rinvenibile anche nel corso della stessa esperienza giuridica romana attraverso l'affermazione del modello delle *cognitiones*. Su cui cfr. in part. N. PALAZZOLO, *Processo civile e politica giudiziaria nel principato*, Torino, 1980; I. BUTI, *La 'cognitio extra ordinem': da Augusto a Diocleziano*, in *ANRW*, II.14, Berlin - New York, 1982, 29 ss.; R. ORESTANO, *La 'cognitio extra ordinem': una chimera*, in *SDHI*, XLVI, 1980, 236 ss. (ora in *Id.*, *Diritto. Incontri e scontri*, Bologna, 1981, 469 ss.)

re – e, soprattutto, abbiamo delle testimonianze affidanti che ci permettono di valutare come in concreto interagissero pretore e giudice.

Al riguardo, anticipando quanto sarà oggetto di specifica analisi, mi sembra che sia da escludere un rapporto di pariordinazione tra attività di *ius dicere* e attività di *iudicare*. La definizione dell'ambito operativo dello *iudex* non può essere colta in modo autonomo rispetto ad una corretta individuazione della *iurisdictio*.

In altre parole, il ruolo del giudice non è che un riflesso di quello del magistrato. Con la conseguenza che qualsiasi rapporto tra magistrato e giudice non può essere valutato se prima non si tenti di definire il potere esercitato dal magistrato, ovvero la *iurisdictio*. Quest'operazione, a sua volta, può essere compiuta soltanto in diverse fasi, in quanto: la nozione di *iurisdictio* può essere colta soltanto nella dinamicità che ne connota l'evoluzione storica; la stessa presenta dei limiti esterni non facilmente perimetrabili nei confronti sia dell'*imperium* sia della cosiddetta *iurisdictio voluntaria*.

Un primo riscontro della necessità di un simile percorso di analisi è rinvenibile, del resto, se si ferma l'attenzione sull'espressione *ius dicere*⁸. Il *dicere* ha valenza dichiarativa o costitutiva? Allo stesso tempo, *ius* indica la 'norma' da applicare, la soluzione del singolo caso concreto, o, di contro, soltanto le formalità che devono essere seguite? È evidente come, a seconda della risposta che si fornisce a ciascuno di questi quesiti, connotando direttamente la nozione di *iurisdictio*, si finisce indirettamente per incidere sul ruolo e la funzione del *iudex*, finendo, quindi, anche per portare ad una diversa individuazione dei rapporti intercorrenti tra quest'ultimo ed il magistrato.

3. *Le origini della 'iurisdictio'*

Come anticipato, le incertezze che connotano il periodo più antico non permettono che di formulare delle ipotesi ricostruttive plausibili sul piano logico, ma prive di riscontri testuali, sulle origini della *iurisdictio* e sul suo iniziale operare.

Chiaro indice di queste incertezze è il divario cronologico, rileva-

⁸ In questo senso cfr. G. NICOSIA, voce *Giurisdizione*, cit., 121.

to da Nicosia⁹, tra i più risalenti schemi processuali, la *legis actio sacramenti in rem* e la *legis actio per manus iniunctionem*, che sembrano presupporre per il loro stesso funzionamento la presenza di un magistrato munito di *iurisdictio*¹⁰, e la prima attestazione sicura di una magistratura dotata della medesima che risale al 367 a.C., data di creazione del *praetor*.

Al riguardo appaiono individuabili¹¹ nella dottrina tradizionale due opposti orientamenti. Il primo, che vede tra i suoi principali esponenti il von Keller, riconduce la *iurisdictio* tra le competenze sin dalle origini attribuite al capo politico della *civitas*, il *rex*, e poi successivamente attribuita ai magistrati, che ne presero il posto¹².

Il secondo orientamento può ricondursi alla riflessione del Wlassak, che, valorizzando l'origine privatistica del processo civile romano, ritiene che l'intervento pubblicistico in materia, *sub specie* di *iurisdictio*, possa essere cronologicamente inteso come successivo¹³.

⁹ G. NICOSIA, *Il processo civile romano, I. Le origini*, Catania, 1980, 29 s.

¹⁰ Si pensi, in via esemplificativa, per quanto concerne la *l.a. sacramento in rem*, alla *datio iudicis*, che, secondo la testimonianza Gaiana, concludeva la fase *in iure* o all'*addictio* della *res* nel caso in cui il convenuto decidesse di non continuare la controversia. Per quanto riguarda, invece, la *l.a. per manus iniunctionem*, si può richiamare l'*addictio*, che legittimava al compimento della *ductio* del convenuto ad opera dell'attore.

¹¹ Per un approfondimento su questo profilo e per i necessari richiami bibliografici si rinvia a G. PUGLIESE, *Il processo civile romano, I. Le 'legis actiones'*, Roma, 1962, 118 ss.; B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle 'legis actiones'*, Palermo, 1987, 22 ss.; G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana, II. Le 'legis actiones'*, Padova, 1950, 155 ss.

¹² F.L. VON KELLER, *Il processo civile romano e le azioni*, trad.it., Napoli, 1872, 5 ss. All'interno di questo primo orientamento si è specificato come la *iurisdictio* originariamente attribuita al *rex* avrebbe avuto un contenuto più ampio di quella successivamente riconosciuta ai magistrati repubblicani, poiché al *rex* sarebbe stato riconosciuto anche il potere di giudicare, ovvero di emettere la sentenza conclusiva del processo. Osserva, infatti, in modo estremamente chiaro il Wenger, come rispetto al *rex* «in quanto si tratta di un sovrano assoluto, quale certo è stato un re etrusco, noi non possiamo rappresentarci il suo imperium senza la giurisdizione piena e quindi dobbiamo pensarlo munito di iudicatio» (così in L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, trad. it., Milano, 1938, 48). Con la conseguenza che la struttura bifasica del processo andrebbe intesa come strumento limitativo del potere successivamente attribuito ai magistrati repubblicani (in questo cfr. F.L. VON KELLER, *Il processo*, cit., 5 ss.). Più di recente il Cannata, partendo dall'assunto dell'immediata esistenza della struttura bifasica del processo, ritiene che fin dall'inizio al *rex* fosse riconosciuta la facoltà di delegare la fase del giudizio ad uno *iudex* privato (ID., *Profilo istituzionale del processo privato romano, II. Il processo formulare*, Torino, 1982, 19 ss.).

¹³ M. WŁASSAK, *Römische Prozessgesetze, I-II*, Leipzig, 1888-91. Com'è noto l'au-

Come intermedio tra i due ora ricordati, si colloca il pensiero dell'Albanese, che distingue tra bipartizione 'funzionale', «tra un'attività intesa all'espressione rituale delle prese di posizione dei litiganti ed un'altra attività intesa, invece, alla decisione»¹⁴, e bipartizione 'strutturale', sostanziandosi nella distinzione tra fase *in iure* e fase *apud iudicem*. Partendo da questa premessa, se ne trae la conseguenza che, ferma fin dall'inizio la bipartizione funzionale del processo, quella strutturale può anche essere considerata un'acquisizione successiva, essendo, quindi, plausibile che davanti al *rex* si svolgesse in un unico contesto l'intero processo.

È rimasta, invece, isolata la tesi del De Martino, centrata sul pontefice massimo quale primo soggetto titolare di un potere di decidere le controversie¹⁵.

tore fonda la sua ricostruzione sulla natura della *litiscontestatio* nel processo formulare, che, insieme al persistere di taluni elementi privatistici, quale, ad esempio, l'indubbio rilievo che mantiene l'accordo delle parti nelle dinamiche processuali, potrebbero giustificarsi esclusivamente ammettendo una diretta derivazione del processo romano dall'arbitrato privato. In altre parole su quest'ultimo si sarebbe innestato l'intervento statale, che sarebbe rappresentato nella scansione processuale dalla fase *in iure*. Se il carattere privatistico del processo romano difficilmente può negarsi, specie per quanto riguarda la fase *in iudicium*, appare un salto logico ritenere che da tale connotazione possa direttamente inferirsi anche l'origine arbitrale. Al riguardo le obiezioni sollevate in dottrina appaiono assolutamente fondate (cfr. in particolare G. BROGGINI, 'Iudex arbiterve': *Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln - Graz, 1957, nonché la più recente rassegna in G. NICOSIA, *Il processo*, cit., 50 ss.). In particolare si è evidenziato come ben difficilmente risulta ipotizzabile una fase iniziale, in cui la risoluzione delle controversie risulti, in buona sostanza, rimessa alla buona volontà dei contendenti, senza alcuna possibilità di intervento autoritativo statale. Allo stesso modo ben difficilmente potrebbe ipotizzarsi la sopravvivenza dell'arbitrato privato se questo fosse stato sostituito dall'intervento statale: in realtà, il ricorso ad una forma alternativa di giudizio, che si risolve nell'affidarsi ad un arbitro privato e che risulta presente in tutta l'esperienza romana, più che precedere il giudizio pubblico, lo presuppone e si pone come sua alternativa. Da ultimo, per quanto concerne il periodo ora in esame, insuperabile appare la critica che evidenzia come alla base della ricostruzione in commento vi sia un'equiparazione non sostenibile: quella tra *litiscontestatio* del processo formulare, base di partenza dell'argomentare del Wlassak, e *litiscontestatio* del processo per *legis actiones*. Il venir meno del medio dell'equivalenza, non può che lasciare indimostrata la tesi sulle origini del processo sopra richiamata.

¹⁴ B. ALBANESE, *Il processo*, cit., 24.

¹⁵ F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937. L'autore parte dalla premessa che non si possa parlare in senso tecnico di *iurisdictionis* prima delle leggi *Liciniae Sextiae* del 367 a.C.: fino a tale data sarebbe stato allora il pontefice massimo, e non il *rex*, ad impedire il ricorso all'autotutela privata, spingendo le parti a sot-

Le tesi, che si sono ora richiamate come esempio del forte contrasto che continua a caratterizzare il dibattito dottrinario sulla fase genetica del potere di *ius dicere*, risultano accomunate, come anticipato, da una scarsa possibilità di verifica sul piano delle fonti, che giustifica evidentemente anche l'estrema varietà dei risultati cui gli autori pervengono.

Le poche testimonianze che possono, infatti, essere ricondotte a questo argomento si collocano tutte cronologicamente in periodi più recenti e la genericità delle stesse non sembra che possa condurre oltre a delle mere supposizioni¹⁶.

toporsi, mediante il *sacramentum*, al giudizio di un soggetto terzo. Proprio la connotazione, proposta dall'autore, del *sacramentum* quale strumento per la sottoposizione delle parti al giudizio di un arbitro, costituisce uno dei punti di maggiore criticità della ricostruzione proposta. Come, infatti, evidenziato dalla dottrina più autorevole, il *sacramentum* «pur non fornendo esso stesso la soluzione della lite, ... verteva direttamente sul merito della controversia» cfr. G. PUGLIESE, *Il processo*, I, cit., 120.

¹⁶ Al riguardo particolare attenzione deve essere posta sulle seguenti testimonianze: Pomp. *l.s. enchir.* D. 1.2.2.14: *Quod ad magistratus attinet, initio civitatis huius constat reges omnem potestatem habuisse*; Cic. *rep.* 2.21.38: *sed cum Tarquinius insidiis Ancii filiorum interisset, Serviusque ut ante dixi regnare coepisset, non iussu sed voluntate atque consensu civium, quod cum Tarquinius ex vulnere aeger fuisset et vivere falso diceretur, ille regio ornatu ius dixisset obaeratosque pecunia sua liberavisset, multaque comitate usus iussu Tarquini se ius dicere probavisset, non commisit se patribus, sed Tarquinio sepulto populum de se ipse consuluit, iussusque regnare legem de imperio suo curiatam tulit*; Cic. *rep.* 5.2.3: *regale quam explanationem aequitatis, in qua iuris erat interpretatio, quod ius privati petere solebant a regibus, ob easque causas agri arvi et arbusti et pascui lati atque uberes definiabantur, qui essent regii [qui] colerenturque sine regum opera et labore, ut eos nulla privati negotii cura a populorum rebus abduceret. nec vero quisquam privatus erat disceptator aut arbiter litis, sed omnia conficiebantur iudiciis regis. et mihi quidem videtur Numa noster maxime tenuisse hunc morem veterem Graeciae regum. nam ceteri, etsi hoc quoque munere fungebantur, magnam tamen partem bella gesserunt et eorum iura coluerunt; illa autem diuturna pax Numae mater huic urbi iuris et religionis fuit, qui legum etiam scriptor fuit quas scitis extare, quod quidem huius civis proprium de quo agimus*; Liv. 1.41.5: *Tullio iubere populum dicto audientem esse; eum iura redditurum obiturumque alia regis munia esse. Servius cum trabea et lictoribus prodit ac sede regia sedens alia decernit, de aliis consulturum se regem esse simulat*. L'affidabilità di tali testimonianze è sostanzialmente confermata dalla dottrina tradizionale (cfr. per tutti G. PUGLIESE, *Il processo*, I, cit., 121), mentre è stata posta in discussione da una parte della dottrina più recente, secondo cui «si riducono ad affermazioni sporadiche piuttosto vaghe e generiche, che obiettivamente non possono essere considerate affidanti» e a cui non può attribuirsi valore probante tenuto conto del loro stesso tenore nonché della 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 regie», così G. NICOSIA, *Il processo*, cit., 44 s.

Ciò premesso, la testimonianza forse più precisa, tenuto conto dell'espresso riferimento ad un avvenimento concreto, è ricavabile da Dionigi d'Alicarnasso (4.25.1-2¹⁷ e 4.36.1-2¹⁸).

In entrambi i passi si fa espressamente riferimento all'attività del re Servio Tullio in campo giuridico. Per quanto qui rileva, merita evidenziare come in entrambi i frammenti Dionigi ricordi come fu appunto Servio Tullio ad introdurre la possibilità che il re nominasse dei giudici privati ai fini della risoluzione di controversie di natura privata. Da tale riferimento non sembra che possa evincersi nulla di più della conferma dell'esercizio da parte del *rex* di una forma di potere giurisdizionale. In merito ai limiti e alle modalità attraverso cui fosse in concreto esercitato il suddetto potere, non mi pare si possa andare al di là di mere congetture, che si pongono altresì al di fuori dell'ambito specifico del presente contributo.

¹⁷ Ὁ δὲ Τύλλιος οὐκ ἐν τούτοις μόνον τοῖς πολιτεύμασι δημοτικὸς ὢν ἐδήλωσεν, ἐν οἷς ἐδόκει τὴν τε τῆς βουλῆς ἐξουσίαν καὶ τὴν τῶν πατρικίων δυναστείαν ἐλαττοῦν, ἀλλὰ καὶ ἐν οἷς τὴν βασιλικὴν ἀρχὴν ἐμείωσεν αὐτὸς ἑαυτοῦ τὴν ἡμίσειαν τῆς ἐξουσίας ἀφελόμενος. τῶν γὰρ πρὸ αὐτοῦ βασιλέων ἀπάσας ἀξιούτων ἐφ' ἑαυτοὺς ἄγειν τὰς δίκας καὶ πάντα τὰ ἐγκλήματα τὰ τ' ἴδια καὶ τὰ κοινὰ πρὸς τὸν ἑαυτῶν τρόπον δικαζόντων ἐκεῖνος διελὼν ἀπὸ τῶν ἰδιωτικῶν τὰ δημόσια, τῶν μὲν εἰς τὸ κοινὸν φερόντων ἀδικημάτων αὐτὸς ἔποιε ἴτο τὰς διαγνώσεις, τῶν δ' ἰδιωτικῶν ἰδιώτας ἔταξεν εἶναι δικαστάς, ὄρους καὶ κανόνας αὐτοῖς τάξας, οὓς αὐτὸς ἔγραψε νόμους.

¹⁸ Ὑμῶν δὲ τεθαύμακα, εἰ τινές εἰσιν, ὧ βουλή, τῆς ἀρχῆς με ἀπαλλάξει βουλόμενοι, καὶ μετὰ τούτου συνεστηκότες ἐπ' ἐμοί· ἠδέως δ' ἂν πυθοίμην παρ' αὐτῶν, τίνος ἀδικήματος ἕνεκα πολεμοῦσί μοι καὶ ἐπὶ τίνι τῶν ἐμῶν ἔργων ἀχθόμενοι· πότερον ὅτι πολλοὺς ἴσασιν ἐπὶ τῆς ἐμῆς ἀρχῆς ἀκρίτους ἀπολωλότας ἢ τῆς πατρίδος στερομένους ἢ τὰς οὐσίας ἀπολωλεκότας ἢ ἄλλῃ τινὶ συμφορᾷ κεχημένους ἀδίκως; ἢ τούτων μὲν τῶν τυραννικῶν ἀδικημάτων οὐδὲν ἔχουσιν εἰπεῖν ὑπ' ἐμοῦ γεγονός, ὕβρεις δέ μοι τινὰς συνοΐδασιν εἰς γυναικᾶς γαμετάς ἢ προπηλακισμοὺς εἰς θυγατέρας παρθένους ἢ ἄλλῃν τινὰ περὶ σῶμα ἐλευθέρου ἀκολασίαν; δικαίως μὲντ' ἂν, εἰ τί μοι τοιοῦτον ἡμάρτηται, τῆς ἀρχῆς θ' ἅμα καὶ τῆς ψυχῆς ἀποστερηθεῖν. φέρε ἄλλ' ὑπερήφανός εἰμι καὶ διὰ βαρῦτητα ἐπαχθῆς καὶ τὴν αὐθάδειαν, ἢ κέχημαι περὶ τὴν ἀρχὴν, οὐδεὶς φέρειν δύναταί μοι; τίς μέντοι τῶν πρὸ ἐμοῦ βασιλέων οὕτω μέτριος <ὢν> ἐν ἐξουσίᾳ διετέλεσε καὶ φιλόανθρωπος ἅπασιν τοῖς πολίταις ὡς πατὴρ πρῶτος υἱοῖς αὐτοῦ χρώμενος; ὅς γε καὶ τὴν ἐξουσίαν, ἣν ὑμεῖς ἐδώκατέ μοι πατέρον φυλάττοντες παραδοχάς, οὐχ ἅπασαν ἐβουλήθη ἔχειν, ἀλλὰ νόμους θ' ὑπὲρ τῶν κυριωτάτων καταστησάμενος, οὓς ἅπαντες ἐπεκυρώσατε, κατὰ τούτους ὑμῖν ἀπέδωκα διδόναι τὰ δίκαια καὶ λαμβάνειν, καὶ αὐτὸς ἐξηταζόμεν πρῶτος οἷς ὦρισα κατὰ τῶν ἄλλων δικαίως ὥσπερ ἰδιώτης πειθόμενος· τῶν τ' ἀδικημάτων οὐχ ἅπάντων αὐτὸς ἐγινόμεν δικαστής, ἀλλὰ τὰς ἰδιωτικὰς <δίκας> ὑμῖν ἀπέδωκα διαγιγνώσκειν, ὃ τῶν ἐμπροσθεν οὐδεὶς ἐποίησε βασιλέων.

L'unico dato certo, dunque, è compendiabile nella necessaria esistenza, in una società sufficientemente strutturata come era già quella della prima Roma monarchica, di un'autorità che avesse il potere di dichiarare in modo definitivo quale fosse il diritto applicabile ad una determinata controversia¹⁹. Questo non toglie, naturalmente che tale forma di *iurisdictio* non avesse che un «carattere embrionale, solo pallidamente simile alla giurisdizione del potere urbano di circa quattro secoli dopo»²⁰.

La natura di questo originario *ius dicere* presumibilmente esercitato dal *rex* è stata messa in luce in modo esemplare dall'Orestano²¹. Viene, infatti, evidenziato come l'attività del *rex* risultasse fortemente connotata dall'elemento religioso. Il *rex* era l'interprete della volontà divina. Egli, quindi, era «colui che nei casi interessanti la vita della comunità accertava ed enunciava la volontà divina, indicando in base ad essa i comportamenti da seguire, ordinando ciò che doveva essere fatto o non fatto, dichiarando, ove fosse occorso, in qual modo dovessero essere risolti i conflitti fra individui appartenenti a diversi gruppi o fra gruppo e gruppo»²².

Appare allora pienamente condivisibile l'intuizione del De Martino, secondo cui una nozione di *iurisdictio* in senso tecnico, intesa come attività propria dei magistrati e distinta da quella propria degli organi giudicanti, non si sia, in realtà, formata in un periodo eccessivamente risalente. Ciò naturalmente non esclude che fin dall'inizio fosse esercitata una funzione che *lato sensu* potremmo definire di *ius dicere* dagli organi preminenti della nascente *civitas*. Presumibilmente, come sopra visto, prima dallo stesso *rex*²³, succes-

¹⁹ In questo senso, da ultimo, cfr. C. PELLOSO, *Studi sul furto nell'antichità mediterranea*, Padova, 2008, 239, nt. 248.

²⁰ Così efficacemente A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*⁵, Napoli, 1990, 195.

²¹ R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino, 1967, 154 ss.

²² R. ORESTANO, *I fatti*, cit., 163.

²³ A meno che non si ritenga, come fa il Nicosia, che l'idea stessa di 'processo' come modernamente intesa fosse, in realtà, estranea alla realtà giuridica romana più antica. Non si è, infatti, mancato di identificare il fenomeno processuale con la mera predisposizione di schemi procedurali «entro i quali doveva incanalarsi l'*agere* dei privati». Nello specifico, quindi, «si trattò di un 'processo' che – in coerenza alla mentalità e alle esigenze della società romana di quell'epoca (il cui carattere patriarcale non è un miste-

sivamente dai supremi magistrati repubblicani²⁴ ed, infine, dai pretori²⁵.

4. *I ‘verba legitima’: ‘do’, ‘dico’, ‘addico’.*

Con buona approssimazione, può, dunque, ritenersi che la prima attestazione dell’attribuzione del potere di *ius reddere*²⁶ possa individuarsi nelle leggi *Liciniae Sextiae* del 367 a.C., in riferimento alla figura del *praetor urbanus*²⁷, a cui successivamente se ne affianca un secondo, definito *peregrinus*²⁸.

ro per nessuno), nonché alla struttura stessa dell’organizzazione politico-sacrale della comunità e ai ‘valori’ che stavano alla base di essa – del tutto naturalmente si svolgeva, e continuò a svolgersi per secoli, secondo regole precisamente stabilite e rigorose formalità rituali – il cui rispetto era assicurato dal controllo sociale, dalla partecipazione quasi ‘corale’ della comunità (che resterà caratteristica fino a tardi), nonché dall’interferenza del fattore religioso – ma senza alcun intervento di organi politici», così G. NICOSIA, *Il processo*, cit., 181. Tale tesi mi sembra, in vero, difficilmente sostenibile, tenendo conto anche delle poche testimonianze pervenuteci, che, comunque, attestano in modo reputato sicuro dalla dottrina prevalente l’esercizio da parte del *rex* di un potere più o meno ampio a carattere giurisdizionale.

²⁴ Come sembrerebbe potersi ricavare dalla tarda testimonianza di Pomp. *l.s. enchir.* D. 1.2.2.16: *Exactis deinde regibus consules constituti sunt duo: penes quos summum ius uti esset, lege rogatum est: dicti sunt ab eo, quod plurimum rei publicae consulerent. qui tamen ne per omnia regiam potestatem sibi vindicarent, lege lata factum est, ut ab eis provocatio esset neve possent in caput civis romani animadvertere iniussu populi: solum relictum est illis, ut coercere possent et in vincula publica duci iuberent.*

²⁵ I motivi della cui introduzione sono spiegati in Pomp. *l.s. enchir.* D. 1.2.2.27: *Ita facti sunt aediles curules. cumque consules avocarentur bellis finitimis neque esset qui in civitate ius reddere posset, factum est, ut praetor quoque crearetur, qui urbanus appellatus est, quod in urbe ius redderet.*

²⁶ Un’approfondita disamina del significato dell’espressione ‘*ius reddere*’ *rectius* ‘*iura reddere*’ nella prospettiva della giurisprudenza antoniniana è stata, di recente, condotta da E. STOLFI, *Immagini di ‘officia’ e compiti magistratuali nell’elaborazione della giurisprudenza antoniniana*, in *Giuristi e ‘officium’. L’elaborazione giurisprudenziale di regole per l’esercizio del potere fra II e III secolo d.C.*, a cura di E. Stolfi, Napoli, 2011, 7 ss.

²⁷ In quanto come ricorda Pomponio nel passo riportato nella nota 25, a differenza dei suoi colleghi di livello superiore, rimaneva prevalentemente in città ad amministrare la giustizia.

²⁸ La cui figura ci è, ad esempio, ricordata da Gai 1.6: *Ius autem edicendi habent magistratus populi Romani. Sed amplissimum ius est in edictis duorum praetorum, urbani et peregrini, quorum in provinciis iurisdictionem praesides earum habent; item in edictis aedilium curulium, quorum iurisdictionem in provinciis populi Romani quaestores habent;*

Siamo a questo punto in grado di tentare di verificare in che cosa si concretizzasse in positivo la *iurisdictio*. Assoluta centralità nella riflessione della dottrina sul punto è riconosciuta all'espressione '*dicere ius*', di cui non si è mancato di valorizzare anche solo uno dei due termini che la compongono.

In questo senso è esemplare l'ipotesi ricostruttiva del Lauria, tutta incentrata sul *dicere*²⁹. Secondo l'autore, infatti, l'espressione in analisi viene ad indicare «la forma con la quale quella funzione si esplicava, non il contenuto della funzione»³⁰. In altre parole, la funzione del magistrato nel processo per *legis actiones* si sarebbe limitata alla pronuncia dei *verba legitima*, '*do, dico, addico*'³¹, dei quali troviamo riscontro diretto nelle fonti.

Varrone³², per indicare l'attività del magistrato che non poteva essere posta in essere nei giorni nefasti, richiama direttamente i *tria verba praetoris*, sopra riportati. È, quindi, imprescindibile verificare il significato ad essi ricollegabile. Le minori difficoltà interpretative connotano i termini *addico* e *do*. Per quanto riguarda il primo, è or-

nam in provincias Caesaris omnino quaestores non mittuntur, et ob id hoc edictum in his provinciis non proponitur.

²⁹ M. LAURIA, '*Iurisdictio*', in *Studi Bonfante*, II, Milano, 1930, 529 ss.

³⁰ M. LAURIA, '*Iurisdictio*', cit., 529. Alla base di questa ricostruzione si richiamano, in particolare, il versetto delle XII Tavole «*uti lingua noncupassit, ita ius esto*», ove *ius* indicherebbe la dichiarazione solenne del contraente, nonché la *bonorum possessio* nella quale il magistrato non dichiarava diritti, ma pronunciava *verba legitima*.

³¹ Su questi profili cfr., in particolare G. NICOSIA, *Il processo privato romano. III. Nascita ed evoluzione della 'iurisdictio'*, 1, Catania, 2012, 53 ss.

³² Varro *ling.* 6.30: *Dies nefasti, per quos dies nefas fari praetorem do dico addico. Itaque non potest agi: necesse est aliquo uti verbo, cum lege quid peragitur. Quod si tum imprudens id verbum emisi tac quem manumiserit, ille nihilo minus est liber, sed vitio. Né la testimonianza di Varrone può ritenersi isolata, cfr. Ov. Fasti 1.45-54:*

Ne tamen ignores variorum iura dierum, / non habet officii Lucifer omnis idem. / ille nefastus erit, per quem tria verba silentur: / fastus erit, per quem lege licebit agi. / nec toto perstare die sua iura putaris: / qui iam fastus erit, mane nefastus erat; / nam simul exta deo data sunt, licet omnia fari, / verbaque honoratus libera praetor habet. / est quoque, quo populum ius est includere saeptis; / est quoque, qui nono semper ab orbe redit.

Sen. *tranq.* 3.4: *An ille plus praestat, qui inter peregrinos et ciues aut urbanus praetor adeuntibus assessoris uerba pronuntiat, quam qui quid sit iustitia, quid pietas, quid patientia, quid fortitudo, quid mortis contemptus, quid deorum intellectus, quam gratuitum bonum sit bona conscientia?; Fest. voce 'Nefasti dies' (Lindsay 162): [Nefas]ti dies non [fasti et notati littera N ii sunt, quibus ei], apud que[m lege agitur, fari non licet tria verba: do, dico] addico.*

mai acquisito in dottrina³³ il significato di conferma del magistrato della formula pronunciata da una delle parti, ed in specie, dall'attore. Tale significato trova un immediato riscontro in un passo di Festo:

Fest. voce 'Addicere' (Lindsay 12): *Addicere est proprie idem dicere et adprobare dicendo; alias addicere damnare est.*

Nel passo di Festo, oltre al significato di conferma, viene ricordato quello di attribuire o aggiudicare un determinato bene. Anche questo significato trova immediata conferma nelle fonti, tra cui possiamo citare, in via esemplificativa, il contenuto di Tab. 1.8, 'praesenti litem addicito', che fa espresso riferimento al potere attribuito al magistrato di giudicare favorevolmente nei confronti della parte presente in giudizio, essendo l'altra assente³⁴.

Con altrettanta sicurezza è possibile indicare il significato del termine 'dare': utilizzato nelle locuzioni 'actionem dare' e 'iudicium dare', com'è stato efficacemente evidenziato dal Luzzatto, viene a designare «l'atto con cui il magistrato accorda alla parte un mezzo di tutela, oppure, anche senza intervenire direttamente, assicura che l'atto compiuto dalla parte raggiunga l'effetto che questa si propone»³⁵.

³³ A partire dallo studio di M. WŁASSAK, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichem Spruchverfahren*, in ZSS, XXVI, 1905, 81 ss.

³⁴ Possono inoltre richiamarsi le fonti che fanno riferimento all'*addictio* del magistrato nei confronti del ladro colto sul fatto, cfr. Gai 3.189: *Poena manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat. nam liber uerberatus addicebatur ei, cui furtum fecerat; utrum autem seruum efficeretur ex addictione an adiudicati loco constitueretur, ueteres quae-rebant. in seruum aequae uerberatum animaduertebatur. sed postea improbata est asperitas poenae, et tam ex serui persona quam ex liberi quadrupli actio praetoris edicto constituta est*; Gell. 11.18.8: *Ex ceteris autem manifestis furibus liberos uerberari addicique iusserunt ei, cui furtum factum esset, si modo id luci fecissent neque se telo defendissent; seruos item furti manifesti prenos uerberibus adfici et e saxo praecipitari, sed pueros inpuberes praetoris arbitratu uerberari uoluerunt noxiamque ab his factam sarciri*; 20.1.7: *Dure autem scriptum esse in istis legibus quid existimari potest: nisi duram esse legem putas, quae iudicem arbitrumue iure datum, qui ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus est, capite poenitur aut quae furem manifestum ei, cui furtum factum est, in seruitutem tradit, nocturnum autem furem ius occidendi tribuit*. In questa fattispecie il magistrato, con la propria pronuncia, legittima l'esercizio dell'autotutela privata posta in essere dal soggetto derubato. Va evidenziato come, in questo caso, sia evidente l'utilizzo del termine *ad-dico*, nel suo significato originario sopra richiamato di 'conferma', che deriva dalla radice stessa del termine, 'dicere ad'.

³⁵ G.I. LUZZATTO, *Procedura*, cit., 182.

Maggiori problematicità connotano il *dico*. Nelle fonti, infatti, tale termine viene utilizzato in fattispecie differenti, non facilmente riconducibili ad unità. Si pensi, da un lato, al *viam dicit* contenuto nel corpo della *legis actio sacramento in rem*³⁶, dall'altro al *vindicias dicit*³⁷, attraverso il quale il magistrato assegna il possesso interinale del bene oggetto di controversia ad una delle parti, in attesa della pronuncia del giudice, nonché alla chiara connessione etimologica che è presente tra protezione interdittale, *inter-dico*, e *dicere* del magistrato. In base a questi pochi dati sembra pienamente condivisibile l'idea del Pugliese, che non ritiene di poter andare oltre il «constatare che *'dicere'* aveva in generale il significato di *'ordinare'*, *'disporre'*, e non necessariamente quello di *'statuire'* o *'decidere'* in modo definitivo»³⁸.

Ciò posto, appare innegabile una stretta relazione tra *iurisdictio* e *i tria verba praetoris*³⁹. Tale correlazione non arriva ad essere una pie-

³⁶ L'espressione è ricordata da Cicerone, in una serrata critica che conduce contro la rigidità del processo per *legis actiones*. Cic. Mur. 12.26: *Cum hoc fieri bellissime posset: 'Fundus Sabinus meus est.' Immo meus,' deinde iudicium, noluerunt. 'Fundus' inquit 'qui est in agro qui sabinus vocatur.' Satis verbose; cedo quid postea? 'eum ego ex ivre Qvirittum meum esse aio.' Quid tum? 'inde ibi ego te ex ivre manum consortum voco.' Quid huic tam loquaciter litigioso responderet ille unde petebatur non habebat. Transit idem iuris consultus tibicinis Latini modo. 'Vnde tu me' inquit 'ex ivre manum consortum vocasti, inde ibi ego te revoco.' Praetor interea ne pulchrum se ac beatum putaret atque aliquid ipse sua sponte loqueretur, ei quoque carmen compositum est cum ceteris rebus absurdum tum vero in illo: 'Suis vtrisque superstitionibus praesentibus istam viam dico; ite viam.' Praesto aderat sapiens ille qui inire viam doceret. 'Redite viam.' Eodem duce redibant. Haec iam tum apud illos barbato ridicula, credo, videbantur, homines, cum recte atque in loco constitissent, iuberi abire ut, unde abissent, eodem statim redirent. Isdem ineptis fucata sunt illa omnia: 'Quando te in ivre conspicio' et haec: 'Anne tu dicas qua ex causa vindicaveris?' Quae dum erant occulta, necessario ab eis qui ea tenebant petebantur; postea vero pervolgata atque in manibus iactata et excussa, inanissima prudentiae reperta sunt, fraudis autem et stultitiae plenissima.*

³⁷ Al riguardo mi sembra sufficiente richiamare la testimonianza gaiana – in cui si descrive il comportamento che deve essere tenuto dal pretore successivamente alle *vindicaciones* poste in essere dalle parti durante il rituale della *legis actio sacramento in rem* – contenuta in Gai 4.16: *postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituerebat, eumque iubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum, id est rei et fructuum; alios autem praedes ipse praetor ab utroque accipiebat sacramenti causa, quia id in publicum cedebat. festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti domini, quando iusto dominio ea maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent; unde in centumviralibus iudiciis hasta proponitur.*

³⁸ G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., 150.

³⁹ Né si è mancato in dottrina di ipotizzare che le tre parole potevano essere impiegate come un'unica formula, circostanza che sarebbe avvalorata dal ricorrere nelle

na identificazione, come ritiene il Lauria, ma come chiaramente messo in luce dal Pugliese, i *tria verba* vengono a costituire un «modo o la forma, in cui si esplicò la *iurisdictio*»⁴⁰.

5. In particolare sullo 'ius dicere' nelle 'legis actiones'.

La mancata riducibilità della *iurisdictio* ai menzionati *tria verba* ha spinto una parte della dottrina alla valorizzazione del solo *ius dicere*, che corrisponderebbe all'atto attraverso il quale il magistrato avrebbe indicato il diritto da applicare alla controversia.

Nello specifico, secondo il De Martino, il ruolo del pretore nel processo per *legis actiones* si esplicherebbe nella fase iniziale del processo, ovvero quella *in iure*, che si conclude con un decreto con il quale viene concessa l'azione e fissati i termini della controversia, sottoposti alla valutazione del giudice. L'adozione di tale decreto, sostanziantesi in un atto di volontà del magistrato, non sarebbe un *dicere*, ma un *actionem dare*, del quale il primo non potrebbe che costituire un antecedente logico. In altre parole, il *iudicium dare* dovrebbe necessariamente essere preceduto da un «procedimento dialettico diretto ad accertare non solo se l'azione debba essere data o negata, ma principalmente quale norma disciplini il rapporto affermato con la *editio actionis* ... ed è appunto la prima parte dell'attività del pretore che fu chiamata *ius dicere*»⁴¹.

L'attività ora delineata avrebbe logicamente dovuto concludersi con un atto formale, il decreto, imprescindibile al fine di fissare definitivamente la norma in base alla quale si sarebbe risolta la controversia, tanto più in un'epoca nella quale le parti ben avrebbe potuto essere ignare del diritto disciplinante la fattispecie oggetto di controversia. Già, quindi, nell'età arcaica sarebbe possibile distinguere netta-

fonti dell'espressione *tria verba*. Si sarebbe, dunque, di fronte ad «una formula tipica dell'antico *dicere* in cui le parole sono scrupolosamente studiate per esprimere l'effetto che con il *dicere* si vuole raggiungere» e la cui «organica connessione» finisce per esprimere «l'essenza del *ius dicere*, sicché più precisamente valutati nel loro reciproco chiarirsi e specificarsi, possono far intendere l'esatto contenuto del *ius dicere*», così C. GIOFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, 180 s.

⁴⁰ G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., 150.

⁴¹ F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 63.

mente tra un'attività logica finalizzata alla dichiarazione del diritto applicabile alla controversia, ovvero il *ius dicere*⁴² da un'attività, frutto della volontà del pretore, di dare concretezza all'attività precedentemente svolta, ovvero il *iudicium dare*.

Alla base di quest'interpretazione vi è un'attenta considerazione della struttura del processo per *legis actiones*, rifiutandosi come base di riflessione l'idea che lo stesso finisse per risolversi in uno schema fisso ed immutabile, fatto della pronunzia dei *certa verba* da parte dei soggetti processuali, con la conseguenza di privare di qualsivoglia funzione il pretore.

La rigidità che certamente connota tale schema processuale, per il De Martino, non può eliminare ciò che da sempre connota qualsiasi processo, ovvero la valutazione condotta dal magistrato sulla fondatezza o meno di una determinata pretesa fatta valere in giudizio. Il riconoscimento di un ampio potere di cognizione in capo al pretore⁴³ troverebbe, secondo l'autore, una testimonianza nello stesso Gaio, quando, nel descrivere la *legis actio per iudicis postulationem*, afferma che *itaque nominata causa ex qua agebatur statim arbiter petebatur*. Più in generale, dalla ricostruzione gaiana del processo più arcaico, in specie da Gai 4.11⁴⁴, potrebbe ricavarsi che la convinzione che ciascuna *legis actio* si sostanziava in un 'modulo in bianco', predisposto dallo

⁴² Sarebbe, poi, facilmente spiegabile perché nelle fonti successive, prevalentemente letterarie, questa espressione sarebbe stata utilizzata come sinonimo del termine *iurisdictionis*: tenuto conto della rigidità del processo dell'epoca più arcaica, che vedeva il pretore sostanzialmente privo di libertà di azione e di movimento, sarebbe stata concentrata tutta l'attenzione sull'«attività logica rispetto alla scarsa attività volitiva», così F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 65.

⁴³ Si ipotizza, in particolare, che pur essendo tali schemi processuali costruiti intorno ad una sequenza di atti rigidamente indicata, non può concludersi che il processo si esaurisse solo negli stessi. Dovrebbe, di contro, ritenersi che prima di arrivare alla pronuncia delle previste dichiarazioni solenni, si sarebbe dovuta svolgere una fase, più o meno ampia, nella quale, a seguito di una discussione libera tra le parti sui termini della controversia, il pretore avrebbe indicato non solo il diritto applicabile, ma forse anche la *legis actio* da esperire. Cfr. F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 67.

⁴⁴ *Actiones, quas in usu ueteres habuerunt, legis actiones appellabantur uel ideo, quod legibus proditae erant, quippe tunc edicta praetoris, quibus complures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur, uel ideo, quia ipsarum legum uerbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges obseruabantur. unde eum, qui de uitibus succisis ita egisset, ut in actione uites nominaret, responsum est rem perdidisse, quia debuisset arbores nominare, eo quod lex XII tabularum, ex qua de uitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur.*

ius civile, a cui le parti dovevano attenersi per far valere le proprie pretese. Ciò non toglie, però, che la formula dell'*actio*, pur se proposta e recitata dall'attore, avrebbe dovuto «essere autorizzata dal pretore, e ciò avviene dopo il dibattito sia pure rudimentale, delle parti *in iure*. Anche per questa strada noi perveniamo al risultato che un *ius dicere* abbia dovuto precedere la concessione dell'*actio*, come un procedimento logico del quale Gaio non ha creduto utile discorrere nella sua trattazione elementare»⁴⁵.

La tesi del De Martino su cui mi sono, da ultimo, concentrato, ha a mio parere il merito di aver tentato di attribuire un ruolo centrale al magistrato anche nell'ambito del rigido formalismo, che, senza dubbio, ha connotato la prima forma processuale romana. Ciò non toglie, tuttavia, che tale ricostruzione presti il fianco a più che fondate critiche, ove finisce per ritenere che sussistesse una rigida distinzione tra *ius dicere* e *iudicium dare*. A ciò si aggiunge, se si ritiene superabile l'assoluta mancanza di testimonianze dei giuristi romani al riguardo, la difficile collocabilità di tale attività nel corso della fase *in iure*, alla luce delle rappresentazioni che della stessa abbiamo, principalmente grazie a Gaio. Né maggiori indicazioni possono ricavarsi dalle fonti legislative, richiamate dal De Martino⁴⁶, come prova evidente della netta distinzione tra *ius dicere* e *iudicium dare*: com'è, infatti, stato già dimostrato dal Luzzatto⁴⁷, possono leggersi altrettante testimonianze nelle quali con *ius dicere* viene indicata l'intera attività prestata dal pretore. Sulla scorta del Pugliese, merita di essere richiamata, in questo senso:

lex Plaetoria de iurisdictione (Cens. 24.3): *praetor urbanus, qui nunc est quique posthac fuat duo lictores apud se habeto usque supremam ad solem occasum iusque inter cives dicito.*

Allo stesso modo, mi pare insuperabile la critica che si riconnette all'individuazione della corretta valenza del *dicere*, che ci permette, tra

⁴⁵ Così DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 68.

⁴⁶ Si veda, in via esemplificativa, *lex (Rubria) de Gallia Cisalpina* (CIL, I, 115; XI, 205) 20.17-18: *de ea re ita ius deicito iudicia dato iudicare iubeto cogito.*

⁴⁷ Cfr. G.I. LUZZATTO, *Procedura*, cit., 196 ss., a cui si rinvia per l'analisi delle stesse, nonché per i necessari approfondimenti bibliografici.

l'altro, di fare un passo in avanti nell'individuazione del corretto significato dell'espressione *ius dicere*. A questo fine appaiono condivisibili le osservazioni del Gioffredi⁴⁸, che ha compiuto un'accurata analisi del termine *dicere*, partendo dalla premessa che ben poche indicazioni possono essere tratte dalla mera etimologia, che non permette di andare oltre al significato di 'mostrare con le parole'. Se, infatti, in campo giuridico si tenta di spostare il significato di *ius dicere*, quale 'indicazione' del diritto, sulle altre espressioni nelle quali viene utilizzato il verbo *dicere*, come, rimanendo nel campo del diritto privato, *dotem dicere*, *vadimonium dicere*, *vindiciam dicere*, si hanno dei risultati assolutamente incoerenti. Al contrario, in relazione alle menzionate espressioni, *dicere* assume il significato di «statuire», 'fissare' o se si vuole, tenuta presente la oralità della funzione, 'dichiarare', ma non un dichiarare in modo puramente enunciativo – cioè un indicare, un mostrare – ma con effetto costitutivo e vincolante»⁴⁹.

Riportando tale significato al nostro *ius dicere* appare evidente come la funzione del magistrato non possa ritenersi meramente dichiarativa. In altre parole, mantiene, a mio avviso, piena validità l'equivalenza, proposta dal Pugliese⁵⁰, *iurisdictio* = 'statuizione del diritto'.

La *iurisdictio* risulta 'ammantata' almeno da un velo di imperatività o costitutività, il cui 'spessore' dobbiamo ora passare a ricercare.

6. *Lo 'ius dicere' originario si identifica negli atti posti in essere dal magistrato.*

Come visto poco sopra, verso la funzione non meramente dichiarativa del *dicere* e, quindi, della correlativa *iurisdictio* milita l'utilizzo stesso che le fonti fanno del suddetto verbo. L'attribuire un valore costitutivo/imperativo all'operazione compiuta dal pretore non vuol dire, però, che la stessa abbia anche una connotazione astratta: l'opera del magistrato, anche durante la vigenza del processo per *legis actio-*

⁴⁸ Cfr. C. GIOFFREDI, *Diritto*, cit., 63 ss.

⁴⁹ In questi termini C. GIOFFREDI, *Diritto*, cit., 64.

⁵⁰ È la strada già percorsa da G. PUGLIESE, *Il processo*, I, cit., 155 ss., che a sua volta sviluppa alcune intuizioni presenti nella riflessione del Gioffredi, del Luzzatto e del Levy-Bruhl.

nes, resta strettamente connessa al caso concreto, non andando, dunque, assolutamente a porre norme integrative o sostitutive di quelle presenti nei *mores* o nelle *leges*. Se, dunque, può parlarsi di statuizione del diritto nel caso concreto, non può ritenersi che la stessa operasse con il meccanismo del sillogismo giudiziale: è noto, infatti, come l'ordinamento giuridico dell'epoca più antica, anche se si guarda al momento della codificazione delle XII Tavole, è ben lungi dal potersi definire un ordinamento 'completo'⁵¹. Più che ampio spazio avevano i precetti dei *mores*, la cui stessa natura ne rendeva impossibile una diretta applicazione al caso concreto da parte del magistrato. Quest'ultimo, dunque, doveva necessariamente, almeno parzialmente, individuare da sé il diritto da applicare al caso concreto, contribuendo «a individuare e in qualche misura ... anche a formare l'una o l'altra norma consuetudinaria»⁵².

Ma come poteva avvenire una simile statuizione del diritto ad opera del pretore? Come precedentemente visto, infatti, è da escludersi che nelle fonti siano rinvenibili testimonianze di un atto, attraverso il quale il magistrato rendesse edotte le parti del diritto da applicare al caso concreto, né di un momento processuale espressamente dedicato a tale funzione.

Se ne ricava come imprescindibile ed unica conclusione che lo *ius dicere* non avesse una propria essenza autonoma, ma fosse il risultato degli altri atti posti in essere dal magistrato e che conducevano alla risoluzione della controversia. La 'statuizione del diritto', dunque, appare coincidere ed identificarsi nei singoli atti posti in essere per risolvere la controversia.

7. L'emersione della nozione di 'iudicare'.

Ciò posto, penso che si possa fare, a questo punto, un passo verso l'altro polo del discorso, rimasto sinora in ombra, ovvero quello del *iudicare*.

⁵¹ Al riguardo si è efficacemente evidenziato come in tale codificazione «viene dato per presupposto tutto il tessuto fondamentale dell'ordinamento di tipo consuetudinario, e viene omessa la trattazione degli elementi portanti del diritto privato», così L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino, 1989, 20.

⁵² Così G. PUGLIESE, *Il processo*, I, cit., 156.

Al riguardo deve preliminarmente ricordarsi ciò che è emerso da quanto sinora detto, in riferimento alla possibilità di distinguere sin dall'epoca più risalente dell'esperienza giuridica romana lo *ius dicere* dal *iudicare*.

Come visto, per la prima parte del periodo regio è ipotizzabile che il *rex* fosse titolare di un potere giurisdizionale ampio, che si sostanziava nella possibilità di statuire definitivamente su una determinata controversia. Soltanto in relazione all'epoca di Servio Tullio, compaiono le prime testimonianze – peraltro tarde rispetto al periodo considerato⁵³ – che concernono la possibilità, ma non la necessità che il *rex* demandasse la risoluzione di una determinata controversia ad uno *iudex* da lui indicato.

Ciò, però, non vuol dire che, anche quando si stabilizza la delega ad uno *iudex* della fase decisoria, si siano immediatamente formalizzate le due nozioni di *ius dicere* e *iudicare*. Al riguardo milita, senza dubbio, il funzionamento stesso del processo per *legis actiones*.

Il *rex* e, successivamente, il magistrato potevano, infatti, risolvere direttamente la controversia mediante un *addictio*, nel caso di mancata opposizione del convenuto alla pretesa del rivendicante, o con la *ductio*, in seguito al vittorioso esperimento della *manus iniectio*. In entrambi i casi, come è stato attentamente puntualizzato dal Pugliese⁵⁴, «nessuna delle due pronunzie era propriamente una sentenza, ma entrambe risolvevano la controversia».

⁵³ Si fa riferimento alla testimonianza di Dionigi d'Alicarnasso (4.25.2 e 4.36.2) sopra esaminata. Com'è noto la sua opera *Antichità romane* risale alla fine del primo secolo a.C. e la sua attendibilità storiografica è ancora fortemente discussa dalla dottrina. Cfr., su questi profili, con ampia rassegna bibliografica C. CASCIONE, *Una norma dimenticata delle XII tavole? Dion. Hal. 10.60.6*, in *Index*, XXVIII, 2000, 188; L. FASCIONE, *Il mondo nuovo. La costituzione romana nella «Storia di Roma arcaica» di Dionigi d'Alicarnasso*, I, Napoli, 1988, 1 ss.; nonché le recenti osservazioni di L. MAROCCO, *Le 'leges de bello indicendo'. Criteri e metodologie per una ricerca*, in *RIDA*, LV, 2008, 303 ss., in particolare 318, che sul punto rileva come «la frammentaria e parziale utilizzazione giuridica che fino ad oggi è stata fatta dell'opera dell'Alicarnassense, è imputabile alle accuse, che gli furono mosse da una parte della storiografia fino al primo Novecento, di non offrire dati affidabili, perché ricavati dal racconto tradizionale non sottoposto al vaglio del più comune senso critico. Oggi, finalmente, l'opera dell'autore è oggetto di rivalutazione, soprattutto alla luce dei dati acquisiti dalle ricerche archeologiche e dagli studi in ambito linguistico ed onomastico, che hanno confermato in molti punti la storicità della narrazione di Dionigi d'Alicarnasso».

⁵⁴ G. PUGLIESE, *Il processo*, I, cit., 157.

Soltanto in una fase successiva può ipotizzarsi che, attraverso l'at-testata attribuzione ad un giudice del compito di valutare la legittimità del *sacramentum*, si sia attribuito allo stesso un potere decisorio, maggiormente evidente nello schema della *legis actio per iudicis postulationem*. In questa fase, dunque, non sembra azzardato ritenere che sia il magistrato, che poneva ancora in essere l'*addictio*⁵⁵, che il giudice ponevano in essere un'attività qualificabile di *ius dicere*, nel senso sopra evidenziato.

Al riguardo appare probante di un comune esercizio da parte del giudice e del magistrato dello *ius dicere*, in primo luogo, la derivazione stessa del termine *iudex* dall'espressione '*qui ius dicit*'⁵⁶. A ciò debbono aggiungersi le testimonianze⁵⁷, in vero, non sempre concor-

⁵⁵ Il carattere 'giurisdizionale' dell'*addictio* è stato affermato dal Voci, tenendo conto che attraverso tale atto il magistrato viene a trasformare un atto di autodifesa privata in un procedimento autorizzato dallo Stato, cfr. P. VOCI, *Per le definizioni dell'«imperium»*, in *Scritti in memoria di E. Albertario*, II, Milano 1950, 67 ss.

⁵⁶ Cfr. A. WALDE, *Etymologisches Lexicon*, voce *Iudex*; A. ERNOUT - A. MEILLET, *Dictionnaire Etymologique de la langue latine. Histoire des mots*, voce *Ius (iudex)*. Allo stesso modo è stato affermato che «la radice del termine *iurisdictionis* è quella stessa del termine *iudicium*, che designa la pronuncia del giudice», così G.I. LUZZATTO, *Procedura*, cit., 164.

⁵⁷ Al riguardo sembrerebbe affidante una testimonianza di Varro *ling.* 6.88: *In Commentariis Consularibus scriptum sic inveni: Qui exercitum imperaturus erit, accenso dicit: 'C. Calpurni, voca inlicium omnes Quirites huc ad me'. Accensus dicit sic: 'Omnes Quirites, inlicium vos ite huc ad iudices'. 'C. Calpurni', cos. dicit, 'voca ad conventionem omnes Quirites huc ad me'. Accensus dicit sic: 'Omnes Quirites, ite ad conventionem huc ad iudices.' Dein consul eloquitur ad exercitum: 'Impero qua convenit ad comitia centuriata'. Che non costituisce, però, un *unicum*. Un'analogia attestazione è rinvenibile in Cic. *leg.* 3.3.8: '*Turis disceptator, qui privata iudicet iudicarive iubeat, praetor esto. Is iuris civilis custos esto. Huic potestate pari quocumque senatus creverit populusve iusserit, tot sunt.*' '*Regio imperio duo sunt, iique <a> praeuendo iudicando consulendo praetores iudices consules appellamino. Militiae summum ius habento, nemini parento. Ollis salus populi suprema lex esto.*' Come efficacemente messo in luce dal Gioffredi (Id., *Diritto*, cit., 60 ss.), la testimonianza varroniana non può essere intesa né nel senso che il termine *iudices* sia utilizzato in questo caso in modo atecnico, ovvero come significante 'supremi arbitri della vita dello stato', né come riferito esclusivamente ad un ruolo giurisdizionale svolto nel solo ambito penale. Ne consegue, anche attraverso un confronto coi *meddices* osci, nonché tenendo conto dell'importanza fondamentale svolta dall'esercizio del potere giurisdizionale specie in una realtà ristretta come quella della Roma arcaica, che sarebbe poco plausibile che tale potere non fosse originariamente esercitato dalla magistratura suprema ed il cui esercizio fosse indicato facendo appunto ricorso al termine *iudex*. Quest'ultima qualifica, espressa da un termine la cui risalenza è nota, è stata presumibilmente successivamente sostituita da quella di *praetor*, termine che, come visto, successivamente viene ad indicare una magistratura autonoma. Né parrebbe inverosimile,*

di⁵⁸, che definiscono i supremi magistrati repubblicani, come *iudices*.

In una prima fase appare, dunque, non distinguibile il potere esercitato dal magistrato da quello esercitato dal giudice. Quest'ultimo, in particolare, veniva ad operare quale 'delegato' del magistrato, esercitando una parte del potere attribuito al delegante, con la conseguenza che in questa fase il potere giurisdizionale pieno non può che essere riconosciuto al magistrato.

In una successiva fase, collocabile⁵⁹ in un periodo coevo all'emanazione delle XII Tavole, e di cui è indice, sul piano terminologico, la derivazione da *iudex* del verbo *iudicare*, l'attività del giudice comincia ad essere considerata autonoma: pur essendo nominato dal magistrato, perde la qualifica di suo delegato.

A partire da questo momento comincia, dunque, ad avere significato la dialettica tra *iurisdictio* e *iudicium*.

Al riguardo, però, deve rilevarsi come, a seguito dell'evoluzione da ultimo evidenziata, il ruolo del magistrato di *ius dicere* si fosse, in realtà, ridotto, in quanto veniva a svolgere un ruolo preliminare a quello del giudice che era diventato il soggetto chiamato a decidere la controversia. La funzione di quest'ultimo, a sua volta, è stata maggiormente specificata, attraverso la designazione tecnica di *iudicare* e *iudicatio*, perdendo il riferimento allo *ius dicere*, come testimoniato da Varrone:

Varro *ling.* 6.61 *Hinc iudicare, quod tunc ius dicatur; hinc iudex, quod ius dicat accepta potestate; hinc dedicat, id est quibusdam ver-*

considerato che quest'ultima magistratura mantiene anche un comando militare, ritenere che i colleghi maggiori dei pretori, non potessero avere in origine anche un potere giurisdizionale.

⁵⁸ L'impossibilità di utilizzare il termine *iudex* in relazione alle supreme magistrature sembrerebbe testimoniata da Liv. 3.55.12 *Fuere qui interpretarentur eadem hac Horatia lege consulibus quoque et praetoribus, quia eisdem auspiciis quibus consules crearentur, cautum esse: iudicem enim consulem appellari. Quae refellitur interpretatio, quod iis temporibus nondum consulem iudicem sed praetorem appellari mos fuerit. Hae consulares leges fuere. Institutum etiam ab iisdem consulibus ut senatus consulta in aedem Cereris ad aediles plebis deferrentur, quae antea arbitrio consulum supprimebantur utiabanturque. M. Duillius deinde tribunus plebis plebem rogavit plebesque sciuit qui plebem sine tribunis reliquisset, quique magistratum sine prouocatione creasset, tergo ac capite puniretur. Haec omnia ut inuitis, ita non aduersantibus patriciis transacta, quia nondum in quemquam unum saeuiebatur.*

⁵⁹ In questo senso cfr. G. PUGLIESE, *Il processo*, I, cit., 159 s.

bis dicendo finit: sic, enim aedis sacra a magistratu pontifice praeunte, dicendo dedicatur.

Volendo tracciare una prima linea di demarcazione tra *iurisdictio* e *iudicare*, si può ritenere, con buona approssimazione, che la prima si venga a sostanziare nella direzione della prima fase del processo, con la possibilità di assumere provvedimenti definitivi in tutti i casi in cui venisse meno il contrasto tra le parti. Soltanto nel caso la posizione di contrasto tra le due parti si protraesse oltre la comparizione dinnanzi al magistrato, quest'ultimo si sarebbe limitato agli atti preparatori al successivo giudizio operato dal giudice.

In sostanza, parafrasando quanto detto dal Pugliese⁶⁰, la *iurisdictio* veniva a sostanziarsi in un'attività spesso indiretta di statuizione del diritto nel caso concreto.

8. *I rapporti tra magistrato e giudice nelle 'legis actiones'.*

La definitiva sistematizzazione, che si ritiene possa essere avvenuta al tempo delle XII Tavole, ci restituisce, come appena visto, un processo bipartito. Ai nostri fini, occorre sottolineare che tale bipartizione, a differenza di quanto vedremo per il processo formulare, è peculiarmente finalizzata.

La fase *in iure*, sede della *iurisdictio* magistratuale, ha una funzione, che potremmo dire quasi esclusivamente 'propedeutica' allo svolgimento della seconda fase *apud iudicem*. La comparizione delle parti dinnanzi al magistrato ha, infatti, la funzione di trasformare una soluzione privata della controversia in una soluzione processuale e riconosciuta come definitiva dall'ordinamento⁶¹. Una tale trasformazione era attuata di fronte al magistrato, attraverso una fissazione dei termini della controversia, emblematicamente rappresentata dalla sfida al *sacramentum*. Su quest'ultimo si fondava, per quanto riguarda gli schemi processuali più antichi, la competenza a giudicare del giudice nella fase *in iure*.

⁶⁰ G. PUGLIESE, *Il processo*, I, cit., 161.

⁶¹ Come efficacemente evidenziato da C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, I. *Le 'legis actiones'*, Torino, 1980, 57 ss.

La funzionalizzazione e la dipendenza strutturale che mi pare di poter rinvenire tra le due fasi, è maggiormente chiara nella *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, di cui ci parla Gai 4.17a⁶².

La testimonianza gaiana⁶³ mi sembra fondamentale per diversi aspetti. In primo luogo, in questa nuova *legis actio* viene sostituito al *sacramentum* quale fondamento del giudizio ad opera dello *iudex*, una espressa richiesta in tal senso da parte dell'attore. In secondo luogo, è espressamente 'sculpita' la funzione di *iurisdictio* esercitata dal magistrato, al quale, in caso di non riconoscimento della pretesa fatta valere dall'attore da parte del convenuto, l'attore stesso si rivolge, chiedendogli di 'incanalare' in un procedimento pubblicistico la risoluzione della controversia, attraverso la nomina di un giudice.

La piena consapevolezza della funzione magistratuale nell'organizzazione del processo appare evidente dal fatto che, rispetto agli schemi che si fondavano sul *sacramentum*, nel quale il ruolo del magistrato era tendenzialmente passivo, in quanto si limitava nella fase iniziale a prendere atto della sfida tra attore e convenuto, in questo caso, invece, l'attore si rivolge direttamente al magistrato, chiedendogli di esercitare la propria *iurisdictio*, mediante l'emanazione di un provvedimento volto alla nomina di un giudice.

Riemerge, dunque, la definizione di *iurisdictio* quale indiretta 'statuizione del diritto', che connota il primo schema processuale conosciuto dai Romani. Il magistrato ha la funzione di far sì che la singola controversia, attraverso una giuridicizzazione delle pretese delle parti, venga risolta non in via di autotutela, ma attraverso l'intervento dell'ordinamento. In quest'ottica, allora, acquistano il loro pieno significato i *verba legitima*, *do, dico, addico*, richiamati nelle pagine precedenti. Dinnanzi al possibile sorgere di una controversia, infatti, il

⁶² *Per iudicis postulationem agebatur, si qua de re ut ita ageretur lex iussisset sicuti lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur. eaque res talis fere erat. qui agebat sic dicebat: EX SPONSIONE TE MIHI X MILIA SESTERTIORVM DARE OPORTERE AIO: ID POSTVLO AIAS AN NEGES. aduersarius dicebat non oportere. actor dicebat: QVANDO TV NEGAS, TE PRAETOR IVDICEM SIVE ARBITRVM POSTVLO VTI DES. itaque in eo genere actionis sine poena quisque negabat. item de hereditate diuidenda inter coheredes eadem lex per iudicis postulationem agi iussit. idem fecit lex Licinnia, si de aliqua re communi diuidenda ageretur. itaque nominata causa ex qua agebatur statim arbiter petebatur.*

⁶³ Su cui appare sufficiente in questa sede il solo riferimento a C.A. CANNATA, *Profilo*, I, cit., 62 ss.

magistrato poteva o scongiurarla sin dall'inizio, nel caso di mancata comparazione o mancata difesa di una delle parti, mediante l'*addictio*, o incanalarla in un procedimento pubblicistico, mediante la *datio iudicis*.

Una volta, però, che il magistrato ha optato per una delle due alternative, il suo ruolo appare esaurirsi: per questo si è insistito nella valorizzazione della funzione 'propedeutica' della fase *in iure*, permettendoci, in vero, di chiarire anche quali possano essere in questo schema processuale i rapporti tra magistrato e giudice⁶⁴.

Il pretore nell'indirizzare le parti ad una composizione non privata della controversia, dunque, era chiamato a svolgere un controllo di legittimità della pretesa fatta valere dalle stesse in giudizio. In caso, infatti, l'attore avesse voluto far valere in giudizio una pretesa non fondata su alcuna norma dello *ius civile*⁶⁵, ovvero essendo privo dei requisiti di legittimazione previsti⁶⁶ o riproponendo un'azione già fat-

⁶⁴ In stretta connessione con quanto ora considerato, ma da un diverso angolo visuale, è stato di recente evidenziato dal Corbino come il ruolo di controllo politico in nome della comunità sul processo affidato al magistrato «non poteva spingersi certamente sino a configurare il percorso giudiziale che ne sarebbe seguito», con la conseguenza che nelle *legis actiones* i giudici avevano nella «giurisprudenza il loro esclusivo possibile orizzonte di riferimento», cfr. A. CORBINO, 'Iudicia', 'ius varium' e giudici, in *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile. Atti del Convegno Internazionale della Società di Storia del Diritto (Napoli, 18-20 ottobre 2001)*, a cura di M. Gigliola e R. Villata, Napoli, 2003, 173 ss., in particolare 174. La definizione degli ambiti entro i quali poteva operare la discrezionalità del giudice è stato, altresì, oggetto di specifico approfondimento da parte dell'autore, in relazione al processo per *legis actiones*, in ID., 'Legis actiones' ed eccezioni difensive, in *RHD*, LXXX, 2002, 387 ss.

⁶⁵ Si pensi, in via esemplificativa, ad una *manus iniectio* esperita al di fuori dei casi previsti dalla legge o ad un'ipotesi più particolare, quella di un'azione sì prevista dallo *ius civile*, ma esperita senza rispettare i termini dallo stesso previsto. Al riguardo può richiamarsi la testimonianza di Gell. 20.1.42-44: *Confessi igitur aeris ac debiti iudicatis triginta dies sunt dati conquirendae pecuniae causa, quam dissoluerent, eosque dies decemviri 'iustos' appellaverunt, velut quoddam iustitium, id est iuris inter eos quasi interstitionem quandam et cessationem, quibus diebus nihil cum his agi iure posset*. In questo frammento si legge, infatti, chiaramente come prima del decorso dei trenta giorni *iusti* il creditore non potesse agire in giudizio.

⁶⁶ Il caso più evidente è, senza dubbio, quello del soggetto *alieni iuris* che avesse tentato di esperire un'azione in giudizio, su cui cfr. Gai 2.96: *In summa sciendum est his, qui in potestate manu mancipioe sunt, nihil in iure cedi posse; cum enim istarum personarum nihil suum esse possit, conueniens est scilicet, ut nihil suum esse in iure vindicare possint*.

ta valere in un precedente giudizio⁶⁷, il pretore non avrebbe potuto che impedire la prosecuzione del giudizio iniziato. Va, comunque, puntualizzato, come a breve sarà più evidente, che non si tratta assolutamente di una *denegatio actionis*, nel senso che tale espressione acquisterà nel processo formulare, essendo il pretore privo di una discrezionalità nella concessione dell'azione.

Com'è stato efficacemente sottolineato da Antonio Metro, nell'ambito del processo per *legis actiones* «non è in alcun modo configurabile un'alternativa fra il 'dare' e il 'denegare' l'azione, sulla base di una valutazione del caso concreto fatta dal pretore ..., non essendo addirittura configurabile un atto autonomo del magistrato qualificabile come 'datio actionis': in tale tipo di processo la *denegatio* non è se non l'arresto (fondato sul generale controllo di legittimità, svolto dal pretore sul processo) dei procedimenti non conformi alle norme dello *ius civile*»⁶⁸.

Passando a verificare come un simile esercizio 'in negativo' della *iurisdictio* fosse posto in atto, mi sembra più che condivisibile la soluzione più semplice tra quelle che sono state prospettate, al riguardo, in dottrina⁶⁹, ovvero che il pretore si rifiutasse di pronunciare i *tria verba*, che, come precedentemente visto, vengono a sostanziare il suo potere giurisdizionale e, nello specifico, il *dare*.

La possibilità di ipotizzare un più ampio margine di discrezionalità esercitabile dal pretore nella valutazione della concessione o meno dell'azione, mi pare, però, non percorribile sulla base delle fonti disponibili. In questa sede appare sufficiente il riferimento ad un famoso frammento di Cicerone, tratto dal *pro Murena*⁷⁰. Il discorso del-

⁶⁷ L'espresso divieto, contenuto nello *ius civile* di riproporre due volte la stessa azione ci è ricordato da Gai 4.108: *Alia causa fuit olim legis actionum. nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat; nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum.*

⁶⁸ Così A. METRO, *La 'denegatio actionis'*, Milano, 1972, 38.

⁶⁹ Al riguardo cfr. A. METRO, *La 'denegatio'*, cit., 42 s.

⁷⁰ Si tratta di Cic. *Mur.* 11.25-26: *Primum dignitas in tam tenui scientia non potest esse; res enim sunt parvae, prope in singulis litteris atque interpunctionibus verborum occupatae. Deinde, etiam si quid apud maiores nostros fuit in isto studio admirationis, id enuntiatis vestris mysteriis totum est contemptum et abiectum. Posset agi lege necne pauci quondam sciebant; fastos enim volgo non habebant. Erant in magna potentia qui consulebantur; a quibus etiam dies tamquam a Chaldaeis petebatur. Inventus est scriba quidam, Cn. Flavius, qui cornicum oculos confixerit et singulis diebus ediscendis fastos populo proposuerit et*

l'Arpinate è tutto volto a dimostrare la superiorità dell'arte militare, coltivata dal proprio assistito, rispetto alla scienza del diritto, patrimonio del suo accusatore. La chiara parzialità del discorso, non esclude, però, che si valorizzi, comunque, la testimonianza, che ci tramanda la figura di un pretore *'aliquid ipse sua sponte loqueretur, ei quoque carmen compositum est cum ceteris rebus absurdum'*⁷¹.

A *contrario* potrebbe, poi, rilevarsi come, ipotizzando una discrezionalità del magistrato nella concessione dell'azione, tale schema processuale avrebbe potuto maggiormente adeguarsi alle modifiche sociali intercorrenti, manifestando una duttilità⁷², che, invece, non risulta assolutamente attestata.

ab ipsis <his> cautis iuris consultis eorum sapientiam compilarit. Itaque irati illi, quod sunt veriti ne dierum ratione pervolgata et cognita sine sua opera lege <agi> posset, verba quaedam composuerunt ut omnibus in rebus ipsi interessent. [26] Cum hoc fieri bellissime posset: 'Fundus Sabinus meus est.' 'Immo meus,' deinde iudicium, noluerunt. 'Fundus' inquit 'qui est in agro qui sabinus vocatur.' Satis verbose; cedo quid postea? 'evm ego ex ivre Quiritium meum esse aio.' Quid tum? 'inde ibi ego te ex ivre manum consortium voco.' Quid huic tam loquaciter litigioso responderet ille unde petebatur non habebat. Transit idem iuris consultus tibicinis Latini modo. 'Vnde tu me' inquit 'ex ivre manum consortium vocasti, inde ibi ego te revoco.' Praetor interea ne pulchrum se ac beatum putaret atque aliquid ipse sua sponte loqueretur, ei quoque carmen compositum est cum ceteris rebus absurdum tum vero in illo: 'Svis utrisque superstitibus praesentibus istam viam dico; ite viam.' Praesto aderat sapiens ille qui inire viam doceret. 'Redite viam.' Eodem duce redibant. Haec iam tum apud illos barbatos ridicula, credo, videbantur, homines, cum recte atque in loco constitissent, iuberi abire ut, unde abissent, eodem statim redirent. Isdem ineptiis fucata sunt illa omnia: 'Quando te in ivre conspicio' et haec: 'Anne tu dicas quia ex causa vindicaveris?' Quae dum erant occulta, necessario ab eis qui ea tenebant petebantur; postea vero pervolgata atque in manibus iactata et excussa, inanissima prudentiae reperta sunt, fraudis autem et stultitiae plenissima.

⁷¹ La testimonianza, come anticipato, non è isolata. Nello stesso può leggersi, sebbene notevolmente più tardi, un frammento dei *Fragmenta Vaticana*. Si tratta di 318 (Ulp. 8 ad ed.): *Non tamen sic putat certis verbis cognitorem dari debere, ut, si quid fuisset adiectum vel detractum, non valeat datio ut in legis actionibus*. Il frammento che deve essere letto in connessione con il celebre passo di Gai 4.30, ove espressamente si afferma che *'qui minimum errasset, litem perderet'*, testimonia chiaramente che il margine di manovra del magistrato fosse assolutamente ridotto, non potendo lo stesso impedire che si svolgesse la fase *apud iudicem* anche nel caso in cui vi fosse una chiara violazione del formulario previsto, come nel caso qui in esame, in cui espressamente si ricorda come qualsiasi tipo di modifica del formulario venisse ad invalidare la *legis actiones*. In questo senso mi sembra assolutamente chiara la testimonianza gaiana, che fa riferimento al *'litem perderet'*, che non può che sottendere una valutazione definitiva operata dal giudice, che conduca alla perdita della lite e non ad una mera impossibilità di portare avanti la controversia. In questo senso cfr. A. METRO, *La 'denegatio'*, cit., 18 nt. 42.

⁷² G. PUGLIESE, *Il processo*, I, cit., 388.

A ciò può aggiungersi, sul piano sistematico, che ammettere un potere discrezionale in capo al magistrato di bloccare l'esperimento dell'azione nei casi di erronea espressione della formula prevista o analogamente nel caso di pretesa palesemente infondata nel merito, con la connessa possibilità di riproporre l'azione, verrebbe a porsi in insanabile contrasto con la centralità che il formalismo riveste in quest'epoca, vanificandone gli effetti di certezza dei rapporti giuridici⁷³.

9. *Il carattere ancora non pienamente definito dello 'ius dicere' nelle 'legis actiones'.*

Le brevi riflessioni sinora condotte in relazione ai rapporti tra magistrato e giudice nell'ambito del processo per *legis actiones* ci hanno permesso di verificare come, almeno inizialmente, non fosse possibile distinguere tra *iurisdictio* e *iudicium*, in quanto il *dicere ius*, da intendersi quale attività volta all'individuazione della soluzione giusta del singolo caso, comprendeva sia l'attività che successivamente sarà svolta dal magistrato che quella che sarà svolta dal giudice. Al contempo si è cercato di delineare un percorso attraverso il quale si è passati alla progressiva distinzione di funzioni tra magistrato e giudice.

L'elemento che mi pare possa essere maggiormente evidenziato nell'ottica della presente indagine è che l'essenza dello *ius dicere* per quanto concerne questo primo schema processuale, possa essere colta soltanto 'in negativo'.

L'attività del magistrato e conseguentemente del giudice risentono in modo preponderante della natura e delle origini del processo per *legis actiones*. La peculiarità e l'unicità di questo processo ed, in

⁷³ Al riguardo mi sembra sufficiente ricordare le parole di Pugliese, che ha efficacemente sintetizzato il ruolo della 'forma' nel compimento degli atti sia negoziali che processuali, ritenendo che essa fosse «rigida nel senso che era assolutamente indispensabile (qualsiasi errore od omissione causando l'invalidità dell'atto), ma anche nel senso che era sufficiente (non contando per la validità dell'atto lo scopo effettivamente perseguito dall'attore ed essendo talvolta irrilevante la sua stessa consapevolezza del significato dei gesti compiuti e delle parole pronunciate)». A ciò deve aggiungersi come «la sfera di influenza del formalismo si estese in pratica al di là degli atti negoziali e processuali, permeando tutto il diritto del tempo», così G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*³, Torino, 1991, 28.

particolare, della *legis actio sacramento in rem*, è stata magistralmente colta dal Cannata⁷⁴. L'autore evidenzia come dato costante di tutta la nostra tradizione giuridica che il processo risulta costituito da «una serie di atti che, come dato costante, comprende le richieste delle parti, o almeno di una parte, ad un'autorità pubblica, dirette ad ottenere, da tale autorità, provvedimenti a sé favorevoli». Ciò non avviene nella *legis actio sacramento in rem*, nella quale «le parti non chiedono al magistrato assolutamente nulla: anzi, benché assai loquaci tra loro, esse non gli rivolgono mai la parola. La lite privata era, dunque, faccenda privata delle parti; e tale essa restava malgrado il processo: malgrado, intendo dire, l'intervento del magistrato, che obbligava bensì le parti a smettere di battersi, ma non indicava loro alcuna soluzione. Erano sempre le parti a scegliere la scommessa giurata, e il magistrato non aveva nulla su cui provvedere in proposito, non era suo compito accordare alcunché: egli sorvegliava, lasciava fare, approvava semmai; era il moderatore di un dibattito, che egli, propriamente, neppure dirigeva, ma che si svolgeva sotto i suoi occhi, nella direzione impressagli dalle parti. Sotto i suoi occhi attenti, certo: ma attenti solo a scorgere e rimuovere ogni degenerazione della contesa in rissa. In altri termini, la presenza del magistrato trovava giustificazione unicamente nel pericolo che le parti si facessero guerra: egli era presente al solo scopo di impedire questa eventualità»⁷⁵.

La lunga citazione si giustifica perché, a mio avviso, permette di cogliere l'essenza di tale prima forma processuale e, di riflesso, il ruolo dello *ius dicere* del magistrato. Esso è volto ad impedire che la controversia privata degeneri in 'rissa', ovvero che le parti continuino a far ricorso all'autotutela privata. Il 'momento' della statuizione del diritto passa in secondo piano: non a caso, come già ricordato, il Pugliese⁷⁶ evidenzia che la *iurisdictio* veniva a sostanzarsi in un'attività spesso 'indiretta'. Questo tratto che originariamente connota uno degli schemi più antichi di *legis actiones* si attenua, come visto, negli

⁷⁴ C.A. CANNATA, *Violenza fittizia e violenza reale nelle strutture primigenie del processo privato romano*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, IV, Milano, 1983, 154 ss., ora in *Scritti scelti di diritto romano*, I, a cura di L. Vacca, Torino, 2011, 375 ss., da cui le successive citazioni.

⁷⁵ C.A. CANNATA, *Violenza*, cit., 382.

⁷⁶ Cfr. G. PUGLIESE, *Il processo*, I, cit., 161.

schemi processuali più recenti, come la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, nella quale anche la figura del magistrato comincia ad acquistare centralità. L'evoluzione ora segnalata permette di evidenziare come soltanto nelle forme più recenti di *legis actiones* il momento della statuizione del diritto assume centralità, cominciando, invece, a diventare recessivo il carattere originario del processo per *legis actiones* sopra richiamato con le parole del Cannata. Sono evidenti anche le immediate ricadute concernenti l'attività del giudice, la cui attività di *iudicare* inizia ad assumere centralità soltanto quando il magistrato riesce ad essere di più che un mero arbitro dello 'scontro' condotto tra le parti private. Per questo, a mio avviso, se senza dubbio è impossibile valutare i rapporti tra *ius dicere* e *iudicare* senza un riferimento al processo per *legis actiones*, perché in esso hanno visto la loro genesi, soltanto in relazione al processo formulare è possibile cogliere a pieno i rapporti di tale dicotomia.

10. *La 'iurisdictio' nel processo formulare e i rapporti con l' 'imperium'.*

Nel saggiare, dunque, come la menzionata distinzione venga ad operare nel processo formulare, occorre preliminarmente verificare come, a seguito del definitivo formalizzarsi della nozione di *iurisdictio* con le leggi *Licinia Sextiae*, il suo esercizio si rapportasse a quello connesso agli altri poteri propri del pretore.

In altre parole, non tutti i provvedimenti che il magistrato assumeva costituivano, evidentemente, esercizio della *iurisdictio*.

Ai nostri fini assume precipuo rilievo, in particolare, richiamare, seppure in modo sintetico, i rapporti intercorrenti tra *iurisdictio* ed *imperium*. Ciò in quanto, sul piano generale, non si è mancato in dottrina di ritenere la stessa *iurisdictio* quale manifestazione dell'*imperium*⁷⁷. Più nello specifico l'individuazione degli atti riconducibili ad una manifestazione della seconda tipologia di potere, permette indirettamente di pervenire ad una più precisa definizione della *iurisdictio*.

⁷⁷ F. LEIFER, *Die Einheit des Gewaltgedankens im römischen Staatsrecht*, München 1914, 69 ss.

Riguardo al primo aspetto, la dottrina si è sostanzialmente divisa in due contrapposti orientamenti. Il primo è quello sopra ricordato e che fa capo al Leifer. In base a questo orientamento la *iurisdictio* non avrebbe avuto una propria autonomia, ma sarebbe stata una delle forme attraverso le quali si sarebbe manifestato l'unico potere di *imperium*⁷⁸.

Il secondo orientamento, che risale al Lauria, ritiene, invece, che non vi sia alcun collegamento tra *iurisdictio* e *imperium*. In sintesi questa tesi si poggia sulla considerazione che, data l'impossibilità di definire il contenuto dell'*imperium*, che varia in relazione ai magistrati a cui è attribuito e a seconda dell'epoca considerata, assumerlo «a fondamento della *iurisdictio* equivalga a dir poco, ma affermare che questa sia l'*imperium* giurisdizionale è non dir proprio nulla»⁷⁹.

Tra queste due opposte tesi, si colloca un orientamento intermedio, che inaugurato da De Martino⁸⁰ e poi perfezionato da Pugliese⁸¹, permette di ridurre la rilevanza stessa della problematica dell'individuazione dei rapporti tra *iurisdictio* ed *imperium*. Partendo dall'assunto tradizionale dell'*imperium* quale potere generale di comando sia in campo militare che civile dal contenuto non specificato, si configura la *iurisdictio* come «una delle *potestates* che, pur comprese nell'*imperium*, potevano essere specificamente attribuite dalla legge a un magistrato come *potestates a sé stanti*»⁸².

In questo modo risulta possibile superare le criticità che minano le prime due tesi. Quella del Leifer, infatti, trova un ostacolo ineliminabile nell'esistenza di magistrati, che pur privi di *imperium*, esercitavano la *iurisdictio*. Al riguardo risulta sufficiente richiamare la figura

⁷⁸ Com'è noto l'idea tradizionale – risalente al Mommsen, al Leifer e successivamente riaffermata in Italia da F. DE FRANCISCI, *Intorno alla natura e alla storia dell'auspicium imperiumque*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, I, Milano, 1953, 399 ss. –, dell'*imperium* quale potere unitario in grado di coprire tutte le forme di manifestazioni della sovranità è stata, per quanto riguarda la dottrina italiana, superata da P. VOCI, *Per la definizione dell' 'imperium'*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, II, Milano, 1953, 67 ss. (ora in *Studi di diritto romano*, I, Padova, 1985, 105 ss.), che ha circoscritto l'originario *imperium* al potere militare.

⁷⁹ M. LAURIA, *'Iurisdictio'*, cit., 488.

⁸⁰ F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 199 ss.

⁸¹ G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II.1, *Il processo formulare*, Milano, 1963, 118 ss.

⁸² G. PUGLIESE, *Il processo*, II.1, cit., 118.

degli edili curuli⁸³. La possibilità, invero, di scindere la *iurisdictio* dall'*imperium* e trasferirla a magistrati privi dell'*imperium*, testimonia chiaramente che si era giunti ad un'elaborazione compiuta della nozione di *iurisdictio*, che permetteva di ritenerla sostanzialmente autonoma rispetto all'*imperium*⁸⁴.

La tesi del Lauria viene, invece, in primo luogo ad urtare contro la categoria degli *iudicia imperio continentia*. L'esistenza stessa di questa categoria testimonia, infatti, come rilevato dal Luzzatto, che il fondamento primo del potere di *ius dicere* va ricondotto essenzialmente nell'*imperium*⁸⁵ del magistrato. Contro la tesi del Lauria milita anche la categoria degli atti *magis imperii quam iurisdictionis*, su cui ora ci soffermeremo, ma la cui stessa esistenza è indice del fatto che i giuristi classici ben fossero consapevoli delle strette connessioni fra i due concetti e che potevano esistere degli atti in cui si trovavano le caratteristiche di entrambi poteri.

A questo proposito giova richiamare due noti passi⁸⁶

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.-1: *Ea, quae magis imperii sunt quam iurisdictionis, magistratus municipalis facere non potest. Magistratibus municipalibus non permittitur in integrum restituere aut bona rei servandae causa iubere possideri aut dotis servandae causa vel legatorum servandorum causa.*

Sia Ulpiano che Paolo fanno riferimento ai c.d. atti *magis imperii quam iurisdictionis*, che, come dice espressamente il secondo giurista «*magistratus municipalis facere non potest*». Tali atti, identificabili nella

⁸³ Sulla cui giurisdizione si rinvia a L. GAROFALO, *Il processo edilizio. Contributo allo studio dei 'iudicia populi'*, Padova, 1989, *passim*.

⁸⁴ In questo cfr. anche G.I. LUZZATTO, *Procedura*, cit., 188.

⁸⁵ G.I. LUZZATTO, *Procedura*, cit., 194.

⁸⁶ Com'è evidente la trattazione viene ad intersecare un tema fortemente dibattuto in dottrina, specie in riferimento all'individuazione dei poteri esercitabili dai magistrati non dotati di *imperium*, che, però, trascende dalla presente analisi. Al riguardo per un primo approccio alla problematica può rinviarsi a G. PUGLIESE, *Il processo*, II.1, cit., 118 ss.; C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, II. *Il processo formulare*, Torino, 1982, 25 ss.

missio in possessionem, nella *in integrum restitutio* e nelle *stipulationes praetoriae*, in quanto considerati espressione più dell'*imperium* che della *iurisdictio* del magistrato non possono conseguentemente essere adottati da magistrati, quali quelli municipali, che risultano essere titolari esclusivamente di un potere giurisdizionale. In questa sede mi pare ci si possa limitare a segnalare come ciò che accomuna i menzionati atti è, da un lato, una caratteristica negativa, ovvero il non essere funzionali alla risoluzione della controversia, da un altro lato, un elemento positivo, sostanziandosi 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. Tali caratteristiche appaiono come diretta conseguenza della 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»⁸⁷. L'enucleazione della categoria autonoma degli atti *magis imperii quam iurisdictionis* ha rilevanti ricadute sistematiche, in quanto ragionando per esclusione, consente di circoscrivere, per quanto riguarda il processo formulare, la *iurisdictio* in senso tecnico, ai soli atti aventi carattere processuale e diretti alla soluzione della controversia, ovvero nel: 'dare iudicium', 'dare iudicem' e, infine, *iudicare iubere*.

La possibilità di individuare in tali tre atti il contenuto della *iurisdictio* trova riscontro, seppur indiretto, in diverse fonti. A livello legislativo, può vedersi il seguente frammento della *lex de Gallia cisalpina* (49-42 a.C.):

(CIL. 1.115 n. 205 = FIRA, 1 n. 19), XX, 16-17: ... *d(e) e(a) r(e) ita ius deicito iudicia dato iudicareque iubeto cogito*.

Per quanto riguarda il *dare iudicium*, può farsi riferimento alle previsioni dell'editto, nelle quali il pretore individua le fattispecie alle quali ritiene di dover dare tutela e che sono, appunto, introdotte dall'espressione '*iudicium dabo*'⁸⁸.

⁸⁷ C.A. CANNATA, *Profilo*, cit., II, 24.

⁸⁸ In via esemplificativa, può richiamarsi il seguente frammento, in materia di editto *de effusis et deiectionibus*: Ulp. 23 *ad ed. D. 9. 3.1 pr.*: *Praetor ait de his, qui deiecerint vel effuderint: 'Unde in eum locum, quo volgo iter fiet vel in quo consistetur, deiectionem vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum, qui ibi habita-*

In merito all'espressione *dare iudicem*, essa ci viene espressamente ricordata da Ulpiano⁸⁹, che riconduce nella *iurisdictio* anche la '*iudicis dandi licentia*'.

Com'è stato autorevolmente messo in evidenza, l'indicazione del contenuto della *iurisdictio* come '*dare iudicium, dare iudicem, iudicare iubere*', pur essendo «sintetica, schematica, dommatica» e «di principio», nondimeno è «tutto sommato, un'indicazione corretta del contenuto della *iurisdictio*»⁹⁰.

A questo deve aggiungersi, recuperando un'intuizione del De Martino⁹¹, che tale indicazione del contenuto della *iurisdictio* permette di valorizzare ed evidenziare il carattere pubblicistico che connota il processo formulare ed, in particolare, la centralità del ruolo del pretore. Come sarà messo in evidenza più avanti, nel processo formulare il ruolo del pretore è quello di vero e proprio «arbitro del *iudicium*», a cui compete il potere di concedere l'azione o di denegarla. La valorizzazione del momento del *dare iudicium* permette, a mio avviso, di ridurre l'importanza e la centralità che tradizionalmente⁹² si riconosce al momento del *iudicare iubere*⁹³: porre l'accento solo su questo

verit, in duplum iudicium dabo. Si eo ictu homo liber perisse dicetur, quinquaginta aureorum iudicium dabo. Si vivet nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem aequum iudici videbitur eum cum quo agetur condemnari, tanti iudicium dabo. Si servus inscientie domino fecisse dicetur, in iudicio adiciam: aut noxam dedere.

⁸⁹ Ulp. 2 *de off. quaest.* D. 2.1.3: *Imperium aut merum aut mixtum est. merum est imperium habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines, quod etiam potestas appellatur. mixtum est imperium, cui etiam iurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit. iurisdictio est etiam iudicis dandi licentia.*

⁹⁰ Così C.A. CANNATA, *Profilo*, II, cit., 28.

⁹¹ F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 194 s.

⁹² Cfr., in via esemplificativa, B. BIONDI, *Intorno alla romanità del processo civile moderno*, in *BIDR*, XLVII, 1934, 366 ss. e 385.

⁹³ Problema differente, che non può essere affrontato in questa sede, è quello del significato del '*condemnari oportere*' ricordato da Gai 3.180. Sul punto, com'è noto, la dottrina si è essenzialmente divisa in due opposti orientamenti: quello 'obbligatorio', risalente al Wlassak, secondo il quale tale espressione sarebbe la prova del fondamento obbligatorio del processo formulare, basato sulla *litiscontestatio*, con la quale le parti decidono di sottostare alla pronuncia del giudice. Con la conseguenza che la produzione di effetti civili al processo formulare si sarebbe ottenuta mediante il riconoscimento di tali effetti al suddetto accordo mediante la *lex Aebutia*. L'opposto orientamento, invece, ritiene, nella visione del Kaser, che la *lex Aebutia* abbia fatto in modo che la *condictio* potesse produrre effetti analoghi a quelli delle *legis actiones*; il Talamanca giunge ad ampliare l'ambito di operatività della *lex Aebutia*, ritenendo che la stessa abbia riguardato tutte le azioni civili esperite per mezzo del processo formulare. Un'attenta analisi di

aspetto, infatti, finisce per ridurre il processo formulare ad un mero arbitrato, in cui il ruolo del pretore si limiterebbe ad investire di autorità il giudice – mediante lo *iussum iudicandi* – e a rendere vincolante per le parti l'esito dell'arbitrato. Incidentalmente può rilevarsi in questa sede come, in realtà, lo stesso *iussum iudicandi* è chiaro indice della preminenza funzionale del pretore nei confronti del giudice.

Attraverso lo *iussum iudicandi*, infatti, il giudice non riceveva⁹⁴ il solo potere di giudicare, ma, indipendentemente dalla sua accettazione, veniva obbligato a giudicare, salvo non potesse esimersi dall'incarico valendosi delle *excusationes* previste⁹⁵. Il giudice risulta, dunque, anch'egli sottoposto al potere coercitivo del magistrato, rispetto al quale viene a trovarsi in una situazione che potremmo definire, senza dubbio, di soggezione.

11. L'Editto e la sua influenza indiretta sullo 'iudicare'.

Pervenuti ad una definizione di massima della *iurisdictio*, occorre ora verificare come la stessa venga ad essere esercitata in concreto e, conseguentemente, come venga ad interagire con lo *iudicare*.

Come più volte ipotizzato, infatti, il modo di esercitare in concreto il proprio potere di *ius dicere* da parte del pretore incide direttamente sul ruolo del giudice. In questo senso mi sembrano emblematiche alcune testimonianze, che si possono trarre dalle Verrine di Cicerone. In primo luogo

Cic. Verr. 2.1.115-116: *Cognoscite hominis aliud in re vetere edictum novum, et simul, dum est unde ius civile discatur, adolescentis in disciplinam ei tradite: mirum est hominis ingenium, mira prudentia. Minucius quidam mortuus est ante istum praetorem; eius testamentum erat nullum; lege hereditas ad gentem Minuciam veniebat. Si habuisset iste edictum, quod ante istum et postea omnes ha-*

questo dibattito è stata di recente condotta da R. FIORI, *'Ea res agatur'. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano, 2003, 137 ss., a cui si rinvia per i necessari approfondimenti bibliografici.

⁹⁴ Come chiaramente messo in luce da G. PUGLIESE, *Il processo*, II, cit., 252 ss.

⁹⁵ In questo senso è chiarissimo Ulpiano in Ulp. 23 *ad ed.* D. 50.5.13.2: *Qui autem non habet excusationem, etiam invitus iudicare cogitur.*

buerunt, possessio Minuciae genti esset data: si quis testamento se heredem esse arbitraretur quod tum non exstaret, lege ageret in hereditatem, aut, pro praede litis vindiciarum cum satis accepisset, sponsionem faceret et ita de hereditate certaret. Hoc, opinor, iure et maiores nosui et nos semper usi sumus. Videte ut hoc iste correxerit. Componit edictum his verbis ut quivis intellegere possit unius hominis causa conscriptum esse, tantum quod hominem non nominat; causam quidem totam perscribit, ius, consuetudinem, aequitatem, edicta omnium negligit. EX EDICTO URBANO. SI DE HEREDITATE AMBIGITUR – SI POSSESSOR SPONSIONEM NON FACIET. iam quid id ad praetorem, uter possessor sit? nonne id quaeri oportet, utrum possessorem esse oporteat? Ergo, quia possessor est, non moves possessione: si possessor non esset, non dares? Nusquam enim scribis, neque tu aliud quicquam edicto amplecteris nisi eam causam pro qua pecuniam acceperas.

Il frammento è tratto dalla parte delle Verrine, nella quale Cicerone ricorda in che modo Verre avesse esercitato la funzione di pretore, prima di assumere le funzioni di governatore in Sicilia. La narrazione dell'oratore è, ovviamente, volta ad evidenziare come già nello svolgimento di queste funzioni Verre si fosse distinto per l'ingiustizia delle soluzioni accolte, che venivano sistematicamente 'piegate' in favore della parte dalla quale avesse ricevuto un'elargizione maggiore. La testimonianza di Cicerone è, dunque, fortemente parziale: ciononostante permette, a mio avviso, di individuare una prima modalità con cui l'esercizio in concreto dello *ius dicere* poteva impattare sullo *iudicare*. Attraverso, appunto, la redazione stessa dell'editto. L'oratore ricorda come Verre avesse modificato la stesura tradizionale dell'editto in materia ereditaria, aggiungendo che il pretore avrebbe concesso tutela nel caso in cui '*si possessor sponsionem non faciet*'. L'unica finalità della modifica è individuabile nella volontà di Verre di impedire che l'eredità di Minucio, morto senza testamento prima della sua entrata in carica, entrasse in possesso della famiglia di quest'ultimo, a cui l'eredità sarebbe, senz'altro, pervenuta se Verre '*habuisset iste edictum, quod ante istum et postea omnes habuerunt*'. La forzatura è chiaramente messa in luce da Cicerone: perché, si chiede, il pretore dovrebbe interessarsi di chi sia possessore di fatto, disinteressandosi, invece, dell'esistenza di una contesa di diritto sui medesimi beni ereditari? La

risposta che Cicerone fornisce è lapidaria: Verre considera nel suo editto il solo caso *'pro qua pecuniam acceperas'*.

La possibilità di intervenire sul testo dell'editto, al fine di predeterminare a monte l'esito del successivo *iudicium* costituisce, in tutta evidenza, la modalità più diretta attraverso la quale il pretore poteva intervenire sul *iudicare*, ma, salvo casi eccezionali come quello ora ricordato, la modalità, che in concreto si deve essere meno verificata. Potremmo definirla un sorta di 'patologia' del sistema. Dalla stessa opera di Cicerone è, però, possibile trarre ulteriori elementi atti a verificare come, in concreto, venissero ad interagire *ius dicere* e *iudicare*, partendo ancora una volta da una feroce stigmatizzazione della prassi seguita da Verre.

Cic. Verr. 2.1.119: *Et cum edictum totum eorum arbitrato, quam diu fuit designatus, componeret, qui ab isto ius ad utilitatem suam nundinarentur, tum vero in magistratu contra illud ipsum edictum suum sine ulla religione decernebat. 120. Nam, quaeso, redite in memoriam, iudices, quae libido istius in iure dicundo fuerit, quae varietas decretorum, quae nundinatio, quam inanes domus eorum omnium, qui de iure civili consuli solent, quam plena ac referta Chelidonis; a qua muliere cum erat ad eum ventum et in aurem eius insurratum, alias revocabat eos, inter quos iam decreverat, decretumque mutabat, alias inter aliquos contrarium sine ulla religione decernebat, ac proxumis paulo ante decreverat.*

Nell'esercizio della funzione di pretore, infatti, Verre non si sarebbe fatto scrupolo di decidere anche in contrasto con le statuizioni contenute nel proprio editto, finendo, quindi, per giudicare in un caso l'opposto di quanto aveva già stabilito in un caso precedente.

La testimonianza ciceroniana impone, dunque, di confrontarsi, seppure in modo sintetico, con un tema ampiamente dibattuto e dalle importanti ricadute sistematiche, ovvero il grado di vincolatività dell'editto per il pretore⁹⁶. Tale profilo, infatti, risulta inscindibilmente connesso

⁹⁶ Come anticipato si tratta di tema al centro di un'immensa produzione bibliografica. Un'attenta e completa disamina dei diversi filoni interpretativi al riguardo sviluppatasi è stata condotta da D. MANTOVANI, *'Praetoris partes'. La 'iurisdictio' e i suoi vincoli nel processo formulare: un percorso negli studi*, in *Il diritto fra scoperta e creazione*, cit., 35 ss. Sul punto cfr. più diffusamente paragrafo seguente.

so con quello del *dare iudicium*, che, come visto, costituisce momento centrale dell'esercizio da parte del pretore dello *ius dicere*.

12. *I limiti alla discrezionalità del pretore nell'esercizio della 'iurisdictio'.*

Il tema, com'è noto, è stato affrontato dalla dottrina, privilegiando l'angolo visuale del valore normativo o meno dell'editto. L'idea di considerare l'editto quale un vero e proprio codice, come rileva il Mantovani, può farsi risalire al Settecento ed, in particolare, all'Heineccius⁹⁷. A questa chiave di lettura la Pandettistica ha aggiunto e progressivamente sovrapposto quella volta ad eliminare dall'esperienza giuridica romana la figura del diritto soggettivo, riconducendo la creazione del diritto alla sola giurisdizione, che, nel suo esplicarsi attraverso la concessione dell'azione, fa sorgere una posizione tutelata in capo al privato⁹⁸. La riduzione dell'ordinamento dei diritti soggettivi ad azioni ha portato, però, a trascurare, come ricordato dal Mantovani, «un fatto palese, cioè che – a livello stesso della *conceptio verborum* – la pretesa dell'attore è formulata in termini sostanziali ossia, per dir così, di diritto soggettivo: ad es. si chiede se il convenuto *dare oportet* oppure se la cosa è di Aulo Agerio»⁹⁹. Il Betti¹⁰⁰ aveva tentato di superare tale contraddizione, attraverso la teoria della duplicità degli ordinamenti, postulando la contemporanea vigenza di un ordinamento configurato in termini sostanzialistici, lo *ius civile*, e di uno fondato sulle azioni, lo *ius honorarium*. Tenuto conto che il pretore, nell'esercizio della sua *iurisdictio* poteva disapplicare le norme di *ius civile* o introdurre nuove disposizioni per i casi da quest'ultimo non disciplinati, non potrebbe che discenderne la «funzione legislativa» di cui sarebbe investito il pretore nell'esercizio della sua *iurisdictio*¹⁰¹. Con

⁹⁷ D. MANTOVANI, *L'editto come codice e da altri punti di vista*, in *La codificazione del diritto dall'antico al moderno*, Napoli, 1998, 129 ss.

⁹⁸ L'impostazione pandettistica si fonda sul fondamentale contributo di B. WINDSCHEID, *L'actio' del diritto civile romano dal punto di vista del diritto odierno*, in B. WINDSCHEID - TH. MÜLLER, *Polemica intorno all'actio'*, a cura di E. Heinitz e G. Pugliese, Firenze, 1954.

⁹⁹ D. MANTOVANI, *'Praetoris partes'*, cit., 50.

¹⁰⁰ E. BETTI, *La creazione del diritto nella 'iurisdictio' del pretore romano*, in *Studi in onore di G. Chiovenda*, Padova, 1927, 57 ss.

¹⁰¹ E. BETTI, *La creazione*, cit., 73.

l'importante corollario, per quanto qui maggiormente interessa, del riconoscimento di una natura tendenzialmente ‘normativa’ delle disposizioni contenute dall’editto. Le problematichità connesse ad una simile conclusione sono evidenti, se si riflette anche solo sulla circostanza che il cittadino nei confronti della previsione edittale si pone in termini di ‘aspettativa’ di tutela, potendo esperire l’azione prevista soltanto a seguito della concreta attività giurisdizionale del pretore¹⁰².

Proprio l’eliminazione di quest’ultima aporia ha consentito di riconoscere valore normativo all’editto. Questo passaggio interpretativo è stato compiuto dal Pugliese¹⁰³, che ha ancorato la normatività dell’editto, in particolare per quanto qui interessa, al suo essere vincolante per il pretore.

Questo aspetto merita ora di essere approfondito. Cardine della ricostruzione elaborata dal Pugliese della vincolatività dell’editto per il pretore è il disposto della *lex Cornelia* del 67 a.C.¹⁰⁴, il cui contenuto ci è noto attraverso le testimonianze di Asconio¹⁰⁵, Cassio Dione, nonché, come recentemente evidenziato dal Mantovani¹⁰⁶, dal cap. 85 della *lex Irnitana*¹⁰⁷.

¹⁰² Sul punto cfr. più diffusamente D. MANTOVANI, ‘*Praetoris partes*’, cit., 54 ss.

¹⁰³ G. PUGLIESE, ‘*Actio*’ e diritto subiettivo. Con una nota di lettura di L. Vacca e una postfazione di M. Brutti, Napoli, 2006 (la prima edizione dell’opera è del 1939; un’approfondita disamina della stessa, che ne ha messo in luce anche la permanente attualità è stata condotta, di recente, da L. VACCA, ‘*Actio*’ e diritto subiettivo. Riflessioni sul pensiero di Giovanni Pugliese in materia di rapporti fra diritto e processo, in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di G. Pugliese*, Padova, 2008, 241 ss.).

¹⁰⁴ Il rilievo sistematico di tale plebiscito è stato al centro di un profondo dibattito interpretativo. Cfr., in particolare, H. LEVY BRUHL, *La ‘causae cognitio’ sous la procedure formulaire*, in *TR*, V, 1924, 400 ss.; R. MARTINI, *Il problema della ‘causae cognitio’ pretoria*, Milano, 1960; M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, 136 ss.; A. METRO, *La ‘Lex Cornelia de iurisdictione’ alla luce di Dione Cassio*, 36, 40, 1-2, in *Iura*, XX, 1969, 500 ss.; A.M. GIOMARO, *Per lo studio della ‘lex Cornelia de edictis’ del 67 a.C.: la personalità del tribuno proponente Gaio Publio Cornelio*, in *Studi urbinati*, XXVII, 1974-75, 269 ss.; I. BUTI, *Il pretore e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli, 1984, 175 ss.; N. PALAZZOLO, *La ‘propositio in albo’ degli ‘edicta perpetua’ e il ‘plebiscitum Cornelianum’ del 67 a.C.*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, V, Napoli, 1984, 2427 ss.; P. PINNA PARPAGLIA, *Per un’interpretazione della ‘lex Cornelia de edictis praetorum’ del 67 a.C.*, Sassari, 1987.

¹⁰⁵ Asc. p. 48,18 (ed. Stangl): *Ali[am] deinde legem Cornelius, etsi nemo repugnare ausus est, multis tamen invitis tulit, ut praetores ex edictis suis perpetuis ius dicerent.*

¹⁰⁶ D. MANTOVANI, ‘*Praetoris partes*’, cit., 69 ss.

¹⁰⁷ *R(ubrica). Magistratus ut in publico habeant album eius qui provinciam optine-*

La testimonianza più interessante è, senza dubbio, quella di Cassio Dione:

Dio. Cass. 36.40.1-2: καὶ οὕτως ἐκεῖνόν τε διανομοθέτησε, καὶ ἕτερον τοιόνδε· οἱ στρατηγοὶ πάντες τὰ δίκαια καθ' ἃ δικάσειν ἔμελλον αὐτοῖ, συγγράφοντες ἐξετίθεσαν· οὐ γάρ πω πάντα τὰ δικαιώματα, ἃ περὶ τὰ συμβόλαια διετέτακτο ἐπεὶ οὖν· οὔτε ἐσάπαξ τοῦτ' ἐποίουν, οὔτε τὰ γραφέντα ἐτήρουν, ἀλλὰ πολλάκις αὐτὰ μετέγραφον, καὶ συχνὰ ἐν τούτῳ πρὸς χάριν ἦ καὶ κατ' ἔχθραν τινῶν, ὥσπερ εἰκός, ἐγίγνετο. ἐσηγήσατο κατ' ἀρχάς τε εὐθύς τὰ δίκαια, οἷς χρήσονται, προλέγειν, καὶ μεδὲν ἄπ' αὐτῶν παρατρέπειν.

Lo storico ritorna inizialmente sulle problematiche già stigmatizzate da Cicerone, in relazione alla prassi di alcuni pretori di modificare le previsioni edittali, tenendo conto della 'simpatia' o dell' 'antipatia' nei confronti delle parti, a cui tali disposizioni dovevano essere applicate. Proprio per porre fine a tale patologia, Gaio Cornelio propone il plebiscito in esame, con il quale obbligare i pretori, non solo a proclamare all'inizio della propria entrata in carica i principi giuridici che avrebbero successivamente applicato, ma anche a non discostarsi dagli stessi. Sull'interpretazione di queste disposizioni è possibile registrare un contrasto in dottrina. L'orientamento maggioritario e più tradizionale è felicemente ricordato dal Metro, secondo cui la *lex Cornelia* «introdusse per il pretore il vincolo di *ius dicere ex edictis suis perpetuis*, in correlazione all'altro obbligo di emanare il programma giurisdizionale esclusivamente all'inizio dell'anno di carica, senza la possibilità di integrarlo nel corso dell'anno mediante *edicta* c.d. *repentina*.

Ora, è evidente che con tali disposizioni venne meno per i pretori

bit, exque eo ius dicant. | Quaecumque edicta, quasve formulas iudiciorum, quasque spon-
siones, stipulationes, satis acceptiones [praescriptiones], exceptiones, praescriptiones, quae-
que interdicta [i] is qui ei provinciae praeerit in ea provincia proposita habebit, quae
eorum ad iuris dictionem eius magistratus qui <in> municipio Fla[vio] Irnitan[o] i[ur]e
d[ic]undo p[rae]erit pertinebunt, ea omnia is in eo municipio, in suo magistratu, quotidie
maiores partem cuiusque di[ct]ei proposita proscriptaque habeto ut d[e] p[ro]lano r[ec]te l[eg]i
p[ro]ssint, et ad ea inter-/dicta, edicta, easque formulas, sponsiones, stipulationes, satis
acceptiones [exceptiones], exceptiones, praescriptiones in eo mu[n]icipio ius dicatur, iudi-
ciaq[ue] dentur fiant exerceantur, et [i]t quod adversus h[anc] l[eg]em non fiat utique ex
hac lege licebit [fiat sine] d[olo] m[alo].

la facoltà di denegare un'azione già promossa nell'editto, in quanto la valutazione discrezionale di un caso singolo non poteva spingersi al punto di violare una disposizione di legge. La situazione si rafforzò ancor più con la progressiva stabilizzazione dell'editto, per cui un rimedio giurisdizionale ivi promesso ... poteva considerarsi senz'altro spettante a chi si trovasse nelle condizioni ipotizzate dal programma editto, senza che rimanesse alcuno spazio per una *denegatio* discrezionale»¹⁰⁸. A ciò deve aggiungersi, come immediato corollario, che la possibilità di *denegare* l'*actio* permanesse in capo al pretore nel solo caso in cui avesse, a monte, previsto una riserva in questo senso nell'editto, riservandosi la c.d. *causae cognitio*¹⁰⁹.

Questa tesi è stata, di recente, messa in discussione dal Mantovani¹¹⁰, la cui ricerca è stata finalizzata alla dimostrazione che, in realtà, la *lex Cornelia* introdusse il solo «obbligo del magistrato giurisdicente di esporre l'albo, senza poi modificarlo, e di esercitare, quindi, la *iurisdictio* in rapporto ad esso, onde consentire il controllo (di *par maiorve potestas*, dei tribuni, del senato, dell'opinione pubblica). Quest'intervento legislativo ... non ha inciso sulla *iurisdictio* e sul suo fondamento: in altri termini, non ha comportato una (più o meno diretta) legalizzazione del *ius praetorium*»¹¹¹. Alla base di questa tesi vi è anche una rilettura della riserva della *causae cognitio*, il cui fondamento an-

¹⁰⁸ A. METRO, *La 'denegatio'*, cit., 145 s.; nello stesso senso, come già evidenziato nel testo, G. PUGLIESE, *'Actio'*, cit., 134 ss.; nonché, più di recente, C.A. CANNATA, *Profilo*, II, cit., 40 ss.

¹⁰⁹ Com'è noto anche la definizione di *causae cognitio* è stata al centro di un vivace dibattito dottrinario, che com'è evidente dalle brevi notazioni ora proposte finisce per essere strettamente intersecato con quello concernente il contenuto della *lex Cornelia*. L'orientamento più risalente, infatti, ritiene che con tale espressione si facesse riferimento all'intera attività svolta dal pretore *in iure*. Cfr. in questo senso L. WENGER, *Istituzioni*, cit., 127 nt. 2; A. BISCARDI, *Formula e processo. Valutazione di una tesi*, in *RISG*, III, 1949, 471 ss. Parte della dottrina più recente si è, invece, indirizzata a delineare una nozione più specifica di *causae cognitio*, intendendosi con tale espressione una valutazione discrezionale operata dal pretore delle circostanze. In questo senso vanno ricordati gli studi di Remo Martini (R. MARTINI, *Il problema*, cit., *passim*, nonché più di recente ID., *'Causae cognitio pretoria'* e *'lex Cornelia de iurisdictione'*, in *'Praesidia libertatis'. Garantismo e sistemi processuali nell'esperienza di Roma repubblicana. Atti del Convegno internazionale di diritto romano, Copanello, 7-10 giugno 1992*, a cura di F. Milazzo, Napoli, 1994, 229 ss.). In questo senso si è parlato anche di una *causae cognitio* 'in senso tecnico', cfr. A. PALAZZOLO, *Processo civile e pratica giudiziaria nel principato*, Torino, 1991, 136.

¹¹⁰ Cfr. in particolare D. MANTOVANI, *'Praetoris partes'*, cit., 87 ss.

¹¹¹ D. MANTOVANI, *'Praetoris partes'*, cit., 102.

rebbe individuato esclusivamente in relazione alla natura del rimedio promesso e alla sua finalità. Con la conseguenza che tale riserva non sarebbe altro che l'«indice che il provvedimento promesso, per le sue caratteristiche, sarebbe stato rilasciato solo ove, in concreto, vi fossero ragioni specifiche che lo giustificassero»¹¹².

In questa sede non è, naturalmente, possibile tentare una seppur sintetica disamina della basi testuali su cui le due opposte interpretazioni si fondano. Ciò che, invece, preme evidenziare e che costituisce il precipitato comune di entrambe le tesi richiamate, è che l'editto costituisce per il pretore, sicuramente a partire dalla *lex Cornelia*, un 'autovincolo' nell'esercizio del suo potere di *ius dicere*. La resistenza e la connotazione di questo autovincolo appaiono, invece, dubbie.

Nella prospettiva che possiamo ricondurre al Pugliese, l'individuazione delle caratteristiche di tale vincolo appare più semplice, perché, come visto, l'elemento che permette una valutazione discrezionale sulla concedibilità o meno di un determinato rimedio è rigidamente individuato nella presenza o meno della riserva di *causae cognitio*. Nella ricostruzione del Mantovani, il vincolo appare, invece, più flessibile, in quanto la discrezionalità costituisce una connotazione imprescindibile dell'attuazione in concreto della *iurisdictio*. Attuazione che, però, risulta vincolata al rispetto dei limiti generali che connotano l'esercizio del proprio *officium* da parte del pretore e che sono, come ricorda lo stesso Mantovani¹¹³, precisamente ricordati da Cicerone¹¹⁴.

¹¹² D. MANTOVANI, 'Praetoris partes', cit., 102.

¹¹³ D. MANTOVANI, 'Praetoris partes', cit., 77 ss.

¹¹⁴ Cic. Quint. 1.1.20: *Haec et cetera plena severitatis, quae statuisti in ista provincia, non facile sine summa integritate sustinuerimus; quare sit summa in iure dicundo severitas, dummodo ea ne varietur gratia, sed conservetur aequabilis; sed tamen parvi refert abs te ipso ius dici aequabiliter et diligenter, nisi idem ab iis fiet, quibus tu eius muneris aliquam partem concesseris. Ac mihi quidem videtur non sane magna varietas esse negotiorum in administranda Asia, sed ea tota iurisdictione maxime sustineri; in qua scientiae, praesertim provincialis, ratio ipsa expedita est: constantia est adhibenda et gravitas, quae resistat non solum gratiae, verum etiam suspicioni. 21. Adiungenda etiam est facilitas in audiendo, lenitas in decernendo, in satisfaciendo ac disputando diligentia. Iis rebus nuper C. Octavius iucundissimus fuit, apud quem proximus lictor quievit, tacuit accensus, quoties quisque voluit dixit et quam voluit diu; quibus ille rebus fortasse nimis lenis videretur, nisi haec lenitas illam severitatem tueretur: cogebantur Sullani homines, quae per vim et metum abstulerant, reddere; qui in magistratibus iniuriose decreverant, eodem ipsis privatis erat iure parendum. Haec illius severitas acerba videretur, nisi multis condimentis humanitatis mitigaretur.*

L'oratore, nel consigliare il fratello su come svolgere nel migliore dei modi il terzo anno di incarico quale governatore in Asia, individua i tratti che, a suo parere, devono caratterizzare l'esercizio dello *ius dicere*. La *severitas*, che, senza dubbio, deve precipuamente connotare tale *officium*, non può che essere sempre accompagnata dalla *constantia*, ovvero da un'applicazione non discriminatoria della stessa severità. Il magistrato, poi, non deve soltanto mostrarsi sempre disponibile nei confronti delle parti, ma soprattutto operare con *diligentia*. Al riguardo Cicerone, per esemplificare, richiama la figura del pretore Ottavio, che viene indicato come modello di magistrato da imitare. Una più precisa specificazione della *diligentia* richiesta al pretore nell'esercizio della *iurisdictio* è contenuta nel *pro Murena*¹¹⁵.

In questa sede appare da evidenziare il richiamo che l'Arpinate compie all'*aequalibitas decernendi*, ovvero, come precipuamente messo in luce dal Mantovani, «il rispetto dell'uguaglianza nell'emanare i decreti, cioè il mantenere invariata la *iuris dictio* senza compiere favoritismi o *iniuria* ad alcuno»¹¹⁶. Proprio nell'*aequalibitas decernendi* deve vedersi il limite all'esercizio discrezionale dello *ius dicere*, là ove non si ritenga di condividere la forza precettiva della *lex Cornelia*.

Nell'incertezza che rimane sul punto, tenuto conto anche della non univocità delle fonti in materia, alcuni elementi, a mio avviso, possono essere, comunque, puntualizzati.

In primo luogo, a partire dalla *lex Cornelia*, risulta legislativamente previsto il vincolo per il pretore di rendere pubblico, all'inizio della sua carica, l'Editto contenente le azioni che avrebbe concesso. Ciò, senza dubbio, costituisce un primo e forte vincolo all'esercizio discrezionale della *iurisdictio*, in quanto pur nel caso non si riconosca una forza precettiva nei confronti dello stesso pretore della previsione edittuale, un discostamento o la mancata concessione di uno dei rime-

¹¹⁵ Cic. *Mur.* 41: *Sed haec sane sint paria omnia, sit par forensis opera <militari>, militaris suffragatio urbanae, sit idem magnificentissimos et nullos umquam fecisse ludos; quid? in ipsa praetura nihilne existimas inter tuam et huius sortem interfuisse? Huius sors ea fuit quam omnes tui necessarii tibi optabamus, iuris dicundi; in qua gloriam conciliat magnitudo negoti, gratiam aequitatis largitio; qua in sorte sapiens praetor qualis hic fuit of-fensionem vitat aequabilitate decernendi, benivolentiam adiungit lenitate audiendi. Egregia et ad consulatum apta provincia in qua laus aequitatis, integritatis, facilitatis ad extremum ludorum voluptate concluditur.*

¹¹⁶ D. MANTOVANI, 'Praetoris partes', cit., 77 ss.

di indicati nell'editto sarebbe dovuta essere ben motivata dal pretore. L'importanza della *lex Cornelia*, come chiaramente messo in luce dal Talamanca, non deve, comunque, essere sopravvalutata. Essa è il frutto delle tensioni politiche e della crisi che hanno attraversato il momento storico nella quale è stata proposta: «quello che Cornelio si poteva prefiggere nel 67 a.C. non v'ha dubbio che potesse apparire obsoleto già in epoca augustea. Oltre a ciò, proprio in relazione alle diverse letture che ne danno Asconio e Dione Cassio ..., v'è anche la possibilità che la *rogatio* fosse stata formulata in termini generici, forse – più o meno volutamente – ambigui. Una legge, cioè, in cui molti potessero riconoscersi, ma che, proprio per questo, non permettesse facilmente di leggerne la precisa portata ai fini dell'applicazione»¹¹⁷.

Ciò ci introduce ad un secondo profilo strettamente connesso, ovvero quello dei 'rimedi' esercitabili in caso di cattivo esercizio, da parte del pretore, del potere di *ius dicere*. Questo profilo, a mio avviso, permette, poi, di verificare come le conseguenze, in concreto, dell'adesione all'una o all'altra tesi in tema di effetti della *lex Cornelia* non siano poi così diverse.

Allo stato delle fonti, infatti, non risulta alcuna testimonianza nel senso che tale legge contenesse una sanzione per il pretore, che non avesse rispettato il proprio editto, ad esempio denegando un'azione ivi prevista¹¹⁸. L'unico rimedio esperibile potrebbe, allora, essere individuato nell'esperibilità dell'*actio iniuriarum*, nel caso in cui il comportamento del pretore fosse stato spinto da un *animus infamandi*¹¹⁹. Proprio il profilo del controllo sull'attività di *ius dicere* merita adesso di essere approfondito, costituendo, in vero, un chiaro limite al suo esercizio.

13. I controlli sull'esercizio della 'iurisdictio'.

Anche in questo caso appare imprescindibile una testimonianza

¹¹⁷ M. TALAMANCA, *Relazione conclusiva*, in 'Praesidia libertatis'. *Garantismo e sistemi processuali nell'esperienza di Roma repubblicana. Atti del Convegno internazionale di diritto romano (Copanello, 7-10 giugno 1992)*, a cura di F. Milazzo, Napoli, 1994, 321.

¹¹⁸ Da ultimo, cfr. F. ARCARIA, *Gli editti*, cit., 52.

¹¹⁹ Così D. MANTOVANI, 'Praetoris partes', cit., 101.