

SALVATORE SCIORTINO
Università di Palermo

Res acta e potere magistratuale
di interrompere una *legis actio* irregolare

ABSTRACT

The paper deals with the reconstruction of the *res acta* notion in the *legis actiones* and, in particular, with the identification of the moment from which the so called ‘trial preclusion’ occurred. This research is useful in order to answer the question whether the *magistratus cum iurisdictione* could stop *in iure a legis actio* characterized by plaintiff’s errors or omissions enacting, in this way, the final loss of the dispute.

PAROLE CHIAVE

Res acta, *legis actiones* contenziose, preclusione processuale.

RES ACTA E POTERE MAGISTRATUALE DI INTERROMPERE UNA LEGIS ACTIO IRREGOLARE

SOMMARIO: 1. Il momento a partire dal quale si producevano gli effetti preclusivi nelle *legis actiones*: sintesi delle tesi proposte in dottrina. 2. Critica della tesi secondo la quale, coincidendo la *res acta* nelle *legis actiones* con il giudicato, solo da esso si sarebbero prodotti gli effetti preclusivi all'instaurazione di una nuova azione *de eadem re*. 3. Critica della tesi che retrodata alle *legis actiones* gli effetti preclusivi caratteristici della *litis contestatio* formulare. 4. Necessità di accogliere l'idea secondo la quale gli effetti preclusivi nelle *legis actiones* si producevano con l'esercizio stesso dell'*actio* che, una volta intentata, non sarebbe stata ripetibile. 5. I risultati raggiunti permettono di fornire una soluzione positiva alla dubbia configurazione del potere del magistrato giudicante di rifiutare la propria collaborazione allo svolgimento di una *legis actio* non completa in tutte le sue parti o elementi, ovvero svoltasi non regolarmente. 6. Chiusura.

1. È incerta l'individuazione del momento a partire dal quale si producevano nelle *legis actiones* quelli che, almeno a partire da una certa epoca, vennero avvertiti e affermati nei termini di 'effetti preclusivi', ossia ostativi (in negativo) di una nuova *legis actio de eadem re* a prescindere dall'esito della precedente azione.¹

¹ Ci serviamo delle espressioni 'preclusione processuale' ed 'effetti preclusivi' nel senso chiarito nel testo; tuttavia, l'esatta individuazione della portata del concetto di preclusione affatica non poco la dottrina processualciviltistica italiana che, addirittura, è arrivata a dubitare della validità stessa di questo concetto sul piano dogmatico. Sul punto si vd.: A. ATTARDI, *Per una critica del concetto di preclusione*, in *JUS* 10, 1959, 1 ss.; ID., *s.v. Preclusione (principio di)*, in *Enc. dir.*, 34, Milano 1985, 893 ss. Circa la differenziazione tra efficacia pregiudiziale ed efficacia preclusiva o esclusiva vd. M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, Palermo 1955, 5-8, con ulteriori precisazioni terminologiche in tema di preclusione e consunzione dell'azione (192 s.); ID., *L'effetto normativo della sentenza*.² (*Corso di diritto romano*), Palermo 1960, 17 s. L'effetto preclusivo in diritto romano è sintetizzato dalla nota massima '*bis de eadem re ne sit actio*' (Quint., *Inst. orat.* 7.6.4).

Con specifico riferimento all'effetto preclusivo nelle *legis actiones*, M. MARRONE, *Agere lege, formulae e preclusione processuale*, in *Praesidia libertatis. Garantismo e sistemi processuali nell'esperienza di Roma repubblicana* (Atti del Convegno di diritto romano – Copanello 1992), Napoli 1994, 19 ss. (= *AUPA* 42, 1992, 209 ss., paginazione che non abbiamo seguito) (= *Scritti giuridici*, I, cur. G. FALCONE, Palermo 2003, 465 ss.), ha avuto modo di distinguere tra l'età predecemvirale e quella successiva.

Per l'età più antica, lo studioso non condivide l'affermazione diffusa secondo la quale sarebbe esistita una *regula iuris* che vietava di *lege agere* una seconda volta *de eadem re*. In particolare, la *legis actio sacramenti in rem* e *in personam* e la *legis actio per manus iniunctionem* (troppo poco sappiamo della *legis actio per pignoris captionem*) sarebbero state incontrovertibili una volta definite con *addictio* o con sentenza e, quindi, sarebbero state irripetibili – grazie anche al *denegare actionem* del magistrato – in virtù della loro natura esecutiva e

Mentre, infatti, per il processo formulare è detto espressamente da Gaio (Gai 3.181 e 4.106-107) che essi si verificavano in esito alla *litis contestatio*, altrettanta certezza nelle *legis actiones* non è lecito nutrire, anche per i dubbi che – come vedremo – si annidano attorno alla esatta ricostruzione dei caratteri della *litis contestatio* (si intende, per quelle *legis actiones* nelle quali si può presumere che essa intervenisse).

Sintetizziamo qui di seguito le tre teorie che fin ora sono state elaborate in argomento:

(1) Secondo una prima possibile ricostruzione,² nelle *legis actiones* l'effetto preclusivo nei confronti dell'esercizio di una nuova azione si sarebbe realizzato quando l'*agere* fosse stato definito con un giudicato o, eventualmente, con l'*addictio* pronunciata dal magistrato. Ciò principalmente sulla base del divieto di *rem actam agere*, ampiamente documentato nelle fonti e comunemente ricostruito identificando la *res acta* con il *iudicatum*.

non per effetto di un preteso principio generale di preclusione.

Per l'età successiva all'introduzione della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, grosso modo corrispondente all'epoca postdecimvirale, si dovette affermare un indirizzo giurisprudenziale volto ad escludere che si tornasse a *lege agere* una seconda volta *de eadem re*: tale principio, che era espresso come divieto di *agere acta*, non si affermò quale *regula iuris* ma come orientamento generale espressione di una precisa esigenza giuridica.

Infine, lo studioso è favorevole dell'applicazione del principio di preclusione dapprima solo per le *actiones in personam* e, in un secondo momento, per quelle *in rem*, in ordine alle quali si applicò dapprima il criterio della incontrovertibilità: il principio di preclusione sarebbe stato esteso alle azioni *in rem* solo in seguito per opera dell'attività rispondente dei giuristi laici.

² A. H. J. GREENIDGE, *The Legal Procedure of Cicero's Time*, Oxford 1901, 243 ss.; E. RABEL, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte. Mit Beiträgen zu den Lehren von der Injuresession und vom Pfandrecht*, in ZSS 27, 1906, 311; M. MOLÈ, *s.v. Sentenza (diritto romano)*, in NNDI 16, 1969, 1087 e nt. 7; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano, I. Le legis actiones. Corso di diritto romano Anno Accademico 1961-62*, Roma 1963, 395 ss. e 397: «quell'efficacia preclusiva che nel processo *per formulas* risulta concentrata nella *litis contestatio*, sembra invece essere stata nelle *legis actiones* stemperata e diffusa in tutto il processo e non aver potuto perfezionarsi se non in seguito al *iudicatum* o nei processi non contenziosi in seguito all'*addictio* pronunciata dal magistrato»; ID., *s.v. Giudicato civile (storia)*, in Enc. dir., 18, Milano 1969, 729, con una apertura in favore della produzione degli effetti preclusivi anche a prescindere dal giudicato: «la forma in cui la regola (*scil. rem actam agere*) è stata tramandata sembra dimostrare che, quando essa fu formulata (tra la fine del III e il I sec. a.C.) non si pensava ad un effetto proprio della sentenza o della *res iudicata*, ma lo si collegava allo svolgimento del processo nel suo insieme, in particolare all'*agere in rem*, che era prima di tutto attività delle parti»; A. METRO, *La «denegatio actionis»*, Milano 1972, 16 s. e nt. 40, con indicazione di altra letteratura. Ancora, M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza*, cit., 98 ss., pensa che la *res acta* facesse riferimento alle sole liti già decise con sentenza, ma limitatamente all'età più antica nella quale non era conosciuta la bipartizione strutturale delle *legis actiones*: «Ed allora, *res acta* non avrebbe potuto significare altro che 'lite già decisa'»; ID., *Dal divieto di agere acta all'auctoritas rei iudicatae. Alle radici delle moderne teorie sul giudicato, in Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Gallo*, II, Napoli 1997, 17 ss. (= *Scritti giuridici*, II, cit., 645 ss.). Sulla scia di Marrone si vd. ancora M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München 1996, 80 ntt. 60-61. Recentemente hanno espresso questo avviso R. FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano 2003, 168, sebbene in termini dubitativi: «mentre nel processo formulare gli effetti estintivi e preclusivi sono effettivamente riconducibili alla *litis contestatio*, nel processo *per legis actiones* simili esiti parrebbero raggiungersi solo con la sentenza» e A. CORBINO, *Riflessioni sul problema della continuità del pensiero giuridico romano, tra risalenza di discipline e modernità della loro configurazione teorica. Il caso del processo arcaico per legis actiones, in Meditationes de iure et historia. Essays in honour of Laurens Winkel. Fundamina. A Journal of Legal History. Editio specialis 20-1*, 2014, 182.

(2) Altri studiosi³ hanno invece creduto che per le *legis actiones* gli effetti preclusivi fossero regolati allo stesso modo del processo formulare: essi, cioè, si sarebbero prodotti una volta compiuta la *litis contestatio*, ovvero, una volta intervenuto l'atto conclusivo della fase *in iure*. In questo caso, si tratta di capire sia quali fossero i caratteri della *litis contestatio* nelle *legis actiones* per poterne valutare correttamente gli effetti, sia se esistesse – ed eventualmente in cosa consistesse – un atto formale di conclusione della fase *in iure* emesso dal magistrato giudicante.

(3) Infine, è stata compiutamente elaborata da Moriz Wlassak – sulla base di precedenti accenni già presenti nella dottrina tedesca di metà Ottocento⁴ – e in Italia particolarmente sostenuta da Arnaldo Biscardi⁵ e, dopo di lui, da altri autorevoli studiosi,⁶ la tesi secondo

³ E. I. BEKKER, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, I, Berlin 1871, 334 ss. e specialmente 337; ID., *Über Anfang und Ende des "in iure" Verfahrens im Römischen Formularprozess: ius dicere – litem contestari*, in ZSS 27, 1906, 34; E. KLEINSCHROD, *Über die Prozessualische Consumtion und die Rechtskraft des Civilurtheils*, Leipzig 1875, 4 ss.; G. DEMELIUS, *Die confessio im römischen Civil-process und das gerichtliche Geständnis der neuesten Processgesetzgebung*, Graz 1880, 90 ss.; F. L. VON KELLER, *Der römische Civilprozess und die Actionen*⁶, Leipzig 1883, 303 ss.; TH. SCHWALBACH, *Ueber ungültige Urtheile und die consumierende Wirkung der Litiscontestatio*, in ZSS 6, 1885, 133; P. COLLINET, *Contributions à l'histoire du droit romain. II. La nature originelle de la litis contestatio*, in NRHDFE 26, 1902, 544 ss.; A. ESMEIN, *L'effet relatif de la chose jugée*, in *Mélanges Gérardin*, Paris 1907, 245; PH. MEYLAN, *Origine de l'effet extinctif de la litis contestatio*, in *Mélanges de droit romain dédiés à G. Cornil*, II, Paris 1926, 88 ss.; G. I. LUZZATTO, *Procedura civile romana, II. Le legis actiones*, Bologna 1948, 320; G. JAHR, *Litis contestatio Streitbezeugung und Prozeßbegründung im Legisaktionen und im Formularverfahren*, Köln-Graz 1960, 63 ss. e 226; N. BELLOCCI, *La genesi della «litis contestatio» nel procedimento formulare*, Napoli 1965, 45 ss.; G. BROGGINI, *Le «legis actiones»*, in *Labeo* 11, 1965, 377 ss.; M. KASER, *Zum Formproblem der litis contestatio*, in ZSS 84, 1967, 8 ss.; C. ST. TOMULESCU, *Problèmes de droit romain*, in IVRA 24.1, 1973, 62 ss. Dobbiamo annoverare tra questi studiosi anche M. MARRONE, *Agere lege, formulae e preclusione processuale*, cit., 38 [= 484], che, in quest'ultimo lavoro ha espresso l'avviso secondo il quale non fossero ripetibili le *legis actiones* per le quali si era compiuta la fase *in iure*.

⁴ M. A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*, I. *Der römische Civilprozeß, 1. Legis actiones*, Bonn 1864, 178: «Denn die Consumtion des Klagerechts ... wird in dieser ältesten Zeit nicht an die *Litis Contestatio*, sondern an die *Legis Actio* geknüpft». ID., *Der Civilprozess*, cit., II. *Der römische Civilprozeß, 2. Formulae*, Bonn 1865, 486, con la precisazione che l'effetto preclusivo si sarebbe verificato solo una volta che fosse stata data esecuzione all'intera *legis actio*. Una compiuta elaborazione di questa teoria si deve a M. WLASSAK, *Die Litiscontestatio im Formularprozess*, in *Festschrift zum fünfzigjährigen Doktor-Jubiläum von Bernhard Windscheid am 22. Dezember 1888*, Rostock 1888 [rist. Aalen 1979], 132 s. e nt. 2 [= 80 s. e nt. 2] con indicazione di altra letteratura: «in früherer Zeit habe sich die Konsumtion an den ersteren, nicht an den letzteren Akt geknüpft». La tesi è stata in seguito accolta anche da: D. LIEBS, *Die Klagenkonsumtion des römischen Rechts*, in ZSS 86, 1969, 169 ss. e 181 s.; B. SCHMIDLIN, *Zur Bedeutung der legis actio: Gesetzklage oder Spruchklage?*, in TR 38, 1970, 377 ss.

⁵ Lo studioso, in un primo momento, aveva seguito la tesi dell'efficacia costitutiva della sentenza elaborata da Kaser e proprio alla sentenza aveva attribuito efficacia preclusiva nelle *legis actiones*, si vd. A. BISCARDI, *Formula e processo: valutazione di una tesi*, in RISG 3, 1949, 456 e 466. Nei successivi lavori dedicati al tema viene sviluppata l'idea per cui il divieto del '*bis in idem*' si riferisse direttamente all'*actio*: A. BISCARDI, *Quelques observations sur la litis contestatio*, in RIDA 3, 1950, (*Mélanges De Visscher*), 159 ss.; ID., *La litis contestatio nell'ordo iudiciorum. Lezioni di diritto romano*, Siena 1953, 23 ss.; ID., *La «litis contestatio» nella procedura «per legis actiones»*, in *Studi Arancio Ruiz*, III, Napoli 1953, 465 ss.; ID., *Esquisse d'une histoire critique de la «litis contestatio»*, in RHDFF 33, 1955, 7; ID., *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino 1968, 115-118.

⁶ F. BONIFACIO, *s.v. «litis contestatio»*, in NNDI 9, Torino 1963, 974 sub lett. h; ID., *Riflessioni su Gai.*

la quale l'effetto preclusivo nelle *legis actiones* sarebbe da considerare 'diffuso'⁷ all'interno di tutto il procedimento e riguarderebbe in sé il *lege agere*. L'effetto preclusivo non si sarebbe prodotto a partire da un preciso momento nel corso del rito, come accade invece con la *litis contestatio* nel processo formulare, piuttosto, sarebbe stata la pronuncia di parte a precludere la possibilità della ripetizione dell'*actio de eadem re*.

Iniziato il rito con la pronuncia dei *verba* e il compimento dei *gesta*, la *legis actio* si sarebbe consumata, precludendo così la possibilità della sua ripetizione poiché il singolo *gestum*, una volta compiuto, sarebbe stato irripetibile, allo stesso modo dei *certa verba* che, pronunciati una volta, non lo sarebbero stati una seconda.

2. Cominciamo con il prendere in esame la tesi *sub* (1), secondo la quale gli effetti preclusivi nelle *legis actiones* si sarebbero prodotti a partire dal giudicato, identificato con la *res acta*.⁸

Diciamo subito che il suo fondamento testuale – rappresentato da alcuni passi del grammatico di età costantiniana Elio Donato di commento alle commedie di Terenzio – è molto più fragile di quanto si potrebbe credere a prima vista. Già da un punto di vista metodologico in dottrina⁹ si è invocata cautela nell'utilizzare una fonte così tarda per elaborare teorie relative alle *legis actiones*: Elio Donato scriveva quando le *legis actiones* erano state abolite da tre secoli.

A questo rilievo metodologico possiamo aggiungere la considerazione per la quale – come ci sforzeremo di dimostrare – le affermazioni di Elio Donato si fondano su un fraintendimento (o, almeno, su una libera interpretazione) del *Phormio* di Terenzio.

4.108, in *Studi Volterra*, IV, Milano 1971, 401 ss.; R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in *AUPA* 30, 1967, 309 s. e nt. 3 [= 211 s. e nt. 3]: «la regola (*scil. 'bis de eadem re ne sit actio'*) è espressa in vista dell'*actio* come tale ... e non, particolarmente, della *litis contestatio*, che manca nelle azioni cd. esecutive. Opera, pertanto, piuttosto con riferimento al momento in cui il procedimento si è chiuso ... sia questo momento rappresentato dalla sentenza o da una *addictio* ... od anche – come deve ammettersi – dal semplice concludersi della pronuncia di parte»; G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, III. *Dalla nascita della iurisdictio all'avvento del processo per formulas*, Catania 1982, 161 ss., il quale lucidamente nota come l'effetto preclusivo si sarebbe potuto collegare anche ad un momento precedente alla *litis contestatio* e più precisamente ad «uno qualsiasi dei precedenti atti formali attraverso cui si snodava il procedimento *in iure*», con la conseguenza della (165 s.) «irripetibilità di ciascuno di questi atti e pronunce solenni. Questa irripetibilità non è che una conseguenza, un risvolto della ininterrotta solennità dell'*agere lege*, riguarda perciò direttamente l'*agere* delle parti (in ogni sua articolazione)». Ancora cfr. ID., *La distinzione tra iudicia legitima e quae imperio continentur e la sua rilevanza in ordine agli effetti estintivi*, ora in *Silloge. Scritti 1956-1996*, I, Catania 1998, 395: «taluni effetti, in particolare quelli estintivi, mentre nel *lege agere* potevano ricollegarsi ad uno qualsiasi dei momenti (tutti formali) attraverso cui si snodava il procedimento *in iure*, nel processo *per formulas* ... in ogni caso potevano ricollegarsi solo al momento della *litis contestatio*» e 400: «Quindi nel sistema dell'*agere lege* l'effetto estintivo, che preclude senz'altro la possibilità di riproporre l'azione, è sempre immanente e può operare in qualsiasi momento; è un effetto 'diffuso' che pende su tutto il procedimento, su tutto l'*agere*. Qui la preclusione ... colpisce i singoli atti formali attraverso cui il procedimento si snoda, le solenni pronunce contrapposte di *certa verba* che si susseguono concatenate, e determina la irripetibilità di ciascuno di questi atti e pronunce solenni».

⁷ L'espressione è di G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 397, il quale, peraltro, riteneva che l'effetto preclusivo si producesse solo con il *iudicatum* o l'*addictio*.

⁸ Si vd. gli studiosi citati *supra*, nt. 2.

⁹ B. SCHMIDLIN, *Zur Bedeutung der legis actio*, cit., 378 nt. 23; F. BONIFACIO, *Riflessioni su Gai. 4.108*, cit., 406 nt. 11.

Ma andiamo con ordine. Le espressioni ‘*rem actam*’, ‘*actum est*’ e ‘*res acta*’ sono ampiamente attestate nelle fonti letterarie come modi di dire proverbiali¹⁰ dei romani per indicare qualcosa di ormai definitivo e concluso, per cui non vi è assolutamente più nulla da fare.

Dall’analisi di queste fonti, tuttavia, risulta con assoluta evidenza che nessuno dei riscontri¹¹ che potrebbero addursi è dotato di significato giuridico.¹²

Non si può non concordare, allora, con le conclusioni alle quali è pervenuto Detlef Liebs, ossia che le predette espressioni facciano riferimento in modo generico ed indifferenziato a ciò che è finito e concluso, senza alcuno specifico riferimento al campo del diritto.¹³

¹⁰ Cfr. A. OTTO, *Die Sprichwörter und sprichwörtlichen Redensarten der Römer. Gesammelt und erklärt*, Lipsiae 1890 [rist. Hildesheim 1962], s.v. *agere*, 9.

¹¹ Una panoramica è presente in D. LIEBS, *Die eigentliche Bedeutung von actum agere und actum est*, in *Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag am 7. November 1984*, Berlin-New York 1984, 101 ss.

¹² Cominciamo da Plauto, per il quale vengono in considerazione i seguenti passi. In Plaut., *Cist.* 703 compare l’espressione ‘*actam rem ago*’ per indicare che è tutta fatica sprecata cercare per terra le tracce della *cistella* da cui prende il nome la commedia. ‘*Rem actam agis*’ è l’espressione impiegata in Plaut., *Pseud.* 262 da Ballio per indicare l’inutile ricordo del passato. Mancano significati giuridici anche per le locuzioni ‘*actum est*’ e ‘*acta res est*’ nel significato di ciò che è finito o concluso per sempre in: *Cist.* 685, *Pseud.* 85 e 1222, *Rud.* 683, *Stich.* 753, *Trinumm.* 308. Rileva ancora: *Most.* 1181 in cui ‘*fabula haec est acta*’ significa semplicemente che la commedia è finita. Un riferimento al diritto può scorgersi in un passo della *Rudens* comunemente addotto (dagli studiosi indicati *supra*, nt. 2) per sostenere che la *res acta* coincidesse con il giudicato: *Rud. Prol.* 17-19: *Qui hic litem apisci postulant peiurio l mali, res falsas qui impetrant apud iudicem, l iterum ille eam rem iudicatam iudicat*. Tuttavia, il passo non rileva ai nostri fini poiché non ricorre l’espressione *res acta* ma *res iudicata*, e il riferimento è piuttosto a Giove che giudica nuovamente chi in vita aveva cercato di vincere i processi mediante spergiri, ovvero aveva ottenuto dal giudice *res falsae*, cioè non spettanti: ecco Giove *iterum rem iudicatam iudicat* e condanna costoro ad una pena maggiore dei guadagni ottenuti in vita. Il passo nulla dice, quindi, degli effetti preclusivi nelle *legis actiones* e allude al generico divieto valevole per i sistemi processuali greco e romano di giudicare nuovamente su un giudicato.

Analogamente accade per le testimonianze di Terenzio. Cercheremo di dimostrare (*infra* § 2.1-2.4) che sono privi di rilievo giuridico i riferimenti alla *res acta* presenti in *Phorm.* 419, *Adelph.* 232, *Andr.* 464. Né rilevano tre luoghi dell’*Heautontimoroumenos* (456, 564, 584) in cui la nostra espressione compare come al solito per indicare qualcosa per la quale non vi è più nulla da fare. Non reca elementi utili neppure Donat., *Ad Ter. Henauton.* 3.2.27.3 [WESSNER, III.1 185]: *ACTA HAEC RES EST PERII Syrus seruus credit senem inuenisse filium amare meretricem, quae res antea per dolum celabatur*. Ancora il segno ‘*actumst*’ compare nel significato generico di essere perduti, rovinati in Ter., *Euch.* 54 e 984, *Adelph.* 324.

Ancora, nessun riferimento al campo del diritto troviamo in Cicerone. In Cic., *Ad Att.* 9.6.7: *Sed acta ne agamus* rell. l’Arpinate esorta a non perdere più tempo ricordando fatti già successi che non possono più essere mutati. Similmente le espressioni ‘*actum est*’, *acta ne (agas) agamus*’ ed altre equivalenti vengono impiegate in contesti non giuridici in: Cic., *Ad Att.* 5.15.1, 9.12.3 e 9.18.3, *Ad fam.* 14.3.3, *pro Rosc. Amer.* 150, *Laelius* 22.85.

Le stesse osservazioni possono compiersi per Tito Livio. L’espressione ‘*rem actam hodierno die agi*’ ricorre in Liv., 28.40.3 per indicare una questione già decisa in relazione alla quale è inutile discutere innanzi ai *patres conscripti*. Riferimenti solo generici anche in Liv., 1.47.9, 2.48.5, 2.55.2 e 4.3.7.

Infine, neppure le seguenti fonti minori contengono addentellati giuridici, si tratta di: Sen., *Epist. mor. ad Lucilium*, 56.1; Ps. Quint., *Decl.* 309; Plin., *Pan.* 31.6; Suet., *Nero* 42.1; Curt. Ruf., 3.12, 6.11; Flor., 1.13.8, 2.12.5; Cipr., *Ep.* 59.2.2; Amm., 18.6.18.

¹³ D. LIEBS, *Die eigentliche Bedeutung von actum agere*, cit., 118-120.

2.1. L'unica eccezione è costituita da alcuni commenti dedicati da Elio Donato¹⁴ alle commedie di Terenzio e principalmente al *Phormio*. Ci troviamo di fronte, questa volta, ad un circostanziato riferimento giuridico e, in particolare, ad una asserita coincidenza tra la *res acta* e la sentenza; e appunto da questi brani si è voluta trarre la conseguenza che solo il *iudicatum* producesse effetti preclusivi nelle *legis actiones*.

Ora, al fine di analizzare con maggiore consapevolezza i passi del grammatico di età costantiniana, pare necessario valutare gli impieghi delle espressioni 'actum agere' e 'actum est' in Terenzio.

Sarebbe vano lo sforzo volto a rintracciare nelle fonti greche l'idea dell'efficacia preclusiva del giudicato, al fine di sostenere che Terenzio l'abbia desunta dai testi della commedia nuova alla quale i suoi scritti sono ispirati. Infatti, gli studi specificamente dedicati all'argomento hanno dimostrato che, se da un canto è vero che esistevano νόμοι ateniesi che vietavano di ripetere una seconda azione quando se ne era già esperita una prima, dall'altro non occorre un giudicato affinché operasse il divieto del *bis in idem*.¹⁵

Possiamo a questo punto accostarci alla battuta del *Phormio*, oggetto del commento di Donato che analizzeremo in seguito:

Ter., *Phorm.* 419-420: PH. *Ohe, 'Actum' aiunt 'ne agas'*. DE. *Non agam? immo haud desinam / donec perfecero hoc*. PH. *Ineptis*. DE. *Sine modo*.

Per comprendere appieno lo scambio di battute intervenuto tra Formione e Demifone occorre ripercorrere brevemente la trama del *Phormio*. Concentreremo l'attenzione solo su quella parte dell'intreccio narrativo utile ai nostri fini.¹⁶

2.2. I fratelli Cremete e Demifone, partiti per un lungo viaggio, affidano i rispettivi figli, Fedria e Antifone, allo schiavo Geta. Questi asseconda gli amori dei due giovani e, in particolare, permette ad Antifone di sposare l'amata Fanio, orfana e priva di mezzi, nonostante l'assenza del padre Demifone il quale, date le misere condizioni della ragazza, mai avrebbe prestato il proprio consenso alle *nuptiae*.

Il parassita Formione, fingendosi parente del defunto padre di Fanio, assume le vesti di

¹⁴ Per una breve descrizione dell'opera di commento di Elio Donato alle commedie di Terenzio vd. M. E. CONSOLI, *Il teatro di Terenzio nel commento degli autori tardo antichi. Lezione tenuta presso la Sede napoletana dell'Asi il 3 febbraio 2009*, 3 nt. 14, con indicazione di letteratura. [www.studitaroantichi.org].

¹⁵ A. STEINWENTER, *Die Streibeendigung durch Urteil, Schiedspruch und Vergleich nach griechischem Rechte*, in *Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte*, 8, München 1925, 86 ss.; U. E. PAOLI, *Studi sul processo attico. Con introduzione di Pietro Calamandrei*, Padova 1933, 91 s.; H. J. WOLFF, *Die attische Paragraphe. Ein Beitrag zum Problem der Auflockerung archaischer Prozessformen*, Weimar 1966, 87 ss.; D. LIEBS, *Die Herkunft der "Regel" bis de eadem re ne sit actio*, in *ZSS* 84, 1967, 121 s. e 131 s. È allora da condividere il pensiero di M. MARRONE, *Agere lege, formulae e preclusione processuale*, cit., 30 nt. 28 [= 476 nt. 28], secondo il quale in diritto attico: «l'effetto preclusivo appare collegato al giudizio già iniziato (a prescindere dunque da una sentenza) pure se i casi discussi sono tutti di giudizi definiti con sentenza».

¹⁶ Ricostruiscono puntualmente la trama del *Phormio*: B. A. TALADOIRE, *Térence. Un théâtre de la Jeunesse*, Paris 1972, 65 ss.; M. E. CONSOLI, *Il teatro di Terenzio nel commento degli autori tardo antichi*, cit., 10.

ἐπιδικαζόμενος,¹⁷ di colui cioè che attiva il procedimento della ἐπιδικασία volto a fare applicare la normativa attica in tema di figlia ἐπίκληρος, ai sensi della quale era concessa protezione all'orfana o alla vedova, imponendo al parente maschio prossimo di sposarla o, come parrebbe, di darle una dote per evitare che costei, costretta dall'indigenza, si prostituisse.¹⁸

Formione conduce in giudizio Antifone e riesce ad ottenere – anche grazie alle mancate contestazioni di quest'ultimo circa la presunta parentela con Fanio (parentela che solo alla fine della commedia si rivelerà, invece, effettiva) – una sentenza che ‘condanna’ Antifone a sposare l'amata Fanio. Seguono le *nuptiae*.

Ora, questo è un punto centrale ai fini del nostro discorso. Il compimento del matrimonio tra i due giovani è assolutamente necessario al fine di porre Demifone, una volta tornato, innanzi al fatto compiuto. Non sarebbe bastata, infatti, la sola sentenza del tribunale, poiché il parente prossimo avrebbe potuto darvi esecuzione anche dando una dote alla parente indigente ἐπίκληρος, permettendole così di sposarsi con un altro uomo.

Ed infatti, una volta tornato, Demifone – prima della scoperta che Fanio è in realtà figlia naturale di Cremete e cugina di Antifone – prova a rimettere le cose a posto proprio seguendo quest'altra via; solo che, essendo stato il matrimonio celebrato in esecuzione di una sentenza, non poteva essere sciolto dal *pater* del marito, né secondo i principi del diritto attico, né secondo i principi del diritto romano.

¹⁷ Era proprio questo il titolo originale della commedia di Apollodoro, e si tratta dell'unico caso in cui Terenzio ha tradotto il titolo originale. Sebbene l'istituto attico della ἐπιδικασία non doveva essere ignoto al pubblico romano, il commediografo latino, al fine di rendere pienamente comprensibili i fatti, espone l'ἐπιδικασία nei seguenti versi volti a chiarire i presupposti che hanno reso possibile lo stratagemma architettato dal parassita Formione per permettere ad Antifone di sposare Fanio: *Phorm.* 125-134: DA. 'Lex est ut orbae, qui sunt genere proximi, / Eis nubant, et illos ducere eadem haec lex iubet. / Ego te cognatum dicam et tibi scribam dicam: / Paternum amicum me adsimulabo uirginis: / Ad iudices ueniamus: qui fuerit pater, / Quae mater, qui cognata tibi sit, omnia haec / Confingam, quod erit mihi bonum atque commodum; / Quom tu horum nil refelles uincam scilicet: / Pater aderit. mihi paratae lites: quid mea? / Illa quidem nostra erit'. Le ragioni del cambiamento di titolo deciso da Terenzio sono affrontate, nelle varie sfaccettature che presentano, da J. MAROUZEAU, *Térence, tome II. Heautontimoroumenos – Phormion. Notice, «les belles lettres»*, Paris 1964, 105-112.

¹⁸ Su questi istituti del diritto attico si vd. la tradizionale trattazione di A. R. W. HARRISON, *The Law of Athens. The Family and Property*, I, Oxford 1968, 9 ss. e 132 ss. Di recente, va segnalata la limpida sintesi di P. COBETTO GHIGGIA, *Iseo. Orazioni. Introduzione, testo rivisto, traduzione, note e glossario giuridico attico*, Alessandria 2012 522-524. Alla luce della trattazione di quest'ultimo studioso, appare possibile che alla donna ἐπίκληρος venisse fornita una dote da parte del parente prossimo per permetterle di sposarsi con un terzo. Si vd. il caso 'contro Senaireto. Sulla successione di Aristarco', nel quale il parente prossimo non esercitò il diritto di sposare l'ἐπίκληρος la quale venne data in sposa ad un terzo (389): «Anche Democare, tuttavia, morì in giovane età e la sorella, unica sopravvissuta, si ritrovò ad essere ἐπίκληρος. Ella finì, pertanto, sotto la tutela del parente maschio prossimo, il fratello di Aristarco I, Aristomene: costui o il figlio, Apollodoro, avrebbero potuto avanzare il diritto di sposarla, ma non lo esercitarono ... L'ἐπίκληρος a sua volta fu data in matrimonio ad un personaggio non specificato». Tuttavia, con riferimento alla 'successione di Pirro', (96): «Anzitutto, se Pirro sposò la madre di File, egli poteva comunque adottare Endio, ma a patto di provvedere alla figlia che, alla sua morte, sarebbe divenuta ἐπίκληρος: secondo tradizione, Endio, in quanto figlio adottivo, avrebbe dovuto sposare File, che, invece, fu data in moglie da Endio stesso a Senocle. Ne potrebbe derivare che: 1) il figlio adottivo di fatto non era obbligato a sposare la figlia del *de cuius*, ma poteva accasarla, fornendole una dote: l'oratore, tuttavia, sembra esprimersi in modo alquanto diverso, ricordando che, se Endio avesse scelto questo comportamento, non avrebbe rispettato le leggi esistenti in materia».

Secondo il diritto attico, l'unico caso in cui poteva essere richiesta una nuova aggiudicazione dell'ἐπίκληρος era la presenza di altri pretendenti assegnatari che potevano chiedere una riapertura del caso,¹⁹ ma nel *Phormio* non ricorre questa ipotesi.

Secondo il diritto romano di età repubblicana il *pater familias* del marito avrebbe potuto sciogliere il matrimonio del *filius in potestate* solo mediante il ripudio della nuora, ma in questo caso si sarebbe trattato di una strada non percorribile in virtù dell'intervenuta sentenza che aveva 'aggiudicato' Fanio ad Antifone e che sarebbe stata impugnabile solo al fine di assegnare l'ἐπίκληρος ad un altro pretendente.²⁰

Alla luce di questi antefatti, possiamo analizzare il dialogo tra Demifone e Formione, all'interno del quale vengono pronunciate le battute che a noi interessano, in un punto della commedia nel quale, è bene ribadire, ancora il pubblico non sa che Antifone e Fanio sono davvero parenti.

Prima di tutto Demifone contesta a Formione la legittimità della sentenza emessa dal tribunale: se costui si fosse presentato in tribunale infatti avrebbe dimostrato che non vi erano rapporti di parentela tra il figlio e l'orfana Fanio.²¹ Tuttavia il parassita ha buon gioco nel replicare che la sua ricostruzione dei rapporti di parentela era stata ampiamente esposta ai giudici e se essa fosse stata falsa sarebbe stato Antifone a dovere replicare: ciò però non è accaduto.²²

In ogni caso, in tono irridente, Formione invita Demifone ad adire i magistrati chiedendo loro di rilasciare una nuova formula (*reddere iudicium*): egli sarebbe stato l'unico uomo capace di ottenere due formule *de eadem causa*.²³ Si tratta di uno snodo centrale ai nostri fini.

Prima di tutto va notato che se un riferimento al processo ricorre nei versi di Terenzio, esso pare relativo al processo formulare, piuttosto che alle *legis actiones*: di conseguenza

¹⁹ A. R. W. HARRISON, *The Law of Athens*, cit., 11; P. COBETTO GHIGGIA, *Iseo. Orazioni*, cit., 523 e 94, per l'impugnabilità della sentenza conclusiva della procedura di ἐπιδικασία, nel caso di presenza di altri pretendenti.

²⁰ Così M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo 2006, 225 nt. 74, il quale adduce D. 24.1.32.19 (Ulp. 33 *ad Sab.*): *Si socer nurui nuntium miserit, donatio erit irrita, quamvis matrimonium concordantibus uiro et uxore secundum rescriptum imperatoris nostri cum patre comprobatum est* rell. Dal passo apprendiamo che solo a partire da un rescritto di Antonino Caracalla, il ripudio della nuora da parte del *pater familias* del marito non avrebbe prodotto l'effetto di sciogliere il matrimonio del *filius in potestate*. Nel diritto tardo classico, come attestato dalle *Pauli Sententiae*, si affermò il principio in virtù del quale il matrimonio non poteva essere sciolto, in alcun caso, per il semplice volere del *pater*: Paul. Sent. 2.19.2: *eorum qui in potestate patris sunt sine uoluntate eius matrimonia iure non contrahuntur, sed contracta non soluuntur* rell. In argomento vd. E. VOLTERRA, *Quelques observations sur le mariage des filifamilias*, in RIDA 1, 1948, 224 ss. e spec. 237 (= *Scritti giuridici. Con una nota di Mario Talamanca*, II. *Famiglia e successioni*, Napoli 1991, 108 ss. e spec. 121). Nel caso del *Phormio*, Demifone non poteva sciogliere in qualità di *pater* di Antifone il matrimonio da costui contratto ripudiando Fanio, poiché si trattava di un matrimonio contratto in esito ad una sentenza del tribunale a sua volta di applicazione di un istituto di diritto attico. Come specificheremo, dunque, questo matrimonio non poteva essere sciolto né sul piano sociale, né su quello giuridico, permanendo l'*affectio maritalis* dei coniugi.

²¹ Ter., *Phorm.* 396-398: DE. *Ita ut dicis. ego tum quom aduenissem qui mihi / Cognata ea esset, dicerem: itidem tu face: / Cedo qui est cognata?*

²² Ter., *Phorm.* 399-401: PH. *Dilucide expediui quibus me oportuit / Iudicibus: tum id falsum fuerat, filius / Quor non refellit?*

²³ Ter., *Phorm.* 403-406: PH. *At tu qui sapiens es magistratus adi / Iudicium de eadem causa iterum ut reddant tibi: / Quandoquidem solus regnas et soli licet / Hic de eadem causa bis iudicium adipiscier.*

riferire il commento di Donato relativo a questi versi alle *legis actiones* e non al processo formulare come si dovrebbe, appare non corretto. In secondo luogo, arrivati a questo punto, il discorso sul processo viene abbandonato; infatti, con questa battuta di Formione, relativa al divieto del *bis in idem* (*de eadem causa bis iudicium adipiscier*) il dialogo prosegue con la seguente considerazione di Demifone. Egli, se da un lato si rassegna al fatto di avere subito una sentenza ingiusta, dall'altro, non rinuncia a tentare di battere un'altra strada per infirmare il matrimonio e chiede a Formione cinque mine, a titolo di dote di Fanio.²⁴

Questa battuta è funzionale al raggiungimento di un effetto comico: il parassita Formione veste ora i panni del *bonus vir* romano e spiega a Demifone, che invece appare un uomo dissoluto, che l'assegnazione della *ἐπίκληρος* non si può tradurre solo con il dare del denaro ad una donna, come se si trattasse di una prostituta. Piuttosto il senso dell'istituto era di permettere ad una cittadina libera di contrarre matrimonio e vivere virtuosamente con un uomo solo. Mentre Demifone vorrebbe impedirlo, trattando Fanio come una prostituta, pagandola cinque mine: ma ormai il padre di Antifone deve rassegnarsi: quello che è fatto è fatto (*actum*), il matrimonio si è celebrato e non può più essere sciolto, sarebbe vano ogni sforzo di Demifone (*ne agas*):

Ter., *Phorm.* 413-420: PH. *Itan tandem quaeso, item ut meretricem ubi abusus sis, / Mercedem dare lex iubet eī atque amittere? / An, ut nequid turpe ciuis in se admitteret / Propter egestatem, proxumo iussast dari, / Vt cum uno aetatem degeret? quod tu vetas. / DE. Ita proxumo quidem: at nos unde? Aut quam obrem? PH. Ohe, / 'Actum' aiunt 'ne agas'. DE. Non agam? immo haud desinam / donec perfecero hoc. PH. Ineptis. DE. Sine modo.*

Alla luce della ricostruzione che abbiamo proposto, dunque, ciò che deve considerarsi come definitivamente avvenuto (*actum*) è il matrimonio, non la sentenza. Sia perché se il matrimonio non vi fosse stato, la sentenza avrebbe potuto essere eseguita anche in altro modo, ossia dando una dote a Fanio affinché costei si sposasse con un terzo; sia perché, come già detto,²⁵ la sentenza che concludeva la procedura della *ἐπίδικασία* non era in sé definitiva e irretrattabile tanto da potere essere qualificata '*res acta*', ma impugnabile da parte di un altro pretendente.

È esatta, pertanto, l'intuizione di Liebs e Marrone,²⁶ i quali hanno rettamente inteso che è da considerare *actum* nel racconto di Terenzio il matrimonio e non il processo il quale, aggiungiamo noi, sarebbe da identificare dal punto di vista della commedia non con le *legis actiones*, ma con il processo formulare, dato il riferimento tecnico all'attività magistratuale di concedere la formula (*reddere iudicium*).

Solo che i due studiosi hanno ritenuto che il matrimonio fosse intangibile solo sul piano sociale, non giuridico. Invece, a nostro avviso il matrimonio tra Fanio e Antifone era intangibile, perdurando l' *affectio maritalis* tra i coniugi, proprio sul piano giuridico, poiché era

²⁴ Ter., *Phorm.* 407-410: DE. *Etsi mihi facta iniuriast, uerum tamen / Potius quam litis secter aut quam te audiam / Itidem ut cognata si sit, id quod lex iubet / Dotis dare, abduce hanc, minas quinque accipe.*

²⁵ *Supra*, nt. 19.

²⁶ D. LIEBS, *Die eigentliche Bedeutung von actum agere*, cit., 103 s.; M. MARRONE, *Agere lege, formulae e preclusione processuale*, cit., 30 nt. 29 [= 476 nt. 29].

avvenuto in attuazione di una sentenza e nessuno avrebbe più potuto scioglierlo, a meno che un altro pretendente assegnatario dell'ἐπίκληρος avesse chiesto la riapertura del caso e avesse ottenuto una nuova sentenza con la quale fosse stata disposta un'altra assegnazione della donna.

Proprio in questa ottica assume la dovuta pregnanza la considerazione del matrimonio del figlio di Demifone come definitivo (*actum*) da parte di Formione: esso è definitivo proprio sul piano giuridico, prospettiva dalla quale il discorso viene condotto.

Infine, che con la locuzione '*actum*' *aiunt*' *'ne agas*' Terenzio non avesse voluto riferirsi al giudicato ma al matrimonio è dimostrato anche da un altro riscontro interno al *Phormio*, sfuggito all'attenzione degli studiosi:

Ter., *Phorm.* 455-456: HE. *Mihi non videtur quod sit factum legibus / Rescindi posse rell.*

La battuta è pronunciata da Egione, un personaggio minore, con riferimento alle *nuptiae* tra Fanio e Antifone. Egli dice che, a suo avviso, ciò che è stato fatto in conformità delle leggi non può essere rescisso.²⁷ La battuta conferma come sia il matrimonio contratto da Fanio e Antifone conformemente alle leggi ateniesi e non la sentenza, da considerare irretrattabile nell'ottica della commedia.

2.3. Alla luce di questa ricostruzione possiamo adesso accostarci al commento di Elio Donato:

Donat., *Ad Ter. Phorm.* 2.3.72 [WESSNER, II, 454]: *ACTVM AIVNT N. A. 'aiunt' dicimus, cum prouerbium significamus. acta res est, de qua sententia prolata est.*

Nel commento di Donato la *res acta* coincide con la controversia in relazione alla quale è stata pronunciata la sentenza e, come accennato, da questo commento si è voluta trarre la conseguenza che nelle *legis actiones* l'effetto preclusivo si sarebbe prodotto solo dalla conclusione del rito con l'emanazione della sentenza: ma tale conclusione non trova adeguato sostegno nella fonte.²⁸

Innanzitutto, nei versi oggetto del commento, Terenzio intendeva riferirsi non al processo (che in ogni caso sarebbe da identificare per il diritto romano con il processo formulare e non con le *legis actiones*) ma al matrimonio quale atto ormai compiuto e intangibile. Di conseguenza il riferimento da parte di Donato al rito concluso da una sentenza deve essere considerato frutto di un fraintendimento del *Phormio*, o quanto meno di una libera interpretazione del testo terenziano.

²⁷ Il passo è considerato sotto il profilo della *restitutio in integrum* da P. SCIUTO, *Concetti giuridici e categorie assiomatiche: l'uso di rescindere nell'esperienza di Roma antica*, Torino 2013, 40 nt. 36, con letteratura.

²⁸ D. LIEBS, *Die eigentliche Bedeutung von actum agere*, cit., 102, dubita dell'esattezza del commento di Donato a *Phorm.* 419 e ridimensiona la portata probatoria delle affermazioni del grammatico di età costantiniana. Un atteggiamento significativamente molto cauto si riscontra anche in M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza*, cit., 99: «La tesi, che sosteniamo, riceverebbe una conferma definitiva e incontestabile, se potessimo dare pieno credito a Donato, tardo annotatore delle opere di Terenzio (metà del IV sec.), la cui testimonianza non può – d'altra parte – essere priva di qualsiasi peso».

Che poi Donato abbia inteso riferirsi all'efficacia preclusiva del giudicato non deve stupire considerato che, come tutti sanno, nelle *cognitiones extra ordinem* – l'unico rito processuale di fatto applicato ai tempi in cui Donato scriveva – si applicava esattamente questo principio, considerata la mancanza della *litis contestatio* e della bipartizione tipica del processo formulare.

In ogni caso, quanto scrive Donato, ossia che la *res acta* coincideva con il giudicato, è senz'altro vero; ciò anche con riferimento alle *legis actiones*, specie se si attribuisce al giudicato in questo rito non solo un'efficacia esclusiva o preclusiva in negativo, ma un'efficacia pregiudiziale o 'normativa', se non addirittura costitutiva, in positivo.²⁹

Tuttavia, commetteremmo un salto logico se volessimo collegare al solo giudicato l'effetto preclusivo.³⁰ Naturalmente, una volta intervenuto il *iudicatum*, la *legis actio* non era più ripetibile ovvero, se ripetuta, il giudicato avrebbe prodotto effetti normativi; ma, viceversa, il passo di Elio Donato non dice che l'effetto preclusivo produceva solo a partire dal giudicato. Questa fonte non è in grado, dunque, di fornire alcuna base testuale alla tesi che riconduce nelle *legis actiones* l'effetto preclusivo unicamente al giudicato.

2.4. Neanche altri commenti di Donato ad altrettanti luoghi terenziani sono dotati di tale efficacia probatoria. Innanzi tutto non giova addurre il seguente commento ad un verso degli *Adelphoe*. Riportiamo i passi uno di seguito all'altro:

Ter., *Adelph.* 231-233: SA. *Nisi ad eo mercatum venio, damnum maxumumst / Nunc si hoc omitto ac tum agam ubi illinc rediero, / Nil est.*

Donat., *Ad Ter. Adelph.* 2.2.24.2 [WESSNER II, 51]: *ACTVM AGAM prouerbium, id est: nihil agam. quod enim in iure semel iudicatum fuerit, rescindi et iterum agi non potest sic in Phormione (II 3, 72) 'actum aiunt ne agas'.*

L'impiego di questo commento di Donato ai nostri fini trova un primo ostacolo di natura filologica. Infatti, sebbene il grammatico commenti le parole '*actum agam*', non è affatto sicuro che esse ricorressero nell'originale di Terenzio. Nell'edizione teubneriana dalla quale citiamo e in quella curata da Jules Marouzeau per i tipi de «*les belles lettres*», entrambe particolarmente rigorose sul piano filologico, infatti, troviamo le parole '*ac tum agam*'.³¹ Si capisce come possa essere stato facile per uno scriba unire la congiunzione *ac* all'avverbio *tum* per formare la parola *actum*; né possiamo escludere che essa ricorresse nel manoscritto a disposizione di Elio Donato, specialmente se esso era caratterizzato da una *scriptio continua*.

All'argomento filologico se ne aggiunge un altro sostanziale. La parola *actum* non ha ragion d'essere in *Adelph.* 232, perché ricorre già l'espressione '*nil est*' nel significato caratteristico di ciò per cui non vi è più nulla da fare, o non serve più a nulla adoperarsi. Piuttosto, la

²⁹ Su questi aspetti, vd. *infra*, nt. 68.

³⁰ Cfr. M. MARRONE, *L'effetto normativo della sentenza*, cit., 18: «è certo e incontrastato che il diritto romano collegava alla sentenza (e, ancor più, alla semplice *litis contestatio*) effetto esclusorio, giusta la nota massima '*bis de eadem re ne sit actio*'».

³¹ Un vago accenno alla questione è presente in D. LIEBS, *Die eigentliche Bedeutung von actum agere*, cit., 105 e nt. 7.

struttura del verso è simmetrica: la congiunzione *ac* e l'avverbio di tempo *tum* si riferiscono al futuro semplice *agam*, come la congiunzione temporale *ubi* e l'avverbio di moto da luogo *illinc* si riferiscono al futuro anteriore *rediero*. Ancora, *tum* e *ubi* sono correlati nel tipico significato latino temporale traducibile in italiano con 'allora ... nel momento in cui' ovvero 'allora ... quando' o anche con 'se allora'.

Il significato della battuta pronunciata dal lenone *Sannio* è dunque il seguente: se io ora trascuro la vicenda (*nunc si hoc omitto*) e me ne occuperò allora (*ac tum agam*) quando sarò tornato lì da quei luoghi (*ubi illinc rediero*) non ci sarà più niente da fare (*nil est*).

Concludiamo relativamente al passo di Terenzio tratto dagli *Adelphoe*. Ammesso che qui ricorra l'espressione '*actum agam*' la quale, come detto, non si giustifica né sul piano filologico né su quello contenutistico, essa indica solo in maniera generica ciò per cui non vi è più nulla da fare.

Volgiamoci adesso al commento di Elio Donato. Egli richiama il giudicato sull'esempio del *Phormio*, ma ciò appare incongruo sia perché negli *Adelphoe* non ricorre neppure un riferimento alla *res acta*, sia perché, ammesso che questo riferimento sia presente, esso è assolutamente estraneo al campo processuale. Invero, anche nel *Phormio* la *res acta* non è la sentenza ma il matrimonio, e solo il punto di vista (per noi errato) di Elio Donato sul *Phormio* ha inficiato anche l'interpretazione di questo passo degli *Adelphoe*.

Simili riflessioni possiamo svolgere con riferimento a:

Ter., *Andr.* 464-465: My. *O Iuppiter / Quid ego audio? Actumst, siquidem haec uera praedicat.*

Donat., *Ad Ter. Andr.* 3.1.7.2 [WESSNER I, 159]: *ACTVM EST Haec res secundum ius ciuile dicitur, in quo cauetur, ne quis rem actam apud iudices repetat. sic ipse in Phormione (II 3,72) 'actum aiunt ne agas'.*

Anche nell'*Andria* Terenzio impiega l'espressione '*actum est*' in senso generico e non tecnico-giuridico per indicare qualcosa per la quale non vi è più nulla da fare. Tanto più nel nostro caso, nel quale l'espressione segue una invocazione a Giove. Anche qui il richiamo di Elio Donato al *Phormio* e al fatto che in questa commedia la *res acta* indichi il giudicato, dimostra ancora di più che una errata interpretazione del testo *Phormio* abbia inficiato anche l'interpretazione di altre commedie su questo punto.

2.5. In conclusione, crediamo che le testimonianze di Elio Donato di solito addotte a fondamento della tesi per la quale nelle *legis actiones* l'effetto preclusivo si sarebbe prodotto solo a partire dal *iudicatum*, non siano affidabili. Non vi è alcun dubbio che una volta intervenuta, la sentenza fosse una *res acta*;³² tuttavia i passi del grammatico di età costantiniana che abbiamo indagato, e tanto meno le commedie di Terenzio alle quali essi si riferiscono, sono in grado di attestare che nelle *legis actiones* l'effetto preclusivo si producesse a partire

³² Alla quale, peraltro, si attribuivano effetti normativi che ne permettevano una opponibilità *erga omnes*, come sostenuto da M. MARRONE, *Dal divieto di agere acta*, cit., 19-21 [= 647-649]. Tuttavia, nel senso di un temperamento della pregiudizialità della sentenza delle *legis actiones* nei confronti solo di alcuni e non di tutti i terzi, vd. G. PUGLIESE, *s.v.*, *Giudicato civile (storia)*, cit., 732 s.

dal giudicato e non da un momento precedente. La tesi in questione [*sub* (1)] va pertanto scartata perché priva di adeguata base testuale.

A riprova di quanto sosteniamo, crediamo di potere addurre un principio parallelo, valido nei *iudicia populi*, anch'essi caratterizzati dalla pronuncia di *legis actiones* in virtù dell'univocità della nozione di *agere* valida per l'età repubblicana.³³

Anche nei *iudicia populi*, infatti, non occorre attendere il giudicato affinché si verificasse l'effetto preclusivo, infatti, secondo una testimonianza di Cicerone, preziosa in ordine alla ricostruzione del procedimento innanzi al comizio centuriato, esisteva un divieto di riproporre l'accusa da parte del magistrato nel caso in cui, per un qualunque motivo, la sentenza non poteva essere pronunciata nel giorno stabilito. Pur in assenza di giudicato, il processo comiziale una volta instaurato non avrebbe più potuto essere ripetuto a prescindere dalla sentenza:

Cic., *de domo sua*, 17.45: ... *denique etiam, si qua res illum diem aut auspiciis aut excusatione sustulit, tota causa iudiciumque sublatum est* rell.³⁴

3. Addirittura a maggiori difficoltà, data l'inconsistenza del dato testuale, si va incontro ove si voglia proiettare sulle *legis actiones* l'effetto preclusivo proprio della *litis contestatio* formulare.³⁵

Diciamo subito che si tratta di una presa di posizione che in dottrina si giustifica più che sul dettato del fonti, sull'applicazione alle *legis actiones* di un effetto tipico della *litis contestatio*

³³ La riconducibilità dell'*agere cum populo* in funzione giudiziaria alla pronuncia di *legis actiones* è dimostrata specificamente da R. SANTORO, *Actio in diritto antico*, in *Poteri negotia actiones. atti del convegno di diritto romano. Copanello 12-15 maggio 1982*, Napoli 1984, 208-214 (= *Scritti minori*, I, cur. M. VARVARO, Torino 2009, 304-310).

³⁴ In dottrina si sono espressi in senso dubitativo circa la capacità del passo di attestare un principio di preclusione processuale a prescindere dalla sentenza: M. MARRONE, *Agere lege, formulae e preclusione processuale*, cit., 30 nt. 28 [= 476 nt. 28]; D. LIEBS, *Die Klagenkonsumption*, cit., 174 s., il quale comunque, di fronte all'alternativa se il processo comiziale dovesse solo interrompersi, ovvero se, una volta interrotto, non potesse neppure più essere riproposto, propende per quest'ultima soluzione, sulla base del parallelo rappresentato da due processi di *perduellio*. In questi casi, comunque, ferma restando la non reiterabilità del processo capitale innanzi al popolo, il magistrato avrebbe potuto tentare un processo multaticio. In senso più deciso, invece, si è espresso uno dei massimi esperti del processo criminale romano: B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*², Milano 1998, 87: «l'aggiornamento della votazione ad una data successiva a quella fissata è escluso: se per qualunque motivo la sentenza non può essere pronunciata nel giorno stabilito, il processo si conclude e il magistrato non può più riproporlo». Similmente, G. VALDITARA, *Lo stato nell'antica Roma*, Soveria Mannelli 2008, 204, con riferimento ai *iudicia populi*: «se non fosse stato possibile per un qualsiasi fatto pronunziare la sentenza nel giorno previsto, non era consentita la dilazione della causa e il processo si concludeva, non potendosi peraltro più riproporre l'accusa in un nuovo giudizio». In passato, già TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, 170 e nt. 5, pensava che in caso di mancata pronuncia della sentenza «die Anklage damit beseitigt ist». Secondo lo studioso, la regola che impediva di riproporre un processo comiziale interrotto senza che fosse intervenuta la sentenza, era di natura consuetudinaria e veniva attuata attraverso l'*intercessio* tribunizia. Questo spiegherebbe perché talvolta essa non venisse applicata, come nel caso del processo intentato nei confronti di M. Manlio innanzi ai comizi centuriati in occasione del quale, come attestato da Liv. 6.20.11, l'udienza nella quale avrebbe dovuto essere emanata la sentenza venne rinviata.

³⁵ Come propongono gli studiosi citati *supra*, nt. 3.

formulare.³⁶ Tuttavia, contro tale opinione militano gravi argomenti e forti ostacoli, ma prima di passarli in rassegna conviene muovere proprio dai testi.

Non deve stupire che le fonti nulla dicano circa gli effetti della *litis contestatio* nelle *legis actiones* e, in particolare, circa gli effetti preclusivi, considerato che la stessa struttura e natura della *litis contestatio* nelle *legis actiones* è avvolta da una fitta nebbia.

Le uniche testimonianze utili sono tre lemmi festini; ma solo una di queste voci, e purtroppo la meno ricca di informazioni, è riferibile con certezza alle *legis actiones*.

Ed infatti, la voce ‘*Contestari litem*’ è di dubbia riferibilità alle *legis actiones*, in virtù di un accenno in essa presente al *iudicium* e all’*ordinatio iudicii* che sembrano relativi al programma di giudizio formulare.³⁷

Anche la voce ‘*Reus*’³⁸ informa solamente della circostanza che è reo colui il quale, da attore o convenuto, è legato alla controparte tramite la *litis contestatio* (*qui cum altero litem contestatam habet*); manca ogni informazione circa la struttura della *litis contestatio*, prima ancora di uno specifico riferimento ad un rito processuale piuttosto che ad un altro.

Resta il solo lemma ‘*Contestari*’³⁹ utile al fine di ricostruire i caratteri della *litis contestatio* nelle *legis actiones*; ma da esso apprendiamo unicamente che attore e convenuto riferivano ai testimoni la solenne invocazione «*testes estote*» con la quale li invitavano ad attestare i *verba* che erano stati pronunciati e i *gesta* che erano stati compiuti *in iure*.

Ma al di fuori della solenne invocazione dei testimoni, l’unico dato sul quale si registra

³⁶ Con specifico riferimento agli effetti preclusivi della *litis contestatio* formulare si vd.: E. I. BEKKER, *Die processualische Consumption im classischen römischen Recht*, Berlin 1853, 97; A. GUARNERI CITATI, *Ancora sugli effetti della litis contestatio nel procedimento formulare*, in BIDR 34, 1925, 163 ss.; L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana (trad. it. R. Orestano)*, Milano 1938, 172 ss.; C. A. MASCHI, *Il mistero del «condemnari oportere»*, in Labeo 10, 1964, 163 ss.; M. MARRONE, *Due interessanti testi di Pomponio: a proposito di preclusione processuale, litis contestatio e sentenza*, in *Mélanges Fritz Sturm offerts par ses collègues et ses amis à l’occasion de son soixante-dixième anniversaire*, I, Liège 1999, 365 ss. (= *Scritti giuridici*, II, cit., 685 ss.).

³⁷ Fest., s.v. ‘*Contestari litem*’ (L. 50 = M. I 57): *Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: testes estote*. L’accenno nel testo dell’epitome festina al *iudicium* parrebbe riferirsi al programma di giudizio formulare. Certi studiosi hanno escluso la riferibilità del testo alle *legis actiones*: M. WŁASSAK, *Die Litiskontestation im Formularprozess*, cit., 121 ss. [= 69 ss.], con ampie ed articolate riflessioni volte ad identificare il *iudicium* con la formula scritta; S. SCHLOSSMANN, *Litis contestatio. Studien zum römischen Zivilprozess*, Leipzig 1905, rist. Aalen 1972, 106 ss.; N. BELLOCCI, *I testimoni nella ‘litis contestatio formulare’*, in Studi Senesi, 3.1, 1963, 60 ss. Viceversa, in senso favorevole al riferimento del lemma alle *legis actiones*, ma solo in base all’argomento storico rappresentato dal fatto che, richiamandosi a Verrio Flacco e ricercando l’etimologia dei lemmi, Festo si sarebbe riferito ad un periodo nel quale erano ancora in vigore le *legis actiones*: G. JAHR, *Litis contestatio*, cit., 21 ss. e 61 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 389 ss.; J. G. WOLF, *Die litis contestatio im römischen Zivilprozess*, Karlsruhe 1968, 22 ss., secondo il quale il passo, originariamente coniato con riferimento ai giudizi divisorii, si potrebbe riferire sia al processo formulare sia alle *legis actiones*; F. BONIFACIO, s.v. “*litis contestatio*”, cit., 973 ss.; M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., 76 nt. 40, con ulteriore indicazione di letteratura, e 288 nt. 10.

³⁸ Fest.-Paul., s.v. ‘*Reus*’ (L. 336 = M. II 273): *Reus est, qui cum altero litem contestatam habet, sive his ꝑ egit sive cum eo actum est*.

³⁹ Fest., s.v. ‘*Contestari*’ (L. 34 = M. I 38): *Contestari est, cum uterque reus dicit: Testes estote*. La riferibilità del lemma festino alle *legis actiones* è dimostrata specificamente da N. BELLOCCI, *I testimoni nella ‘litis contestatio formulare’*, cit., 58 ss.

un certo accordo in letteratura,⁴⁰ restano irrisolte gravi questioni. A cominciare dall'individuazione dell'esatto momento in cui intervenivano i *testes*, in ordine ai quali è dubbio se fossero presenti e invitati a testimoniare fin dall'inizio della fase *in iure*, come noi siamo inclini a credere,⁴¹ ovvero se dovessero intervenire solo alla sua conclusione.⁴² Incerto è ancora quale fosse esattamente il loro ruolo, se di passiva assistenza ovvero, come a noi sembra più probabile, di attiva capacità di intervenire nel rito.⁴³

Essendo così dibattuti gli elementi costitutivi della *litis contestatio* nelle *legis actiones*, crediamo sia addirittura avventato, allo stato delle nostre conoscenze, avventurarsi ad individuarne gli effetti.

Ad ogni buon conto, vanno ricordati un paio di argomenti che sono stati considerati in dottrina ostativi alla possibilità di connettere alla *litis contestatio* nelle *legis actiones* gli effetti preclusivi all'instaurazione di una nuova azione *de eadem re*, come avviene nel processo formulare.

⁴⁰ Già nella manualistica, nella quale è abbastanza diffusa anche l'idea che il divieto del *bis in idem* si producesse proprio dalla *litis contestatio*: E. BETTI, *Corso di diritto romano*. I, cit., 454 s.; P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*⁵, Milano 1986, 174 ss.; F. PASTORI, *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*³, Milano 1992, 458; M. BRETONE, *Storia del diritto romano*⁶, Bari-Roma 1992, 94 nt. 97; A. BURDESE, *Diritto privato romano*⁴, Torino 1993, 86; A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli 2001, 172; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli 2006 rist., 112; V. MANNINO, *Introduzione alla storia del diritto privato dei Romani*, Torino 2011, 132 ss.; G. FRANCIOSI, *Corso istituzionale di diritto romano*⁴, Torino 2011, 71.

Circa i lavori specialistici dedicati all'argomento, si vd., senza pretese di completezza: R. DE RUGGIERO, *Idee vecchie e nuove intorno alla «litis contestatio»*, in BIDR 17, 1905, 149 ss., con discussione della precedente letteratura; L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, cit., 118 s.; C. GIOFFREDI, *Contributi allo studio del processo civile romano (note critiche e spunti ricostruttivi)*, Milano 1947, 50; G. I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II, cit., 311 ss., con valutazione critica della precedente letteratura; A. BISCARDI, *Quelques observations sur la litis contestatio*, cit., 159 ss.; ID., *La «litis contestatio» nella procedura «per legis actiones»*, cit., 467 ss.; ID., *La litis contestatio nell'ordo iudiciorum*, cit., 13 ss.; F. BONIFACIO, *Appunti sulla natura della litis contestatio nel processo formulare*, in *Studi Albertario*, I, Milano 1953, 85 nt. 1; ID., *s.v. «litis contestatio»*, cit., 973 ss.; G. JAHR *Litis contestatio*, cit., 66 ss.; H. LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris 1960, 188 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 389 ss.; ID., *L'actio e la «litis contestatio» nella storia del processo romano*, in *Studi Liebman*, Milano 1979, 435 ss. (= *Scritti giuridici scelti*, I, Napoli 1985, 421 ss. da cui citiamo) (= *Actio - contestatio litis in diritto romano*, in *Apollinaris* 52, 1979, 80 ss.); N. BELLOCCI, *La genesi della «litis contestatio»*, cit., 7 ss.; J. G. WOLF, *Die litis contestatio*, cit., 28 ss., 39 ss.; M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., 70 ss.

⁴¹ Cfr., *infra*, nt. 76.

⁴² Secondo P. COLLINET, *Contributions à l'histoire du droit romain*. II, cit., 536 ss., la *litis contestatio* non sarebbe affatto consistita in una formale invocazione di testimoni, ma nell'impegno reciprocamente preso dalle parti di rispettare la sentenza, pertanto i testimoni sarebbero intervenuti solo alla fine della fase *in iure*. R. DE RUGGIERO, *Idee vecchie e nuove intorno alla «litis contestatio»*, cit., 183 ss., è favorevole alla presenza dei testimoni all'inizio della fase *in iure* e prima della *litis contestatio*. Secondo G. JAHR *Litis contestatio*, cit., 59 ss., la chiamata dei testimoni doveva avvenire all'inizio della fase *in iure* e non alla sua conclusione, come aveva sostenuto a suo tempo Wlassak in numerosi lavori dedicati all'argomento. Anche ad avviso di C. ST. TOMULESCU, *Problèmes de droit romain*, cit., 62 ss. e C. A. CANNATA, *Corso di Istituzioni di diritto romano*, I, Torino 2001, 293, con specifico riferimento alla *legis actio sacramenti in rem*, i testimoni erano presenti fin dall'inizio della fase *in iure*.

⁴³ Su questo aspetto si vd. diffusamente *infra* § 5.1.

In primo luogo, si è osservato⁴⁴ che se nelle *legis actiones* la *litis contestatio* consisteva semplicemente nella solenne invocazione di testimoni, mancava l'elemento dell'accordo in virtù del quale le parti nel processo formulare, convenendo sui termini del programma di giudizio (*iudicium*), si accordavano a sottostare alla sentenza che sulla base di esso sarebbe stata pronunciata.

Proprio la natura convenzionale della *litis contestatio* formulare giustifica la sua produzione di effetti preclusivi, tale natura invece è estranea alla *litis contestatio* delle *legis actiones*.⁴⁵

In secondo luogo, si consideri che mentre l'effetto preclusivo riguarda tutte le *legis actiones*, la *litis contestatio* doveva essere presente solo nelle *legis actiones* cosiddette dichiarative, mentre mancava in quelle cosiddette esecutive:⁴⁶ queste ultime non erano destinate a sfociare innanzi al giudice.⁴⁷

⁴⁴ Da parte di A. BISCARDI, *La «litis contestatio» nella procedura «per legis actiones»*, cit., 461 ss.; ID., *La litis contestatio nell'ordo iudiciorum*, cit., 13 ss. e 25 ss., il quale svolge approfondite riflessioni volte a negare la presenza dell'elemento consensualistico nella *litis contestatio* delle *legis actiones*. Secondo lo studioso, non potrebbe rinvenirsi alcuna forma di accordo né sull'oggetto della controversia, né sulla nomina del giudice che, a partire dalla *lex Pinaria* sarebbe intervenuta dopo trenta giorni, e quindi al di fuori, della *litis contestatio*. G. JAHR *Litis contestatio*, cit., 63 ss.; F. BONIFACIO, *s.v. «litis contestatio»*, cit., 973 ss. Si vd. anche le riflessioni di G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 395 ss., il quale proprio in virtù della mancanza dell'elemento consensualistico nella *litis contestatio* delle *legis actiones* esclude che quest'ultima potesse produrre effetti preclusivi ed estintivi.

⁴⁵ La natura convenzionale, addirittura contrattuale, della *litis contestatio* fin dalle *legis actiones*, è stata sostenuta, in opposizione alla ricostruzione di F. L. KELLER, *Ueber litis contestation und Urtheil nach classischem Römischen Recht*, Zürich 1827, 5 ss., da M. WLASSAK, *Die Litiskontestation im Formularprozess*, cit., 55 ss. [= 3 ss.]. Tuttavia, si tratta di una posizione rimasta isolata in letteratura e che, per quello che abbiamo potuto constatare, è stata accolta in Germania da O. LENEL, *Die Form der Litiscontestation im Formularprozess*, in ZSS 15, 1894, 374 ss., e in Italia da G. I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II, cit., 311 ss., il quale è dell'avviso che fin dalle *legis actiones* la *litis contestatio* altro non sarebbe che l'accordo delle parti sul *iudicium*, come nel processo formulare e, allo stesso modo del processo formulare, anche nelle *legis actiones* sarebbero esistiti sia il *iussus iudicandi* sia la cd. *datio actionis* magistratuale. In senso critico, si vd. le condivisibili osservazioni di G. PUGLIESE, *Rec. di G. I. LUZZATTO, Procedura civile romana*, in IVRA I, 1950, 419. Ci sembra significativo sottolineare che lo stesso M. WLASSAK, *Anklage und Streitbefestigung. Abwehr gegen Philipp Lotmar*, Wien 1920, 9 ss., ha finito per ammettere che il *litem contestari* nelle *legis actiones* non avrebbe mai assunto la forma di accordo.

⁴⁶ Come noto Gaio non distingue propriamente tra *legis actiones* dichiarative ed esecutive, piuttosto, se si vuole trovare un criterio di distinzione interno alla rappresentazione gaiana, può credersi, come notato da B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palermo 1987, 15 s., che Gaio abbia prima discorso delle *legis actiones* dialogiche (Gai 4.13-20), caratterizzate dal contrapporsi delle dichiarazioni di entrambe le parti e che, comunemente, si ritengono coincidenti con le *legis actiones* cosiddette dichiarative: esse, peraltro, prosegue Albanese, sarebbero state esposte da Gaio anche in ordine cronologico. Successivamente Gaio tratta (Gai 4.21-29) delle *legis actiones* nelle quali era solo l'attore a parlare, le *legis actiones* cosiddette esecutive.

⁴⁷ In questo senso si sono espressi: G. I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II, cit., 316 s.; A. BISCARDI, *La litis contestatio nell'ordo iudiciorum*, cit., 13 ss.; G. PUGLIESE, *L'«actio» e la «litis contestatio» nella storia del processo romano*, cit., 421 ss. Diversamente, secondo F. BONIFACIO, *Appunti sulla natura della litis contestatio*, cit., 85 nt. 1, non vi sarebbe ragione di negare la presenza della *litis contestatio* anche nelle *legis actiones* cosiddette esecutive, poiché, non avendo questo atto natura di compromesso, lo studioso non scorge la ragione per la quale esso dovesse ricorrere solo nelle azioni di accertamento, nelle quali le parti dovevano mettersi d'accordo sugli esatti termini della controversia tra loro esistente. Tuttavia, ci permettiamo di osservare che resterebbe poco

È per questa ragione, forse, che è stata elaborata⁴⁸ una variante di questa teoria e si è sostenuto che l'effetto preclusivo si connettesse non alla *litis contestatio*, ma all'atto conclusivo del procedimento *in iure*. Solo che in questo caso si va incontro alla difficoltà di capire se esistesse, e in cosa eventualmente consistesse, tale atto formale di chiusura della fase *in iure* delle *legis actiones*.

Si è pensato sia ad una *datio iudicis*, sia ad una cd. *datio actionis* o *iudicii*,⁴⁹ ovvero ancora ad una *addictio iudicii*,⁵⁰ quali atti di chiusura della fase *in iure* distinti dalla *litis contestatio*. Inoltre, esiste pure la difficoltà di capire se tali atti erano distinti ovvero parte di un unico provvedimento magistratuale di chiusura della fase *in iure*.⁵¹

Ma ognuno vede che, a prescindere dalla soluzione che si intende adottare, anche ad accogliere questa variante e credere che l'effetto preclusivo si producesse non dalla *litis contestatio* ma da un atto formale, di chiusura della fase *in iure*, comunque non si supererebbe né

chiara la funzione della *litis contestatio* in casi del genere, nei quali i testimoni non sarebbero serviti da mezzo di prova nella successiva fase *apud iudicem*, ma già *in iure*. Tuttavia, *in iure* doveva bastare la presenza del magistrato, come nel caso di *legis actiones* non contenziose destinate a concludersi innanzi al magistrato giudicante come la *in iure cessio* e la *manumissio vindicta*, i cui riti non prevedevano la presenza dei testimoni.

Similmente, non crediamo di potere condividere il punto di vista di N. BELLOCCHI, *La genesi della «litis contestatio»*, cit., 46., a dire della quale nelle azioni esecutive, specialmente nella *legis actio per manus iniectionem*, non si porrebbero problemi di *bis in idem*, poiché sarebbe mancato il soggetto nei confronti del quale esercitare la seconda azione, dato che il debitore convenuto sarebbe stato *addictus* o venduto *trans Tiberim*. Eppure, il problema si pone nel caso in cui l'attore avesse errato nel pronunciare il formulario descritto in Gai 4.21: l'azione poteva essere interrotta ed, eventualmente, ripetuta nei confronti del debitore che ancora non era stato né *addictus* né venduto *trans Tiberim*? Noi non crediamo, perché a volerlo ammettere si dovrebbe anche ammettere che l'attore avrebbe beneficiato di un indebito vantaggio, contraddicendo il formalismo caratteristico delle *legis actiones*. Del resto, si tratta di capire anche cosa poteva succedere nel caso di intervento del *vindex*. Se costui fosse stato assolto, il creditore avrebbe di nuovo potuto agire nei confronti del debitore originario? Nessuno potrebbe sostenerlo. Ma anche nell'ipotesi in cui il *vindex* fosse risultato soccombente, sottoposto a *manus iniectio* e avesse sua volta nominato un *vindex*, il creditore avrebbe potuto ripetere la *manus iniectio* contro il debitore originario? Anche in questo caso noi crediamo di no, ma per ammetterlo occorre naturalmente postulare l'operatività dell'effetto preclusivo e del connesso divieto del '*bis in idem*' anche nelle azioni esecutive e anche in assenza di *litis contestatio*.

⁴⁸ Cfr. M. MARRONE, *Agere lege, formulae e preclusione processuale*, cit., 38 [= 484].

⁴⁹ Per la *datio iudicis*: O. CARRELLI, *La genesi del procedimento formulare*, Milano 1946, 67 ss.; H. LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, cit., 202 s. e 323 ss.; G. JAHR, *Litis contestatio*, cit., 74 ss. Per la cd. *datio actionis* o *iudicii*: E. I. BEKKER., *Über Anfang und Ende des "in iure" Verfahrens*, cit., 5; I. BUTI, *Il «praetor» e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli 1984, 91 ss.; M. KASER, *Zum Formproblem der litis contestatio*, cit., 17 ss. e 21; ID., *'Ius honorarium' und 'ius civile'*, in ZSS 101, 1984, cit., 58 nt. 281; M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 76.

⁵⁰ G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz 1957, 9 ss.; G. JAHR, *Litis contestatio*, cit., 74 ss. e 84 ss.; O. BEHRENDTS, *Der Zwölfafelprozess. Zur Geschichte des römischen Obligationenrechts* Göttingen 1974, 59 ss. Si rinvia invece nel pensiero di Wlassak il diniego della rilevanza al *iussum iudicandi* come atto autonomo di instaurazione della *lis*; sarebbe stata solo la *litis contestatio* a legittimare la nomina del giudice e il conferimento dell'incarico di giudicare: M. WLASSAK, *s.v. Accipere iudicium*, in PWRE 1, Stuttgart 1894, 141; ID., *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse. Mit Beiträgen zur Scheidung des privaten und öffentlichen Rechtes*, Wien 1921, 13 s.

⁵¹ G. I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II, cit., 321, pensa che la fase *in iure* delle *legis actiones* si chiudesse con tre atti distinti: una *datio iudicis*, un *iussum iudicandi* rivolto al giudice e una *datio iudicii*. Diversamente G. JAHR, *Litis contestatio*, cit., 74 ss. e 226 s., individua nella *datio iudicis* comprensiva della *addictio iudicii* l'unico atto conclusivo della fase *in iure* delle *legis actiones*.

l'ostacolo rappresentato dal fatto che si trattava di un atto privo di contenuto convenzionale, in quanto emesso dal pretore *in iure* e imposto alle parti; né si supererebbe l'ostacolo consistente nel fatto che un tale atto di chiusura della fase *in iure* resta pur sempre concepibile per le *legis actiones* contenziose destinate a sfociare in una fase *apud iudicem* e, pertanto, ancora una volta mancherebbe nelle *legis actiones* cosiddette esecutive.

Le riflessioni che abbiamo appena svolto ci spingono, dunque, a rigettare anche questa seconda tesi, secondo la quale la *res acta* nelle *legis actiones* si sarebbe configurata al momento della *litis contestatio*, la quale in ipotesi avrebbe prodotto, come nel processo formulare, gli effetti preclusivi all'instaurazione di una nuova azione *de eadem re*.

4. Le ragioni di dubbio sopra esposte rendono inaccoglibili sia la tesi che collega l'effetto preclusivo nelle *legis actiones* alla sentenza, sia la tesi che lo riferisce alla *litis contestatio*. A nostro avviso sono nel giusto quegli studiosi⁵² secondo i quali la *res acta* coincideva con la *legis actio* una volta intentata e l'effetto preclusivo discendeva direttamente all'*agere*.

Nelle *legis actiones* l'impossibilità di ripetere una lite *de eadem re* tra le stesse parti⁵³ doveva determinarsi fin dagli inizi del rito e, specialmente, fin dalla pronuncia solenne dei *verba* che, una volta proferiti, non sarebbero stati enunciabili una seconda volta. L'*actio* una volta intentata avrebbe consumato il potere di agire tra le parti *de eadem re* come, a nostro avviso, attesta Gaio:

Gai 4.108: *Alia causa fuit olim legis actionum: nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat.*

Se ci liberiamo dalla lettura preconcepita secondo la quale la *res acta* coincide con il giudicato e, di conseguenza, l'inciso '*actum erat*' nel passo di Gaio indicherebbe la lite già definita dalla sentenza o dalla *litis contestatio*, esso attesta come nelle *legis actiones* era il fatto in sé di avere intentato l'*actio* a produrre una *res acta*.

L'aver agito una prima volta da parte dell'attore gli avrebbe impedito, *ipso iure*,⁵⁴ di

⁵² Indicati *supra*, ntt. 4-6.

⁵³ Le *legis actiones in personam* miravano alla soddisfazione del creditore e alla estinzione del credito: ciò spianava la strada alla operatività *ipso iure* del principio di preclusione processuale. Viceversa le azioni *in rem* miravano alla realizzazione e conservazione del diritto dell'attore; ciò comportò che solo in un secondo momento e per opera della giurisprudenza laica si applicasse anche a queste azioni il principio di preclusione processuale, peraltro in virtù dell'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* nel processo formulare. Il principio di preclusione processuale, comunque, non impediva che in certi casi l'azione reale potesse ripetersi anche tra le stesse parti in ordine allo stesso rapporto giuridico. La giustificazione è che con la prima azione il diritto reale (a differenza di quello di credito) non si era estinto e nelle fonti si sottolinea che se l'attore con la seconda azione invocava un titolo diverso, una *causa (petendi o actionis) alia e nova*, ciò impediva che le due fattispecie oggetto delle due azioni potessero considerarsi '*eadem res*': ne discende la possibilità di ripetere, in certi casi, da parte dell'attore già vittorioso una prima volta la *legis actio in rem* nei confronti dello stesso convenuto. Sul punto si vd., per tutti, M. MARRONE, *Agere lege, formulae e preclusione processuale*, cit., 31 ss. [= 477 ss.]; ID., *La ripetizione della rivendica formulare tra le stesse parti e il problema dell'eadem res*, in SDHI 64, 1998, 47 ss. (= *Scritti giuridici*, II, cit., 659 ss.).

⁵⁴ Resta da capire se la seconda azione *de eadem re* poteva essere bloccata dal pretore denegando l'azione (come sostenuto da A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit., 26 s.) ovvero se era il giudice, *ope iudicis*, a doversi pronunciare (così A. CORBINO, *Il caso di Visellio Varrone e Otacilia Lateranense (Val. Max. 8,2,2)*, in *Iuris Vincula. Studi Talamanca*, II, Napoli 2001, 265 nt. 64; ID., *Legis actiones ed eccezioni difensive*, in RHDfE 80, 2002, 393

agire un'altra volta, ovviamente nei confronti dello stesso convenuto e con riferimento ad una *eadem res*. Come messo bene in luce da Franco Bonifacio,⁵⁵ in Gai 4.108 '*actum ... erat*' è relativo a ciascuno degli atti solenni attraverso i quali il rito si svolge: ogni atto, una volta intentato, sarebbe stato irripetibile. Mentre, con l'interpretare l'inciso come relativo al momento in cui l'*actio* ha avuto il suo svolgimento *in iure*, si finirebbe per trasferire alle *legis actiones* caratteristiche proprie del processo formulare, in cui '*actum est*' coincide con la *litis contestatio*.⁵⁶

In conclusione, riteniamo di dovere accogliere l'idea secondo la quale gli effetti preclusivi nelle *legis actiones* si sarebbero verificati fin dalla pronuncia dei *certa verba* e dal compimento dei *gesta* prescritti, ossia per il fatto stesso del *lege agere*.

s.; ID., *Eccezione di dolo generale: suoi precedenti nella procedura 'per legis actiones'*, in *Eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, cur. L. GAROFALO, Padova 2006, 37 nnt. 49-50). La questione meriterebbe un livello di approfondimento ben maggiore di quello che possiamo qui permetterci e, per prima cosa, andrebbero studiati tutti i significati in cui l'espressione *ipso iure* compare nelle fonti giuridiche. Con riferimento alle sole Istituzioni di Gaio, ci pare, tuttavia che le ricorrenze della nostra espressione (Gai 2.58, 2.198, 3.81, 3.168, 3.181, 4.106, 4.112) non siano incompatibili con altrettante ipotesi di *denegare actionem*. Piuttosto, proprio al *denegare actionem* ci pare alluda la motivazione data da Gaio all'inciso *ipso iure* in Gai 3.181: *ipso iure agere non possim, quia inutiliter intendo* DARI MIHI OPORTERE. L'inutilità della *litis contestatio* si sarebbe potuta tradurre in termini processuali in un *denegare actionem* opposto dal magistrato giudicante all'attore che avesse insistito nel chiedere la concessione dell'azione; sul punto, in questo senso vd. già M. WŁASSAK, *Der Ursprung der römischen Einrede*, in *Festgabe der Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit in Österreich zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum von Leopold Pfaff*, Wien 1910, 38 nt. 80 (= Labeo 13, 1967, 256 s. nt. 80).

⁵⁵ F. BONIFACIO, *Riflessioni su Gai. 4.108*, cit., 405 s.

⁵⁶ Sotto il profilo della ripetibilità, le *legis actiones* contenziose si differenziavano dalle *legis actiones* negoziali le quali, se anche irregolarmente compiute, avrebbero potuto ripetersi fino alla esatta esecuzione del rito. La necessità di ripetere riti religiosi irregolarmente compiuti nel diritto romano di alta e media repubblica è chiaramente attestata dalle fonti. Esse rilevano anche in materia di *legis actiones* attese la loro stretta connessione con la religione (si pensi al *sacramentum*) ancora in età repubblicana matura. In Cic., *de harusp. resp.* 11.23 si ricorda che i *ludi ... non rite facti* dovevano essere ripetuti proprio per calmare la collera degli dei immortali. Similmente, in Liv., 22.9.9 si ricorda il caso di un *votum Marti ... non rite factum* che dovette essere compiuto daccapo e più solennemente. Ancora, Liv. 41.16.1 attesta che durante lo svolgimento delle *Latinae feriae* in occasione del sacrificio di una sola vittima il magistrato non aveva rivolto la preghiera per la salute del popolo romano: i pontefici decisero che le *feriae* dovessero essere ripetute, perché *non recte factae* a causa di questo vizio di forma. Anche Plut., *Coriolan.* 25.5 rileva, in quanto riferisce del costume dei romani di ripetere sacrifici, processioni e giochi anche per minimi intoppi nell'esecuzione del rito. Infine, in *Tab. Iguv.*, 1b 8 ss. [DEVOTO, 103] si dispone che nel caso di una *sacrificiorum intermissio* si sarebbe verificato un *vitium* che imponeva di prendere di nuovo gli auspici (*aves observato*) di ritornare di nuovo *ad portam Trebulanam* e di ripetere il rito.

A prescindere da queste fonti, comunque, nessuno dubita che una *legis actio* negoziale irregolarmente svolta potesse essere ripetuta tutte le volte necessarie a permettere al rito di realizzare l'effetto suo proprio (ed evitare la nullità che altrimenti la avrebbe afflitta come ogni altro negozio giuridico, cfr. S. DI PAOLA, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milano 1966, 72 ss.). Una diversa spiegazione del divieto di ripetere le *legis actiones* contenziose viene fornita da A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, I, Uppsala-Leipzig 1927, 300 ss, secondo il quale l'esperimento della *legis actio* consumava, in virtù della sua forza magica, il diritto sottostante con riferimento ai crediti, ma non ai diritti reali. In senso critico nei confronti di questa ricostruzione, troppo sottile forse per l'età arcaica, vd.: M. KASER, *Das altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen 1949, cit., 303 s.; M. MARRONE, *Agere lege, formulae e preclusione processuale*, cit., 21 nt. 11 [= 467 nt. 11], con indicazione di altra letteratura.

5. I risultati ai quali siamo pervenuti permettono di fornire una soluzione al problema rappresentato dalla dubbia esistenza del potere del magistrato giudicante di interrompere una *legis actio* caratterizzata da errori od omissioni da parte dell'attore.

Il problema è posto da due celeberrimi passi delle Istituzioni di Gaio dai quali apprendiamo che anche solo un minimo errore nello svolgimento del rito della *legis actio* avrebbe comportato la perdita della lite. Cominciamo da:

Gai 4.30 [KRÜGER-STUEDEMUND⁷]: *Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium uenerunt. namque ex nimia subtilitate ueterum qui tunc iura condiderunt eo res perducta est, ut uel qui minimum errasset, litem perderet.*

In virtù della *nimia subtilitas* dei *ueteres qui tunc iura condiderunt*⁵⁷ la parte che avesse commesso anche solo un minimo errore nel compimento della *legis actio* avrebbe perso definitivamente la lite.⁵⁸

Rileva ai nostri fini anche:

Gai 4.11 [KRÜGER-STUEDEMUND⁷]: *Actiones, quas in usu ueteres habuerunt, legis actiones appellabuntur uel ideo, quod legibus proditae erant ... uel ideo, quia ipsarum legum uerbis accommodatae erant et ideo inmutabiles proinde atque leges obseruabantur. unde eum, qui de uitibus succis ita egisset, ut in actione uites nominaret, responsum est rem perdidisse, cum debuisset arbores nominare eo, quod lex XII tabularum, ex qua de uitibus succis actio conpeteret, generaliter de arboribus succis loqueretur.*⁵⁹

⁵⁷ M. MARRONE, *Agere lege, formulae e preclusione processuale*, cit., 35 [= 481], identifica tali *ueteres* con giuristi pontefici (o, forse, i più antichi giuristi laici) del IV sec. a.C., in virtù della considerazione secondo la quale per «il tempo precedente alle XII Tavole nelle fonti si suole fare riferimento ai *mores* non ai *ueteres*». Sulle sfumature di significato che assume la parola '*ueteres*' in Gaio si vd.: B. ALBANESE, *La nozione del furtum fino a Nerazio*, in AUPA 23, 1953, 60; A. BISCARDI, *Postille gaiane*, in *Gaio nel suo tempo. Atti del simposio romanistico*, cur. A. GUARINO e L. BOVE, Napoli 1966, 18 ss.; F. GUIZZI, *Aspetti giuridici del sacerdozio romano. Il sacerdozio di Vesta*, Napoli 1968, 9 ss., ntt. 17 ss.; O. SACCHI, *Il privilegio dell'esenzione dalla tutela per le vestali* (*Gai. 1.145*). *Elementi per una datazione tra innovazioni legislative ed elaborazione giurisprudenziale*, in RIDA 50, 2003, 319 nt. 5, 327 ss. e nt. 26, 332 nt. 38; F. TERRANOVA, *Ricerche sul testamentum per aes et libram. I. Il ruolo del familiae emptor (con particolare riguardo al formulario del testamento librato)*, Torino 2011, 132 s. nt. 242, con ulteriore indicazione di letteratura.

⁵⁸ Come è reso palese dall'impiego delle espressioni '*litem perdere*' e '*rem perdere*' che, nel linguaggio delle Istituzioni di Gaio, indicano la soccombenza nell'azione (nel primo caso) e la perdita della pretesa, che non sarebbe stato più possibile far valere (nel secondo caso). Ciò accade nei casi di cd. *pluris petitio*, che, come noto, comporta la perdita definitiva della lite per l'attore: Gai 4.60: *Sed nos apud quosdam scriptum inuenimus, in actione depositi et denique in ceteris omnibus, ex quibus damnatus unusquisque ignominia notatur, eum qui plus quam oportet demonstrauerit, litem perdere ... dubitare non debemus, quin si quis in formula, quae in factum composita est, plures res designauerint quam deposuerit, litem perdat* rell.; Gai 4.68: *quo fit, ut si facta compensatione plus nummo uno intendat argentarius, causa cadat et ob id rem perdat*. Ancora, con specifico riferimento al significato di *rem perdere* quale perdita irrimediabile della lite cfr. Gai 4.123: *Obseruandum est autem ei cui dilatoria obicitur exceptio, ut differat actionem; alioquin si obiecta exceptione egerit, rem perdit* rell. e Gai 4.124: *... quodsi dissimulauerit eam et per cognitorem egerit, rem perdit*. Per altri riferimenti nelle fonti giuridiche si vd. D. 8.5.19 (Marc. 5 reg.); D. 12.5.2.2 (Ulp. 26 ad ed.).

⁵⁹ Non sono mancati dubbi circa la genuinità di entrambi i passi di Gaio citati nel testo: G. VON BESELER,

Alla luce di un atteggiamento di rigida osservanza delle formalità delle *legis actiones*, che deve risalire piuttosto indietro nel tempo,⁶⁰ era stato motivato (*cum debuisset...*) da parte dei giuristi,⁶¹ che aveva perso la pretesa l'attore che, in un caso di *uites succisae*, volendo attivare l'azione decemvirale prevista per le *arbores iniuria succisae* aveva nominato le *uites* in luogo delle *arbores*, poiché si era discostato dallo schema di *legis actio* previsto dalle XII Tavole,⁶²

Unklassische Wörter, in ZSS 57, 1937, 45, il quale segnala l'interpolazione di *nimia* in Gai 4.30; S. SOLAZZI, *Lodio per le «legis actiones» in Gai. 4.30*, in *Festschrift für Leopold Wenger*, II, München 1944, 49-55 [= *Scritti di diritto romano*, IV (1938-1947), Napoli 1963, 697-701, paginazione che abbiamo seguito]; ID., *Spigolature gaiane*, in SDHI 1, 1935, 265. Tuttavia, nel senso di una decisa difesa della genuinità dei passi in questione si sono espressi: A. BERGER, *Vi sono nei Digesti citazioni interpolate della legge delle dodici tavole? (Intorno alle pretese tendenze arcaiche di Giustiniano riguardo alle dodici tavole)*, in *Studi Riccobono*, I, Palermo 1936, 614 ss.; C. GIOFFREDI, *Rem ubi pacunt orato. (Per la critica del testo decemvirale)*, in BIDR 76, 1973, 291; ID., *Su Gai. 4.30*, in SDHI 44, 1978, 429 ss.; ID., *Su Gai. 4.11*, in *Studi Sanfilippo*, III, Milano 1983, 328; C. A. CANNATA, *Introduzione ad una rilettura di Gai 4.30-33*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, 4, Napoli 1984, 1880 ss. Nella stessa direzione vd. anche R. G. BÖHM, *Gaiusstudien*, III, Freiburg 1969, 175 ss., il quale dubita della genuinità della parola '*litem*' in Gai 4.30. Poiché negli apografi compaiono solo le lettere IT, ad avviso dell'autore esse dovrebbero sciogliersi con *totum*. Sebbene la ipotetica proposizione '*totum perderet*' non sposti di molto il significato rispetto alla lezione '*litem perderet*', specie ai nostri fini, segnaliamo che comunque la lezione *litem perderet* è quella seguita da parte di tutti gli editori. Inoltre, nell'*index notarum*, G. STUEDEMUND, *Gaii Institutionum commentarii quattuor codicis Veronensis denuo collati apographum confecit et iussu academiae regiae scientiarum Berolinensis edidit Guilelmus Studemund. Accedit pagina codicis Veronensis photographice efficta*, Leipzig 1874, rist. Osnabrück 1965, 273, segnala che IT va sciolto con *item*, mentre (305) *-tum* può derivare dallo scioglimento di una T seguita da un puntino o da un apostrofo, ovvero ancora sormontata da una linea, segni che invece nel Veronese mancano. In termini generali sui passi si è formata una letteratura copiosa, specie in ordine alla duplice appellatio fornita da Gaio delle *legis actiones* quali *Spruchklagen* e *Gesetzklagen*. Per non appesantire l'apparato di note ci siamo limitati a richiamare solo i lavori specificamente relativi alle questioni affrontate di volta in volta; ciò nonostante, per un chiaro ed esaustivo inquadramento delle questioni sollevate dai passi, ci sia permesso di rinviare a C. CASCIONE, *Lege agere e poena capitis: qualche spunto ricostruttivo*, in *Iuris vincula. Studi Talamanca*, I, Napoli 2001, 511 ss. (= *Studi di diritto pubblico romano*, Napoli 2010, 59 ss.).

⁶⁰ La logica del sistema delle *legis actiones*, infatti, induce a supporre tanto più rigoroso il rispetto delle prescritte modalità di svolgimento del rito quanto più indietro ci si spinge.

⁶¹ Alla luce del fatto che si è trattato di un responso motivato, M. MARRONE, *Agere lege, formulae e preclusione processuale*, cit., 33 [= 479] colloca l'episodio non prima del III sec. a.C. e, più precisamente, nella seconda metà di questo secolo, quando cominciò ad affermarsi con Tiberio Coruncanio [D. 1.2.2.35 e 38 (Pomp. *l. sing. enchiridii*)] la prassi del *publice profiteri* che implicava la motivazione dei responsi.

⁶² L'individuazione dell'esatto contenuto della previsione decemvirale è molto discussa. L'unico dato sul quale concordano gli studiosi è che le XII Tavole contenevano un'azione, forse da attivare con la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* (così S. MORGESE, *Taglio di alberi e 'latrocinium': D. 47,7,2*, in SDHI 49, 1983, 147 ss.) o forse con la *legis actio sacramenti in personam* e più tardi con la *legis actio per conductionem* (così: H. LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, cit., 187; A. M. GIOMARO, *La tipicità delle legis actiones e la nominatio causae*, Milano 1988, 64 ss.), volta a sanzionare la *succisio* di alberi altrui commessa *iniuria*: ma fuori da questo elemento regna l'incertezza. A partire dalla stessa denominazione '*actio de arboribus succisis*' atteso che manca ogni prova testuale di tale denominazione tecnica e in dottrina c'è chi preferisce discorrere più genericamente di agire *de arboribus succisis* come B. ALBANESE, *La nozione del furtum fino a Nerazio*, cit., 19 ss. Si trattò di un'azione *ex delicto*, ma sono state rilevate difficoltà in ordine alla riconduzione delle *arbores iniuria caesae* al delitto di *iniuria* semplice, per il quale era prevista la pena di 25 assi. G. PUGLIESE, *Studi sull'"iniuria"* I, Milano 1941, 37 s., ritiene che *iniuria* potrebbe indicare solo l'antigiuridicità del comportamento e non sarebbe una spia della qualifica tecnica del delitto di *iniuria*.

che discorrevano, appunto, di *arbores*.⁶³

La vicenda processuale narrata da Gaio – della cui storicità non vi è ragione di dubitare – doveva avere un valore paradigmatico agli occhi del giurista antonino, il quale era dell'avviso che le *vites* non fossero altro che una *species* di *arbores*,⁶⁴ in adesione ad un indirizzo interpretativo da tempo affermatosi e che aveva condotto alla estensione della nozione di *arbores* anche da parte della giurisprudenza.⁶⁵

In altri termini, la perdita della lite in virtù dell'impiego di una parola, '*vites*', il cui significato era compreso nella parola '*arbores*' che si sarebbe dovuta pronunciare in suo luogo, doveva apparire sintomatica dell'iniquità alla quale l'interpretazione giurisprudenziale in

Certo è che intorno al I secolo a.C. l'azione civile venne affiancata dall'*actio arborum furtim caesarum*, pretoria e penale al *duplum*: A. BIGNARDI, «*Actio, interdictum, arbores*». *Contributo allo studio dei rapporti di vicinato*, in Index 12, 1983-84, 465 ss.; M. FIORENTINI, *Precedenti di diritto ambientale a Roma?*, II. *La tutela boschiva*, in Index 35, 2007, 328 ss. L'azione pretoria avrebbe contemplato la più ampia fattispecie del *caedere*, comprensiva di qualsiasi lesione alla integrità dell'albero, ed è incerto se ed eventualmente quando tale azione avrebbe preso il posto dell'azione civile di risalenza decemvirale: A. FLINIAUX, *L'action de arboribus succisis*, in *Studi Bonfante*, I, Milano 1930, 540 ss.; L. DESANTI, *Caedere est non solum succidere: taglio di alberi, XII Tavole e D. 47.7.5 pr. (Paul. 9 ad Sab.)*, in *Per il 70. Compleanno di Pierpaolo Zamorani. Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di Facoltà*, Milano 2009, 147 ss.; O. LENEL, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig 1927, 337, il quale crede che la fattispecie dell'*actio de arboribus succisis* fosse contemplata nelle sezioni dell'editto dedicate all'*actio de modo agri* e all'*actio legis Aquiliae*.

Il regime dell'*actio arborum furtim caesarum* solleva a sua volta problemi di collegamento con l'*actio furti* (sui quali vd. C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'editto*, Milano 2005, 546 s., ad avviso della quale dovevano orientare, almeno nel pensiero di Sesto Pedio, gli elementi della clandestinità e dell'appropriazione) e, una volta introdotta, con l'*actio legis Aquiliae*, la quale forse copriva le ipotesi di danneggiamento non clandestino e privo dell'elemento dell'appropriazione: O. CARRELLI, *I delitti di taglio di alberi e di danneggiamento alle piantagioni nel diritto romano*, in SDHI 5, 1939, 327 ss.; A. CORBINO, *Danno, lesioni patrimoniali e lex Aquilia nell'esperienza romana*, in *φιλία, Scritti per Gennaro Franciosi*, I, Napoli 2007, 612. Per un inquadramento generale della questione vd. D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadensersatz und Privatstrafe*, Göttingen 1972, 196 ss.

⁶³ Invero, è abbastanza incerta la ricostruzione del quesito che diede luogo al responso riferito in Gai 4.11. Si potrebbe immaginare che esso vertesse sul perché l'interessato aveva perso la lite, non essendovi obbligo di motivare le sentenze nelle *legis actiones* [vd. sul punto M. MARRONE, *Contributo allo studio della motivazione della sentenza nel diritto romano*, in *Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata*, Genève 1999, 53 ss. (= *Scritti di diritto romano*, II, cit., 721 ss.)]. Inoltre, ci sembra da condividere la proposta di A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit., 19 nt. 44, secondo il quale l'interessato era ricorso ai giuristi per chiedere se potesse considerarsi *eadem res* «ai fini della preclusione processuale, l'azione intentata esattamente *de arboribus*, rispetto alla prima intentata erroneamente *de vitibus*». Avendo risposto i giuristi che l'interessato aveva perso a causa del detto errore di forma, la seconda azione sarebbe stata preclusa: si sarebbe trattato infatti di ripetere la lite *de eadem re*.

⁶⁴ D. 47.7.2 (Gai. 1 *ad legem duod. tab.*): *Sciendum est autem eos, qui arbores, et maxime vites caeciderint, etiam tamquam latrones puniri*.

⁶⁵ La risalenza della estensione della nozione di *arbores*, comprendente certo anche le *vites*, è attestata da: Plin. M., *N. H.* 14.1.9: *vites iure apud priscos magnitudine quoque inter arbores numerabantur*, D. 47.7.3 pr. (Ulp. 42 *ad Sab.*): *Vitem arboris appellatione contineri, plerique veterum existimaverunt*. Secondo E. KIESSLING, *Die actio de arboribus succisis im Lichte des PSI XI 1182*, in JJP 4, 1950, 317 ss., *arbor* sarebbe stato termine generale già nelle XII Tavole; E. PÓLAY, *Iniuria-Tatbestände im archaischen Zeitalter des antiken Rom*, in ZSS 101, 1984, 164 s.; ID., *Iniuria Types in Roman Law*, Budapest 1986, 31 ss.; O. DILIBERTO, *Materiali per la palingenesi delle XII Tavole*, I, Cagliari 1992, 34 s.; ID., *La satira e il diritto: una nuova lettura di Horat., sat. 1.3.115-117*, in AUPA 55, 2012, 397 ss.

tema di *legis actiones* contenziose aveva condotto. Si era arrivati al punto di sanzionare così gravemente lo scambio di due parole il cui significato, forse già in età assai risalente era stato accostato da parte degli stessi giuristi.⁶⁶

Entrambi i brani, dunque, mostrano che una *legis actio* irregolarmente svolta avrebbe con certezza comportato sia la perdita della lite sia il prodursi degli effetti preclusivi. Resta dubbio se già *in iure* si sarebbero potute verificare tali conseguenze sfavorevoli nei confronti di un attore che avesse commesso errori nella pronuncia dei *verba* o nel compimento dei *gesta* tipici della *legis actio*.⁶⁷

Infatti, se nessuno dubita che la parte in errore doveva essere giudicata soccombente da parte del giudice al termine della fase *apud iudicem*, con una sentenza che avrebbe precluso e, in ogni caso, 'pregiudicato' la ripetizione dell'azione,⁶⁸ incertezze si sono manifestate in dottrina attorno alla risposta al quesito se già *in iure* il magistrato giudicante, di fronte ad un errore od omissione nello svolgimento del rito da parte dell'attore, avrebbe potuto rifiutare discrezionalmente la propria collaborazione alla *legis actio* interrompendola con un proprio atto,⁶⁹ piuttosto che rimettere la questione alla decisione del giudice.

⁶⁶ Questa considerazione permette di respingere l'obiezione di G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 385 nt. 285, secondo il quale il taglio delle *vites*, non essendo previsto espressamente dalle XII Tavole, che discorrevano solamente di *arbores*, non poteva essere considerato fonte di *oportere*, per cui l'azione intentata nel caso di Gai 4.11 non sarebbe stata irregolare nella forma, ma infondata nella sostanza. Sul punto cfr. le condivisibili osservazioni di A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit., 19 s.

⁶⁷ Nel caso di errori commessi dal convenuto, la sua soccombenza poteva essere stabilita *apud iudicem* dal giudice con la sentenza di condanna, ovvero *in iure* mediante una pronuncia pretoria favorevole all'attore, probabilmente caratterizzata dall'impiego del verbo *addico*. Verosimilmente, essa avrebbe avuto per oggetto la persona del convenuto nelle azioni *in personam* e la *res* controversa nelle azioni *in rem*, e avrebbe risolto definitivamente la lite in favore dell'attore.

⁶⁸ Come conseguenza dell'effetto pregiudiziale *erga omnes* del giudicato nelle *legis actiones* che avrebbe imposto al giudice di un eventuale secondo processo di conformare la propria decisione al contenuto del *iudicatum* intervenuto sulla medesima questione. Sul punto si vd.: M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza*, cit., 121, che così sintetizza i risultati della propria indagine: «la sentenza delle *legis actiones* aveva efficacia pregiudiziale illimitata»; Id., *L'effetto normativo della sentenza*, cit., 76 ss.. Affermano l'efficacia costitutiva del giudicato: M. KASER, *Das altrömische Ius*, cit., 104 ss.; G. BROGGINI, *Iudex arbiterve*, cit., 66 e 98; G. PUGLIESE, *s.v.*, *Giudicato civile (storia)*, cit., 730 ss., sebbene quest'ultimo studioso, come ricordato *supra* in nt. 32, sia incline ad ammettere che potevano esserci terzi nei confronti dei quali il giudicato nelle *legis actiones* non produceva alcun effetto.

⁶⁹ Da taluni ricondotto ad un rifiuto di concedere l'azione corrispondente nella sostanza ad un *denegare actionem*: A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit., 17; R. MARTINI, Rec. di A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit., in IVRA 23, 1972, 220. Tuttavia, in termini dubitativi si è espresso G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 385 nt. 284: «Appare dunque indubbio che il magistrato era in grado di impedire che il procedimento *in iure* si svolgesse in modo e fino al punto da avere l'esito voluto dall'attore, sia o no proprio parlare in proposito di *denegatio actionis*». Ai fini del presente lavoro la questione è di ridotta rilevanza poiché, anche se si riconduce l'atto magistratuale interruttivo della *legis actio* irregolare ad un *denegare actionem*, esso non avrebbe comunque prodotto alcun effetto preclusivo, consentendo la riproposizione dell'azione. Inoltre, se si vuole ricondurre l'atto magistratuale interruttivo di una *legis actio* irregolare ad un atto di *denegare actionem* si apre il problema dell'individuazione dei suoi caratteri, atteso che come noto nelle *legis actiones* le fonti non attestano se non l'impiego dei verbi *prohibeo* (*lex Osca tabulae Bantinae*, ll. 27-28: *si quis contra hoc prohibuerit, multa tanta esto*) e (*non*) *patior* (Val. Max. 7.7.5: *lege agere passus non est*). Nel silenzio delle fonti, penseremmo ad una pronuncia di *non dare*, mentre ci pare di dovere escludere un comportamento

In dottrina⁷⁰ si è data risposta negativa al quesito, motivando tale soluzione sull'indebito vantaggio del quale avrebbe beneficiato l'attore il quale sarebbe stato legittimato a ripetere il rito fino a quando non fosse riuscito a compierlo esattamente, con ciò contraddicendo sia il formalismo delle *legis actiones*, sia quanto affermato da Gaio, ossia che un errore anche minimo avrebbe determinato la perdita definitiva della lite.

Si capisce che questa soluzione si basa sul postulato secondo il quale gli effetti preclusivi nelle *legis actiones* si sarebbero prodotti solo a partire dalla sentenza o dalla *litis contestatio*, poiché, solo così ragionando, all'atto magistratuale interruttivo di una *legis actio* irrituale non potrebbe attribuirsi l'effetto di precludere all'attore la riproposizione dell'azione.

Tuttavia, abbiamo cercato di dimostrare che la convinzione secondo la quale la *res acta* nelle *legis actiones* coincidesse con la sentenza sia dotata di una base testuale molto più fragile di quanto potrebbe sembrare a prima vista e che dunque questa tesi sia inaccoglibile, del pari di quella che collega gli effetti preclusivi nelle *legis actiones* alla *litis contestatio*.

Piuttosto, ammettendo che la *res acta* coincideva con la *legis actio* una volta intentata, è logico dedurre che l'effetto preclusivo si sarebbe prodotto in virtù del segmento di rito che si era svolto fino al momento dell'errore compiuto dall'attore. L'azione non sarebbe stata più ripetibile perché consumata dal fatto stesso del suo esercizio e, quindi, l'attore non avrebbe tratto alcun indebito vantaggio dalla decisione magistratuale di interrompere lo svolgimento di una *legis actio* caratterizzata da errori od omissioni da parte sua.

Solo ponendoci in quest'ottica, e ipotizzando dunque che l'interruzione del rito intervenisse in un momento successivo al verificarsi dell'effetto preclusivo, è possibile configurare il potere del pretore di interrompere lo svolgimento di una *legis actio* irregolare, nel corso della quale si fossero verificati errori di pronuncia anche minimi; così facendo il magistrato giudicante avrebbe certificato l'avvenuta estinzione dell'azione, senza contraddire i principi esposti da Gaio sul rigoroso rispetto dei *verba* e dei *gesta* nelle *legis actiones*, la cui violazione avrebbe comportato, fin dalla fase *in iure*, la perdita definitiva della lite.

Il provvedimento magistratuale di interruzione della *legis actio* non avrebbe prodotto alcun effetto preclusivo, allo stesso modo di un *denegare actionem* intervenuto *in limine litis* durante la informale discussione che le parti compivano *in iure* davanti al magistrato allo scopo di descrivergli la controversia⁷¹ e comunque, prima della solenne pronuncia dei *certa verba* della *legis actio*.

meramente omissivo del magistrato, consistente nel rifiutarsi di pronunciare i *verba* necessari ad assicurare la prosecuzione del rito. Infatti, il *denegare actionem* è un atto di *iurisdictio* il quale – a differenza del *denegare iurisdictio* – comportava una pronuncia del tipo '*dicere non esse actionem*', come può desumersi da D 4.6.26.4 (Ulp. 12 *ad ed.*), passo di cui ci siamo occupati nel nostro «*Denegare actionem*», *decretum e intercessio*, in AUPA 55, 2012, 669-673.

⁷⁰ A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit., 16-21.

⁷¹ Cic., *part. orat.* 28.99: *Atque etiam ante iudicium de constituendo ipso iudicio solet esse contentio, cum aut sitne actio illi qui agit aut iamne sit aut num iam esse desierit aut illane lege, hisne verbis sit actio quaeritur. Quae etiamsi ante quam res in iudicium venit aut concertata aut diiudicata aut confecta non sunt, tamen in ipsis iudiciis permagnum saepe habent pondus, cum ita dicitur: plus petisti; sero petisti; non fuit tua petitio; non a me, non hac lege, non his verbis, non hoc iudicio.* Riferiscono questo squarcio ciceroniano alle *legis actiones*: A. PALERMO, *Studi sulla «exceptio» nel diritto classico*, Milano 1956, 22; M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 35 nt. 5.

Piuttosto, la perdita irrimediabile della lite e della pretesa (*litem perdere e rem perdere* secondo Gai 4.11 e Gai 4.30) doveva essere connessa all'*agere* rituale delle parti che, una volta intervenuto, non avrebbe più potuto essere ripetuto *de eadem re*.⁷²

Ciò si sarebbe verificato più frequentemente nei casi di errori plateali o, comunque, facilmente accertabili *in iure*, anche con l'ausilio dei testimoni, come vedremo. Invece, nelle situazioni non liquide, nel caso di errori contestati o che, comunque, richiedevano accertamenti che non potevano svolgersi *in iure*, il pretore crediamo che avrebbe preferito demandare al giudice la decisione sulla questione.⁷³

Né possiamo escludere che tale 'severa'⁷⁴ sanzione consistente nella perdita della lite anche in virtù di un minimo errore, possibile a nostro avviso fin dalla fase *in iure*, abbia contribuito ad accrescere l'odio che i romani in età repubblicana cominciarono a nutrire nei confronti delle *legis actiones*.

5.1. A favore della soluzione che caldegiamo militano i seguenti argomenti.

In primo luogo, occorre richiamare un rilievo di Remo Martini⁷⁵ il quale ritiene 'poco realistico' che un magistrato giudicante il quale, pur avendo rilevato *in iure* un errore nello svolgimento della *legis actio*, decidesse comunque di nominare un giudice al quale affidare al decisione della controversia.

In effetti, anche per un principio di logica economicità dei giudizi, nelle fattispecie di errori invalidanti il rito, come quelli descritti da Gai 4.11 e 4.30, l'eventuale instaurazione della fase *apud iudicem* sarebbe stata del tutto inutile, in quanto dall'esito scontato: il giudice sarebbe stato costretto ad assolvere il convenuto.

⁷² I seguenti studiosi hanno ritenuto che già il magistrato *in iure* potesse sanzionare l'errore di pronuncia commesso dall'attore: E. I. BEKKER, *Zur Lehre von den Legisaktionen*, in ZSS 25, 1904, 69, secondo il quale la pronuncia, benché errata, dell'attore, avrebbe prodotto una *res acta*: essa avrebbe impedito la nomina del giudice. Ma lo stesso studioso in un precedente lavoro (E. I. BEKKER, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, I, cit., 64 s. e nt. 5) aveva molto dubitato se nel caso di specie dovesse essere dato un giudice e se l'effetto preclusivo nelle *legis actiones* si producesse prima dalla *litis contestatio*. Non escludiamo che, nel frattempo, la compiuta elaborazione della teoria dell'effetto preclusivo dell'*agere* da parte di Wlassak, secondo la quale la seconda *actio* sarebbe stata impedita dall'esercizio della prima *actio*, possa avere orientato Bekker nel senso che già *in iure* la lite potesse essere risolta a favore del convenuto. Tanto è vero che in uno scritto del 1894 troviamo ormai pienamente matura nel pensiero di Bekker l'idea che la pronuncia di una *legis actio*, sebbene scorretta, avrebbe comunque prodotto una *res acta*, si vd. E. I. BEKKER, *Überschau des geschichtlichen Entwicklungsganges der Römischen Aktionen; Aufkommen, Wesen, Abkommen, Nachwirkungen*, ZSS 15, 1894, 158. Favorevole a questa soluzione anche H. LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, cit., 196 s.

⁷³ F. TRAMPEDACH, *Die Form der Litiscontestatio im Formularprozess*, in ZSS 18, 1897, 138 s.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 385 nt. 285; A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit., 16 ss.; C. A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea. I. Dalle origini all'opera di Labeone*, Torino 1997, 173.

⁷⁴ Così M. MARRONE, *Agere lege, formulae e preclusione processuale*, cit., 38 nt 49 [= 484 nt. 49].

⁷⁵ R. MARTINI, Rec. di A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit., 221: «Ma tutto questo discorso è basato, a mio modo di vedere, su un presupposto poco realistico, non essendo immaginabile che un pretore che, potendolo fare personalmente, preferisse lasciare che l'errore fosse accertato *apud iudicem*». In precedenza, già S. SOLAZZI, *L'odio per le «legis actiones»*, cit., 698 ss., aveva ritenuto difficile credere che un magistrato dovesse assistere impassibile ad una *legis actio* svoltasi in modo erroneo.

Allora, tranne il caso di contestazioni o di minimi scostamenti che potevano non essere rilevati *in iure* e che potevano indurre il magistrato ad investire della questione un giudice, i magistrati giusdicenti, accortisi di un errore nella pronuncia dei *verba*, sarebbero stati indotti ad interrompere il rito precludendone la prosecuzione.

In secondo luogo, a nostro avviso, pur se con tutte le cautele derivanti dallo stato carente delle fonti a nostra disposizione, va accolta la ricostruzione secondo la quale il ruolo dei testimoni invitati (*testes estote*) ad assistere al rito, a nostro avviso fin dall'inizio della fase *in iure*,⁷⁶ al fine di rendere testimonianza *apud iudicem* di quanto successo davanti al magistrato giusdicente, deve essere ricondotto ad una assistenza 'di parte'.

Infatti, nonostante l'etimologia di *testis* rinvii ad un soggetto terzo rispetto alle parti in lite,⁷⁷ è opinione largamente diffusa in dottrina che i testimoni, specie alle origini, fossero *advocati*,⁷⁸ ossia soggetti vicini alla parte che li aveva chiamati (*sui testes*). Il loro ruolo, dunque, sarebbe stato quello di assistere al rito per rafforzare la posizione della parte per la quale intervenivano.⁷⁹

⁷⁶ Poiché i testimoni dovevano attestare quanto successo *in iure*, crediamo che sia probabile immaginare che costoro fossero presenti e venissero invitati a testimoniare fin dall'inizio di questa fase e non solo nella parte finale, quando si collocano le solenni pronunce di parte.

⁷⁷ Sul punto vd.: H. LÉVY-BRUHL, *Le témoignage instrumentaire en droit romain*, Paris 1910, 6 e nt. 2, con indicazione di letteratura circa l'etimologia di *testis* capace di fondare il suo significato di soggetto terzo rispetto alla lite; É. BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes. 2. Pouvoir, droit, religion. Sommaires, tableau et index établis par Jean Lallot*, Paris 1969, 277; F. TERRANOVA, *Osservazioni su Gai 2.108*, in AUPA 52, 2007-2008, 293 nt. 27, con articolate riflessioni e indicazione di letteratura relativa alla questione se l'etimologia del termine testimone abbia a che fare con la sua funzione di terzo; EAD., *Sulla natura 'testamentaria' della cosiddetta mancipatio familiae*, in AUPA 53, 2009, 332 nt. 69, alla quale rinviamo anche per la valutazione critica della tesi della originaria distinzione tra testimoni strumentali e giudiziali; EAD., *Ricerche sul testamentum per aes et libram*, cit., 335 nt. 723, 341 ss. e ntt. 740-742, nonché nt. 746 per la insussistenza della distinzione, per l'età più antica, tra *testes ad probationem* e *testes ad solemnitatem*.

Sul tema della testimonianza, circa i profili di nostro interesse, si vd., inoltre: C. G. BRUNS, *Die sieben Zeugen des römischen Rechts*, in *Commentationes philologicae in honorem Mommseni scripserunt amici*, 1877, 489 ss. [= *Kleinere Schriften*, II, Weimar 1882, 119 ss.]; H. A. A. DANZ, *Der sacrale Schutz im römischen Rechtsverkehr. Beiträge zur Geschichte der Entwicklung des Rechts bei den Römern*, Jena 1857, 38 s. e nt. 8; R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*⁶, 1, Leipzig 1907, rist. Aalen 1968, 142; CH. LÉCRIVAIN, *s.v. Testimonium, testis*, in DS 5, Paris 1919, rist. Graz 1969, 152 ss.; M. KASER, *s.v. Testimonium*, in PWRE 2, 19, Stuttgart 1934, 1021 ss., con distinzione tra testimoni negoziali e giudiziali (sui quali 1046 ss.); A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano*, cit., 105 ss.; G. MAC CORMACK, *Witnesses in the Law of the Twelve Tables*, in BIDR 76, 1973, 229, 231, 233; U. VINCENZI, «*Duo sunt genera testium*». Contributo allo studio della prova testimoniale nel processo romano, Padova 1989, 9 ss.; M. HUMBERT, *Instabilis*, in *Fides humanitas ius. Studii Labruna*, IV, Napoli 2007, 2544 nt. 3 e 2547 nt. 10; M. SALAZAR REVUELTA, *Antecedentes jurídicos de la prueba testifical en el Derecho romano*, in IVRA 59, 2011, 122 ss.

⁷⁸ Cfr A. BISCARDI, «*Testes estote*». Contribution à l'étude du témoignage en droit romain, in RHDfE 49, 1971, 398 ss., con indicazione delle fonti in cui compare l'asindeto '*testes advocati*', soggetti chiamati (402) al fine di corroborare le dichiarazioni delle parti.

⁷⁹ R. SANTORO, *Potere ed azione*, cit., 328 ss. [= 230 ss.] e 541 nt. 1 [= 443 nt. 1], in senso adesivo nei confronti della ricostruzione di Broggin secondo il quale l'invocazione dei testimoni prelude ad una richiesta di giudizio sulla fondatezza della pronuncia di parte.

È possibile, allora, ipotizzare che i testimoni nelle *legis actiones* contenziose avessero il compito di rilevare eventuali errori della controparte nella pronuncia dei *verba* e dei quali poteva giovare la parte in favore della quale costoro erano stati chiamati a testimoniare.⁸⁰

Ora, noi crediamo che abbia senso immaginare che il compito dei testimoni fosse anche quello di intervenire già *in iure* al fine di rilevare errori di pronuncia e portarli a conoscenza del magistrato giudicante. Costui avrebbe potuto sia incaricare un *iudex* della questione, nei casi non liquidi o contestati, sia interrompere il corso della *legis actio* impedendo rifiutando di collaborare alla *legis actio*, nei casi meno controversi.

Del resto, solo così ragionando si darebbe un senso pregnante all'attività del *praeire verbis* (o *verba*)⁸¹ che i giuristi, originariamente pontefici, compivano *in iure* ancora al tempo di

⁸⁰ Hanno espresso questo avviso: H. A. A. DANZ, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts*², II, Leipzig 1873, 13 ss. nt. 1; S. SCHLOSSMANN, *Litis contestatio*, cit., 106 ss.; F. PRINGSHEIM, *La témoignage dans la Grèce et Rome archaïque*, in RIDA 6, 1951, 162, secondo il quale i testimoni, specie per l'età più antica, non erano istituiti solo per fornire prove, ma erano veri e propri difensori e assistenti di parte, dotati del potere di intervenire durante l'azione; H. LÉVY-BRUHL, *Les témoins de la litis contestatio*, in Annali fac. Istanbul, 3, 1954, 5 ss., il quale è dell'avviso che nel momento in cui le parole venivano pronunciate in pubblico, tutte le irregolarità dovevano essere immediatamente rimarcate e sanzionate; ID., *Recherches sur les actions de la loi*, cit., 188 ss.; G. BROGGINI, *Iudex arbiterve*, cit., 40; ID., *La prova nel processo romano arcaico*, in *JUS* 11, 1960, 376 ss., paginazione alla quale ci siamo riferiti [= *Coniectanea. Studi di diritto romano*, Milano 1966, 133 ss.], il quale accosta il *testis* all'*arbitere*, per rilevare come in origine anche al testimone fosse richiesto di esprimere un giudizio, in origine globale e definitivo sulla controversia, più tardi particolare e specializzato, rivolto ad un giudice terzo; G. PUGLIESE, *La prova nel processo romano classico*, in *JUS* 11, 1960, 405 ss.; B. ALBANESE, *La struttura della manumissio inter amicos. Contributo alla storia dell'amicitia romana*, in *AUPA* 29, 1962, 96 (= *Scritti giuridici*, I, cur. M. MARRONE, Palermo 1991, 308); A. BISCARDI, «*Testes estote*», cit., 405, secondo il quale i testimoni da un canto sostenevano la credibilità e la sincerità delle dichiarazioni della parte a favore della quale intervenivano e, dall'altra, contrastavano le dichiarazioni dell'avversario.

⁸¹ Ossia la tecnica rituale volta a prevenire errori, seppur minimi, e consistente nella recita, immediatamente precedente a quella delle parti e del magistrato, dei formulari delle *legis actiones* in funzione di suggerimento della corretta pronuncia da parte dei giuristi e, originariamente, pare dei pontefici. La natura di atto di giurisdizione del *verba* (o *verbis*) *praeire* da parte dei pontefici nel corso delle *legis actio* è, peraltro, molto controversa: H. A. A. DANZ, *Der sacrale Schutz*, cit., 28 ss., con indicazione di fonti; É. JOBBÉ-DUVAL, *La legis actio avec formule à l'époque de Cicéron*, in *Mélanges de droit romain dédiés à G. Cornil*, I, Gand-Paris 1926, 541 ss.; F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova 1937, cit., 43 ss.; J. PAOLI, «*Verba praeire*» dans la *legis actio*, in RIDA 4, 1950, 289 ss.; F. BONIFACIO, Rec. di J. PAOLI, «*Verba praeire*» dans la «*legis actio*», in *IVRA* 2, 1951, 336 ss., con articolate riflessioni volte ad escludere l'esercizio di *iurisdictio* da parte dei pontefici che assistevano le parti svolgendo la funzione di *verba* (*verbis*) *praeire*; G. I. LUZZATTO, *Il verba praeire delle più antiche magistrature romano-italiche. Spunti per una valutazione dell'imperium*, in *Symbolae Taubenschlag*, I, Vratislaviae-Varsaviae 1956, 439 ss., il quale considera il *praeire* una funzione tipica della suprema magistratura romana, detta appunto *praetor*; ID., s.v. «*Giurisdizione*» (*dir. rom.*), in *Enc. dir.* 19, Milano 1970, 192; C. GIOFFREDI, *Sulle attribuzioni sacrali dei magistrati romani*, in *IVRA* 9, 1958, 41 ss., con critica alla tesi di Luzzatto secondo la quale sarebbe stato il magistrato a *verba* (o *verbis*) *praeire*, piuttosto che esserne destinatario; G. BROGGINI, *La prova nel processo romano arcaico*, cit., 370 nt. 86; A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano*, cit., 72 ss., in relazione a *Cic., pro Mur.* 12.26; R. SANTORO, *Appio Claudio e la concezione strumentalistica del ius*, in *AUPA* 47, 2002, 324 (= *Scritti minori*, II, cit., 586, con particolare attenzione ai problemi di pronuncia dei formulari delle *legis actiones*); L. FRANCHINI, *La desuetudine delle XII Tavole nell'età arcaica*, Milano 2005, 74 nt. 9, con letteratura; ID., *Voti di guerra e regime pontificale della condizione*, Milano 2006, 56 ss e nt. 62 con letteratura.

La stessa funzione di ausilio alla memoria del magistrato svolgevano *tabulae* e *commentarii* che

Cicerone⁸² a beneficio delle parti e del magistrato giudicante in funzione di suggerimento dei *certa verba* da pronunciare, al fine di evitare errori o scostamenti tra le parole pronunciate dalle parti e quelle prescritte e convenute con il magistrato giudicante.

Il senso del *praeire verbis* (o *verba*) era evidentemente quello di evitare proprio quei minimi errori di pronuncia che stanno alla base dei responsi riferiti da Gaio. Ora, crediamo possibile che tali errori di pronuncia potessero essere rilevati nel momento stesso in cui si verificavano; né rinveniamo validi motivi per negare che essi venissero sanzionati già *in iure* dal magistrato giudicante, specie se non occorre accertamenti ulteriori sui fatti, questi sì, da demandare al giudice.

6. In chiusura, tiriamo le file del discorso fin qui condotto. L'aver aderito alla tesi secondo la quale nelle *legis actiones* l'effetto preclusivo si produceva per il fatto stesso dell'*agere lege* ha permesso di fornire una soluzione alla questione legata alla controversa esistenza del potere del magistrato giudicante di rifiutare la propria collaborazione ad una *legis actio* caratterizzata da errori o omissioni da parte dell'attore.

Se, come crediamo, la *res acta* nelle *legis actiones* coincideva con la *legis actio* una volta pronunciati i *verba* e compiuti i *gesta* prescritti, l'atto interruttivo del rito da parte del magistrato non avrebbe favorito l'attore; piuttosto, interrotta la *legis actio* a causa di un errore anche minimo, l'attore già *in iure* proprio per questo avrebbe perso definitivamente la lite, come ammonisce Gaio (Gai 4.11 e 4.30), né egli avrebbe potuto più intentare la *legis actio de eadem re*, poiché l'azione era da considerare consumata per il fatto stesso di essere stata intentata (Gai 4.108); sarebbe stato l'*agere (lege)* in sé e, più precisamente, il segmento di *legis actio* avvenuto fino al momento dell'errore o della omissione a consumare l'azione e precluderne l'esercizio una seconda volta *de eadem re*.

contenevano i formulari che regolamentavano l'attività magistratuale, sul punto, con specifico riguardo alle *ensoriae tabulae* vd. B. ALBANESE, *Brevi studi di diritto romano*, II. *Sui frammenti di censoriae tabulae in Varr., de l. lat.* 6,86-87, in *AUPA* 43, 1995, 67 ss. (= *Scritti giuridici*, III, cur. G. FALCONE, Torino 2006, 313 ss.); e con riferimento al *commentarium (vetus) anquisitionis* del questore M. Sergio vd. D. MANTOVANI, *Aspetti documentali del processo criminale nella repubblica. Le tabulae publicae*, in *MEFRA* 112.2, 2000, 660: «M. Sergio, forse grazie alla consulenza d'un magistrato più esperto, predispose il percorso da seguire per non commettere errori e, eventualmente, non farne commettere ad altri che avessero posteriormente ricoperto la carica».

⁸² Cic., *pro Mur.* 12.26, *de domo* 54.139. Cfr. Anche Val. Max. 4.1.10 relativo alla recita di un *carmen ex tabulis publicis* da parte di Africano, censore nel 142 a.C.